

## El Derecho penal de la víctima

JUAN PABLO MAÑALICH R.\*

### Introducción: la recuperación de la víctima

Suele sostenerse que en la comprensión del Derecho penal moderno, a la función de neutralización de la víctima corresponde una posición preeminente<sup>1</sup>. Si la pretensión subyacente a la monopolización estatal de la violencia está constituida por la evitación de la venganza privada, entonces la neutralización del eventual agente de esa venganza deviene central.

Eser<sup>2</sup> ha examinado el desarrollo progresivo de esta función de neutralización desde el punto de vista de su correlación con la evolución del discurso acerca del concepto de bien jurídico. Eser da cuenta que en la noción de lesión de un derecho subjetivo, postulada por Feuerbach como criterio nuclear en la definición del injusto, podría haberse identificado el punto de apoyo más importante para la garantía de la consideración de la perspectiva de la víctima como perspectiva relevante. Eser reconoce, sin embargo, que ya en la concepción del delito de Kant, punto de partida de la tesis de Feuerbach, no obstante la posición prioritaria que en tal concepción tiene la referencia a la protección de esferas individuales de libertad, se encuentra una vía para una comprensión supraindividual del injusto. Según Eser, resulta plausible la interpretación de la afirmación de Kant de que “si robas a otro, te robas a ti mismo”, en el sentido de que a tal afirmación subyace la idea de que “mediante el robo no sólo se lesiona la propiedad de la víctima concreta, sino que se produce inseguridad ‘respecto de la propiedad de todos’, de modo que con la ‘inseguridad de toda propiedad posible’ queda cuestionada la institución de la propiedad como tal”<sup>3</sup>.

Eser sostiene que, en todo caso, sería con la sustitución de la noción de lesión de un derecho subjetivo por la de lesión de un bien jurídico, sustitución que sería atribuible a la influencia de Birbaum y, sobre todo, de Binding, que la tendencia a la desindividualización del injusto penal se haría más evidente<sup>4</sup>. Esta tendencia, por lo demás, habría sido incluso reforzada por von Liszt, el principal contradictor político-criminal de Binding, a partir de la formulación de la distinción entre bien jurídico (u

\* Profesor de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Ayudante del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>1</sup> Por ejemplo, Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 29 y ss.

<sup>2</sup> Eser, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos, N° 18, Bogotá, 1998.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 18 y ss.

objeto de protección) y objeto del ataque (u objeto de la acción). No obstante Eser reconoce la importancia analítica de la distinción, advierte que la separación entre un concepto de acción extremadamente físico –junto con un correspondiente objeto de ataque físico–, por un lado, y un interés de protección desplazado al ámbito de lo espiritual, por otro, necesariamente había de favorecer la impresión de que el bien jurídico, y de modo correspondiente el injusto de los delitos de homicidio, no se refieren (también) a la vida del ser humano concretamente afectado, sino (sólo) a la protección de la vida en general<sup>5</sup>.

Así puede contextualizarse la tesis de que la víctima es objetivada en el (concepto de) bien jurídico. Esta objetivación de la víctima es expresada en la contraposición de los conceptos de víctima actual y víctima potencial. La prescindencia de la víctima actual, esto es, del individuo concretamente afectado por el hecho punible, se justifica por la orientación del sistema penal hacia la víctima potencial, que se corresponde con la espiritualización del objeto de protección subyacente a la norma punitiva como bien jurídico.

No obstante la función de neutralización de la víctima, operada mediante su objetivación, está en la base del discurso del Derecho penal ilustrado, contemporáneamente su mantenimiento es objeto de una profunda revisión, tanto en el nivel de la reflexión político-criminal como en el nivel de la reflexión dogmática. En este sentido, se habla de la *recuperación de la víctima* para caracterizar el fenómeno consistente en la orientación del discurso penal hacia la víctima actual. La influencia de la criminología en esta nueva orientación no puede ser mayor. Basta tener en cuenta que dentro del discurso criminológico reciente se ha desarrollado una perspectiva de investigación diferenciada, definida por la postulación de la víctima como objeto de referencia, a saber, la victimología<sup>6</sup>.

La recuperación de la víctima, entendida como orientación del sistema penal hacia la víctima actual, puede ser explicada como una manifestación de un fenómeno más general cuyo análisis constituye una referencia obligatoria para cualquier reflexión acerca de la situación actual del discurso penal: se trata de la *expansión del Derecho penal*. Según Silva Sánchez, la tendencia expansiva que define a la política criminal contemporánea se corresponde con un fenómeno de “identificación de la mayoría social con la víctima del delito”, en términos tales que respecto de la comprensión de la función del Derecho penal como complejo de condiciones restrictivas del ejercicio del *ius puniendi*, se produce una inversión, que conduce a que “la concepción de la ley penal como «*Magna Charta*» de la víctima apare[zca] junto a la clásica de la «*Magna Charta*» del delincuente; ello, si es que ésta no cede a la prioridad de aquélla”<sup>7</sup>.

Según Silva Sánchez, la identificación social con la víctima produce consecuencias importantes en cuanto al modo en que se comprende el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La consideración de la ley penal como carta de defensa del delincuente tradicionalmente ha posibilitado la defensa de la adecuación de la interpretación (no sólo estricta sino aun) restrictiva de las disposiciones legales en que se formula los tipos penales, así como la postulación de la adecuación de la interpretación extensiva y aun de la aplicación analógica de las disposiciones que establecen eximentes de responsabilidad (analogía *in*

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>6</sup> Acerca de esto, García-Pablos, *Manual de Criminología*, Espasa Universidad, Madrid, 1988, pp. 76 y ss.

<sup>7</sup> Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 37.

*bonam partem*). La consideración de la ley penal como carta de defensa de la víctima, por el contrario, puede conducir a la postulación de una interpretación restrictiva de determinadas eximentes e incluso a la relativización de la prohibición de la analogía *in malam partem*, sobre la base de un desarrollo de la interpretación extensiva de los tipos penales<sup>8</sup>.

Es evidente, sin embargo, que el fenómeno de la orientación a la víctima no sólo produce consecuencias relativas a la comprensión del principio de legalidad. En general, la orientación a la víctima se corresponde con una inversión de los presupuestos de la legitimación del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En términos de la relación entre la práctica punitiva y el marco constitucional de legitimación y deslegitimación del ejercicio del *ius puniendi*, la comprensión de esa relación como una relación negativa, en el sentido de la consideración de los derechos fundamentales como estructuras de restricción de la práctica punitiva, ha dado paso a una comprensión de la misma como una relación positiva, en el sentido de la consideración de los derechos fundamentales como razones de impulso de la práctica punitiva<sup>9</sup>.

A partir de esta inversión de paradigmas puede entenderse la discusión actual acerca de la comprensión del principio de proporcionalidad como un criterio de evaluación de la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* del cual no sólo se deriva una prohibición de exceso sino también una prohibición de defecto (o prohibición de infraprotección)<sup>10</sup>. En la medida en que los derechos fundamentales no sólo fundamentan prohibiciones de afectación para el Estado, sino que también fundamentan deberes de protección, resulta fácil entender que la posibilidad de demandas de protección penal sea consistente con la consolidación de la autocomprensión del ciudadano desde la perspectiva de la víctima.

Este trabajo pretende dar cuenta de dos de las direcciones más importantes que ha adoptado esta orientación del discurso jurídico-penal hacia la víctima del delito. En primer lugar, se examinará la discusión acerca de la incorporación de la reparación del mal causado dentro del sistema de las consecuencias del hecho punible. En segundo lugar, se examinará la discusión relativa a la incorporación de criterios victimodogmáticos en el conjunto de criterios de imputación que constituyen la teoría del delito, particularmente a propósito de la teoría de la imputación objetiva. Si bien se trata de dos perspectivas de análisis cuya contextualización dogmática es disímil, la consideración de ambas posibilita reflejar la complejidad que necesariamente se introduce al incorporarse otro punto de vista en la estructura del sistema de imputación.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 38-39.

<sup>9</sup> Sobre esto, Bascuñán Rodríguez, "Derechos fundamentales y derecho penal", en, VV.AA., *Los derechos fundamentales*, SELA 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 319 y ss.

<sup>10</sup> Mañalich Raffo, "La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal" (de próxima publicación).

## I. La reparación como tercera vía del Derecho penal

### *La reparación como equivalente funcional de la pena*

La discusión acerca de sí y, en su caso, cómo debería ser introducida la reparación en la estructura del sistema penal presupone la consideración de que, en caso de que la respuesta a la primera pregunta fuese afirmativa, la reparación podría constituirse en equivalente funcional respecto de la pena<sup>11</sup>. Que un determinado mecanismo opere como equivalente funcional a la pena significa que a través de él es posible que el conflicto sea solucionado sin pena.

Dentro de las posibilidades de solución de conflictos sin pena, es evidente que muchas de estas posibilidades no corresponden a mecanismos institucionalizados. Puede considerarse, en efecto, la posibilidad de que el conflicto se solucione por la vía de su no-observación (negación), o en la posibilidad de que la solución del conflicto consista en la explicación del mismo a costa de la víctima, etc. Es claro, sin embargo, que existen otros mecanismos que sí se encuentran institucionalizados. Estos medios institucionales de procesamiento de conflictos parecerían caracterizarse por el hecho de que los mismos suponen la satisfacción de la función expresiva que es predicada de la imputación auténticamente penal, esto es, la imputación que se concreta en la imposición de una pena.

La pregunta por la razonabilidad de la formalización de la reparación como mecanismo de procesamiento de conflictos no implica la pregunta por la razonabilidad de su formalización como mecanismo jurídico-penal de procesamiento de conflictos. La segunda pregunta, más específica que la primera, apunta a la eventual administración de la reparación como mecanismo de solución de conflictos por parte del propio sistema penal. La discusión que será considerada a continuación sitúa el problema en el nivel de la segunda pregunta. Puede adelantarse, sin embargo, que en ningún caso resulta legítimo fundamentar una respuesta positiva a esta segunda pregunta a partir de la sola respuesta positiva a la primera pregunta.

### *El estatus penal de la reparación*

#### a) Delimitación entre pena y reparación civil del daño

La delimitación entre la provincia civil y la provincia penal no ha sido siempre una cuestión reconocida como cierta. Si bien suele afirmarse que el proceso de su diferenciación habría concluido con la consolidación de la codificación decimonónica, puede ser ilustrativo hacer una referencia a la discusión mantenida, en el contexto de la doctrina alemana de fines del siglo XIX, entre von Liszt y Merkel, por un lado, y Binding, por otro, respecto de la relación entre pena y compensación del daño<sup>12</sup>. Los primeros

---

<sup>11</sup> Sobre los equivalentes funcionales a la pena, Jakobs, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, Apartado 1, núm. 12 y ss.

<sup>12</sup> Pérez Sanzberro, *Reparación y Conciliación en el Sistema Penal*, Comares, Granada, 1999, pp. 207-208.

postulaban la comprensión de la pena y la compensación del daño como modos alternativos de “reacción a lo injusto”. De ahí que sostuvieran que ambas consecuencias jurídicas compartían, en cierto nivel por lo menos, un principio de explicación común.

Para Binding, por el contrario, la pena y la compensación del daño perseguían fines diversos e inconfundibles: la pena es en sí misma la irrogación de un daño, a la cual no subyace la pretensión de eliminar un estado de cosas que se opone al derecho, en circunstancias que esto último es constitutivo de la compensación como consecuencia jurídica. Según Binding, por lo mismo, reparación y pena se diferenciarían respecto del destinatario de la prestación: en la primera es la víctima, quien ha sufrido el daño; en la pena, en cambio, es el Estado. No puede dejar de considerarse, en todo caso, que mientras Binding adhería a una concepción retribucionista de la función de la pena, von Liszt destaca por su defensa de la función preventivo–especial de la pena.

La tesis de la diferenciación, propugnada por Binding, sería la que se impondría. La defensa de la diferenciación estricta, sin embargo, es actualmente objeto de intensa revisión, fundamentalmente a propósito de la discusión acerca de la posible función penal de la reparación. A continuación se hará referencia a las principales posiciones mantenidas en la discusión doctrinal alemana acerca del estatus que habría que atribuir a la reparación en tanto consecuencia jurídica reconocida por el sistema penal, siguiendo en lo fundamental la exposición de Pérez Sanzberro.

#### b) La reparación como fin autónomo del Derecho penal

Kurt Seelmann y Dieter Rössner han desarrollado el planteamiento consistente en concebir la reparación como un fin autónomo del Derecho penal, lo cual implica la afirmación de que el sistema penal debe satisfacer este fin por medio del establecimiento de reacciones idóneas para la satisfacción del mismo. Según Seelmann, el concepto de reparación formulado en tal sentido se apoyaría en consideraciones vinculadas tanto a las teorías absolutas o retribucionistas de la pena como a la teoría de la prevención general positiva. En relación con la justificación absoluta de la pena, la idea de reparación se vincularía a la noción de conciliación, que sería reconducible a la expresión (alemana) *Sühne*, no obstante su interpretación tradicional como “expiación”<sup>13</sup>. Respecto de la justificación prevencionista de la pena, la idea de reparación se vincularía a la noción de integración, específicamente entendida como “apaciguamiento”.

La comprensión de la reparación como “elemento autónomo en la teoría de los fines de la pena” por parte de Seelmann es radicalizada por Rössner, quien propone la consideración de la reparación como fin penal autónomo, definido como la “regulación pacificadora del conflicto» integrando la perspectiva de la víctima”<sup>14</sup>.

Es importante destacar que en tanto la reparación se concibe como fin autónomo del Derecho penal, de ello se deriva la posibilidad de que la reparación sea integrada en el sistema penal bajo distintas modalidades: por ejemplo, como consecuencia jurídica alternativa a la pena en determinados casos, como criterio de determinación de la pena en otros.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 220.

c) La reparación como pena

Klaus Sessar ha defendido la consideración de la reparación como sanción autónoma dotada de contenido punitivo y, más radicalmente, como pena. El punto de partida de la tesis de Sessar se encuentra en la constatación de que “en determinados ámbitos en los que interviene el control jurídico-penal con la pretensión de representar intereses públicos, se puede reconocer la existencia de intereses fundamentalmente privados en una regulación del conflicto”<sup>15</sup>. Así se podría formular una diferenciación de dos clases de ilícitos penales, según en su constitución prevalezca la protección de un interés público o de un interés privado. Respecto de esta segunda clase de ilícitos, Sessar postula la adecuación de la reparación como sanción autónoma.

La tesis de Sessar se concreta en la propuesta de que la obligación de reparar sea declarada en la condena, bajo la consideración de criterios civiles para la determinación del monto de la prestación reparatoria y el establecimiento de un sistema vicarial entre la reparación y la eventual pena de multa procedente. Lo que más interesa destacar en este punto es que la imposición coactiva de prestaciones reparatorias deviene consecuencia necesaria de la comprensión de la reparación como pena.

d) La reparación como tercera vía del Derecho penal

Entre aquellos autores que admiten que la reparación pueda constituir un modo de reacción propiamente penal, sin duda destaca Claus Roxin. Este defiende la comprensión de la reparación como una tercera vía (*dritte Spur*) del Derecho penal, esto es, una vía paralela a la pena y a las medidas de seguridad, sobre la base de un rechazo de los planteamientos que proponen su definición como fin penal autónomo o como pena.

Partiendo por esto último, Roxin rechaza la propuesta de Sessar, en el sentido de concebir la reparación como una sanción propiamente penal, esto es, como una pena, en paralelo a la pena privativa de libertad y a la pena de multa o pecuniaria. En primer lugar, Roxin afirma que “[s]i la reparación, que tendría que consistir, básicamente, en el resarcimiento del daño, fuera una pena criminal, entonces la condena jurídico-civil al resarcimiento del daño sería también, conforme a su contenido material, una pena criminal”<sup>16</sup>, lo cual implicaría, en definitiva, tener que “repensar todo nuestro orden jurídico para poder concebir el resarcimiento del daño como pena”<sup>17</sup>. Por otra parte, Roxin discrepa de la tesis de la imposición coactiva de prestaciones reparatorias, consecuencia necesaria de su comprensión como pena. Según Roxin, la adecuación de la reparación como mecanismo jurídico-penal de procesamiento de conflictos presupone que la verificación de actos de reparación sea “un resultado espontáneo y voluntario, o, cuando menos, conseguido por la vía del acuerdo”<sup>18</sup>. Esta afirmación se conecta directamente con la vinculación que según Roxin existe entre la posibilidad de integración de la reparación en el sistema de consecuencias jurídico-penales y algunas proposiciones relativas a la teoría de los fines de la pena, como se verá más adelante.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>16</sup> Roxin, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en VV.AA., *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 143.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>18</sup> *Ibid.*

Roxin también rechaza la tesis desarrollada por Seelmann y Rössner, en el sentido de concebir la reparación como elemento independiente en la teoría de los fines de la pena o como fin autónomo del Derecho penal. El rechazo se fundamenta, primero, en la consideración de que “el hecho de que la prevención sea un fin de la pena, no cambia para nada la posibilidad de impulsarla con herramientas del Derecho civil o del Derecho público y renunciar a una penalización, allí donde se pueda conseguir un efecto preventivo con medios extraños al Derecho penal”<sup>19</sup>.

Pero el argumento central formulado por Roxin está constituido por la tesis de que, en el contexto de un Estado moderno y, por ende, secular, la justificación de la pena debe construirse a partir de criterios de racionalidad prospectiva, lo cual implica que la función atribuida a la pena debe estar constituida por la evitación del delito, concretada en una o más modalidades de prevención. Roxin es categórico en tal sentido: “El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo”<sup>20</sup>. Cuestión distinta es que determinados criterios de racionalidad retrospectiva, en particular el principio de culpabilidad, puedan constituir criterios relevantes desde el punto de vista de la restricción de la imposición de la pena fundamentada, en todo caso, prospectivamente, es decir, en atención a sus consecuencias.

Sobre la base de la premisa precedente, la fundamentación de la comprensión de la reparación como consecuencia integrante del conjunto de reacciones de que dispone el sistema penal debe construirse en función de su eventual idoneidad preventiva. Esta es la base de la propuesta de concebir la reparación como tercera vía del Derecho penal<sup>21</sup>.

Esta propuesta se justifica sobre la base de dos tesis. La primera consiste en que la reparación puede ser funcional al fin prioritario que contemporáneamente se atribuye a la pena, esto es, la prevención general positiva. La segunda tesis sostiene que la introducción de la reparación entre las distintas vías de reacción que reconoce el sistema penal puede ser entendida como un modo de satisfacción del principio de subsidiariedad o principio de *ultima ratio*<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> *Ibid*, p. 146.

<sup>20</sup> Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997, § 3, núm. 36. La premisa de esta afirmación se encuentra en la siguiente consideración: “Hoy, como todo el poder estatal procede del pueblo, ya no se puede ver su función en la realización de fines diversos o trascendentes de cualquier otro tipo. Y si cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos, tampoco puede estribar en corregir moralmente o por medio de la autoridad a personas adultas, a las que sin embargo se conciba como no ilustrados intelectualmente e inmaduros moralmente. Su función se limita más bien a crear y asegurar a un grupo reunido en el Estado, exterior e interiormente, las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales” (Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal”, en, del mismo, *Problemas básicos del derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 20-21).

<sup>21</sup> Pérez Sanzberro da cuenta de que habría sido Frehsee el primer autor en referirse a la reparación como “tercera vía” del Derecho penal (Pérez Sanzberro, *op. cit.*, p. 227). El sentido del uso de la expresión por Frehsee es distinto del que tiene en el planteamiento de Roxin. Basta considerar que Frehsee concibe la reparación como posible sanción autónoma susceptible de ser impuesta coactivamente.

<sup>22</sup> Subsidiariedad y *ultima ratio* se emplearán aquí como expresiones equivalentes y, por ende, intercambiables. Sin embargo, debe formularse una prevención en el sentido de que pudieran existir ámbitos de significación en que ambas no sean plenamente concordantes. Este es el sentido de la observación de Prittwitz, según quien en el discurso penal actual predominan dos ámbitos de significado en el manejo del concepto subsidiariedad: uno negativo, equivalente a *ultima ratio*, y otro positivo, que expresaría el deber de ayuda que desarrolla el Estado con el derecho penal. *Vid.* Prittwitz, “El derecho penal alemán: ¿fragmentario?, ¿subsidiario?, ¿última ratio?”, en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 430 y ss.

La reparación como tercera vía frente a la teoría de los fines de la pena

El punto de partida de la construcción de Roxin se encuentra en que la reparación no debe llegar a configurar un fin independiente de la pena, sobre la base de que en la definición de los fines de la pena deben satisfacerse estándares de legitimación prospectiva, esto es, estándares de racionalidad con arreglo a fines. Esto implica que la justificación de la pena debe evaluarse en función de consideraciones de prevención. Bajo esta premisa, la justificación de la introducción de la reparación como tercera vía del derecho penal presupone la afirmación de su idoneidad preventiva. Esto impone, no obstante, la necesidad de efectuar algunas diferenciaciones desde el punto de vista de las múltiples variantes de la concepción prevencionista de la función de la pena.

Desde el punto de vista de la prevención general negativa o intimidatoria, Roxin reconoce que los efectos de la reparación parecerían ser insignificantes en comparación con la pena privativa de libertad o la pena de multa. Desde el punto de vista de la prevención general positiva, en cambio, Roxin sostiene que la reparación podría desempeñar una función tal que se justificara su integración en el sistema penal de consecuencias jurídicas.

Roxin diferencia tres funciones susceptibles de ser subsumidas en el concepto superior de prevención general positiva:

el efecto motivador pedagógico–social de aprendizaje, que debe provocar la ejercitación en la fidelidad al Derecho; el efecto de confianza, que se logra cuando el ciudadano ve que el Derecho se realiza; y el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente hace tanto que la conciencia jurídica general se apacigua acerca de la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor<sup>23</sup>.

A esta función de satisfacción, orientada a la recomposición de la paz jurídica alterada, corresponde el concepto específico de prevención general de integración. Y sería en esta función de integración que radicaría la sustentación de la significación preventivo–general de la reparación.

Puede ser importante, para la adecuada comprensión del planteamiento de Roxin, formular algunas observaciones acerca de la concepción de la prevención general positiva que subyace a dicho planteamiento. Esto se impone en tanto se toma en serio la tesis según la cual la atribución de una función preventiva a la pena en términos de prevención general positiva es consistente con la premisa de que la pena debe justificarse en atención a sus consecuencias, con la consecuente exclusión de la pertinencia de consideraciones retribucionistas para la justificación de la práctica punitiva. Lo problemático de esta argumentación se encuentra en que formulaciones recientes de la teoría de la prevención general positiva sugieren que la delimitación entre prevención y retribución resulta sumamente difusa.

Jakobs, el representante más significativo de esta nueva concepción monista de la función de la pena en términos de prevención general positiva, sostiene que en la afirmación de la prevención general positiva como función de la pena “no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena,

---

<sup>23</sup> Roxin, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, p. 149.



sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma<sup>24</sup>. La culminación de esta orientación normativista radical se encuentra en la afirmación de Lesch en el sentido de que esta formulación de la función de la pena se constituye en una “teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad”, que es a la vez absoluta, porque la pena se impone *quia peccatum est*, y relativa, pues la pena no es un fin en sí misma, sino que tiene por función el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad<sup>25</sup>.

Existe una diferencia fundamental entre la concepción de la prevención general positiva defendida por Roxin y aquella desarrollada por Jakobs y Lesch. Más allá de que en la construcción de Roxin la función de prevención general positiva es una de las distintas funciones que se asigna a la pena en el marco de su “teoría dialéctica unificadora”, mientras que la teoría de la prevención general positiva de Jakobs se corresponde con una concepción monista de la función de la pena, en atención al sentido que tiene la atribución de una función de prevención general positiva a la pena, estas concepciones de la función de prevención general positiva divergen sustancialmente. Pues la tesis de Roxin presupone que es posible comprobar empíricamente la función de prevención general positiva que desempeña la pena<sup>26</sup>. Los tres efectos específicos de aprendizaje, de confianza y de integración son efectos que se podrían determinar como resultados empíricos posibilitados, sobre todo, por la imposición de la pena.

Para Jakobs y Lesch, en cambio, la función de la pena no consiste en la producción de procesos que realizan estados de cosas en el mundo, sino que esa función está constituida por la significación de la pena en la comunicación. La función de la pena es entendida como la confirmación de la identidad normativa de la sociedad y, como Jakobs señala, “[m]ientras esta confirmación tenga lugar, carece de toda relevancia para la permanencia de la realidad de la sociedad que se produzcan otros efectos distintos”<sup>27</sup>.

Debe consignarse que esta formulación de la teoría de la prevención general positiva se corresponde con una modificación en los planteamientos de Jakobs, definida por su progresivo alejamiento de la sociología sistémica de Luhmann y su progresivo acercamiento a la filosofía idealista de Hegel. Alcácer Guirao da cuenta de este giro al sostener que

con esa acentuación de lo *simbólico* parece desaparecer, por un lado, todo sustrato fáctico a esa misión de la pena, así como por otro, toda pretensión de efectividad práctica de la misma, limitándose la labor del Derecho penal a expresarse simbólicamente a sí mismo, independientemente de la consecución de esa pretendida vinculatoriedad que se predicaba de las normas, así como de la protección real de la seguridad cognitiva<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Jakobs, *Sobre la teoría del pena*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículos N°16, Bogotá, 1998, p. 33.

<sup>25</sup> Lesch, *La función de la pena*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa” N°4, Dykinson, Madrid, 1999, p. 50.

<sup>26</sup> Roxin, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, p. 151.

<sup>27</sup> Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, p. 26.

<sup>28</sup> Alcácer Guirao, “Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política”, en ADPCP, Vol. LI, 1998, p. 444.

El sentido de esta precisión se reduce a enfatizar que la tesis de Roxin, en el sentido de atribuir idoneidad preventiva a la ejecución de actos de reparación, presupone una concepción de la prevención general positiva que predica de ésta la producción de efectos empíricamente constatables (verificables o falseables). Uno de esos efectos es el efecto de integración, cuya satisfacción sería asociable a la reparación. Que esta tesis resulte consistente con la teoría dialéctica de la unión como teoría de la justificación de la pena, se discutirá más adelante.

Junto al efecto de integración vinculado a la función de prevención general positiva, Roxin sostiene que la reparación podría producir consecuencias favorables desde la perspectiva de la prevención especial. Ello, en primer término, por cuanto por medio de la reparación “el autor es provocado a entenderse con los daños causados y con la persona del ofendido de una manera muy diversa a la que corresponde si la víctima permanece, en más o en menos, abstracta y anónima”<sup>29</sup>. En segundo lugar, Roxin sostiene que la reparación, en tanto prestación social constructiva, “puede ser vivida por el mismo autor—de otra manera que, por ejemplo, la pena privativa de libertad—espontáneamente, como plena de sentido y justa”, pudiendo “conducir al reconocimiento del derecho”<sup>30</sup>. Finalmente, Roxin aduce como consideración favorable a la funcionalidad preventivo—especial de la reparación el hecho de que ésta “puede acarrear una reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando ella se lleva a cabo voluntariamente”<sup>31</sup>.

Conjuntamente, Roxin afirma que la postulación de la reparación como mecanismo de prevención especial no es alcanzada por las objeciones que tradicionalmente son formuladas en contra de la imposición de medidas dirigidas a conseguir la resocialización vía tratamiento, básicamente porque, a diferencia de ésta, la reparación no implica una prolongación indefinida de las medidas, lo cual resulta inaceptable desde el punto de vista del compromiso del Estado de Derecho con el principio de legalidad, y porque tampoco implica un peligro de violación de la personalidad.

No parece improbable que, al menos en la forma en que Roxin concibe la prevención de integración, la reparación pueda desempeñar adecuadamente funciones de prevención general, así como, eventualmente, funciones de prevención especial. La cuestión, sin embargo, consiste en si ello basta para justificar la inserción de la reparación como un modo a través del cual el sistema penal procese o solucione determinados conflictos. A este respecto, puede sostenerse que el cumplimiento de funciones de prevención general parece ser condición necesaria, pero no suficiente, para la calificación de la reparación como alternativa jurídico—penal a la pena. No porque la reparación pueda desempeñar funciones preventivas se constituye sin más en una tercera vía del derecho penal. Que los mecanismos de indemnización de perjuicios del sistema de responsabilidad civil pueden desempeñar funciones reparatorias, lo demuestra paradigmáticamente el caso de los *punitive damages* en el derecho norteamericano<sup>32</sup>.

La defensa de la incorporación de la reparación como tercera vía del Derecho penal ha de esgrimir, entonces, una justificación adicional. En esto sentido, ha de evaluarse el segundo argumento formulado por Roxin. Se trata del argumento que se concentra en el principio de subsidiariedad.

<sup>29</sup> Roxin, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, pp. 152-153.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Sobre la función disuasiva de los *punitive damages* desde la perspectiva del análisis económico del derecho, Cooter-Ulen, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 442 y ss.

La reparación como tercera vía frente al principio de subsidiariedad

La justificación complementaria a la funcionalidad preventiva de la reparación, según ya se ha esbozado, se encuentra en el principio de subsidiariedad. El argumento es el siguiente: la evaluación de la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* desde el punto de vista del principio de subsidiariedad ha estado tradicionalmente circunscrita al momento de conminación penal abstracta, esto es, al momento de la decisión legislativa de fundamentación de la pena; la reparación extiende el juicio de legitimación desde la perspectiva del principio de subsidiariedad al momento de la decisión judicial de imposición de pena. En los términos del propio Roxin:

La punición es, conocidamente, la última ratio de la política criminal. El principio de subsidiariedad allí expresado se prolonga únicamente de manera consecuente desde el punto de la política jurídica, desde la sanción del precepto penal, a la que se lo refiere casi siempre, hasta el caso individual, allí donde se utiliza la reparación como sustituto de la pena o para su atenuación, cuando se puede obtener con ello el mismo efecto o uno mejor<sup>33</sup>.

Roxin sostiene, entonces, que así como junto a la pena el sistema penal debe constituir a las medidas de seguridad como segunda vía, por exigencia del principio de culpabilidad, así junto a la pena y a las medidas el sistema penal debe constituir a la reparación como tercera vía, por exigencia del principio de proporcionalidad.

Es importante constatar que, según sus propios defensores, la reparación como sustituto penal de la pena ha de restringirse a “delitos de poca gravedad”, sobre la base de que sólo en este ámbito resulta plausible sustituir la imposición de pena por el reconocimiento de prestaciones reparatorias en función de consideraciones preventivas. En este sentido, Silva Sánchez afirma que “cuanto menos se sienta lesionada la colectividad por un determinado hecho, tanto más fácil será que su confianza se vea restablecida por la reparación (o el intento de reparación) a la víctima actual, así como con la reafirmación simbólica de la norma vulnerada”, lo cual “pone de relieve la necesidad de limitar la ‘tercera vía’ a delitos de poca gravedad”<sup>34</sup>.

En contra de la propuesta de Roxin puede formularse una serie de consideraciones críticas, que se concentran en las dos bases de fundamentación que el propio Roxin construye. A continuación se intentará reconstruir brevemente dichas consideraciones críticas.

¿Adecuación preventivo–general de los actos de reparación?

La comprensión de la reparación como mecanismo jurídico–penal de procesamiento de conflictos debe satisfacer las exigencias preventivas que condicionan la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi*.

<sup>33</sup> Roxin, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, p. 152.

<sup>34</sup> Silva Sánchez, “Sobre la relevancia jurídico–penal de la realización de actos de reparación”, en, del mismo, *Perspectivas sobre la política criminal contemporánea*, Abaco, Buenos Aires, 1998, pp. 208–209.

Esto ha de traducirse, en palabras de Silva Sánchez, en “que la reparación, con su prioritaria orientación a la víctima actual, no desborde los límites en que puede cumplir razonablemente tal misión estabilizadora para entrar en terrenos en los que desencadenaría la desestabilización y la desconfianza”<sup>35</sup>. Esta es la consecuencia de concebir la satisfacción de la víctima como medio para el cumplimiento de los fines del Derecho penal, y no como fin autónomo del Derecho penal.

Como sostiene Hirsch, “[l]a prevención general no puede ser sustituida por la invitación general”<sup>36</sup>. Esta consideración impone la revisión de la tesis según la cual la reparación puede ser funcional a fines de prevención general positiva. En este punto ha de destacarse una inconsistencia en la construcción de Roxin. La teoría dialéctica de la unión pretende explicar la justificación de la pena sobre la base de la diferenciación de tres etapas en las operaciones de la práctica punitiva<sup>37</sup>. En la conminación de la pena, correspondiente a la formulación legislativa de la norma punitiva, las consideraciones justificatorias se refieren a la función de prevención general. En la imposición de la pena, si bien su justificación positiva se vincula a consideraciones de prevención general y especial, la legitimación de este acto está condicionada por la observancia del principio de culpabilidad, de modo que rigen consideraciones justificatorias de tipo retrospectivo. En la ejecución de la pena, finalmente, las consideraciones justificatorias se asocian prioritariamente a criterios restrictivos de prevención especial, en el sentido de que ha de evitarse la sujeción del individuo a medidas contraindicadas desde el punto de vista de su resocialización.

Pues bien, el problema se encuentra en que bajo una teoría de la pena como la mantenida por Roxin, la función de prevención general positiva parece no acomodarse al esquema de justificación de la pena. Pues si hay un aspecto en que la proximidad entre prevención general positiva y retribución es manifiesta, es respecto del momento en que bajo ambas concepciones de la pena ésta despliega sus efectos fundamentales. Este es el momento de la imposición (judicial) de la pena<sup>38</sup>. En este sentido, las objeciones dirigidas por Schünemann en contra de las formulaciones recientes de la teoría de la prevención general positiva son particularmente pertinentes. Según Schünemann, el efecto en la colectividad que tiene la imposición de la pena *ex post facto* constituye “un simple *epifenómeno*”, “un bienvenido efecto concomitante, pero carente de significado teórico propio”<sup>39</sup>. La justificación prospectivamente racional de la pena, sin embargo, debe concentrarse en el momento de la conminación, esto es, en la función de prevención general de amenaza, función en la cual, según el propio Schünemann, puede reconocerse una faceta positiva (integrativa) y una faceta negativa (disuasoria). La dimensión positiva de la prevención general conminatoria se encuentra, de acuerdo a Schünemann, en el hecho de que “ya la prohibición acompañada de la conminación penal robustece la conciencia jurídica general y hace presente el valor del bien jurídico”<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>36</sup> Hirsch, “La reparación del daño en el marco del Derecho penal material”, en *De los delitos y de las víctimas*, pp. 69-70.

<sup>37</sup> *Vid.* Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal”, pp. 20 y ss.

<sup>38</sup> Alcácer Guirao, *op. cit.*, p. 458.

<sup>39</sup> Schünemann, “Sobre la crítica de la teoría de la prevención general positiva”, en Silva Sánchez (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 98.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 96.

Esta función positiva de la conminación penal, no obstante, no coincide con la función integrativa que según Roxin cabría atribuir a la reparación. Pues la reparación sólo puede desplegar su eventual efecto preventivo de integración en el momento de la decisión acerca de la imposición de pena. Puede esbozarse la tesis de que, más bien, lo que cabe constatar cuando se afirma la posibilidad de renunciar a la imposición de la pena por la materialización de actos de reparación no es una sustitución de un mecanismo de satisfacción de necesidades de prevención por otro mecanismo equivalente, sino que un indicio de ausencia de necesidad preventiva. Precisamente por ello, siempre la propuesta de la integración de la reparación en el sistema penal aparece referida a delitos de baja lesividad. Esta tesis se vincula con la siguiente objeción a la consideración de la reparación como tercera vía.

¿El Derecho penal o (sólo) la pena como *ultima ratio*?

En relación con el principio de subsidiariedad, el planteamiento de Roxin consiste en sostener que con el reconocimiento de la reparación como alternativa a la pena en la estructura del propio sistema penal, puede obtenerse una optimización del principio de subsidiariedad, en el sentido de que éste ya no operaría sólo como criterio de evaluación de la acción del legislador, sino que su operatividad se extendería a la evaluación de la acción del adjudicador.

A este planteamiento subyace, como es obvio, la distinción entre la justificación de la pena en el momento de la conminación y la justificación de la pena en el momento de la imposición. Esta distinción ha sido formulada insistentemente por filósofos y juristas. Una formulación particularmente importante de la misma se encuentra en un artículo clásico de John Rawls, quien destaca la necesidad de diferenciar la justificación general de una práctica (por ejemplo, la práctica punitiva) y la justificación de una acción particular bajo esa práctica (por ejemplo, la imposición de una pena por un juez a un ciudadano)<sup>41</sup>. Lo interesante de esta referencia se halla en que Rawls utiliza esta distinción para criticar una determinada concepción de las reglas, concepción que, en cierto sentido, subyace a la pretensión de Roxin de prolongar la exigencia de subsidiariedad desde la conminación a la imposición de la pena.

Rawls contraponen una concepción de las reglas como resúmenes a una concepción de las reglas como práctica. La concepción de las reglas como resúmenes entiende las reglas como generalizaciones de decisiones pretéritas adoptadas por aplicación directa del principio de utilidad a casos particulares, es decir, como resúmenes de decisiones pasadas<sup>42</sup>. La concepción de las reglas como práctica, en cambio, las entiende como reglas que definen y constituyen una práctica. La práctica puede ser constituida, como tal, en función de un criterio de utilidad, pero la aplicación de las reglas que constituyen esa práctica a casos particulares no puede ser revisada por consideraciones de utilidad<sup>43</sup>. Así, la concepción de las reglas como resúmenes se corresponde con un modelo de utilitarismo de la acción, mientras que la concepción de las reglas como práctica, con un modelo de utilitarismo de la regla<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Rawls, "Dos conceptos de reglas", en Foot (comp.), *Teorías sobre la Ética*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, pp. 210 y ss.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 230-231.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 236 y ss.

<sup>44</sup> Para esta distinción, *vid.* Hoerster, "Ética utilitarista y generalización", en, del mismo, *Problemas de ética normativa*, Alfa, Buenos Aires, 1975, pp. 50 y ss.

El punto está en que, según Rawls, la concepción de las reglas como resúmenes desconoce la diferenciación entre la justificación de una práctica y la justificación de una acción particular bajo esa práctica. Y es una posición cercana a esta concepción de las reglas la que parece subyacer a la tesis de la optimización del principio de subsidiariedad por la vía de la institucionalización jurídico-penal de la reparación.

Los criterios de racionalidad prospectiva, típicamente los criterios de prevención, se refieren a la justificación de la práctica punitiva. Esta práctica se justifica en atención a sus consecuencias, esto es, en función de su utilidad, en la medida en que la conminación legal de la pena se orienta teleológicamente, es decir, a la prevención. La justificación de la imposición de una pena a un individuo, en cambio, depende en un sentido importante de la satisfacción de criterios de racionalidad retrospectiva, básicamente, de la satisfacción de las exigencias derivadas del principio de culpabilidad. En un sentido general, tanto el principio de subsidiariedad como el principio de culpabilidad son reconducibles a la noción de proporcionalidad. Pero mientras la exigencia de culpabilidad es una exigencia de proporcionalidad retrospectiva, referida a la relación entre el hecho punible y su consecuencia, la pena, entendida ésta como reacción a aquél, el principio de subsidiariedad constituye una reformulación específica de la prohibición de exceso entendida como exigencia de proporcionalidad prospectiva. Y desde el punto de vista de la estructura de las condiciones de legitimación del ejercicio del *ius puniendi* en el contexto de un Estado democrático de Derecho, el destinatario prioritario de las condiciones de legitimación prospectiva no es el juez sino el legislador, pues éste es el prioritariamente competente para (y, en esa medida, responsable de) la articulación de la práctica punitiva.

Esto tiene consecuencias para la cuestión de la institucionalización de la reparación en el sistema penal. Pues para los casos en que se pretende posibilitar la renuncia judicial a la pena si media la satisfacción de los intereses de la víctima (actual), la solución racional en términos de política criminal debería ser otra: la descriminalización, esto es, la prescindencia de la conminación de la pena por vía legislativa.

En esta dirección apunta el reclamo de Naucke:

Pero aún menos se atreven el Estado y sus juristas a cancelar sin sustitutivos el Derecho penal en amplios sectores, y ceder las áreas que no resultarían accesibles con sanciones del Estado al auténtico Derecho Civil (que no hace las veces del Derecho penal), al Derecho de seguros o a la capacidad de acuerdo al margen del Estado. Así se produce un Derecho penal intermedio que deja todo abierto. La conciliación autor-víctima descarga a los penalistas de la presión de la decisión; mantiene, no obstante, todas las posibilidades punitivas; libera a las instancias oficiales de las formas jurídicas, y controla sin ser claramente responsable<sup>45</sup>.

La fundamentación del merecimiento y de la necesidad de pena de los comportamientos que son seleccionados por el sistema penal debe satisfacer el *test* de generalidad asociado a la producción normativa en el nivel legislativo. Los comportamientos que el sistema penal selecciona y define como delitos son comportamientos respecto de los cuales, *prima facie* al menos, resulta necesaria la imposición de una pena. La institucionalización de la reparación como consecuencia jurídica alternativa a la

<sup>45</sup> Cit. en Pérez Sanzberro, *op. cit.*, pp. 364-365.

pena introduce incertidumbre acerca de la afirmación o la renuncia del interés estatal en la punición del comportamiento.

#### La reparación como privatización del Derecho penal

Podría objetarse, no obstante, que el déficit de certeza asociado a la institucionalización jurídico-penal de la reparación es compartido por una serie de estructuras de exclusión de la punibilidad que, sin embargo, no son consideradas problemáticas frente a la garantía de objetividad que condiciona la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi*. Esto es correcto: la renuncia a la pena no se sujeta a los mismos estándares que condicionan la fundamentación de la pena. Existe, empero, una diferencia. La particularidad de la exclusión de la pena por la verificación de prestaciones de reparación radica en que, al menos bajo una propuesta como la de Roxin, la decisión acerca de la renuncia a la pena puede quedar sujeta, en una medida importante, a una decisión de la víctima.

Ciertamente, la posibilidad de exclusión de la imposición de una pena subordinada a una manifestación de voluntad de la víctima no constituye, en todo caso, una característica únicamente predicable de la exclusión de la pena por reparación. Basta considerar, en efecto, el reconocimiento legislativo de los delitos de acción penal privada y de los delitos de acción penal mixta (o, en la terminología del Código Procesal Penal chileno, delitos de acción penal pública previa instancia particular) para dar cuenta de una situación análoga. Sin embargo, la exigencia de una intervención más o menos conclusiva de la (presunta) víctima para la materialización de la imputación, tratándose de delitos de estas clases, responde a una consideración diversa: a la consideración de la conveniencia de no forzar a la víctima a intervenir en un proceso penal en contra de su voluntad, de modo de evitar una *victimización secundaria*<sup>46</sup>. En la exclusión de la pena por reparación, sin embargo, el sentido de la manifestación de voluntad de la víctima es radicalmente distinto. Pues se transfiere a ésta el poder de definición de la suficiencia o insuficiencia de comportamientos ejecutados por el imputado con posterioridad al (presunto) delito, dirigidos a la satisfacción de la propia víctima, para la exclusión de la imposición de la pena.

Esto es especialmente grave en regulaciones como la introducida por el Código Procesal Penal chileno (que supone, efectivamente, el acuerdo de la víctima para que proceda la reparación como salida alternativa al proceso), respecto de las cuales resulta imposible formular un estándar generalizable respecto de la clase de prestación reparatoria que ha de considerarse suficiente para excluir la imposición de pena. La contingencia, de este modo, no puede sino volverse incontenible. Todo depende del acuerdo que pueda producirse entre la (presunta) víctima y el imputado.

El proceso penal constituye la sede más idónea para que la víctima logre imponer sus términos en la negociación. Puesto que, en definitiva, la víctima dispone de un instrumento incomparablemente poderoso en tal contexto de negociación con el imputado: el elemento agravante del proceso penal<sup>47</sup>. La asimetría de las posiciones de las partes no puede sino intensificarse, en razón de que, como señala Armenta Deu,

<sup>46</sup> Por victimización secundaria se entiende aquella que “se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal, con el aparato represivo del Estado” (Landrove Díaz, *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 44).

<sup>47</sup> Damaska, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 366.

en tanto una [la víctima] se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su *status*, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad; lo que convierte el pretendido consenso en un compromiso al que la parte más débil deberá adherirse, a la vez que pone seriamente en entredicho la libre voluntad de aquél que consensúa y del procedimiento a través del cual se llega al acuerdo, generalmente carente de regulación y garantías suficientes<sup>48</sup>.

Y esta asimetría no puede justificarse sobre la base de que una parte sea víctima y la otra autor del delito, pues esta declaración sólo puede expresarla una sentencia judicial condenatoria, que es precisamente lo que no tiene lugar en caso de un acuerdo reparatorio.

En la medida en que la efectiva imposición de pena quede (relativamente al menos) subordinada a la declaración de satisfacción o insatisfacción de la víctima, el carácter público del conflicto que la infracción de la norma produce y que legitima la pretensión punitiva estatal, se desvanece. La reparación como tercera vía del Derecho penal resulta de este modo funcional al mantenimiento a-crítico de la punibilidad de comportamientos respecto de los cuales el legislador se muestra *ex ante* dispuesto a renunciar a la imposición de pena en la medida en que de tal forma las pretensiones de la víctima sean satisfechas. Así puede explicarse, parafraseando a Christine Pott, “la incesante extensión del Derecho Penal a toda forma imaginable de conducta socialmente enojosa, pues [...] el Estado no tiene ya por qué cumplir lo que promete”<sup>49</sup>.

No obstante parezca plausible sostener que la reparación, prescindiendo para estos efectos de su configuración concreta, puede producir consecuencias deseables en el ámbito de la restricción de la imposición de pena, sobre todo como una modalidad de *diversion* frente a la pena privativa de libertad, un modelo de ejercicio del *ius puniendi* que se centre en el interés de la víctima en cuanto titular de una pretensión punitiva debe despertar sospechas respecto de su legitimación. Pues no parece que la intervención del aparato punitivo del Estado deba estar subordinada a la satisfacción de intereses distintos de aquellos intereses que son formalizados como objeto de protección de las normas de comportamiento aseguradas jurídico-penalmente.

La función de la pena, desde un punto de vista preventivo-general, es evitar la infracción de tales normas de comportamiento y asegurar contrafacticamente su vigencia en el caso de su infracción. La determinación de qué normas de comportamiento son seleccionadas como merecedoras y necesitadas de aseguramiento penal constituye la pregunta a que intenta dar respuesta el concepto material de delito. En este sentido, el principio de subsidiariedad es un estándar específico de evaluación de la corrección de la definición del concepto material de delito. Su función es restringir la demanda inflacionista de protección punitiva y no, en cambio, posibilitar la satisfacción de esta demanda hasta el punto de transformar la promesa de no afectación que subyace a la conminación legal de la pena en una amenaza de pena para el evento de la no satisfacción de la víctima.

---

<sup>48</sup> Armenta Deu, “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”, en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*, p. 228.

<sup>49</sup> Pott, “La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre delito de encubrimiento por funcionario y el sobreesimiento”, en *La Insostenible Situación del Derecho Penal* [cit], p. 100.



## II. Imputación a la víctima como imputación objetiva

### *La víctima en la dogmática*

Según Roxin, “la victimología, es decir la teoría criminológica de la conducta de la víctima en la delincuencia, ha comenzado recientemente a irradiar su influencia sobre la dogmática del Derecho penal”<sup>50</sup>. Esta influencia se ha concretado en un creciente interés de la dogmática por la figura del sujeto afectado por el hecho punible, en términos tales que “estas aportaciones dogmáticas al problema de la intervención del sujeto lesionado en la génesis del riesgo son hoy habitualmente agrupadas bajo la denominación de «*victimodogmática*»”<sup>51</sup>. Su principal ámbito de referencia estaría constituido, de acuerdo a Roxin, por “la cuestión de cómo repercute en el injusto la corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido, y especialmente si la misma puede dar lugar a la exclusión del tipo o de la antijuridicidad”<sup>52</sup>.

Desde un punto de vista político-criminal, la irrupción de la víctima como objeto de referencia dogmática puede explicarse bajo distintas orientaciones, contrapuestas entre sí, que se corresponden con tendencias de ampliación o de reducción del ejercicio del *ius puniendi*. Esta cuestión es presentada como el *dilema victimológico*. Según Cancio Meliá, este dilema se funda en que “si la intervención del titular del bien jurídico no es tenida en cuenta, se producirá un castigo en exceso al autor” (*blaming the committer*); “si la relevancia atribuida a esa aportación es exagerada, se estará culpabilizando injustificadamente a la víctima” (*blaming the victim*)<sup>53</sup>.

No puede obviarse, en todo caso, que existe una amplia gama de problemas y construcciones dogmáticas que tradicionalmente han sido atravesados por alguna consideración de la intervención de la víctima en el hecho punible. A continuación se hará referencia a algunos de esos problemas y construcciones.

En el ámbito del consentimiento como causa de exclusión de lo injusto, independientemente de que se entienda como causa de exclusión de la tipicidad o bien como causa de justificación, la consideración de la intervención de la víctima constituye una referencia ineludible, pues en definitiva se trata del análisis de la eficacia de la disposición que puede realizar el titular de bien jurídico.

En la dogmática de la legítima defensa se constata una consideración de la intervención de la víctima en lo relativo al problema de la exclusión o restricción de las facultades de salvaguarda (facultades defensivas) en caso de provocación por parte del agredido. En general, el problema se refiere a aquellos casos en que “alguien provoca a otro a que realice una agresión, para poderle dañar bajo la protección de la legítima defensa”<sup>54</sup>. La posibilidad de excluir o restringir la justificación por legítima defensa se explica precisamente por la intervención precedente de la víctima de la agresión.

<sup>50</sup> Roxin *Derecho Penal. Parte General*, § 14, núm. 15.

<sup>51</sup> Cancio Meliá, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 221-222.

<sup>52</sup> Roxin, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>53</sup> Cancio Meliá, *op. cit.*, pp. 233-234.

<sup>54</sup> Roxin, *op. cit.*, § 15, núm. 59.

En el contexto de la Parte Especial, se observa que el tratamiento de algunos problemas específicos que resultan del análisis de determinados tipos de delitos también responde a consideraciones relativas al comportamiento de la víctima. Así, existe una clase de delitos para cuya consumación se requiere que tenga lugar un determinado comportamiento (activo o pasivo) de la víctima. Como ejemplifica Jakobs,

la coacción sólo se consuma con la realización de la conducta a la que se coacciona, la estafa sólo se consuma al concluir la disposición perjudicial (aunque sin que ésta deba tener ulteriores consecuencias para la víctima); la limitación de la libertad o la desorientación en asuntos económicos no producen *per se* la consumación<sup>55</sup>.

Una adopción radical de esta perspectiva se encuentra en una contribución de Hruschka<sup>56</sup>, cuya pretensión consiste en reformular la explicación de aquellos delitos patrimoniales que importan un desplazamiento de la custodia del objeto de la acción sobre la base de criterios de imputación a la víctima. Probablemente sea en el ámbito del análisis del tipo de estafa donde se encuentre mayores disquisiciones acerca de la importancia de la consideración de la intervención de la víctima en la producción del hecho punible. Más allá de cuestiones específicas, en todo caso, lo que aquí interesa destacar es que hay determinados delitos cuyo núcleo de injusto no se expresa adecuadamente con la noción de *causación*, sino con la de *interacción*, específicamente, interacción entre autor y víctima.

También en el ámbito de la Parte Especial, puede mencionarse el denominado criterio objetivo de interpretación de la alevosía como circunstancia calificante del homicidio, esto es, cuya concurrencia convierte al homicidio simple en homicidio calificado, como otra muestra de ejercicio victimodogmático. Según dicho criterio objetivo de interpretación, “el núcleo esencial de la alevosía estriba, no en la cobardía del ofensor, sino en la indefensión de la víctima”, de modo que la agravante se explicaría como un dispositivo normativo de protección más eficaz para “eventuales víctimas desvalidas”<sup>57</sup>.

Este breve examen de algunos ámbitos tradicionales de la dogmática jurídico-penal da cuenta de la relevancia que la consideración de la víctima ha tenido aun antes del surgimiento de la victimodogmática en sentido estricto. Se hará referencia en lo que sigue a la posibilidad de una articulación estructural de la consideración del comportamiento de la víctima en el contexto de la teoría del delito.

---

<sup>55</sup> Jakobs, “Consumación Material en los Delitos de Lesión contra la Persona”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 04-13 (2002), p. 2. Debe reconocerse que la configuración de la estructura típica de los delitos es, en una dimensión importante, una cuestión institucional o, si se prefiere, desde otra perspectiva, un problema de técnica legislativa. Considérese, por ejemplo, el delito de amenazas condicionales bajo el Código Penal chileno, que en tanto delito de coacción (mediante amenaza) responde inequívocamente a una estructura de interacción (entre coaccionador y coaccionado). Sin embargo, existen importantes puntos de apoyo en favor de su interpretación como un tipo de resultado cortado, esto es, en el sentido de que la realización del comportamiento en que consiste la condición por parte del coaccionado correspondería a un momento posterior a la consumación. Esto, al menos en relación con el tipo de amenazas condicionales de mal constitutivo de delito (artículo 296).

<sup>56</sup> Hruschka, “La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción”, en ADPCP, Vol. LII, 1999, pp. 451 y ss.

<sup>57</sup> Vid. Politoff-Grisolfa-Bustos, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 116.

### *La victimodogmática y el principio victimológico*

La fórmula más generalizada en la construcción del punto de partida de la victimodogmática se encuentra en el denominado *principio victimológico*, el cual, en la línea desarrollada por Schünemann, constituiría una “regla de interpretación para eliminar del ámbito de penalización, en el marco de la interpretación permitida de los tipos, todo comportamiento frente al cual la víctima (por los motivos en particular a desarrollar) no merece ni necesita protección”<sup>58</sup>.

El principio victimológico, en palabras de Silva Sánchez, se formula a partir de la premisa de que “carece de sentido una intervención sancionadora del Derecho penal, cuando la conducta del autor, en sí misma considerada, no contiene un peligro relevante de lesión de bienes jurídicos, sino que adquiere dicho carácter peligroso sólo a consecuencia de determinados comportamientos de la víctima”<sup>59</sup>.

Una primera vía de fundamentación del principio victimológico pretende construirse bajo una determinada comprensión del principio de subsidiariedad. Se sostiene, en efecto, que una optimización del principio de subsidiariedad debería conducir a que la intervención punitiva se limite a aquellos casos en que no existen medios sociales de resolución del conflicto, incluida la posibilidad de protección por parte de la propia víctima. Sólo en aquellos supuestos en que tales alternativas no sean viables podría afirmarse que existe necesidad de pena. En este sentido, Hassemer ha afirmado que, sobre la base de la reconstrucción de la bipolaridad del delito a partir de la consideración conjunta del autor y de la víctima, puede formularse el principio victimológico como categoría general de la teoría del delito, satisfaciéndose así el principio de subsidiariedad. La premisa se encuentra en la constatación de que “la víctima posee con frecuencia posibilidades de protección de los bienes jurídicos y con tales posibilidades debe contar el Derecho penal, en la medida en que el principio de necesidad de la intervención tiene que ver con este aspecto”<sup>60</sup>. En función de esto, en la medida en que la víctima no haga efectivas sus posibilidades de autoprotección, el principio de subsidiariedad impediría la intervención punitiva sustitutiva. Según Hassemer, “[l]os bienes jurídicos que la propia víctima, pudiendo hacerlo en forma razonable, no protege, no es que pasen a formar parte subsidiariamente de la obligación de protección del Derecho penal, sino que, precisamente por esa razón de pasividad de la víctima, perderán también la posibilidad de protección estatal”<sup>61</sup>.

Una segunda vía de fundamentación del principio victimológico pretende construirse a partir de los criterios de *merecimiento de protección y necesidad de protección*. Lo que se postula es la formulación de una correlación entre el merecimiento y la necesidad de pena en atención al comportamiento del autor, y el merecimiento y la necesidad de protección en atención al comportamiento de la víctima. El concepto central, por su implicación normativa, parecería ser el de merecimiento y no el de necesidad, pues en la

<sup>58</sup> Schünemann, “Sistema del Derecho penal y victimodogmática”, en VV.AA., *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 166.

<sup>59</sup> Silva Sánchez, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, en VV.AA., *Criminología y Derecho Penal al Servicio de la persona*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia, San Sebastián, 1989, p. 639.

<sup>60</sup> Hassemer, “Consideraciones sobre la víctima del delito”, en ADPCR, 1990, p. 247.

<sup>61</sup> *Ibid*, p. 248.

medida en que en la necesidad de protección se entienda fácticamente, resulta obvio que cada vez que la víctima ha resultado lesionada, necesitaba, de hecho, protección. Y aparentemente la única respuesta posible se encontraría en una aproximación intuitiva al dilema victimológico, esto es, en la decisión de “imponer a la víctima la «sanción» de la retirada de la protección jurídico-penal”<sup>62</sup>.

Esta fundamentación del principio victimológico ha suscitado una intensa controversia, fundamentalmente porque ella parece desafiar la evidencia de que el Derecho penal ha de compensar la monopolización estatal de la violencia relevando a los ciudadanos de la necesidad de adoptar medidas de autoprotección. Esta objeción ha conducido a que se formulen restricciones al alcance del principio victimológico. Esto se observa, por ejemplo en el modo en que Silva Sánchez pretende reconstruir la discusión entre los defensores de y los objetores del principio victimológico como criterio de interpretación de los tipos penales.

Silva Sánchez contextualiza su análisis diferenciando dos clases de delitos: los *delitos de intervención* y los *delitos de relación*. La diferencia entre ambas clases de delitos se encontraría en que para la consumación de los segundos sería necesaria una determinada contribución de la víctima<sup>63</sup>. De ahí que pueda hablarse también de *delitos de interacción* en relación con esta segunda clase. La tesis, entonces, consiste en que “si esta contribución [de la víctima] se produce, en el caso concreto, con infracción de deberes usuales y exigibles de autoprotección, el autor puede quedar exento de responsabilidad criminal”<sup>64</sup>.

A partir de este planteamiento del problema, Silva Sánchez fundamenta su toma de posición favorable al principio victimológico, sobre la base de la consideración de las consecuencias que se siguen de la condición fragmentaria de la protección penal de bienes jurídicos, tanto en el momento del establecimiento de la disposición legal que expresa el tipo penal, como en el momento de la interpretación judicial de dicha disposición. Según Silva Sánchez, “en el momento legislativo de la incriminación de conductas, es preciso tener en cuenta que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos de modo fragmentario”, lo cual implica que la antijuridicidad del hecho no es condición suficiente de su incriminación, siendo necesario, además, valorar “si el hecho es merecedor de pena, *penalmente* antijurídico, para lo cual hay que ponderar los argumentos favorables (de necesidad de protección) y contrarios (de restricción de derechos individuales) a la incriminación”<sup>65</sup>. En el momento de la interpretación del tipo formulado legislativamente, afirma Silva Sánchez, “la decisión acerca de qué conductas concretas pueden ser encuadradas en el mismo y cuáles no, debe estar presidida por las mismas consideraciones teleológicas”, de lo que se sigue que tendría que excluirse la tipicidad cuando, pese a la posibilidad de subsumir el hecho en el tipo desde el punto de vista de su tenor literal, “ello se opondría a los referidos  *fines* del Derecho penal: evitar la hipertrofia punitiva, proteger *sólo* fragmentariamente los bienes jurídicos, lograr, en suma, una ‘intervención penal mínima’”<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 249.

<sup>63</sup> Silva Sánchez, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, p. 639.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 640.

<sup>66</sup> *Ibid.*

La tesis de Silva Sánchez parece apoyarse en una comprensión de las normas punitivas cercana a una concepción de las reglas como resúmenes<sup>67</sup>. Pues, bajo esta formulación, lo que el principio victimológico pretende es excluir la tipicidad de un comportamiento por no concurrir *in concreto* algunas de las razones que fundamentan la punibilidad de ese comportamiento. Y la cuestión de la tipicidad o de la atipicidad de un comportamiento no es sino una reformulación dogmática de la cuestión de la aplicación o no aplicación de una regla a un caso determinado.

Lo que se objeta a la concepción de las reglas como resúmenes es que ella desconoce la importancia de la diferenciación de las funciones de creación y de aplicación de las reglas. Según Rawls,

[b]ajo la influencia de la concepción sumaria es natural suponer que los funcionarios de un sistema penal [...] pueden decidir qué hacer en casos particulares partiendo de bases utilitaristas”, sin que se advierta “que es incompatible con el principio de práctica el arbitrio general para decidir casos particulares según directrices utilitaristas, y que la discreción que uno pueda tener se define, asimismo, por la práctica<sup>68</sup>.

El punto está en que todos los criterios restrictivos de la imputación que son formulados en el discurso dogmático podrían ser reconducidos a esta comprensión de las reglas y, por ende, verse expuestos a la misma objeción. Es claro, sin embargo, que la autocomprensión actual de la práctica punitiva incorpora la referencia a estos criterios en la definición de la propia práctica. Considérese, por ejemplo, el principio del ámbito de protección de la norma como criterio de exclusión de la imputación. La cuestión consiste, entonces, en determinar de qué forma se explica mejor esta característica de la práctica en la reconstrucción de la práctica.

El problema de la postulación del principio victimológico se encuentra en que se lo presenta como un criterio de interpretación de los tipos de la Parte Especial. En la interpretación de los tipos de la Parte Especial, no obstante, se trata de la reconstrucción racional de los presupuestos de la imputación específicamente asociados a los núcleos de injusto de cada uno de los subsistemas de delitos particulares. Ya sea que la operatividad del principio victimológico se restrinja a los delitos de relación (o interacción), ya sea que se extienda a los delitos de intervención, en todo caso el principio victimológico no es adecuadamente comprendido en tanto se defina como un criterio hermenéutico de las disposiciones de la Parte Especial. Pues la exclusión de la tipicidad de un hecho en función de la intervención de la víctima en el desarrollo de ese hecho no parece depender de consideraciones directamente asociadas al injusto específico del delito en cuestión, sino más bien de consideraciones generales acerca de la afirmación o la negación de cualquier injusto. En este sentido, resulta preferible la incorporación de un criterio referido a la intervención de la víctima en la dogmática de la Parte General.

Desde el punto de vista de la concepción práctica de las reglas, que el adjudicador goce de discrecionalidad para determinar la aplicabilidad de una regla, eso depende de que la discrecionalidad esté reconocida o no en la constitución de la práctica. A este respecto, es inequívoco que es en la Parte General

<sup>67</sup> Rawls, *op. cit.*, pp. 210 y ss.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 243-244.

donde se encuentra más reconocida la formulación *praeter legem* de criterios de imputación<sup>69</sup>. Esta parece ser, efectivamente, una característica aceptada en la reconstrucción de la práctica.

### *Imputación a la víctima e imputación objetiva*

En el contexto de la teoría general del delito, el análisis de la intervención de la víctima se configura en el nivel de la afirmación o exclusión del injusto, fundamentalmente a partir de su correlación con el principio de autorresponsabilidad. En términos más específicos, sobre la base de su correlación con el principio de autorresponsabilidad, el comportamiento de la víctima es incorporado como criterio de imputación. Y esto se produce en la articulación de la teoría de la imputación objetiva<sup>70</sup>.

La teoría de la imputación objetiva se corresponde con un proceso de normativización del juicio de tipicidad. En términos generales, la imputación objetiva se presenta como un correctivo o, progresivamente, como una sustitución de la causalidad en tanto categoría central del tipo objetivo<sup>71</sup>. El juicio de imputación objetiva se estructura en dos niveles o escalones: en un primer nivel de imputación, se trata de examinar si el comportamiento ha creado un riesgo jurídico—penalmente relevante (imputación del comportamiento); en un segundo nivel de imputación, se trata de determinar si ese riesgo —creado por el comportamiento— se ha realizado en el resultado (imputación del resultado).

La distinción entre los dos niveles en que se despliega el juicio de imputación objetiva es importante. Primero, porque la perspectiva bajo la cual se verifica uno y otro juicio de imputación objetiva es distinta: la creación del riesgo se evalúa *ex ante*, en el sentido de la denominada *prognosis objetivo-posterior*, o sea, desde la perspectiva de un observador situado en la posición del autor (y dotado de los eventuales conocimientos especiales de éste), en tanto que la realización del riesgo en el resultado se evalúa *ex post*. Y segundo, porque la exclusión de la imputación (ya) en el primer nivel conduce, *prima facie* al menos, a la irrelevancia típica del comportamiento, mientras que la exclusión de la imputación (sólo) en el segundo nivel no excluye la posibilidad de imputación: esto es, la imputación por tentativa<sup>72</sup>.

La contextualización sistemática del comportamiento de la víctima como criterio de definición del injusto en la teoría de la imputación objetiva, presupone la incorrección de su exclusiva consideración bajo el prisma del consentimiento del ofendido como causa de atipicidad o como causa de justificación<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Sobre esto, *vid.* Baldó Lavilla, “Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito”, en varios autores, *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*, pp. 357 y ss.

<sup>70</sup> Acerca del principio de autorresponsabilidad y su importancia en la teoría de la imputación objetiva. Reyes Alvarado, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en ADPCB, Tomo XLV, 1992, pp. 935-936.

<sup>71</sup> Sobre esto, desde una perspectiva articulada en la teoría de sistemas, Piña Rocheford, “Causalidad e imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, N° 3, pp. 515 y ss.

<sup>72</sup> Esto, por cierto, independientemente de la punibilidad o impunidad de tentativas *ex ante* no peligrosas, lo cual remite al problema de la tentativa inidónea. Acerca de la relación entre la teoría de la imputación objetiva y la discusión acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea, *vid.* Mañalich Raffo, “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, pp. 137 y ss.

<sup>73</sup> En favor de la incorrección de la distinción entre consentimiento como causa de atipicidad (acuerdo) y consentimiento como causa de justificación, *vid.* Roxin, *Derecho Penal Parte General*, § 13, núm. 2-29. Distinguiendo entre acuerdo,

(Continúa en pág. siguiente)

Esta tesis consiste en advertir que, más allá de cuestiones de carácter contingente, como las relativas a las dificultades de prueba o a la exclusión de su eficacia excluyente del injusto en algunos ámbitos, en una serie de constelaciones de casos,

no se trata de la representación de la voluntad de disponer del bien, sino de modo más general de la imputación del comportamiento del sujeto lesionado a sí mismo y de la modificación específica que de ello deriva en la configuración [de] los ámbitos de responsabilidad de los demás intervinientes, y esta configuración es *previa* a una eventual modificación a través de la voluntad, a una disposición (consentimiento)<sup>74</sup>.

Esto se comprueba con la constatación de que, cuando se pretende resolver determinados supuestos de intervención de la víctima desde el punto de vista de la dogmática del consentimiento, se recurre a la noción de consentimiento en el riesgo (o consentimiento no final), como categoría contrapuesta al consentimiento en la lesión (o consentimiento final), para poder explicar la exclusión de la imputación al autor<sup>75</sup>. La pregunta pertinente, entonces, apunta a la corrección de tal consideración de la intervención de la víctima como un problema de concurrencia o ausencia de consentimiento.

En este sentido, destaca la observación de Jakobs, para quien,

[e]n lo concerniente a la víctima, centrar exclusivamente la atención respecto del hecho psíquico del consentimiento demuestra ser tan insuficiente como, de forma análoga, en el lado del autor fijarse únicamente en el dolo. Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo<sup>76</sup>.

A continuación se efectuará un breve análisis de dos propuestas de incorporación de la referencia al comportamiento de la víctima en la teoría de la imputación objetiva, ofreciéndose algunas razones para preferir la segunda.

---

consentimiento como causa de atipicidad y consentimiento como causa de justificación, Jakobs, *Derecho Penal Parte General*, Aparado 7, núm. 104-113. Según Jakobs, la diferencia entre los dos últimos está en si es necesario considerar el contexto, por tratarse de bienes que no son medios de desarrollo de la personalidad sino su presupuesto (justificación), o no es necesario considerar el contexto, pues se trata de bienes que sí son medios de desarrollo de la personalidad (atipicidad).

<sup>74</sup> Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 172.

<sup>75</sup> Vid. Roxin, *Derecho Penal Parte General*, § 24, núm. 101; Jakobs, *Derecho Penal Parte General*, Apartado 7, núm. 126-130.

<sup>76</sup> Jakobs, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 1997, p. 37.

### *La teoría del alcance del tipo*

Ya se hizo referencia a que, en principio, el juicio de imputación objetiva se estructura en dos niveles o escalones de imputación. *En principio*, porque precisamente en relación con el problema de la actuación a propio riesgo de la víctima, Roxin afirma que el juicio de imputación objetiva no se compondría de dos sino de tres escalones: los dos ya considerados y un tercero, en que se examinaría, entre otros factores, la posibilidad de imputación a la víctima para excluir así la imputación al autor.

En un primer momento, Roxin desarrolló esta construcción exclusivamente para el ámbito de los delitos imprudentes, refiriéndose a este criterio de imputación objetiva como *fin de protección de la norma*, de modo de destacar aquellos casos en que “un peligro provocado por el autor se transforma en lesión de un bien jurídico, pero pese a ello no se castiga por delito imprudente”<sup>77</sup>. Posteriormente, Roxin ha reformulado esta construcción con carácter general, postulando su aplicación tanto a los delitos dolosos como a los delitos imprudentes, y sustituyendo su denominación anterior por la de *alcance del tipo*<sup>78</sup>: “Con la realización de un peligro no cubierto por el riesgo permitido se da por regla general la imputación al tipo objetivo. Sin embargo, cada vez se impone más la opinión de que pese a ello en el caso concreto aún puede fracasar la imputación en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica (o sea, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos”<sup>79</sup>.

En lo que aquí interesa, en relación con la afirmación o la exclusión de la imputación a partir de la determinación del alcance del tipo (ámbito de protección de la norma típica), Roxin distingue dos grupos o constelaciones de casos respecto de los cuales debería efectuarse una valoración diferenciada. Estos dos grupos de casos se corresponden con los criterios (alternativos) de *cooperación en una autopuesta en peligro* y de *heteropuesta en peligro con conciencia del riesgo*<sup>80</sup>.

En relación con la cooperación en una autopuesta en peligro, el razonamiento de Roxin parte del argumento de la participación:

Dado que según el Derecho alemán es en principio impune la participación en el suicidio, es decir en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa. Pues si se puede provocar impunemente lo más (la autolesión), con mayor razón ha de poderse provocar sin sanción lo menos (la autopuesta en peligro). El

<sup>77</sup> Roxin, “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”, en *Problemas básicos del derecho penal* [cit], p. 183.

<sup>78</sup> Esta sustitución terminológica presenta una ventaja en lo relativo a la claridad de la exposición, pues de este modo resulta más fácil diferenciar aquellos casos en que la afirmación o la exclusión de la imputación se discute en relación con “el fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido” (ámbito de protección de la norma) de aquellos en que la cuestión se plantea en relación con “el fin de protección de la norma típica” (alcance del tipo). *Vid.* Roxin, *Derecho Penal Parte General*, § 11, núm. 71 y 85.

<sup>79</sup> *Ibid.*, § 11, núm. 85.

<sup>80</sup> En el contexto de la exclusión de la imputación objetiva en casos de riesgos que exceden el alcance del tipo, Roxin trata, además, otros supuestos: aquellos en que tiene lugar una “atribución a la esfera de responsabilidad ajena” y otros casos, tales como los daños derivados de un *shock* y los daños que son consecuencia de otros daños (*ibid.*, § 11, núm. 104-112, § 24, núm. 42-45).



fin de protección de la prohibición del homicidio no cubre este caso; el alcance del tipo no se extiende a tales resultados<sup>81</sup>.

Frente a la cooperación en una autopuesta en peligro, la heteropuesta en peligro con conciencia del riesgo supone que un sujeto no se pone en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo. En muchos de estos casos la jurisprudencia alemana ha recurrido a la categoría del consentimiento del ofendido, lo cual, en opinión de Roxin, resulta insatisfactorio en la medida en que es poco probable que en tales casos el consentimiento se extienda al resultado, además de que en supuestos de resultado de muerte el consentimiento se entiende, en todo caso, ineficaz como causa de exclusión del injusto. Y tampoco resulta correcto, según Roxin, en los supuestos de imprudencia, estimar que en estos casos no se produce una infracción del deber de cuidado, pues “el deber general de cuidado se ha vulnerado en todos los casos debido a la peligrosidad de la conducta del autor que supera todo riesgo generalmente permitido”<sup>82</sup>.

Por ende, Roxin sostiene que la vía correcta de solución ha de partir de la base de que el planteamiento del problema “también debe orientarse en este caso a saber hasta qué punto el tipo conforme a su fin de protección abarca la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste”<sup>83</sup>. De acuerdo con Roxin, en esta constelación de casos sólo se excede el alcance del tipo cuando la heteropuesta en peligro aceptada por el sujeto puesto en peligro es equivalente en todos los aspectos relevantes a una autopuesta en peligro, lo cual se produciría siempre que concurren dos presupuestos: (1) que el daño sea consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales; (2) que el sujeto puesto en peligro tenga la misma responsabilidad por la actuación común que aquel que le pone en peligro.

Es pertinente dar cuenta de que uno de los puntos de apoyo institucional más significativos para la formulación de la distinción entre la cooperación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro con conciencia del riesgo se encuentra en el § 216 del StGB<sup>84</sup>, que establece el delito de homicidio a requerimiento, respecto del cual la doctrina y la jurisprudencia alemanas diferencian la complicidad en el suicidio, que se considera impune<sup>85</sup>. Esta es una consideración importante, dado que tal distinción no parece plausible bajo regulaciones como la chilena, que si bien no criminaliza el suicidio, sí contempla

<sup>81</sup> *Ibid.*, § 11, núm. 86.

<sup>82</sup> *Ibid.*, § 11, núm. 100.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> El § 216 del StGB dispone lo siguiente:

“(1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces se impondrá pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años.

(2) La tentativa es punible”.

*La traducción corresponde a López Díaz, Claudia, Código Penal Alemán, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 242-243.*

<sup>85</sup> *Vid.* Jakobs, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 4, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; del mismo, “La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en casos de muerte”, en, del mismo, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 395 y ss; del mismo, “La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB (Homicidio a petición de la víctima)”, en *Estudios de Derecho Penal*, pp. 413 y ss; Roxin, “Tratamiento jurídico de la eutanasia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-10 (1999).

un delito de intervención en un suicidio ajeno: se trata de la figura denominada “auxilio al suicidio”, establecida en el artículo 393 del Código Penal<sup>86</sup>.

La postulación de la regulación de la intervención en un suicidio ajeno como base de la construcción de la solución de los casos de intervención de la víctima en la lesión o puesta en peligro de sus intereses, debe rechazarse. Esto, en función de la constatación del diferente significado objetivo que presentan los casos de intervención en un suicidio ajeno respecto de los casos de intervención en situaciones de riesgo. Así, mientras que “en el ámbito del suicidio se trata de una disposición sobre el bien jurídico vida”, en el ámbito de las puestas en peligro “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”, puesto que en este segundo ámbito “el suceso «viene determinado por la incertidumbre de los acontecimientos», 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”<sup>87</sup>.

La distinción entre intervención en una autolesión y ejecución de una heterolesión es, en todo caso, problemática por otra razón. El recurso a esta distinción implica una traslación de criterios vinculados a la dogmática de la autoría y la participación a un contexto en el cual el problema no consiste en determinar quién interviene de modo principal (autor) y quién, de modo accesorio (partícipe) en la realización de un injusto, sino en determinar, en términos binarios, si hay o no injusto. Esto no puede resolverse atendiendo primariamente a la circunstancia fáctica de la ejecución material de la actividad arriesgada: se requiere una determinación previa de ámbitos de responsabilidad. Y ésta es la función del juicio de imputación objetiva del comportamiento.

### *Autorresponsabilidad e imputación a la víctima*

La construcción propuesta por Roxin ha sido objetada, en el sentido de que no resultaría correcto ni necesario el recurso a un tercer nivel o escalón de imputación objetiva para solucionar adecuadamente los casos en que la asunción del riesgo por parte de la víctima puede excluir la imputación al autor. A este respecto destaca la tesis de Cancio Meliá, quien propone que la correcta ubicación sistemática de la imputación a la víctima, en tanto categoría autónoma del juicio de imputación objetiva, se encuentra en el primer nivel de imputación, esto es, en la imputación del comportamiento. Es pertinente considerar someramente su punto de partida.

Después de rechazar la configuración de la autorresponsabilidad como un principio prejurídico (Zaczyk), así como su determinación de modo puramente funcional dentro del sistema dogmático (Frisch

<sup>86</sup> El artículo 393 del Código Penal chileno establece: “El que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados mínimos a máximo, si se efectúa la muerte”. Bascuñán Rodríguez defiende una interpretación restrictiva de esta disposición, a partir de su evaluación bajo una tesis de justicia política liberal comprometida con la fundamentación de un derecho al suicidio. Según Bascuñán, puede fundamentarse una interpretación conforme a la cual la aplicabilidad de la norma se restringiera a “casos de peligro abstracto por potenciación del apresuramiento del modo de tratar la propia vida” (Bascuñán Rodríguez, *Introducción a la Regulación Penal de los Atentados contra la Vida Humana*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001, pp. 30-31, nota 63).

<sup>87</sup> Cancio Meliá, *op. cit.*, pp. 48-49.

y Derksen), Cancio Meliá postula una construcción intermedia del principio de autorresponsabilidad como “punto de partida material del sistema de imputación”. La premisa se encuentra en que el ordenamiento jurídico parecería suponer de modo implícito que “todos han de responder tan sólo de sus propios actos”: “la idea de autodeterminación tiene como presupuesto indudable la idea de responsabilidad personal”<sup>88</sup>. Esto se conecta con la aserción, formulada por Jakobs, de que en una sociedad de libertades, “la libertad central de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”, pues sin este sinalagma “sería imposible al menos organizar los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad”<sup>89</sup>. Así, “el nexo libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias es una institución, al igual que lo es, por ejemplo, la relación paterno-filial o el Estado de Derecho, etc.”<sup>90</sup>.

Sin embargo, la consideración anterior es insuficiente. Según Cancio Meliá, en relación con la víctima de lo que se trata es de la configuración de *un ámbito de responsabilidad preferente*, en la medida en que “además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta conlleva, hay elementos que indican que al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuirse una posición especial”<sup>91</sup>, pues en tanto el derecho permite al titular de esos bienes organizar su actividad vital de manera arriesgada, resulta que “[c]omo correlato de esa libertad de organización vital arriesgada, será también el titular quien deba asumir de *modo preferente* los daños que puedan derivarse de ella”<sup>92</sup>.

A partir de la tesis del ámbito de responsabilidad preferente de la víctima puede construirse una definición de la institución de la imputación a la víctima. En la formulación de Cancio Meliá, la definición de este ámbito se construye de este modo:

Quando 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:

- a) la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima,
- b) la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada (auto-)responsable,
- c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima<sup>93</sup>.

En cuanto al primer presupuesto, la organización conjunta no debe ser entendida como una actividad compartida en sentido paralelo a la coautoría (esto es, según las reglas de distribución del trabajo),

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>89</sup> Jakobs, “Teoría y Praxis de la Injerencia”, en Jakobs, Cancio Meliá, *Conferencias sobre Temas Penales*, Rubinzal, Buenos Aires, 2000, p. 52.

<sup>90</sup> Jakobs, “La Omisión: Estado de la Cuestión”, en VV.AA., *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 135.

<sup>91</sup> Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 277.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 284.

sino que “[l]o importante es que la interacción entre víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo”<sup>94</sup>, según parámetros normativos, de modo tal de que sea posible determinar “hasta qué punto el contacto social en cuestión puede ser definido de modo unilateral por la víctima como inocuo y a partir de qué momento la organización conjunta abandona esa esfera y adquiere una definición objetiva propia que no depende del arbitrio de los intervinientes”<sup>95</sup>.

Cancio Meliá considera que la actividad arriesgada excede de la organización conjunta básicamente en dos constelaciones de casos, en los cuales, por lo mismo, se excluiría la imputación a la víctima, esto es, la explicación del hecho como una actuación a propio riesgo. En la primera constelación se comprenderían supuestos de “extralimitación de la organización conjunta”, esto es, supuestos en que “la conducta del autor introduce un elemento adicional a los factores de riesgo presentes en el contexto común” o en que “la situación de hecho contiene de algún modo un factor de riesgo que no pertenece a la organización conjunta”<sup>96</sup>.

La segunda constelación está integrada por casos en que concurren “deberes de cuidado en la organización conjunta”: se excluye la imputación a 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 los que generen el riesgo que se concreta en la lesión de la víctima<sup>97</sup>.

Respecto del segundo presupuesto, se trata de excluir la imputación a la víctima en aquellos casos en que ésta es utilizada como instrumento en un curso que resulta lesivo para sus intereses, es decir, de excluir la imputación a la víctima en los casos en que ella es instrumento para su autolesión o autopuesta en peligro, debiendo, en tales casos, imputarse la lesión al otro sujeto, básicamente a título de autor mediato<sup>98</sup>.

Cancio Meliá propone distinguir algunos supuestos de superioridad del autor. En primer lugar, destacan los casos de defectos de responsabilidad de la víctima<sup>99</sup>. Estos pueden corresponder a defectos constitucionales o bien a defectos situacionales. Los primeros corresponden, básicamente, a hipótesis de trastornos psíquicos o de minoridad de la víctima. Los segundos, a hipótesis de interacción coercitiva. Respecto de ambas clases de defectos de responsabilidad existe controversia acerca del criterio que ha de fundamentar la imputación al autor (a título de autoría mediata). Una tesis postula la aplicación de las reglas del consentimiento. Otra tesis, en cambio, la aplicación (analógica) de las reglas de la imputabilidad

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 290.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 291; Jakobs, *Derecho Penal*, Apartado 7, núm. 126.

<sup>96</sup> Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 292.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>98</sup> Sobre esto, en general, *vid.* Amelung, “Sobre el baremo de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona”, en, VV.AA., *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 323 y ss.

<sup>99</sup> *Vid.* Cancio Meliá, *op. cit.*, pp. 354 y ss.

(para la evaluación de los defectos constitucionales) y de las reglas del estado de necesidad exculpante (para la evaluación de los defectos situacionales), esto es, del baremo de la culpabilidad<sup>100</sup>.

En segundo lugar figuran los casos de defectos cognitivos que configuren una situación de superioridad del autor y, por ende, excluyan la imputación a la víctima<sup>101</sup>. En este sentido, la referencia estándar consiste en recurrir a la fórmula de los conocimientos superiores del autor. Sin embargo, con esto se desconoce, siguiendo en este punto a Jakobs, que en el contexto de una sociedad de contactos anónimos “en principio es asunto de cada uno procurarse la competencia para cumplir sus respectivos roles. Si no concurre un elemento adicional, un error es un defecto de quien yerra”<sup>102</sup>. Luego, el criterio se encuentra en que “el hombre de atrás sólo responderá de un comportamiento de otro que actúa por error en caso de que concorra competencia”<sup>103</sup>, esto es, competencia del autor por el error de la víctima. Según Cancio Meliá, ésta es una cuestión que debe resolverse, una vez más, desde una perspectiva objetivo–normativa: la imputación a título de autoría mediata sólo será posible “cuando el contexto imputable a la víctima sea distinto e inferior en potencial lesivo al contexto imputable al autor”<sup>104</sup>.

Por último, el tercer presupuesto conduce a la exclusión de la imputación a la víctima y, correlativamente, a la afirmación de la imputación al autor, en aquellos casos en que a éste corresponde una “posición especial de garantía”, de modo análogo a como tiene lugar su fundamentación en el contexto de la comisión por omisión: “se trata de supuestos en los que una razón normativa especial desplaza al principio de autorresponsabilidad y sus consecuencias dogmáticas”<sup>105</sup>. Fundamentalmente, esto se da en ámbitos en que “la organización conjunta de una actividad generadora de riesgos es llevada a cabo bajo la dirección de uno de los sujetos intervinientes y en interés de éste”<sup>106</sup>, como por ejemplo, en el contexto de relaciones laborales.

### *La imputación a la víctima en la imputación objetiva*

Al preguntarse acerca de la posibilidad de sintetizar las características de la imputación a la víctima en el marco normativo de la teoría del tipo penal, Cancio Meliá opta por prescindir de la referencia a los

<sup>100</sup> Sobre esto, en general, *vid.* Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 182-187, 263-264, 267-269, 713-715. Se trata de aplicación analógica y no directa, porque tales reglas desempeñan una función adscriptiva (atributiva) de responsabilidad respecto del sujeto que realiza un injusto encontrándose, empero, en tales situaciones. Cuando se trata de un sujeto que se autolesiona, no puede atribuirse a éste responsabilidad alguna, pues no realiza un injusto (sin perjuicio de que otro lo realice, como autor mediato, a través de él).

<sup>101</sup> Es importante destacar que en estos casos podría plantearse la tesis de que no se trata ya de autoría mediata sino de autoría directa. Esto, porque los supuestos más relevantes son aquellos en que el instrumento de la autolesión actúa con un error análogo a un error de tipo (“instrumento cuasi no doloso”), esto es, desconociendo que realiza lo que realiza.

<sup>102</sup> Jakobs, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 15, Bogotá, 1996, p. 14.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>104</sup> Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 370.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 310.

presupuestos de la imputación a la víctima como si se tratara de la infracción de deberes de autoprotección<sup>107</sup>. Pues como sostiene Silva Sánchez, en el contexto de un Estado que pretende monopolizar la función policial, no parece posible exigir determinadas medidas de autoprotección como deberes<sup>108</sup>. Según Cancio Meliá, “el único contenido razonable que puede corresponder –aun desde la perspectiva interna de las propuestas de quienes utilizan esa terminología– a los «deberes de autoprotección» es el de resumir sintéticamente los presupuestos –con independencia de cómo éstos hayan sido configurados en la concreta propuesta dogmática– bajo los cuales la interacción entre víctima y autor resulta imputable al ámbito de responsabilidad de la víctima”, y esos presupuestos no serían sino aquellos bajo los cuales esa interacción entre víctima y autor “se presenta en atención a la concurrencia de una organización conjunta, como asunto de la víctima”<sup>109</sup>.

La construcción propuesta por Cancio Meliá se concreta en la tesis de que “la conducta de la víctima puede constituir un factor normativo en la delimitación de esferas de responsabilidad en el marco del tipo objetivo”, de manera que el comportamiento del autor no será objetivamente imputable, esto es, no realizará el tipo objetivo, “cuando en virtud de la conducta de la víctima el suceso pueda atribuirse al ámbito de responsabilidad preferente de ésta”<sup>110</sup>. Y según Cancio Meliá, la posición que le corresponde a la imputación a la víctima como categoría específica dentro de la teoría de la imputación objetiva se encuentra en el primer nivel de imputación objetiva. Pero en razón de su especificidad no sólo debe ser distinguida de la imputación del resultado, sino que debe diferenciarse, además, de los otros criterios constitutivos del juicio de imputación del comportamiento: riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, etc. Lo cual no implica, en todo caso, que el comportamiento de la víctima no pueda ser relevante bajo otros criterios de imputación objetiva, tanto en el nivel de la imputación del comportamiento como en el nivel de la imputación de resultado<sup>111</sup>.

Esta forma de estructurar la consideración de la intervención de la víctima como criterio de imputación al autor se corresponde con la evolución que ha tenido la teoría de la imputación objetiva en las últimas décadas. Originariamente, la imputación objetiva fue introducida como una teoría que pretendía corregir o aun desplazar a la referencia a la causalidad como criterio de atribución del resultado a la conducta típica. En ese sentido, el énfasis estaba puesto en el segundo nivel de imputación objetiva. Progresivamente, sin embargo, el énfasis se ha desplazado hacia el primer nivel de imputación objetiva, esto es, al nivel de la imputación del comportamiento. Así se explica, por lo demás, que actualmente la teoría de la imputación objetiva se presente a sí misma como una reconstrucción general del juicio de tipicidad, aplicable no sólo a delitos de resultado sino también a delitos de mera actividad, no sólo a delitos de lesión sino también a delitos de peligro, y no sólo supuestos de consumación sino también a supuestos de tentativa.

<sup>107</sup> Hablando de deberes de autoprotección, Jakobs, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, pp. 35-36; el mismo, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, en, del mismo, *Estudios de Derecho Penal* [cit], pp. 220-221; el mismo, “La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en casos de muerte”, pp. 401-402.

<sup>108</sup> Silva Sánchez, “¿Consideraciones victimológicas en la teoría del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, p. 641.

<sup>109</sup> Cancio Meliá, *op. cit.*, p. 302.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>111</sup> Sobre esto, Cancio Meliá, pp. 315-346. En su análisis, Cancio Meliá se atiene, básicamente, a la formulación de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Jakobs.

A este respecto, es importante preguntarse en qué consiste el juicio de imputación del comportamiento. Según Frisch, considerar este juicio como un juicio de *imputación* sólo produce confusiones. En opinión de Frisch, “el requisito de la creación del peligro desaprobado unido a la acción no es un presupuesto de la imputación. Si no hay creación de un peligro desaprobado unido a la conducta, entonces lo que en realidad falta es una conducta prohibida”<sup>112</sup>. Lo que puede objetarse al tratamiento de la creación del riesgo no permitido como problema de imputación es que por esta vía se desconoce una diferencia categorial fundamental entre dos clases de juicios que son necesarios para la fundamentación de responsabilidad penal. Los problemas de imputación *stricto sensu* son problemas que se presentan en el nivel de los juicios adscriptivos. Problemas de esta clase serían, según Frisch, la determinación de si concurre o no una acción, la determinación de si un resultado puede ser imputado a esa acción, y la determinación de si una acción puede ser atribuida a la culpabilidad del agente<sup>113</sup>. En el lenguaje de la teoría de las normas, se trata de problemas que se reconocen bajo el punto de vista de las reglas de imputación. En el ámbito de la determinación de la creación del riesgo no permitido, el problema consiste en la configuración de lo prohibido, esto es, la constitución del injusto en tanto objeto de imputación<sup>114</sup>. Se trata, por ende, de la formulación de un juicio prescriptivo, un juicio que determina la licitud o la ilicitud de la conducta. En el lenguaje de la teoría de las normas, el punto de vista es el de las reglas de comportamiento<sup>115</sup>.

En el sentido de las observaciones anteriores, es claro que la tesis de Cancio Meliá entiende el problema de la imputación a la víctima como un problema que se contextualiza en el nivel de la configuración misma de la afirmación o de la exclusión del injusto. Así, la propuesta de Cancio Meliá refleja adecuadamente que el problema de la imputación a la víctima constituye un problema de determinación de ámbitos de responsabilidad y, por ende, de distribución de autonomía. Pues la imputación a la víctima consiste, paradójicamente, en la afirmación de que no hay víctima sino infortunio.

<sup>112</sup> Frisch, “La Imputación Objetiva: Estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito* [cit], p. 59.

<sup>113</sup> *Ibid.*, pp. 62-63.

<sup>114</sup> *Ibid.*, pp. 63-64.

<sup>115</sup> Para la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de sanción y, en general, entre presupuestos prescriptivos y adscriptivos de la responsabilidad penal, Hruschka, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en ADPCP, Tomo XLVII, Fascículo III, 1994, pp. 343 y ss. La recepción de esta contraposición por Frisch ha sido fundamentalmente controvertida por Kindhäuser y Vogel, quienes rechazan la tesis de que la infracción de la norma de comportamiento, que importa la afirmación de la tipicidad de la conducta, deba determinarse *ex ante*. Según Vogel, la norma de comportamiento se infiere en el sentido de una formulación contradictoria del respectivo tipo de delito, de modo que su infracción supone la plena realización del tipo. La cuestión de si el agente podía o no resultar vinculado por la norma en la situación concreta en que se encontraba no constituye la pregunta por la infracción de la norma de comportamiento, sino que constituye la pregunta por la imputación de primer nivel: imputación a la (capacidad de) acción como contradicción al deber, lo cual constituye una categoría de la norma de sanción Vogel, *Norm und Pflicht bei den unechten Unserlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 49-50, 53-56. De ahí que bajo esta concepción la tentativa constituya un comportamiento contrario a deber, pero no antinormativo (*ibid.*, pp. 72-74). Por otra parte, que el riesgo permitido constituya un criterio que defina la conducta prohibida y que, por tanto, constituya una categoría prescriptiva, no es una afirmación exenta de controversia. Cabe hacer referencia a la tesis de Kindhäuser, conforme a la cual el riesgo permitido es un criterio de exclusión de la infracción del deber de cuidado, que constituye un criterio de imputación extraordinaria de la infracción de la norma subyacente al tipo a la capacidad de acción: “[e]l riesgo permitido no excluye la realización del tipo penal, sino que solo [sic] deja ser improcedente la competencia sobre la incapacidad específica de acción [...]” (Kindhäuser, “Imprudencia y riesgo permitido”, en, del mismo, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios No 9, Bogotá, 1996, p. 130). La imputación por imprudencia es extraordinaria en el sentido de que ella presupone ausencia del (correspondiente) vínculo de imputación ordinaria (en este caso, el dolo) y la responsabilidad del sujeto por esa ausencia.