

CAPÍTULO SEGUNDO

IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA

En la sociedad actual, en la que ya no existe un derecho natural que obligue al ser humano a perfeccionarse moralmente, y en la que los vínculos religiosos corresponden a un ámbito residual privado, en el que el Estado ya no administra objetividad, verdad y moral, sino que en el mejor de los casos sólo sirve de garante para la protección, la previsión y el mejoramiento en la calidad de vida de sus asociados, la pregunta sobre el sentido de la vida ya no viene de la esfera de lo público, sino del ámbito de lo privado.¹⁵⁴

De esta manera, la autolesión de personas responsables, incluso hasta su misma destrucción, no pueden constituir un injusto penal, como tampoco puede serlo la participación en ella. Tampoco la heterolesión con consentimiento o participación a propio riesgo del lesionado. Sólo se puede hablar del injusto penal cuando una persona se arroga un ámbito de competencia ajeno; esto es, una lesión no se produce por arrogación del ámbito de organización de otro, sino que ella es producto de una autoorganización de la otra persona responsable.¹⁵⁵

Uno de los temas más controvertidos en los últimos años es sin lugar a dudas el de la imputación a la víctima, ya que en un hecho delictivo siempre se ha partido de que la víctima es quien resiente el actuar antijurídico, pero hay supuestos de hecho en los que se tiene que analizar la relevancia de la conducta de la víctima en la producción de la lesión de sus propios bienes jurídicos, de su incidencia en la valoración jurídico-penal que merece el comportamiento del otro interviniente, es decir, el autor.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Jakobs, Günther, *La organización de autolesión y heterolesión*, pp. 1 y ss.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ Daza, Carlos, *op. cit.*, p. 30.

La intervención de Edwin Henry Sutherland en el estudio del comportamiento de la víctima del delito, jugó un papel muy importante para lo que hoy se explica en el presente trabajo; su teoría sostenía, entre otras cosas, que cuando la conducta criminal se aprende, la transmisión incluye la forma en que la víctima crea las condiciones de su propia victimización; esto se comprueba con el caso del ladrón profesional de los subterráneos de la ciudad de Nueva York, siendo que las investigaciones propias y ajenas mostraron que cada tipo de acción criminosa incluye un tipo de racionalización, de motivación o de justificación por la que el actor criminoso se despojó, de responsabilidad.¹⁵⁷

Llama la atención la base legal de la víctima dentro del sistema jurídico, sobre las reformas fundamentales que devolverán algunos derechos y algún papel activo a la víctima en el proceso jurídico de toma de decisiones, considerando que la víctima es el componente más descuidado en los procedimientos de justicia penal; después que la víctima ha informado a través de la denuncia su victimización y ha proporcionado información a la policía, quizá no tenga más noticias de las instituciones.¹⁵⁸

En los albores de la civilización humana, la víctima del delito fue siempre el protagonista máximo del drama penal. El mayor o menor grado de reacción vindicativa radicaba estrictamente en la voluntad y en las manos de la víctima. Era la víctima la que determinaba la magnitud de la venganza. La única noción de justicia que existía entonces era la que emanaba del sentimiento de justicia que pudiera tener la víctima.¹⁵⁹

Con el paso del tiempo, los derechos absolutos que primitivamente tenía la víctima se fueron limitando en forma progresiva, comenzando a ser un participante responsable en el proceso judicial, ante una corte de justicia, con la cual se va desarrollando

¹⁵⁷ David, Pedro, *Criminología y sociedad*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 119.

¹⁵⁸ Marchiori, Hilda, *Criminología. La víctima del delito*, México, Porrúa, p. 29.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 30

el concepto moderno del orden legal, tanto en materia civil como criminal.¹⁶⁰

La imputación a la víctima con el estudio de las teorías de Jakobs y Roxin trae como punto de partida antes de analizar al sujeto activo, el estudio del comportamiento en sociedad de la víctima, esto es, se genera por parte de la imputación a la víctima la reflexión de los elementos del reproche de una conducta dolosa, ya que se parte de la idea de que en cada rol de comportamiento por parte de la víctima se analiza la manifestación de la voluntad, el consentimiento y el conocimiento.¹⁶¹

Según Günther Jakobs, puede que la configuración de un contacto social compete no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido, ya que su comportamiento fundamentalmente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de la víctima por obra del destino, por infortunio, supuesto en los cuales la víctima puede todavía ejercer un mínimo de protección de sus propios bienes jurídicos, y este ejercicio de autoprotección ser, incluso, efectivo.¹⁶²

Naturalmente, cuando se alude al papel de las víctimas, en general, se está abordando un tema tan antiguo como la propia humanidad presente en todas las civilizaciones y religiones y ampliamente documentado en los clásicos y aun en el folclore de cada

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ Díaz, Enrique, *op. cit.*, p. 100. Menciona que la elevación de un peligro por encima del riesgo permitido da lugar a la imputación al tipo objetivo, sin embargo, aun ello tiene ciertas excepciones en las cuales es la propia víctima la que se pone en peligro con la participación de otros (autolesión) u otorga su consentimiento para que sea otro quien realice la conducta que le causará daño (heterolesión); de ello paso a ocuparme a continuación. La imputación a la víctima o imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima se conforma de un conjunto de criterios normativos a través de los cuales se intenta determinar los supuestos en los cuales el resultado lesivo le es imputable a la propia víctima y no al sujeto activo, dando lugar a la exclusión de la tipicidad de la conducta de este último, y por tanto a su impunidad.

¹⁶² Rusconi, Maximiliano, *Algunas reflexiones sobre la victimodogmática.*

país. Asimismo, la aproximación científica no se produce hasta después de la Segunda Guerra Mundial, en coincidencia cronológica con otras aportaciones que el futuro habría de alcanzar cierta relevancia y difusión.¹⁶³

Entre los pioneros de la nueva ciencia goza de generalizado reconocimiento H. Von Hentig, criminólogo alemán exiliado en los Estados Unidos, hasta el punto de que una de sus obras más celebradas, aparecida a finales de la década de los cuarenta, se considera el punto de partida de los estudios científicos sobre la víctima del delito.¹⁶⁴

Von Hentig matizó el hasta entonces indiscutido protagonismo del autor, trayendo a un primer plano su relación con la víctima y configurando el concepto de la pareja criminal. A partir de este momento se abre camino la idea de que muchos delitos son difícilmente explicables, o no lo son en absoluto, si no se tiene en cuenta la aludida relación autor-víctima, si no se contempla la conducta a veces cooperadora o, incluso, provocadora del sujeto pasivo, y todo ello determinado porque existen personas o colectivos que por sus específicas características soportan un alto riesgo de victimización.¹⁶⁵

En su desenvolvimiento, la victimología se ha preocupado preferentemente de las cuestiones de indemnizaciones a las víctimas de hechos delictivos, de la elaboración y ejecución de programas de ayuda, de alcanzar una mejor comprensión del fenómeno criminal en función de la posible intervención de la víctima, que puede matizar la responsabilidad del delincuente.¹⁶⁶

¹⁶³ Landrove Díaz, Gerardo, *La moderna victimología*, Tirant lo Branch, p. 25.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 26.

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ Landrave Díaz, Gerardo, *op. cit.*, p. 33.

I. LA VICTIMODOGMÁTICA

Desde hace al menos un cuarto de siglo se habla sobre todo en la doctrina alemana de una “*Viktimodogmatik*”, que pretende abordar un análisis dogmático orientado al comportamiento de las víctimas, y con especial incidencia en la teoría jurídica del delito. La victimodogmática parte de la inteligencia de que algunas víctimas contribuyen dolosa o imprudentemente a la propia victimización, lo que puede influir en la responsabilidad criminal del delincuente, incluso hasta el punto de erradicarla.¹⁶⁷

Se encuentra ante la pretensión de encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría de carácter dogmático, es decir, que implique un principio a tener en cuenta en toda la sistemática del delito y no sólo con relación al consentimiento o la provocación. La protección penal sólo se abriría camino cuando se rebasen las posibilidades de autoprotección de la víctima.¹⁶⁸

En este sentido, en el consentimiento frente a bienes jurídicos disponibles desaparece la tipicidad, bien por simple atipicidad, bien con la tesis de los elementos negativos del tipo, o con la atipicidad conglobante, y ser parte de la ausencia de lesión al bien jurídico.¹⁶⁹

Por su parte, la victimodogmática estudia qué efectos para el injusto puede tener una corresponsabilidad de la víctima en los hechos y si tal responsabilidad puede producir una exclusión del tipo o la antijuridicidad, esto es, su máxima interpretativa es que sólo puede subsumirse en el tipo penal una acción que afecte a la posible o exigible protección para sí misma de una víctima potencial.¹⁷⁰

Ahora bien, no es del todo justo, a la hora de efectuar la imputación penal, que se lo haga sin el análisis de la conducta desplegada por la víctima en el delito de que retrate; en este orden de ideas,

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 39.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ Pérez Pinzón, Álvaro, *op. cit.*, p. 152.

¹⁷⁰ Daza, Carlos, *op. cit.*, p. 33.

un comportamiento de la víctima repercute favorablemente en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor.¹⁷¹

El principio de necesidad de tutela de la víctima, que vincula a la noción de la intensidad concreta del peligro, según el criterio de que a medida que aumenta la peligrosidad concreta a causa del comportamiento del sujeto pasivo disminuye la necesidad de la tutela.

Por eso, en casos donde se encuentra que los contactos entre el autor y la víctima responden a un complejo vínculo psicológico, donde cada uno de ellos contribuye a la generación del hecho delictivo, es plausible frente a la necesidad de efectuar la imputación al efectivo autor del hecho, descargar lo aportado por la víctima, lo que puede acarrear, según cada caso en particular, una atenuación de la pena, o bien, la atipicidad de la conducta desplegada por el autor.¹⁷²

La victimodogmática ha pretendido poner de relieve todos los aspectos del derecho penal en los que se toma en consideración a la víctima. Es así como ha surgido el principio de autorresponsabilidad, conforme al cual la víctima ha de responder por su propio comportamiento, en el sentido de que ha de evitar que él sea la causa o antecedente del hecho que lo afecte.¹⁷³

De este modo, la victimodogmática ha encontrado mecanismos e instrumentos dogmáticos de atribución del hecho a la víctima dentro del estrato de la tipicidad, más precisamente en las categorías propuestas por la imputación objetiva; asimismo, el principio victimodogmática, también denominado “competencia de la víctima” o “imputación a la víctima”, es en este supuesto donde se produce el tratamiento dogmático-penal de los supuestos que van a ser objeto ventral de estudio como la participación de un tercero

¹⁷¹ La victimodogmática como limitadora del *ius puniendi*, en www.terrañijurista.com, consultado el 25 de octubre de 2008.

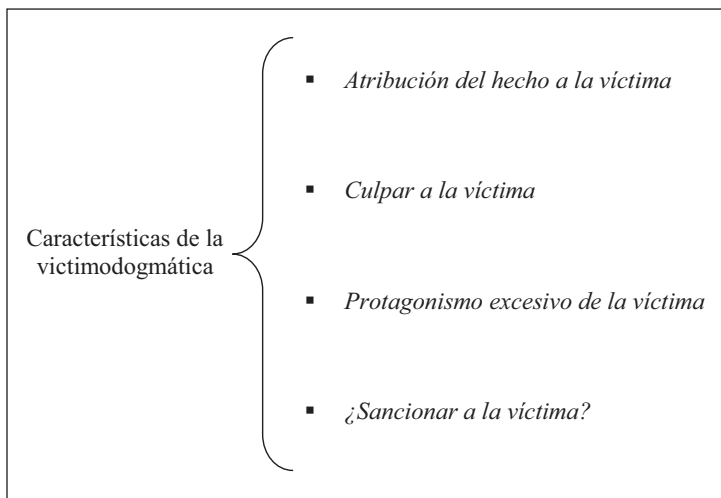
¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ Sueiro, Carlos, *La naturaleza jurídica de la reparación del daño, penológica, dogmática, procesalista y político criminal*, en www.espaciosjuridicos.com, consultado en octubre de 2008.

en casos de autopuesta en peligro y puesta en peligro ajena consentida.¹⁷⁴

En esta tesitura, la victimodogmática realiza una manifestación, que se denomina culpar a la víctima por el protagonismo excesivo que en definitiva la asunción de una víctima culpable, punitiva y mercantil permitiría afirmar que la victimodogmática aparece como continuadora de algunas de la antigua victimología.¹⁷⁵

Esquema 4



II. EL PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD

La autorresponsabilidad es un concepto altamente normativo al que se le han dado diversas connotaciones, lo que implica riesgos a la hora de aplicarlo al caso concreto, pues se puede violar

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 19.

el principio de igualdad y, por ende, el de la seguridad jurídica. Igualmente, la idea que se tenga de la autorresponsabilidad será la clave para determinar los ámbitos de responsabilidad de la víctima y del autor, la cual es aplicada a la solución de casos particulares.¹⁷⁶

La idea del principio de autorresponsabilidad está vinculada al concepto de libertad, ésta construye su elaboración de la idea en cuanto al concepto fundamentador para el análisis dogmático sobre la definición de libertad de Kant, expresada a través del imperativo categórico. La autorresponsabilidad en el sentido jurídico, sólo es un segmento fundamentado en la libertad del ámbito global de autodeterminación y ser uno mismo.¹⁷⁷

Pasa al ámbito de la dogmática jurídico-penal para determinar cuál puede ser la relevancia dogmática de ese concepto, siendo que la idea de autorresponsabilidad se encuentra de acuerdo con la visión habitual del derecho penal; centrada en el autor, pasa al ámbito de la víctima puesto que el actuar de la víctima no puede ser injusto, conforme al pensamiento jurídico-penal habitual habría que analizar tan solo el comportamiento del otro. Sin embargo, no se debe perder de vista que en cuanto mayor es la densidad del dominio del suceso por parte de la víctima, mayores son las posibilidades para estimar que el comportamiento del otro sujeto no es constitutivo de injusto.¹⁷⁸

El contenido material asignado a la idea de autorresponsabilidad en esta aproximación es muy sencillo; en principio, el ordenamiento jurídico parece partir de modo implícito de que todos han de responder sus propios actos.

En esta tesitura, la idea de autodeterminación tiene como presupuesto indudable la idea de responsabilidad personal; la imagen

¹⁷⁶ Wolfgang, Frisch, *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, trad. de Beatriz de la Gandara Vallejo, Madrid, Colex, 1995, pp. 125 y ss.

¹⁷⁷ Cancio Melia, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Barcelona, Bosch, p. 266.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 269.

del ser humano que delinea la Constitución parte en todo caso, de que este tiene capacidad para autodeterminarse.¹⁷⁹

El comportamiento de la víctima, según Wolter Zurechnung, es para quien cuando la conducta posterior de aquella sea en una medida considerable descuidada e imprudente procede excluir la imputación, ya que con tales actos heroicos no tiene por qué contar ni la comunidad jurídica ni el autor.¹⁸⁰

En la medida en que la propia víctima sea competente para determinados conocimientos, el eventual déficit de conocimiento no debe oponerse a la calificación de la conducta autopeligrosa como autopuesta en peligro autoresponsable. Todo ello demuestra que la autorresponsabilidad de la autopuesta en peligro es un concepto altamente normativo que es utilizado en la actual discusión de una forma encubierta por múltiples facetas, y que, por consiguiente, implica un peligro nada desdeñable para la igualdad y la seguridad jurídica.¹⁸¹

De esta manera, determinar si estaba o no dentro del ámbito de responsabilidad de quien crea la situación de peligro, informarle a quien asume el riesgo las consecuencias negativas de su conducta. Viéndolo desde el punto de vista de la víctima, si la cognoscibilidad del peligro es un asunto que entra exclusivamente dentro de su competencia, y no de la del tercero.¹⁸²

De este modo, la imputación a la víctima eliminaría la imputación objetiva, pues la adscripción al ámbito de responsabilidad de la víctima, en cuanto proceso normativo, puede tender un puente entre las conductas aisladas del autor y de la víctima, siendo que el sentido objetivo común creado por la víctima y el autor en su interacción, mediante su organización conjunta, al ser imputado al ámbito de responsabilidad de la víctima, que, por lo tanto, no

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 277.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 335.

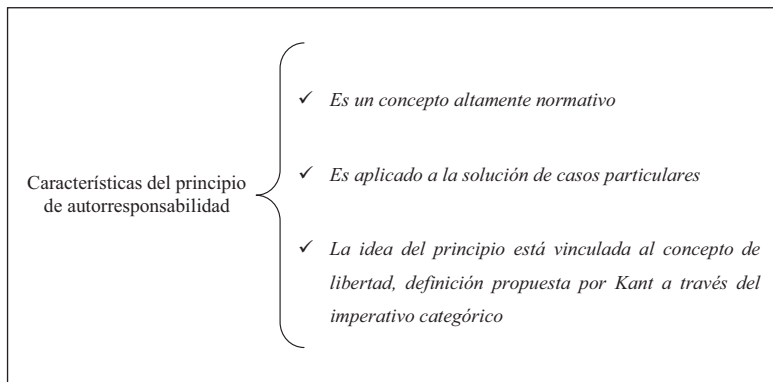
¹⁸¹ Daza, Carlos, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸² *Idem*.

es tal, impide que la aportación del autor pueda tener significado delictivo.¹⁸³

La imputación a la víctima, por lo tanto, debe configurarse desde el punto de vista sistemático como una institución dogmática específica respecto de otros criterios de imputación; sin embargo, es necesario hacer referencia a ciertos sectores normativos en los que no pueden regir las pautas generales de delimitación de ámbitos de responsabilidad por corresponder al autor un específico deber de tutela respecto de los bienes de la víctima.¹⁸⁴

Esquema 5



En opinión de Schumann, el principio de autorresponsabilidad de la víctima parte de que la existencia de una responsabilidad penal (imputabilidad) demuestra la imagen de los ciudadanos como seres responsables que presiden del ordenamiento.¹⁸⁵

Hasta ahora la idea de Hegel con relación al término “libertad” toma vigencia en cuanto a la visión de la aplicación de la imputación a la víctima, ya que si bien es cierto que puede resultar a

¹⁸³ Cancio, Melia, *op. cit.*, p. 301.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 310.

¹⁸⁵ Schumann, Heribert, *Selbstverantwortun*, p. 1.

lo largo del presente trabajo que el resultado de la generación del riesgo de la propia víctima por su descuido ocasione una lesión a los bienes jurídicos tutelados, también lo es que la profundidad que pueda tener la comprobación en este trabajo sea la habitualidad del sistema jurídico penal de tomar en consideración aspectos dogmáticos que amplían el margen para la autoridad administrativa y judicial en la aplicación de la teoría de la imputación a la víctima a casos particulares.

III. EL DOLO Y LA CULPA EN LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA

La víctima en el delito doloso ha sido estudiada en algunos sentidos, principalmente en lo referente a la provocación y el consentimiento, de manera que la víctima puede desencadenar la acción delictuosa de dos maneras: por provocación o por petición. En la petición existe consentimiento de la víctima, quien solicita la comisión de la acción dañina en su propio perjuicio; en consecuencia, hay una coincidencia entre los sujetos de la pareja penal.¹⁸⁶

En el caso de la provocación, al contrario, hay desarmonía, y la víctima resulta tal, por haber ejercido previamente una acción contraria a los intereses de la otra parte, la cual, reaccionando para conservar sus derechos atacados, o bien para ejercer una represalia, comete el acto considerado infracción.¹⁸⁷

Los delitos culposos, es decir, aquellos que son producidos por la imprudencia o impericia del agente, han sido poco explorados por la doctrina penal, que ha dedicado sus esfuerzos a la intencionalidad del sujeto activo.

En los delitos de imprudencia, la víctima puede haber tenido una gran participación, una participación mediana o una pequeña participación, como puede darse el caso también que no haya tenido participación, o que su participación sea total, como pasa

¹⁸⁶ Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología y derecho penal*, México, Porrúa, p. 347.

¹⁸⁷ *Idem.*

en los homicidios y lesiones culposas, donde resulta difícil determinar quién es el autor y quien es la víctima.¹⁸⁸

Por consiguiente, los delitos pueden ser dolosos, culposos y preterintencionales, desde el punto de vista de la intencionalidad de la víctima, siendo dolosos aquellos en que la víctima desea, pide y acepta que se realice en su contra el hecho típico.¹⁸⁹

Los delitos culposos son aquellos en que la víctima ha incumplido un deber de cuidado y ha sido imprudente.¹⁹⁰

Una de las aportaciones importantes al estudio del elemento subjetivo por parte de la teoría de la imputación objetiva es la valoración de la teoría del incremento del riesgo, pues conduce a una expansión de la responsabilidad por imprudencia, que es aquella en la que una vez que una persona se comporta de forma inadecuada, ya no se puede delimitar la parte típica de su comportamiento de la parte permitida. En este sentido tal y como fue propuesto por Gimbernat Ordeig, se extiende más allá de esta problemática y se convierte para este autor en el criterio esencial de imputación de resultados tanto en el delito imprudente como en el delito doloso.¹⁹¹

Es importante manifestar que las legislaciones del estado de Veracruz y federal contemplan en su norma penal sólo conductas reprochables de manera dolosa o culposa, siendo una visión sancionadora de la aplicación de la pena hacia el imputado, hoy denominado así de acuerdo con las reformas constitucionales de 2008; sin embargo, lo que se pretende es que la víctima genere esa intención o imprudencia de acuerdo con su rol de comportamiento.

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ Rodríguez Manzanera Luis, *Victimología...*, cit., p. 348.

¹⁹¹ Feijoo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, p. 43.

IV. EL DOLO

Ahora bien, siguiendo con el estudio del elemento subjetivo en relación con el comportamiento del que se dice tutelar de los bienes jurídicos, se desprende que la relación del comportamiento de la víctima puede ser trascendental desde el punto de vista jurídico, ya que en un momento dado la configuración del tipo, la existencia o no del delito, la agravación o atenuación de la pena, dependen ya no de lo que el autor haya realizado, sino de particularidades, actitudes o comportamiento de la víctima.¹⁹²

El dolo típico se conforma con el conocimiento y la voluntad del autor de realizar una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado.¹⁹³

Esto es, tomando en consideración que el juicio de atribución que se le imputa a la víctima lleva consigo el consentimiento, voluntad y conocimiento por parte del tutelar de los bienes jurídicos, no se puede apartar que la generación del descuido de la víctima dentro de su comportamiento en sociedad provoque una lesión al bien jurídico tutelado.

El conocimiento es el presupuesto de la voluntad, es decir, no se puede querer lo que no se conoce; por ello, se debe dejar sentada la existencia del conocimiento como elemento del dolo.

Es importante manifestar que al analizar el comportamiento de la víctima, dentro de la teoría de la imputación objetiva, se debe tomar en cuenta que antes de entrar al comportamiento del sujeto activo, es necesario estudiar de acuerdo con los niveles de imputación, ya sea el objetivo, subjetivo o personal, el conocimiento por parte del tutelar de los bienes jurídicos dentro de su rol social; por ello, la visión que se tiene de la imputación a la víctima o, en otras palabras, la acción de atribuir un resultado a la víctima, dentro de su rol social, no está prohibida, sino que debido al desuso en que se ubicó la teoría de la imputación objetiva cobijada dentro de

¹⁹² *Ibidem*, p. 349.

¹⁹³ Díaz Aranda, Enrique, *op. cit.*, p. 113.

la culpabilidad, y en su momento utilizada como presupuesto de ella, no se exploró el comportamiento de lo que hoy en día Roxin y Jakobs platean como una generación de la competencia de la víctima o la autopuesta o heteropuesta en peligro, temas que se analizarán más adelante.¹⁹⁴

De ello se desprende que el juicio de atribución reprochado hacia la víctima debe ser analizado desde la posición de los niveles de la imputación objetiva, siendo que al momento de entrar al estudio del conocimiento, del consentimiento de la voluntad de la persona tutelar de los bienes jurídicos, se debe tomar en cuenta que ésta ocasionó la lesión por descuido o provocó una autolesión dentro de su rol de comportamiento.

La voluntad, como elemento del dolo, es el punto más controvertido. De acuerdo con la concepción psicológica de la culpabilidad, propia del sistema clásico, esa voluntad debía ser la de provocar un resultado típico y antijurídico. Si la voluntad consiste en la determinación de realizar una conducta, la dirección que el autor da hacia la consecución de un resultado que posteriormente se verifica servirá para determinar la existencia de un dolo directo de primer grado, pero si ese resultado no se verifica o se provocan otros no previstos, ello no afecta la constatación de la voluntad, y

¹⁹⁴ Mir Puig, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, consultado el 28 de agosto de 2008. Menciona que la imputación objetiva, la imputación subjetiva y la imputación individual o personal son tres niveles necesarios para que sea posible la completa imputación a un autor culpable. Los tres niveles indicados de imputación constituyen exigencias del principio de culpabilidad. De hecho, tanto la imputación objetiva como la imputación subjetiva se consideran hoy generalmente como elementos necesarios para la afirmación del tipo de injusto. La imputación objetiva y la imputación subjetiva han de verse, pues, tanto como elementos del injusto como de la culpabilidad. De hecho, la imputación subjetiva, si no es posible imputar el tipo objetivo a dolo ni a un tipo imprudente, no se completa el tipo doloso o imprudente correspondiente. Con relación a la imputación individual o personal, en realidad se cataloga como un tercer elemento de imputación necesario para culminar el proceso que se inicia con la comprobación de un resultado típico imputable.

sólo dará lugar a la ubicación de esa voluntad dentro del dolo directo de segundo grado o del dolo eventual.¹⁹⁵

La voluntad, como elemento del dolo, con independencia de los electos que la conforman, enfrenta un grave problema, que es su indemostrabilidad científica. Lo realmente querido por el sujeto activo, nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza cuál es su exacto contenido. Cuando se dice, por ejemplo, que alguien actuó con dolo, se está, en realidad, presumiendo que, dadas las circunstancias y datos que concurrían en el caso concreto, el sujeto sabía lo que hacía y quería hacer.¹⁹⁶

El derecho penal considera a la libertad de la voluntad como una parte de la realidad social constituida previamente por el lenguaje, y no sólo puede conectarse con ella, sino que sería incapaz de ignorar esta construcción de la realidad social.

Esta libertad de voluntad se manifiesta no como una mera ficción, sino como una parte de la realidad social tan real como ésta, y, desde un punto vista ontológico, como un producto de la evolución; es decir, del desarrollo de la conciencia humana.¹⁹⁷

Para un modo de ver las cosas orientado en el principio causal, esta formación libre de la voluntad sólo se entendería como una causalidad según el estado actual de conocimiento de todas las ciencias empíricas; es decir, de la física, de la biología, de la fisiología cerebral o de la psicología. Esta libertad de voluntad es además reflexiva, de modo que en su atribución a sí misma no encuentra una condición suficiente, pero sí necesaria.¹⁹⁸

La principal aportación de Roxin supone el traspaso de la teoría de la imputación objetiva al ámbito del delito doloso, principalmente para los tipos de resultado, que son los que plantean mayores problemas.

¹⁹⁵ Díaz Aranda, Enrique, *op. cit.*, p. 139.

¹⁹⁶ Díaz Aranda, Enrique, *op. cit.*, p. 140.

¹⁹⁷ Shünemann, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Editorial Tecno, p. 35.

¹⁹⁸ *Idem.*

En este sentido, el riesgo permitido, como instituto para limitar la tipicidad de ciertas conductas, juega el mismo papel para el dolo y la imprudencia; por ello, el riesgo permitido desempeña un papel no sólo en los tipos de resultado imprudentes, sino también en los dolosos.¹⁹⁹

La doctrina mayoritaria se ha dejado convencer por Roxin y no por Kaufmann, debido a las importantes consecuencias prácticas y las ventajas político-criminales de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito del delito doloso.²⁰⁰

Compartiendo lo manifestado por Díaz Aranda, y tomando en consideración que él también manifiesta en su obra que la víctima puede originar una lesión a los bienes jurídicos tutelados por su conducta dentro del rol de comportamiento, es factible que la voluntad de la persona que ahora se le da mayor protagonismo dentro del sistema jurídico penal puede ser sancionada por su propia conducta, o en su momento por esa autolesión ocasionada al desempeñar su rol cotidiano generaría en la aplicación de la pena al otro personaje que interviene en ese nexo una atenuación o en su momento anulación de la pena.

V. LA CULPA

El tipo es una figura que crea el legislador, una imagen que da a muy grandes trazos y al solo efecto de permitir la individualización de algunas conductas. Cuando se toman algunos caracteres para individualizar un objeto cualquiera, como pueden ser algunos caracteres parciales para individualizar a ciertas personas, como cuando se describen los de la raza amarilla por la forma de sus ojos, esto no significa que los hombres de raza amarilla no tengan nariz.

Asentado que el tipo culposo prohíbe una conducta que es tan final como cualquier otra, cabe precisar que, dada su forma de

¹⁹⁹ Feijoo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, *Teoría de la imputación objetiva*, p. 61.

²⁰⁰ *Idem.*

deslindar la conducta prohibida, el más importante elemento que se debe tener en cuenta en esta forma de tipicidad es la violación de un deber de cuidado.²⁰¹

El deslinde conceptual de la culpa frente al dolo radica precisamente en la falta de los elementos positivos, siendo que el sujeto no sabe que se producirá el resultado o bien espera que este no se produzca. El no saber o el no querer son, pues, las características psíquicas que muestran la presencia de culpa.²⁰²

Para poder fundamentar una reprochabilidad por culpa, en el caso concreto, el resultado no querido debió haberse previsto, y ha de sobrevenir como consecuencia de la inobservancia del deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen a cada sujeto.

El fundamento de la reprochabilidad por culpa reside, pues, en componentes valorativos, un deber de prever y el deber de obrar con el cuidado necesario que exigen las circunstancias.²⁰³

El tipo imprudente es residual. Hasta el momento no se ha elaborado una estructura dogmática propia, por lo que al partir siempre de aportaciones puntuales para el delito doloso se debe considerar que todo ilícito tiene que consistir en la realización de una decisión de voluntad orientada a un conjunto de circunstancias que integran una determinada situación de hecho considerada como disvaliosa; entonces, esto tiene que ser así para los delitos de puesta en peligro, y para el delito imprudente.²⁰⁴

De ahí que la conducta delictiva no puede ser producto, sino más bien de una libertad de voluntad, que en mucho se ve condicionada por factores y causas en las que nada tiene que ver con aquella libertad individual, se reprocha el haber desconocido los motivos impulsores de la conducta humana.²⁰⁵

²⁰¹ Zaffaroni, *op. cit.*, p. 454.

²⁰² Villarreal Palos, Arturo, *Culpabilidad y pena*, México, Porrúa, p. 16.

²⁰³ *Ibidem*, p. 17.

²⁰⁴ Zamora Jiménez, Arturo, *op. cit.*, p. 155.

²⁰⁵ Villarreal Palos, Arturo, *op. cit.*, p. 41.

Si la culpabilidad es reprochabilidad, sólo puede ser reprochada a quien tuvo la libertad de elegir; por eso, la libertad no es, como opina el indeterminismo, la libertad de poder actuar en forma distinta, sino la libertad de un actuar de modo adecuado al sentido; por eso, la libertad no es la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre sentido y contrasentido, entre valor y desvalor, sino el acto de la liberación de la fuerza causal de los impulsos hacia una determinación adecuada al sentido.²⁰⁶

Asimismo, hablando de la teoría de la imputación objetiva, el derecho penal se funda en la decisión del legislador en el sentido de admitir que esta especie de imputación subjetiva es tan necesaria como justificada, en un ordenamiento jurídico basado en la libertad, pues la idea de la responsabilidad del hombre adulto normal y mentalmente sano constituye una indudable realidad de nuestra conciencia social y moral.²⁰⁷

La previsibilidad, como parte del estudio de la culpa, se vincula al deber objetivo de cuidado, paradigma que rige en la sistemática de la teoría de la acción finalista, donde la imputación del resultado al autor depende de un juicio de valor sobre la previsibilidad realizado por la persona que interviene, postura que pone especial énfasis en el deber de cuidado del autor y su comportamiento sensato y prudente.

En la concepción de Welzel, el sujeto que infringió el deber de cuidado queda absorbido en un juicio de adecuación que se circunscribe al concepto del cuidado objetivo, determinándose que el resultado de la acción resulta típico cuando éste resulta objetivamente previsible.²⁰⁸

Jurgen Wolter menciona que cuando la conducta posterior de la víctima sea en una medida considerable descuidada e imprudente procede excluir la imputación, ya que con tales actos heroicos no tienen por qué contar ni la comunidad jurídica ni el autor.²⁰⁹

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 42.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 49.

²⁰⁸ Cerezo Mir, José, *El nuevo sistema del derecho penal*, Buenos Aires, p. 114.

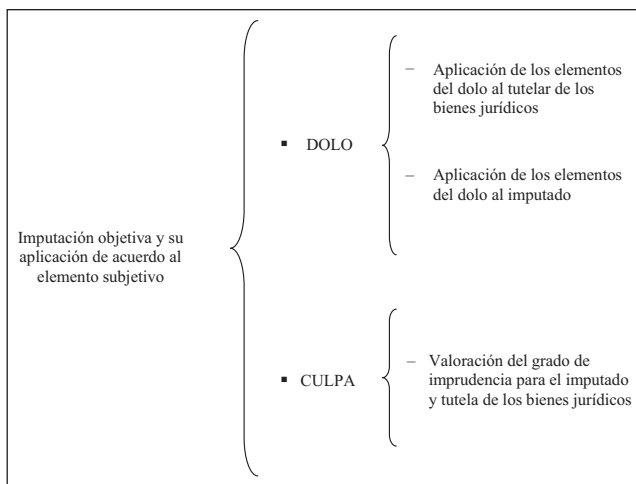
²⁰⁹ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 335.

Welzel menciona que la ilicitud de la acción no es nunca una circunstancia del hecho, sino siempre una valoración del tipo; esto es, la falta de adecuación de la realización del tipo a las exigencias del derecho; por tanto, la consciencia de la ilicitud de la acción no pertenece al tipo doloso, sino que es un momento de la culpa, de la reprochabilidad.²¹⁰

De esta manera, la culpa o imprudencia ha sido entendida de antiguo como la segunda forma de culpabilidad, acompañando al dolo, puesto que la relevancia jurídico-penal de las conductas objetivamente descritas en los correspondientes tipos varía según se trate de hechos intencionales o no intencionales.

Cabe repetir la definición de Antón Oneca, para quien culpa es la omisión voluntaria de la diligencia debida para evitar un resultado antijurídico previsible. La culpa como previsión, o culpa consciente, lindaría con el dolo eventual, mientras que la inconsciente se situaría más bien en el límite inferior, como frontera con el caso fortuito.²¹¹

Esquema 6



²¹⁰ Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, trad. de Ripoll Montijano, p. 62.

²¹¹ Manzanares Samaniego, José, *La imprudencia en el nuevo Código Penal*, Magistrado del Tribunal Supremo Español, p. 1.

VI. REFLEXIÓN

Hablar de la imprudencia en la teoría de la imputación objetiva forzosamente tiene que estar sujeta a la *lex artis* de cada actividad o rol de comportamiento cuando se tiene el conocimiento, el consentimiento y la voluntad de la actividad que se está realizando. A manera de ejemplo, el Código Penal veracruzano, en los delitos de tránsito de vehículos y negligencia médica establece ciertas limitantes para establecer en su momento alguna responsabilidad dolosa en los tipos penales citados, ya que de acuerdo con los niveles de imputación se tendría que ubicar el rol de comportamiento en el elemento; sin embargo, al hablar de la imputación objetiva de acuerdo con el elemento subjetivo imprudencial no se puede apartar de la *lex artis*. Por tal razón, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los códigos penales de México no se encuentra prohibida. El desuso de la teoría de la imputación objetiva de acuerdo con nuestro sistema jurídico penal actual ha llevado a los tribunales del fuero común y federales a tener una visión de la víctima como tutelar de los bienes jurídicos. Sin embargo, hoy nuestro sistema jurídico del delito implementa, por medio de los doctrinarios contemporáneos, el estudio de la víctima como responsable del comportamiento dentro de su rol de conducta. Esto se ha reflejado con el hecho que en delitos de tránsito de vehículos, negligencia médica y delitos sexuales, el protagonismo de la víctima sea más estudiado por la teoría moderna de la imputación objetiva por medio de los niveles de imputación y la competencia de la víctima al desempeño de su rol de conducta en las actividades cotidianas.

Así pues, la imputación a la víctima como parte intrínseca de la imputación objetiva se desempeña en las teorías de Jakobs y Roxin, al hablar cada uno de ellos de la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro. Para concluir, con la teoría de la imputación objetiva se tiene una limitante en el comportamiento permitido del tutelar de los bienes jurídicos, ya que depende del mismo la generación del riesgo en las actividades que desempeña, ya que al

hablar del comportamiento de la víctima se debe estudiar primero si la persona y, reitero, tutelar de los bienes jurídicos, tenía conocimiento, consentimiento y voluntad de llevar a cabo la actividad que origina la lesión del bien jurídico, y que trae como consecuencia una generación de resigo, que puede ser ocasionada por la propia víctima o por el enemigo.

1. *El delito de omisión y la imputación objetiva*

La situación de los delitos de omisión en relación con la imputación objetiva es aplicable para valorar el elemento subjetivo, toda vez que del mencionado elemento depende la conducta en la que se desenvuelve el comportamiento de la persona dentro de su rol social, siendo de importancia no omitir tocar el tema de los delitos de omisión, ya que la conducta de la persona puede recaer en una acción como en una no acción de su rol de comportamiento generando una lesión al bien jurídico tutelado por la norma penal.

Parte de la doctrina, para salvar el problema en relación con cada delito de acción en que se decida ampliar la punibilidad con la tipificación de la omisión, sostiene que en cada tipo de acción se debe señalar expresamente que la omisión también es punible.

De igual forma, se exige un deber jurídico de actuar o una posición de garante frente al bien jurídico que obliga a actuar de esta manera, por ejemplo, el socorrista de una piscina está jurídicamente obligado respecto de la vida y salud de los bañistas.²¹²

El aspecto subjetivo está constituido por el dolo y los elementos del tipo legal. En cuanto al dolo, como la omisión es la no acción, ciertamente no se puede hablar de una voluntad que el sujeto lleva a cabo, de modo que dada la especial y diferente estructura de la omisión, basta con el aspecto cognitivo, y el volitivo es irrelevante, pues no agrega absolutamente nada; por lo que para que exista dolo basta con establecer que el conocimiento recae sobre cada uno de los elementos típicos objetivos ya analizados; por ello, no

²¹² Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malaréc, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, p. 106.

hay obstáculo para que el legislador pueda crear tipos legales de omisión con elementos subjetivos del tipo legal.²¹³

En cuanto a los delitos de omisión culposa, la afección al bien jurídico ha de considerarse en relación con el comportamiento fallido; esto es, no habrá imputación objetiva si la afección al bien jurídico no es plasmación del intento fallido. En ese sentido, también en este caso cualquier proceso de interferencia implica que no haya posibilidad de imputar objetivamente la afección al bien jurídico.²¹⁴

La operatividad de la imputación objetiva en los delitos de comisión por omisión define la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo; es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico. Asimismo, el dolo en la omisión consiste en la conciencia del sujeto sobre su omitir, sobre su capacidad de acción para evitar el resultado, entre otros elementos.²¹⁵

El principal problema en los delitos de omisión ha sido establecer criterios generales para determinar la posición de garante y determina su existencia, dado que la ley penal no ofrece ni puede ofrecer satisfactoriamente al menos un catálogo completo de posiciones de garante, por la propia naturaleza de las cosas.

De esta manera, con el principio de injerencia, la posición de garante surge también en quien ha creado una fuente de peligro para el bien jurídico con su actuar precedente a la lesión del bien jurídico. De esta manera, se observa si el comportamiento precedente ha de ser ilícito o no, y en general su proclividad como factor de expansión censurable de los delitos de comisión por omisión.²¹⁶

Por último, no se puede apartar el análisis de la imputación objetiva en los delitos de omisión de uno de los elementos fundamentales, que es la posición de garante del bien jurídico tutelado,

²¹³ *Ibidem*, p. 108.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 111.

²¹⁵ Romero Casabona, Carlos, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, Universidad de la Laguna, pp. 1-3.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 8.

que en relación con la imputación objetiva y tomando en cuenta el juicio de atribución que se realiza al momento de hacer una valoración del rol de comportamiento de los protagonistas.

Por ello, no existe el deber de garante para evitar las autolesiones dolosas de una persona sometida a una relación de poder, ni siquiera cuando la sumisión constituye la razón de la autolesión. Sin embargo, en el caso de las huelgas de hambre en las cárceles para exigir algún cambio, existe un deber de salvación, porque a pesar de que también tiene un componente autodestructivo en cuanto que constituye una conducta autolesivas contra el propio cuerpo de salud o bien jurídico.²¹⁷

A manera de ejemplo se cita el siguiente

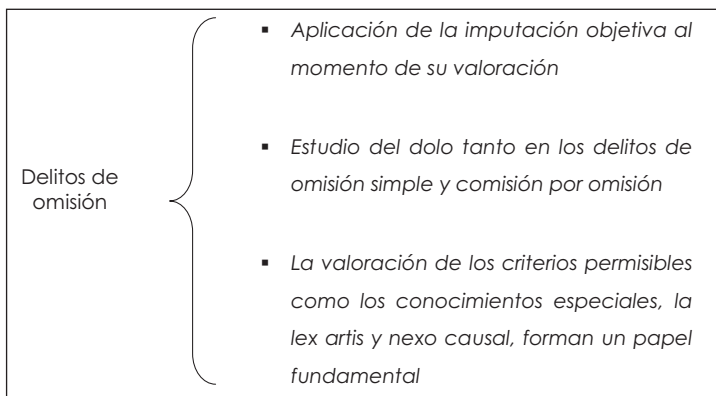
Un veterano alpinista, había emprendido una expedición alpina con una amiga sin experiencia en tales actividades. Al atravesar un glaciar, para lo cual los dos sujetos no se habían asegurado mediante una cuerda lo que en opinión unánime de los expertos era una medida de seguridad elemental en ese terreno, la mujer perdió pie y cayó por la ladera del glaciar, muriendo pocos instantes después

El Tribunal Superior del cantón suizo de Berna, determinó que a pesar de la inexistencia de un contrato jurídico-civil, la diferencia en cuanto a la experiencia y la asunción fáctica de la dirección de la expedición por parte del acusado son, en opinión del tribunal, razones suficientes para imputar al acusado un delito de homicidio imprudente por comisión por omisión.²¹⁸

²¹⁷ De la Gandara Vallejo, Beatriz, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995, pp. 202 y ss.

²¹⁸ Cancio, Melia, *op. cit.*, p. 298.

Esquema 7



VII. LA AUTOPUESTA Y HETEROPUESTA EN PELIGRO

Roxin le da a la víctima un papel determinante, ya que ella puede jugar un rol activo en el desarrollo de la conducta punible y en el resultado lesivo, para delimitar la responsabilidad de la víctima. Roxin diferencia entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro, con base en el principio metodológico rector del fin de protección de la norma.²¹⁹

El presente tema es de importancia para este trabajo, ya que la acertada denominación que el maestro alemán plantea para darle un protagonismo mayor a la víctima dentro de su rol de comportamiento es de importancia para la generación de una atenuación de la pena o inclusive anulación de la sanción, que más adelante se analizará.

En esta tesitura, el desempeño de la víctima, tomando en cuenta los postulados de la teoría de la imputación objetiva, bajo el principio victimodogmático o imputación a la víctima, ha estable-

²¹⁹ Luzón Peña, Diego Manuel, *Problemas básicos del derecho penal* en Claus Roxin, *Sobre el fin de protección de las normas en los delitos imprudentes*, Madrid, Reus, 1976, p. 181.

cido bases para ponderar y deliberar la ubicación de la generación del riesgo por parte del propio titular de los bienes jurídicos, que hoy en día merece un amplio estudio conforme al sistema jurídico del delito, que actualmente es la imputación objetiva.

Fue Roxin quien desarrolló una nueva aproximación a la problemática de la intervención de la víctima, asentada sobre todo en un intento de delimitar aquellos supuestos en los que la víctima ocupa dicho momento de modo aproximativo una posición central en el acontecer arriesgado en los que por parte del autor, de acuerdo con este punto de vista, se produce una participación en una autopuesta en peligro de la víctima de aquellos otros en los que es el otro sujeto quien es la figura central y la víctima quien está de acuerdo en la actividad arriesgada en los que se produce en este sentido una heteropuesta en peligro.²²⁰

La participación en una autopuesta en peligro, como se ha dicho, ha de ser impune en opinión de Roxin. La situación de la heteropuesta en peligro consentida existe cuando el sujeto se expone al riesgo eminente de otro siendo plenamente consciente del riesgo. Asimismo, no queda limitado lo planteado por el maestro alemán para los delitos imprudentes, sino abarca también los dolosos.²²¹

Por lo tanto, en palabras del maestro alemán, la heteropuesta en peligro equivale a la autopuesta en peligro, y debe ser por ello igualmente impune.

Y como también quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo; de manera que la participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro no es más que un primer escalón de la solución a los casos problemáticos, concretamente, puede decirse que constituyen una primera ordenación del material de casos sobre la cual se aplica la institución dogmática material que fundamenta, respecti-

²²⁰ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 180.

²²¹ *Ibidem*, p. 181.

vamente, la atipicidad o la tipicidad del comportamiento de quien interviene junto a la víctima.²²²

Siguiendo a Frisch, los casos de la denominada autopuesta en peligro de la víctima se caracterizan en términos generales por el hecho de que, junto a la persona que participó causalmente en la producción de resultados típicos contra la víctima, y está la propia víctima que de una u otra forma ha contribuido a la producción del resultado mediante su conducta.²²³

La amplitud de las constelaciones de casos es considerable, siendo que el tercero y la víctima pueden haber colaborado con diferentes aportaciones y con actitudes subjetivas diferentes en la creación del peligro; la víctima pudo haber posibilitado al tercero una acción peligrosa o incluso haberle inducido la entrega de objetos o haber motivado a la víctima mediante su actuar, a una conducta peligrosa.²²⁴

Para Herzberg, partiendo de una crítica de la distinción apriorística entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro, llega a la conclusión de que siempre que haya una configuración de la colaboración entre víctima y autor que daría lugar a coautoría, puede imputarse al autor en cuanto cuasicoautor. En efecto, esta aproximación fija su punto de vista de modo unilateral en la aportación del autor, y no ofrece contestación a la cuestión de por qué razón no se imputa todo lo sucedido a la cuasiautoría de la víctima.²²⁵

A manera de ejemplo, se expone el protagonismo de la víctima en la generación del riesgo dentro de su ámbito de protección de bienes jurídicos: el caso de una víctima que recibe una paliza y se niega a quedar ingresada en un centro médico a pesar de que así

²²² *Ibidem*, p. 182.

²²³ Frisch, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva. Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre las autopuestas en peligro*, Madrid, Editorial Constitución y Leyes.

²²⁴ *Idem*.

²²⁵ Herzberg, Rolf Dietrich, *Beteiligung an einer Selbsttötung*, trad. de Manuel Cancio Meliá, en *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pp. 137 y ss.

se le pide de modo insistente por parte del personal sanitario, empeorando su estado con una lesión absolutamente descuidada.²²⁶

Igualmente, aquella víctima que agravó unas lesiones dolosas producidas por el autor y su falta de cuidado, infección ocasionada por falta de higiene. Se condenó por las lesiones realmente producidas por el autor, y no por el resultado de mayor gravedad achacable al comportamiento descuidado de la víctima.²²⁷

Otro ejemplo importante para diferenciar en la práctica cuando el eje central del incremento del riesgo es el autor con autoría de la víctima supone una responsabilidad solidaria, como también un beneficio al activo en el momento de imponer una pena, ya que tanto es responsable el autor como la víctima al tener conocimiento y voluntad, siendo el siguiente

un empleado de un hospital público, en el que trabajaba como enfermero, había facilitado a un paciente internado en el hospital, en cumplimiento de una medida de seguridad impuesta en virtud de una sentencia en la que se le declaraba inimputable, debido a su alcoholismo y a determinados problemas psiquiátricos en relación con varias agresiones sexuales que había cometido, a cambio de pequeñas contraprestaciones, considerables cantidades de aguardiente.

El consumo del aguardiente produjo al paciente varias intoxicaciones etílicas, ocasionó algunas caídas, y, después de la interrupción del suministro, un severo síndrome de abstinencia.

El Tribunal BGH condenó al enfermero por un delito que castiga a funcionarios por la producción de lesiones en relación con un servicio público.²²⁸

Sin embargo, es de comentar que la causa de la muerte del inimputable no fue ocasionada por su debilidad por la cual fue sentenciado, que fue el control de sus impulsos sexuales; por ello, también existió consentimiento y voluntad en el inimputable para

²²⁶ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 336.

²²⁷ *Ibidem*, p. 337.

²²⁸ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 365.

llevar a cabo dentro de su rol de comportamiento la conducta en participación con el funcionario público.

Otro ejemplo que aterriza en la aplicación de la institución dogmática de la imputación a la víctima se desarrolla en el siguiente supuesto: El acusado y la víctima se habían enzarzado en una pelea, iniciada por la víctima con un primer golpe, en la que uno de ellos la víctima acabó asiéndose a una silla que el otro (el autor) había tomado como instrumento en la contienda. En el curso del forcejeo de ambos por la silla, la víctima sufrió lesiones al caer hacia atrás al suelo.

En la sentencia, el Tribunal Supremo español sitúa de lleno el ámbito dogmático que aquí interesa. Sostiene que el afectado se introduce por sí mismo en una situación arriesgada o no se aparta de ella por su propia decisión (autopuesta en peligro), o, dicho de otra manera, se expone voluntariamente al peligro, que proviene de la acción de otro, habría que excluir la imputación objetiva, y con ello la responsabilidad del autor.²²⁹

Otro ejemplo: el acusado había recogido a la víctima, un joven de dieciséis años, que hacía con su vehículo. Una vez que estaba en el automóvil, el acusado solicitó a su huésped que le entregara el dinero que llevaba encima, pidiendo después le diera el reloj que portaba, y subrayando sus palabras con el empleo de una navaja. Ante la negativa del conductor de dejarlo bajar, la víctima se lanzó del coche, y sufrió lesiones a consecuencia del impacto.

El Tribunal Supremo español afirma que no procede la imputación objetiva, ya que el joven, al saltar del vehículo en marcha, habría realizado una ponderación incorrecta de los bienes en juego, lo que en opinión del Tribunal se excluye la posibilidad de imputar lo sucedido al autor de la tentativa de robo.²³⁰

²²⁹ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 379.

²³⁰ *Ibidem*, p. 380.

1. *Primer grupo de casos en una autopuesta en peligro*

La víctima ha organizado con la intervención de un tercero el peligro para sus bienes. La administración del riesgo está bajo el ámbito de responsabilidad de la víctima, quien tiene el control de la acción generadora del peligro. Es ella la que decide sobre el sí y el cómo debe desarrollarse la acción. El manejo consciente o inconscientemente descuidado de sus propios bienes puede llevar a obrar a propio riesgo, eximiendo de responsabilidad al tercero autor o lesionado.

Ejemplo: A, drogadicto, suministra a B, drogadicto también, una jeringuilla para que se inyecte. A muere como consecuencia de una sobredosis.²³¹

2. *Segundo grupo de casos en una autopuesta en peligro*

Se trata de aquellos casos en los que la víctima no se arriesga a sí misma, sino que se hace poner conscientemente en peligro por otro. La víctima acepta que el tercero realice la conducta riesgosa. El control del peligro se encuentra en manos del tercero por consentimiento de la víctima.

El consentimiento dado por la víctima en estos casos se caracteriza por ser un consentimiento en el riesgo no final, en el que no se quieren las consecuencias, sino que la víctima crea una situación en la que su voluntad ya no es relevante.²³²

Se trata, en palabras de Jakobs, de la responsabilidad por los costes no deseados de un contacto social cuando la persona facultada para disponer no quiere el comportamiento lesivo en sí del autor, pero sí pretende determinada clase de contacto social,

²³¹ Otros casos que pertenecen a esta constelación son: caso de la entrega de heroína de alta calidad (sentencia Sala Segunda del STSE; caso del aguardiente GA:14 (1986), 532-537; caso del aguardiente de frutas (1986, sentencia de 27.11.85)

²³² López Díaz, Claudia, *Revista CENIPEC*, Universidad Externado de Colombia, cita de Günther Jakobs. A.T. 7/126, consultado el 6 de mayo de 2009.

que no se puede obtener sin ese comportamiento acompañado de consecuencias.²³³

Ejemplo: A se sube en una moto consciente de que el conductor B está ebrio. B se estrella y A sufre lesiones graves. Caso de la puntería.²³⁴

3. Tercer grupo de casos. Las acciones peligrosas de salvamento

Son los casos en los cuales alguien crea una situación de peligro para un bien jurídico, y una persona inicia libre y voluntariamente una acción de salvamento. ¿Puede imputársele al primer autor las consecuencias perjudiciales que sufre el tercero cuando ejerce acciones de salvamento? Casos en los que la víctima sólo ha sido lesionada por el autor inicial, pero muere como consecuencia de una acción salvadora contraria a la *lex artix* practicada por el médico.²³⁵

4. La creación de una nueva relación de riesgo por parte de la víctima, al violar sus deberes de autoprotección

En estos casos la víctima, unilateralmente, sin división de trabajo, crea una nueva relación de riesgo que explica el suceso. Es decir, teniendo la oportunidad de evitar el peligro de sus bienes, traslada libre y voluntariamente el riesgo creado por otro a su propio ámbito de organización. Por lo tanto, en estos casos se excluye la relación de riesgo, porque está dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima protegerse a sí mismo ante los peligros.²³⁶

²³³ *Idem.*

²³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Segunda 17 de julio de 1990, Registro de Jurisprudencia, Universidad Externado de Colombia, *Revista CENIPEC*, consultado el 6 de mayo de 2009.

²³⁵ López Díaz, Claudia, *Universidad Externado de Colombia*, consultado el 6 de mayo de 2009. Otro caso en el que A incendia una casa. Durante los trabajos de extinción del fuego un bombero muere.

²³⁶ López Díaz, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, pp. 190 y ss.

Ejemplo: A lesiona a B. B es trasladado al hospital, y se niega a recibir una transfusión de sangre, por ser testigo de Jehová; el caso del líquido cáustico.²³⁷

5. *Autopuesta en peligro para evitar un daño inminente*

En estos supuestos existe una conexión entre la conducta inicial del autor y la conducta posterior de la víctima. El posterior comportamiento de la víctima que la hace autoponerse en peligro aparece explicado por la conducta que se da cuando por ejemplo alguien lesiona a una persona que profesa la religión de los testigos de Jehová, y al ser informada de que requiere una transfusión no acepta por sus creencias religiosas. Si esta persona muere o queda con una secuela superior a la que habría tenido por haberse dejado hacer el tratamiento quirúrgico, crea una nueva relación de riesgo que sólo le es imputable a ella.²³⁸

6. *Provocación de suicidios*

El ser humano, dentro de su propio ámbito de competencia, es el único responsable para organizar su vida, y por lo tanto también su propia muerte, legitimando, cuando ésta se produce dentro de su ámbito de competencia, la intervención de terceros, ya como una mera forma de participación o incluso como una contribución ejecutiva a la muerte del suicida. Por esta razón, el tipo penal consagrado en el parágrafo 216 del Código Penal alemán, homicidio a petición, el que no quiere vivir más no trasfiere nada al tercero, sino que gestiona u organiza en división de trabajo su propia muerte.²³⁹

²³⁷ Sentencia Tribunal Supremo Español, Registro de Jurisprudencia 6697. En documento de la Universidad Externado de Colombia, consultado el 6 de mayo de 2009.

²³⁸ Lopéz Díaz, Claudia, *op. cit.*

²³⁹ Jakobs, Günther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, Tirant lo Blanch, pp. 7 y ss.

7. *Las acciones a propio riesgo*

La víctima coproduce el resultado típico a través de su propia conducta. Respecto de la actitud subjetiva o psíquica de quien resulta víctima en el caso del consentimiento se desea la lesión, mientras que en los casos de autopuesta en peligro por regla general se sabe que hay un comportamiento arriesgado, pero se confía que el resultado no tenga lugar.²⁴⁰

De igual forma, lo que Jakobs denomina un consentimiento no final o mediato, en donde el lesionado no desea la lesión, pero sí el contacto social que conlleva determinadas consecuencias que conoce la víctima. Al vincular su comportamiento a esa cadena de comunicación debe soportar los costes de ese contacto social asumido y querido.

De modo que se mantiene la terminología del consentimiento para hacer relación a un grupo de casos que pertenecen a las autolesiones de la víctima, pero es necesario que se tenga en cuenta la mayor exigencia que se requiere en relación con el conocimiento del riesgo por parte de la víctima.²⁴¹

En las acciones a propio riesgo, el que debe tener conocimiento del riesgo es la víctima, esta debe abarcar la situación de peligro y sus posibles consecuencias para que se pueda decir que se está frente a una conducta autorresponsable de ella.

Existe una voluntad de renuncia al bien jurídico que se pone en peligro. Por esta razón, sólo podrá hablarse de una puesta en peligro autorresponsable cuando el afectado haya actuado libre y responsablemente en sentido jurídico, conociendo el alcance de su decisión, así como las posibles consecuencias de su comportamiento.²⁴²

²⁴⁰ Frisch, Wolfgang, *Selbstgefährdung im Strafrecht*, en *NSJZ* 1992, p. 2, Universidad Externado de Colombia, consultado el 6 de mayo de 2009.

²⁴¹ Jakobs, Günther, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 7/126.

²⁴² Otto, Harro, trad. de la Universidad Externado de Colombia, Berling/Nueva York, 1989, p. 157, consultado el 06 de mayo del 2009.

Igualmente, en el caso de los riesgos naturales, para los que este autor quiere reservar la denominación riesgo permitido, se trata de evitar todos los riesgos, a menos que estos estén permitidos, mientras que en el ámbito del principio de confianza, por el contrario, la regla es la opuesta, ya que en principio puede confiarse en que la conducta de los demás será correcta; ello sin duda alguna es correcto, pero el dato determinante para la afirmación de la existencia de una institución autónoma parece que debe encontrarse en la función asignada a las reglas en ella sintetizada, y esta función, como se expresa en el texto, es la misma; esto es, marcar los límites de lo generalmente permitido.²⁴³

En esta tesis, como a manera de ejemplo para poder reflejar el incremento del riesgo de la propia víctima posterior al nexo causal, se menciona el siguiente: la víctima agravó unas lesiones dolosas producidas por el autor por su propia falta de cuidado, infección ocasionada por falta de higiene. Se condenó por lesiones con base en el tiempo realmente producido por el autor, y no por el resultado de mayor gravedad achacable al comportamiento descuidado de la víctima.²⁴⁴

En opinión de Jakobs, el análisis del requisito de la realización del riesgo, se trata de la intervención del proceso de construcción de los riesgos no autorizados.

Así como la peligrosidad de un conjunto de condiciones, conforme a la experiencia lleva a definir un riesgo de modo prospectivo, la realización del riesgo del resultado se aclara retrospectivamente con la existencia del riesgo.

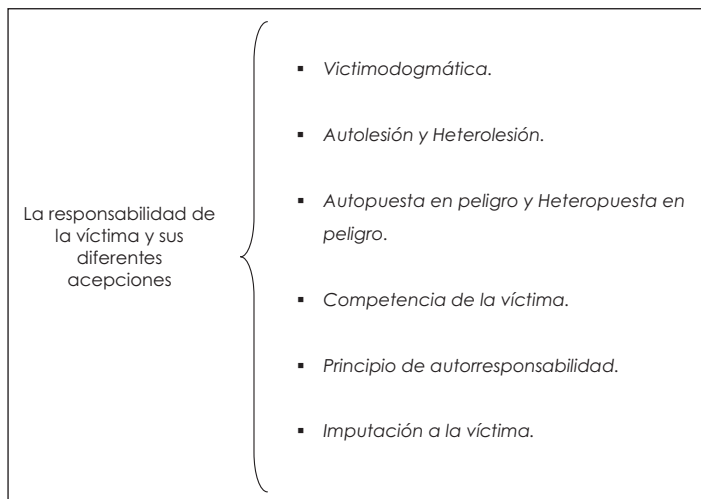
La víctima tiene que soportar estos riesgos ligados al modo de vida impuesto, porque no superan lo acostumbrado y porque liberan a la víctima de aquellos riesgos que hubiera asumido de haber llevado un modo de vida de elección.²⁴⁵

²⁴³ Stratenwerth, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*. 1981, trad. de Manuel Cancio Melia.

²⁴⁴ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 337.

²⁴⁵ Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, trad. de Martín Ripoll Montijano, p. 128.

Esquema 8



VIII. LA IDEA GLOBALIZADORA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO MODELO EXPORTADOR

La visión victimodogmática en relación con la globalización no es nueva, ya que sus orígenes se remontan al trabajo de Larenz en 1927, Honing en 1930 y Claus Roxin en 1970. La teoría de la imputación objetiva en relación con los modelos penales globalizados, como es el finalismo y el casualismo, se traslada como un cambio en la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de casos prácticos al momento de tomar una determinación en sus resoluciones.

La imputación a la víctima, como modelo modernista para la aplicación de soluciones y para llegar a la determinación mediante este modelo globalizado de sanciones a las víctimas, tiene su aplicación en los criterios por parte de los tribunales alemanes y españoles, los cuales llegan a determinar el incremento del riesgo por parte de la víctima en las actividades donde sujeta su conocimiento

to y voluntad a la realización que desea y trae como consecuencia un resultado al lesionar un bien jurídico tutelado.

Se dice que la teoría de la imputación objetiva no es nueva; sin embargo, la visión que genera la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida en relación con las teorías finalista y causalista manifiestan que el estudio de la víctima no tomaba importancia por cuanto a su responsabilidad, hasta que los doctrinarios del funcionalismo penal en México la convocan para ampliar el margen de interpretación en la solución de casos prácticos.

El principio victimológico trasciende a lo largo de los países de España, Alemania, que adquieren una visión victimodogmática a través del funcionalismo penal o teoría de la “imputación” objetiva, que si bien es cierto, para varios doctrinarios el término imputación da lugar a un juicio de atribución, que se remota a la filosofía analítica del siglo XIX, donde se aprecian los estudios de Kant y Hegel, los cuales ya hablaban del tema de la imputación refiriéndose a un juicio por medio del cual alguien comete una acción que debe ser reprochada.

El modelo exportador de la imputación a la víctima por medio de la teoría del funcionalismo penal semánticamente se traslada a México mediante la doctrina en los estudios generales de Enrique Díaz Aranda, Miguel Ontiveros, Verónica Román Quiroz y Moisés Moreno.

La idea globalizada de la imputación objetiva ha tenido su empuje desde las teorías del finalismo y del causalismo penal. Semánticamente se ha tenido que entender que a las teorías del delito, hoy se les llama teoría de la imputación.

El modelo exportador en México ha evolucionado de acuerdo con la codificación en los diferentes códigos penales que han tenido vigencia en las leyes de nuestro sistema jurídico; se habla que desde el Código Penal de 1931 vigente hasta ahora con sus reformas, la teoría del delito que se desempeña por medio de una conducta típica, antijurídica y culpable, se ha trasladado a lo largo del tiempo en los diferentes códigos penales en México; por lo tanto, la victimodogmática o imputación a la víctima, de acuerdo

con una idea globalizada y comparativa en México y los países europeos, ha trascendido en los delitos de mera conducta y de resultado, esto forma parte del aterrizaje que se origina con la idea dinámica de la teoría del delito a lo largo del tiempo.

La imputación a la víctima en México se aplica a toda actividad donde exista conocimiento y voluntad por parte de la persona que esté de acuerdo a someterse a ese riesgo donde existe una autopuesta en peligro o heteropuesta en peligro consentida.

El traslado del funcionalismo a México como modelo exportador o código modernista se aplica indirectamente por parte de las autoridades administrativas o judiciales en sus resoluciones; sin embargo, no se tiene la costumbre del cambio literal del sistema final o causal a lo que hoy se conoce como imputación objetiva.

En México se tiene la idea, de acuerdo con la norma fundamental, de que la víctima debe ser protegida por el Estado. Tan es así, que en el apartado B de la Constitución federal, se protege a la víctima del delito a través de la asistencia en el proceso penal.

De igual forma, con el modelo exportador se tiene la visión de la víctima descuidada, que ahora se le da importancia con la visión de poder ser sometida por su conducta donde desempeña el conocimiento y voluntad, situación que ya se contempla muy lejanamente con las teorías del funcionalismo y del causalismo.

La novedad del modelo exportador es entender al estudio del comportamiento de la víctima antes de imputar una responsabilidad al autor del hecho. Esto conlleva la aplicación en México de la teoría de la imputación objetiva o llamada también “juicio de atribución”.

La visión exportadora del modelo globalizador trae como consecuencia la creación hasta ahora no prevista de un procedimiento para sancionar a las víctimas por medio del principio de autorresponsabilidad, el cual genera un estudio de la participación de la víctima en todas las actividades cotidianas que desempeña dentro de una sociedad en riesgo, creando un riesgo permitido o generando un riesgo por medio de la conducta del sujeto activo.

La existencia de teorías penales a lo largo de nuestro sistema penal ha contribuido a delimitar poco a poco los elementos que integran los aspectos positivos del delito; esto es, se comentaba que nuestro comportamiento como seres humanos estaba fijado en siete aspectos positivos del delito para poder el Estado atribuir una responsabilidad; sin embargo, con el modelo exportador de la teoría de la imputación objetiva se toma en cuenta que se reduce a dos elementos nuestro comportamiento, y se va a analizar desde esa visión, delimitándose un apartado específico de responsabilidad en el cual se va estudiar el riesgo permitido y prohibido dentro del apartado de la culpabilidad, y en el apartado de la punibilidad se estudia la presencia general y especial de la pena.

La visión del modelo exportador o modernista de la imputación objetiva sustituye a la teoría finalista de la acción; no es que haya fracasado el finalismo, sino que el estudio de la imputación a la víctima abre las puertas como modelo globalizado para trasladar el lenguaje al que hoy se le puede llamar teoría del delito.

En este sentido, y se reitera: no es que el modelo victimodogmático sea nuevo, es nuevo el estudio respecto al comportamiento de la víctima y que los tribunales alemanes y españoles plantean en los casos prácticos, llegando a la solución de declarar impune la conducta del sujeto activo, ya que por ubicarse la generación de riesgo dentro del eje del tutelar de los bienes jurídicos trae como resultado una autolesión, o bien, en palabras de Roxin, una autopuesta en peligro, o en su momento genera una heteropuesta en peligro consentida, ocasionando una atipicidad de la conducta o una atenuación de la pena.

La exposición de motivos del Código Penal del Estado de Veracruz traslada el modelo exportador de la teoría de la imputación objetiva ya que no existe disposición alguna que prohíba su aplicación ni en el Código Penal del estado ni en los códigos de las entidades federativas.

La aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos de resultado en el Código Penal del Estado de Veracruz tiene una visión dinámica de acuerdo con el principio victimodogmático.

co de la autorresponsabilidad, ya que tratándose de las actividades deportivas, negligencia médica, delitos sexuales, tránsito de vehículos, se analizaba de acuerdo con el modelo finalista y causalista el comportamiento del inculpado, y la generación del riesgo por parte de la víctima no se estudiaba, hasta el surgimiento y traslado del modelo exportador del funcionalismo penal en 1970 con Claus Roxin, que los doctrinarios médicos han aplicado la teoría mencionada en hipótesis donde se existen conductas generadas por su conocimiento y voluntad por el propio tutelar de esos bienes jurídicos.

El modelo exportador se aplica ya en el Código Penal veracruzano. La idea victimodogmática está permitida en la aplicación por parte de las autoridades administrativas y judiciales en los eventos donde se realice un nexo causal y resulte el estudio previo del comportamiento de la víctima en el evento delictivo. La doctrina ha generado cierta certeza en su aplicación como fuente del derecho para la vigencia de esta teoría dentro del sistema penal en México.

Una aportación importante del modelo exportador en México es que subsana las lagunas que dejan las causas de justificación en la aplicación a casos prácticos, ya que de acuerdo con el aspecto negativo del delito se estudia el comportamiento exclusivo del sujeto activo, dejando a un lado el comportamiento de la víctima.

Si bien es cierto que los códigos penales en México siguen contemplando la idea de causas excluyentes de responsabilidad, sin incluir un apartado dedicado a la generación del riesgo por parte de la propia víctima, sin embargo, la visión victimodogmática es aplicada de manera indirecta cuando se produce dentro del rol social una conducta típica de resultado y de mera conducta, materializando el principio de autorresponsabilidad por medio de pruebas periciales, que si bien es cierto determinan cuándo existe responsabilidad del autor o la propia víctima genera un riesgo en su comportamiento, lo que no se contempla y es materia de estudio a tratar es cómo se puede sancionar a la propia víctima por esa generación de riesgo, ya sea por el derecho penal o ya por su

propio descuido se le condena a resarcir el daño sin responsabilizar a terceros.

El estudio del principio de autorresponsabilidad ha generado, en delitos de tránsito de vehículos, una expectativa de estudio de acuerdo con la *lex artis*, generando un panorama de incremento del riesgo en ciertos casos por parte del peatón, queriendo originar una responsabilidad de la propia víctima en el hecho delictivo.

El traslado de la doctrina alemana tiene la visión de una interconexión creciente de la victimodogmática o imputación a la víctima en la aplicación de delitos de tránsito de vehículos en el estado de Veracruz y en todas las entidades federativas. La visión del modelo exportador en México tiene una semejanza con las causas de justificación, siendo las mismas que de igual forma ya contemplaba desde el finalismo penal alrededor de 1905 con la teoría de Hans Welsel, que también se integran hoy en día desde otro panorama de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva contemplada en el artículo 23 del código sustantivo penal de la entidad.

Ahora bien, la limitante en el desarrollo de la teoría del finalismo y del causalismo en nuestro sistema penal se subsana de acuerdo con el al principio victimodogmático, que aterriza la idea desde 1970 con el estudio previo de la víctima desde una visión de imputación del resultado por su desarrollo.

La teoría victimodogmática aplicada al Código Penal del Estado de Veracruz se plantea desde un argumento no literal, sino auténtico; es decir, la finalidad del legislador de atribuir alguna responsabilidad a la víctima por su riesgo queda estipulada y trasciende en la propia norma.

Esto se deduce al reflejar el comportamiento de la víctima desde la doctrina victimológica.

El modelo exportador del principio victimodogmático se remonta también cuando se habla de la propia teoría de la ley penal cuando sólo se enfocaban entre otras cosas en la conducta del delincuente; sin embargo, ya se contemplaba que la propia víctima tenía que seguir un camino y existir una conexión en el camino del inculpado.

En el caso del delito de tránsito de vehículos, el modelo exportador incorporado en el Código Penal del Estado de Veracruz se aplica siguiendo la *lex artis* que rige toda conducta por medio de vehículos en movimiento; en otras palabras, se debe aplicar el reglamento de tránsito, el cual ejemplifica el riesgo permitido o prohibido por parte del conductor de automóviles, siendo que el principio generador de la autopuesta en peligro o heteropuesta en peligro consentida se debe estudiar primero, y después entrar al ámbito de responsabilidad del sujeto activo; sin embargo, en México se estudia primero al inculpado, olvidando la generación de riesgo que puede crear la propia víctima descuidada en su rol social.

La imputación a la víctima genera en delitos de resultado un paradigma tanto para las autoridades administrativas como judiciales en el cumplimiento de su función al momento de aplicar la norma a los casos prácticos, ya que se obliga dentro del contexto normativo de la integración ministerial o de las causas penales a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, generando un estudio previo del comportamiento, del conocimiento y de la voluntad de la víctima en la actividad riesgosa.

Por otra parte, en el caso del delito de peligro de contagio, el Código Penal del Estado de Veracruz contempla la situación dolosa de la persona que con intención y sabiendo de su enfermedad la transmite; sin embargo, queda el vacío del estudio de la propia víctima al tener el conocimiento y la voluntad para someterse a esa actividad riesgosa, ya que no es obligada, y genera una autopuesta en peligro, ya que como eje central la víctima participa por su propia voluntad generando dentro de su margen de riesgo una autorresponsabilidad de su conducta.

En este tipo de comportamientos, donde se aplica la responsabilidad de la víctima, y siguiendo el modelo exportador, la jurisprudencia alemana y española coinciden en las diferentes hipótesis que surgen al plantear el estudio de los dos elementos del dolo en la conducta de la víctima al realizar la actividad arriesgada. Es importante resaltar que en este tipo de ilícitos, donde se genera

un resultado, el Código Penal del Estado de Veracruz estudia el comportamiento del sujeto activo, y se olvida que la generación del riesgo o la heteropuesta en peligro consentida, parte del comportamiento de la víctima al someterse y tener conocimiento y voluntad en la actividad que sabe que puede ocasionar una lesión.

Con relación a las actividades deportivas, es importante manifestar que la idea globalizada de la victimodogmática se proviene de la *lex artis*; es decir, de acuerdo con lo que se ha implementando de acuerdo con las actividades arriesgadas, como lucha libre, deportes extremos; la normativa en México ha seguido de acuerdo con lo que se aplica en otros países, se hace del conocimiento a la persona que da su consentimiento en la actividad arriesgada a tener pleno conocimiento el riesgo dentro de su actividad y la lesión que puede ocasionar el descuido por parte de la persona que realiza la actividad.

En ese sentido, lo que se toma en cuenta es que la visión victimodogmática se aplica aun indirectamente sin que exista un resultado material, ya que la persona que se dice víctima de una lesión tutelar del bien jurídico, incrementa su riesgo en la actividad arriesgada, la cual sufre una lesión provocada por su propia actividad.

En el caso de delitos como negligencia médica, el Código Penal del Estado de Veracruz reconoce ya una limitante por cuanto hace al aspecto del elemento subjetivo; esto es, determina que toda conducta donde intervengan cirujanos se sancionará de manera culpable.

Esto con relación a la aplicación del funcionalismo penal, se debe tomar en cuenta la norma oficial mexicana, la cual sustenta un reglamento que todo médico debe seguir, situación que la teoría del funcionalismo penal lo aplica con la *lex artis*. Queda como interrogante si con la aplicación del principio de autorresponsabilidad se puede sancionar a la víctima por la generación del descuido que ocasionó dentro su actividad riesgosa.

Por lo demás, la idea de exportar la teoría del funcionalismo penal en México se encuentra ya publicada por autores, que la

propia Suprema Corte de Justicia de la Nación toma en cuenta para exámenes para jueces y magistrados. Esto se refleja en la propia doctrina que se le encarga a los aspirantes para jueces en su preparación para presentar sus aplicaciones correspondientes. Si bien es cierto que se necesita sanear el sistema penal en México, también lo es que bajo el esquema de los principios en derecho y siguiendo el estudio de Robert Alexy sobre principios y Ferrajoli, no está prohibido el estudio de la imputación a la víctima en casos particulares donde se aplique la ponderación de principios, sirviendo como punto de partida para todas las entidades federativas homologar este tipo de criterios para tener una mayor visión en el estudio del *inle-victimae*, que ha quedado limitado bajo el reflejo protector de la figura de la víctima desde una visión de no responsabilizarla por su conducta.

Con el modelo globalizador del funcionalismo penal se llega al análisis de sancionar a la víctima por la generación del riesgo que se provoca por su propia conducta, atenuando la pena al sujeto activo hasta al extremo de hablar de una anulación de la misma pena.

La aportación de esta teoría en México, en lo particular, es el estudio *prima facie* de la víctima, situación que ni el finalismo ni el causalismo lo contemplaron al ubicar el comportamiento del dolo, ya sea en la conducta o en el juicio de reproche. Por ello, siguiendo la doctrina del máximo ponente del funcionalismo en Alemania, si los países europeos adoptaron esta teoría reflejada actualmente en sus resoluciones por los tribunales tanto alemanes y españoles, México no es la excepción, ya que hoy en día el funcionalismo penal por medio de un procedimiento para sancionar a las víctimas o crear en el mismo tipo penal una sanción por el descuido de las víctimas no está prohibido.

IX. LA *LEX ARTIS* Y LA GENERACIÓN DEL RIESGO DE LA VÍCTIMA

El tratamiento jurídico-dogmático de la figura de la víctima concreta en el plano de la aplicación muestra que se trata de un elemento extraordinariamente ambivalente en términos político-criminales, ya que se plantea un verdadero dilema victimológico, en el que la introducción de este factor oscila entre la retirada de la protección del poder público que puede significar atribuirle responsabilidad (*blaming the victim*) y la exacerbación de la desvaloración jurídico-penal de la conducta del autor que puede implicar colocar en primera línea de un supuesto el sufrimiento individual de la víctima.²⁴⁶

Esta ambivalencia es expresión de la relevancia estructural que para el moderno derecho penal público tiene la posición de la víctima, ya que se ha llegado a vincular el mismo nacimiento de este derecho penal a la neutralización de la víctima, a su disolución en el estado como una especie de víctima general, pues del análisis superficial de la comunicación realmente existente acerca de los fenómenos criminales muestra que esta se centra con especial claridad, progresivamente, en la perspectiva de la víctima.²⁴⁷

Asimismo, el concepto normativo de culpabilidad pone a la persona en el derecho liberándola de contenidos psicológicos. Este proceso es una condición necesaria de la libertad de la persona, pues en la medida en que ella es competente por la garantía de la fidelidad al derecho, ella misma puede prohibirse con toda razón un control de su mente, y solamente una sociedad que hace responsable al autor de las consecuencias de la falta de fidelidad puede permitirse renunciar a ese control.²⁴⁸

El concepto funcional de culpabilidad al normativo es la mención del principio a partir del cual se decide cuándo debe normati-

²⁴⁶ Cancio Melia, Manuel y Feijoo Sánchez, Bernardo, *Teoría funcional de la pena y la culpabilidad*, Thomson Cívitas, Seminario con Günther Jakobs, p. 68.

²⁴⁷ *Idem*.

²⁴⁸ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 139.

vizarse o interpretar psicológicamente, y ese principio tiene como contenido el mantenimiento de lo normativo, y esto significa también la estructura jurídica de la sociedad.²⁴⁹

Ahora bien, la relación que tiene el protagonismo de la víctima con lo que hoy se plantea como uno de los puntos de partida para el análisis del riesgo permitido o prohibido, que es la *lex artis*, y el aterrizaje que se lee en los delitos de tránsito de vehículos y negligencia médica es una parte fundamental para analizar el comportamiento de la víctima.

La *lex artis* es la reglamentación o guía que en su momento forma parte de una autopuesta en peligro o heteropuesta en peligro consentida, ya que a partir de esa reglamentación el comportamiento de ambos protagonistas ocasiona un hecho ilícito por parte del sujeto imputado o genera una competencia de la víctima al desencadenar una lesión generada por el propio tutelar de los bienes jurídicos. Forma un papel importante la valoración de la *lex artis* en el desenvolvimiento de la imputación a la víctima como principio victimodogmático, y que en su momento los tribunales federales y del fuero común en sus resoluciones apliquen la teoría de la imputación objetiva por medio de la imputación a la víctima para que se tenga un amplio análisis al momento de emitir un juicio de atribución, y como también se analiza el rol de comportamiento de cada uno de los sujetos que intervienen en la generación del riesgo.

La interpretación de la *lex artis* en los delitos que de acuerdo con su elemento subjetivo son dolosos y culposos, exige una valoración de acuerdo con interpretaciones que van más allá de la literalidad de la norma, ya que si bien es cierto como no se cuenta con la costumbre, al menos en México, de acudir en delitos de resultado, como los ya mencionados, a una reglamentación, genera una interpretación literal y limita a la autoridad en la de interpretación al momento de aplicar la norma.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 140.

El estudio por medio de la *lex artis* es el punto de partida para comprobar en los tipos penales a desarrollar en el próximo capítulo cómo el protagonismo de la víctima genera una lesión que no debe ser reprochada por medio de un juicio valorativo en contra del acompañante que también interviene, ya que de acuerdo con la *lex artis* se tiene que valorar si a ese descuido, ya sea por el imputado por el tutelar de los bienes jurídicos, se le debe aplicar una pena al sujeto activo, o simplemente una no aplicación de ella por la generación del riesgo de la víctima.

Es decir, el hecho de aplicar la teoría de la imputación objetiva por medio de la imputación a la víctima a delitos de resultado e inclusive tipos penales formales, no provoca impunidad al imputado, sino que da una mayor visión a la autoridad para analizar los elementos del conocimiento, del consentimiento y de la voluntad de ambos protagonistas que activan la norma penal para su aplicación.

Por ello, el análisis de la *lex artis* como criterio relevante para los delitos de resultado es trascendental, ya que esa reglamentación que fija la propia regulación de la conducta de los protagonistas de la norma penal que impera por su vigencia al momento de aplicarla tenga peso al momento de emitirse un fallo.

La teoría de la imputación objetiva toma en cuenta que un resultado causado por una acción humana sólo se puede imputar objetivamente a una persona cuando esta haya creado un riesgo desaprobado, que a su vez produzca un resultado típico.

De esta manera, la imputación objetiva es un problema causal que se resuelve a nivel objetivo tomando en cuenta para ello su atribución a un sujeto. De esta suerte, si el sujeto creó un riesgo jurídicamente relevante, y con ello produjo el resultado señalado en el tipo, entonces le es atribuible ese resultado.²⁵⁰

Operan tres criterios dentro del ámbito de la imputación objetiva; la *lex artis*, opera en el primer supuesto cuando se analiza

²⁵⁰ Orellana Wiarco, Octavio, *Teoría del delito*, México, Porrúa, p. 179.

que el sujeto haya creado o incrementado un riesgo prohibido, no comprendido dentro del riesgo permitido.²⁵¹

De este análisis, que se considera el más importante para explicar la teoría de la imputación a la víctima, se parte del supuesto de que el maestro alemán no especificó que los criterios de valoración son exclusivamente para el imputado; al contrario, existe un amplio margen de valoración para imputar un juicio valorativo a la víctima por su comportamiento dentro de su esfera de conducta. De esta forma, no omitiendo citar los demás supuestos, es de importancia para este trabajo que los protagonistas que activan la norma penal sean capaces de recibir una sanción por medio de la *lex artis*, ya sea de acuerdo con el elemento subjetivo, hablando del segundo nivel de imputación, ya que para llegar a la verdad histórica de los hechos en los delitos de tránsito de vehículos, negligencia médica y delitos sexuales, se debe analizar forzosamente la *lex artis* como norma regulatoria de los protagonistas.

El segundo supuesto, le llamaría la no exigibilidad de una conducta ocasionada por terceros; esto es, de acuerdo con el nexo causal, y tomando en consideración que el juicio de causalidad de manera accesoria al de imputación excluye la conducta generada por el comportamiento ajeno no vinculado con la lesión al bien jurídico ocasionado por el protagonismo de los inyectores de la norma penal.

Igualmente, el tercer supuesto, aunque se viole la protección de la norma, en el caso de un delito formal o material, y el acontecimiento aun cuando ya se encuentra violentada la norma, se genera el resultado por un factor externo. Esto es, la diferencia del segundo supuesto y el tercer supuesto parte de la idea de que en el segundo hubo un choque de comportamientos que generó una lesión al bien jurídico; y en el tercer supuesto, por la simple conducta del sujeto violentó la *lex artis*, que hasta ese momento no existe una lesión material a la norma penal; sin embargo, la lesión es ocasionada por un acontecimiento totalmente ajeno al compor-

²⁵¹ *Idem.*

tamiento de los protagonistas, que por su simple conducta uno de ellos de manera formal se apartó de la *lex artis*.²⁵²

Es importante señalar que la creación de un riesgo exige lo que se llama un reproche culpabilístico, que ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que en definitiva se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumben, o como una infracción de la diligencia exigible que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto.²⁵³

Para finalizar, la reglamentación manual o circular denominada *lex artis* en los delitos de resultado que se expondrán en el siguiente capítulo, es importante el análisis del comportamiento de las dos figuras a tratar en el presente trabajo, que son el imputado y la persona descuidada que se dice víctima. En este sentido, la aplicación de la *lex artis* no provoca impunidad al activo, sino realmente analiza el comportamiento y el descuido que puede generar el tutelar de los bienes jurídicos.

X. LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA VÍCTIMODOGMÁTICA

En 1970 Roxin señaló la necesidad de reflejar la unidad sistemática entre política criminal y derecho penal también en la elaboración de la doctrina del delito, por lo cual las categorías delicti-

²⁵² *Ibidem*, pp. 179 y ss. Menciona que si A conduce cuidadosamente el automóvil e inesperadamente cruza su camino B, a quien atropella y mata, desde luego que A puso una condición, una causa, en el suceso, y B muere a causa de ella, lo que se resuelve a nivel de la teoría de la equivalencia de las condiciones; pero como A ha observado las normas de debido cuidado y aun cuando conducir un vehículo implica riesgo, estos son socialmente útiles y aceptados, y A no ha incrementado el riesgo permitido, por ello, la muerte de B no le es imputable objetivamente.

²⁵³ Ripoll, Montijano, *op. cit.*, p. 87.

vas particulares de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad debían ser desde un principio contempladas, sistematizadas y desarrolladas desde la perspectiva de su función político-criminal.²⁵⁴

El sistema de derecho penal teleológico-racional o funcional, basado en el concepto, debe ser separada de la concepción tripartita del delito, que hasta hoy despliega el sistema de Bering y Von Liszt, surgido del naturalismo jurídico-penal, puesto que resulta imposible desde los principios básicos político-criminales funcionalizar la diferencia puramente heurística y de control entre tipicidad y antijuridicidad.²⁵⁵

La diferencia tradicional entre tipicidad y antijuridicidad se manifiesta bajo la óptica técnico-jurídica, cuya importancia ha sido excesivamente sobrevalorada en la dogmática alemana desde un principio por Bering y Liszt.

Ahora bien, la visión de la teoría del funcionalismo penal en ubicar al injusto en la culpabilidad, y que tradicionalmente trata todavía los niveles sistemáticos tradicionales de tipicidad y antijuridicidad de una manera comparativamente convencional, tiende un arco hacia los fines de la pena y, con ello, hacia los principios centrales de la política criminal.²⁵⁶

La política criminal, en el campo semántico admite concreciones en diversos sentidos, tan diferentes entre sí, que casi carece de sentido su agrupamiento bajo una denominación única. Comúnmente, la orientación político-criminal se ha asociado al consecuencialismo, identificándose con una orientación del sistema del derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación.²⁵⁷

El fenómeno de la globalización se manifiesta también en el mundo del derecho, y ello no sólo en los ordenamientos que se ocupan de las relaciones comerciales internacionales, o en el plano

²⁵⁴ Schünemann, Bernd, *La política criminal y el sistema de derecho penal*, conferencia pronunciada el día 10 de abril de 1991 en la Facultad de Derecho de la Universidad Computense, p. 703.

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ Schünemann, Bernd, *La política criminal y el sistema...*, *cit.*, p. 709.

²⁵⁷ Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 99.

del derecho internacional, sino que también llega a lo que puede parecer la esencia de la soberanía del Estado, que es el derecho penal.²⁵⁸

Este proceso de internacionalización se produce sobre todo en dos ámbitos: por un lado, en el plano internacional, en los esfuerzos de armonización de ordenamientos en determinados sectores de regulación que materialmente forman parte de los fenómenos económicos de globalización; por otro, en lo que puede denominarse el plano supranacional, y de modo especialmente destacado en el caso de la Unión Europea, en el que la construcción de nuevas formas supranacionales, de organización política plantea también al menos la necesidad de armonización de los ordenamientos penales.²⁵⁹

Si se quiere encontrar un denominador común de lo que está sucediendo con el derecho penal, éste seguramente estaría en la idea de expansión. Cabe observar cómo se produce en todo Occidente una evolución, en la que el derecho penal pasa a primera línea de la política cotidiana, en un clamor que demanda en todas partes una mayor intervención de la pena pública.²⁶⁰

En correspondencia, en el plano del derecho positivo se va construyendo un marco general en el que una legislación puramente simbólica e impulsos punitivistas de diversos orígenes se potencian mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del derecho penal.²⁶¹

Por este motivo es importante hacer una distinción entre política penal y política criminal, entendiéndose por la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado; esto es, ley penal y su aplicación, ejecución de la pena y de las medidas de seguridad, y entendien-

²⁵⁸ Melia, Cancio, *op. cit.*, Feijoo Sánchez, p. 71.

²⁵⁹ *Idem.*

²⁶⁰ Melia, Cancio, *op. cit.*, p. 66.

²⁶¹ *Idem.*

do en sentido amplio la segunda como política de transformación social e institucional.²⁶²

Una política criminal alternativa es la que escoge decididamente esta segunda estrategia, extrayendo todas las consecuencias de la conciencia cada vez más clara en cuanto a los límites del instrumento penal.

Entre todos los instrumentos de política criminal, el derecho penal es, en último análisis, el más inadecuado. La perspectiva de fondo de esta política criminal es radical por derivar de una teoría que reconoce que la cuestión penal no está sólo ligada a contradicciones que se expresan en el plano de las relaciones de distribución, y no es por ello soluble obrando sólo sobre esas relaciones para corregirlas, sino sobre todo en las contradicciones estructurales que derivan de las relaciones sociales de producción.²⁶³

En esta tesitura, una política criminal alternativa coherente con su propia base teórica no puede ser una política de sustitutos penales que queden limitados en una perspectiva vagamente reformista y humanitaria, sino una política de grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de formas de vida comunitaria y civil alternativas y más humanas.²⁶⁴

Hoy en día se viene estudiando de la ubicación del protagonismo de la víctima dentro de la aplicación del juicio valorativo que trae como consecuencia una lesión al bien jurídico.

En la actualidad la política criminal en México no es de la visión del Estado frente a la delincuencia de preocuparse por el protagonismo de la víctima; sin embargo, se ve que la doctrina ha realizado intentos para trasladar una visión de la imputación objetiva en el país publicando muy pocos libros de autores mexicanos que hablan del tema en estudio.

²⁶² Barratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, p. 214.

²⁶³ *Idem.*

²⁶⁴ *Idem.*

El derecho penal deja de ser un límite de la política criminal como lo consideraba Von Litz, y se convierte más bien en un instrumento de aquella. En la actualidad se suele hablar de política criminal de la emergencia, como programa combativo del poder político, a través del uso de los criterios político-criminales, donde se experimenta un fuerte incremento del poder punitivo sobre los derechos y garantías de la ciudadanía devenidos del principio de legalidad.²⁶⁵

Hay que admitir que nunca existió una valla infranqueable entre lo político y lo jurídico; sin embargo; frecuentemente se suele presentar un mundo jurídico atrincherado en torno a su dimensión formativa tomando a ésta como objeto esterilizado y artificial separado, cuando no independiente del marco comunitario del que nace y adonde se aplica. Por su parte, el mundo político explayado en el campo fáctico ha exaltado la discrecionalidad y el ingrediente agresivo que pueden existir en el acto político.²⁶⁶

Por eso, creo que de acuerdo con la política criminal mexicana no se ha profundizado en el estudio del protagonista más importante, y que influye *prima facie* en la aplicación del juicio de atribución, ya que de tomar en cuenta el sistema penal mexicano la aplicación a fondo de la imputación objetiva se valoraría sin duda alguna bajo el principio de la verdad histórica de los hechos si realmente el imputado generó ese riesgo no permitido o la del tutelar de los bienes jurídicos incrementó su riesgo ocasionando una lesión de acuerdo con el elemento subjetivo, ya sea dolosa o culposa, que fue generada por el descuido del sujeto pasivo.

Una política criminal racional, además de sólidamente fundada, ha de ser flexible, en el sentido de adaptable a la dinámica social. Debe ser compatible, por tanto, con la acelerada evolución de nuestra sociedad, que incide de modo inmediato en la selección y jerarquía de bienes y valores protegidos jurídicamente, y compa-

²⁶⁵ Rivero Sánchez, Juan, *Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal*, Granada, Comares, p. 124.

²⁶⁶ Sagués, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, p. 254.

tible también con la coexistencia, en el tiempo y en el espacio, de órdenes económicos, axiológicos e ideológicos.²⁶⁷

En México, la aplicación de la imputación objetiva por parte del Estado representada por el Poder Judicial de los estados y federal no se encuentra prohibida, máxime que hoy en día se tiene una falta de certeza jurídica que aplica si es el finalismo o el causalismo o una mezcla de ambas o ninguna de ellas o cada quien estudia el dolo y la culpa según su criterio; pero, no se aparta el sistema de aplicación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal.

XI. SANCIONES A LAS VÍCTIMAS

Con relación a la política legislativa podría pensarse que no sólo hay que privar a la víctima de protección *ex post* recortando en alguna medida la sanción penal a quien la ha lesionado, sino incluso amenazarla de pena a efectos preventivos.

Existen en la doctrina ciertas reflexiones que podrían considerarse como pertenecientes a una víctima-política, y que se ocupan no ya sólo de la conveniencia de reducir la punibilidad de los autores en supuestos en los que la víctima hubiera podido tomar medidas de autoprotección, sino de la posibilidad, que puede parecer absurda a primera vista, de utilizar una sanción a la víctima como medida político-criminal.²⁶⁸

Es evidente que con independencia de si fueran adecuadas las medidas de punición de la víctima desde el punto de vista político-criminal, en todo caso servirían a la protección de otros intereses distintos a los de la víctima; es decir, se obligaría a la víctima a la autoprotección en interés de futuras potenciales víctimas, instrumentalizando a la víctima descuidada como refuerzo a la prevención.²⁶⁹

²⁶⁷ Terradillos Basoco, Juan, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal*, Madrid, Universidad Computense, p. 125.

²⁶⁸ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 234.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 235.

Blaming the victim. Es evidente que si no se toma en cuenta una intervención relevante de la víctima en el acontecer que conduce a la lesión de sus bienes jurídicos se estará incrementando automáticamente la punibilidad del autor por encima del nivel adecuado, pues parece que la perspectiva exclusiva del interés de protección de los bienes jurídicos conlleva una tendencia expansiva en cuanto al ámbito de lo punible; por ello, si la intervención del titular del bien jurídico afectado no es tenida en cuenta, se producirá un castigo en exceso al autor.²⁷⁰

La responsabilidad del autor pasa al ámbito de la víctima; esto es, en cuanto mayor es la densidad del dominio del suceso por parte de la víctima, mayores son las posibilidades para estimar que el comportamiento del otro sujeto no es constitutivo de injusto. En esta tesitura, la imputación a la víctima se determina por la imprudencia consciente en lo que objetivamente es competencia de aquella.²⁷¹

Es importante mencionar que el tema de sancionar a la víctima no es nuevo bajo la visión de la teoría de la imputación objetiva por medio del principio victimodogmático de la imputación a la víctima. Es de precisar que la generación del descuido por parte del tutelar de los bienes jurídicos ha provocado inquietud en los doctrinarios que vienen sustentando esa teoría, que hoy en día es aplicada en Europa y en algunos países de Latinoamérica. No omito manifestar que en México no se encuentra prohibida la aplicación de la teoría mencionada, máxime que ésta ya ha sido analizada por la doctrina mexicana.

Tal vez suene como una necesidad el sancionar a la víctima en un sistema penal actual; sin embargo, hablar de la generación del riesgo que la víctima por su descuido en su rol de comportamiento genera, trae como consecuencia que hoy en día se hable de la competencia que la víctima genera en la lesión del bien jurídico tutelado; insistimos que no se habla de una impunidad para el su-

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 272.

jeto activo, sino de una ponderación del derecho a la libertad que ambos protagonistas al momento de realizar conductas lesionan el bien jurídico.

Es difícil comprobar un sistema en México para poder llegar a sancionar a las víctimas. Lo que no es difícil es comprobar que hoy en día la víctima, como tutelar de los bienes jurídicos, desempeña un papel *prima facie* al momento de llegar a la aplicación o anulación de la pena al sujeto activo.

XII. LA VISIÓN FUNCIONAL DE LA PENA

En este punto se explicará la relevancia que tiene para la imputación objetiva el trato de la pena bajo la visión de los autores alemanes, y la importancia que se le da al momento de aplicar la imputación al tipo objetivo del resultado que ocasiona el rol de comportamiento de los protagonistas penales.

Jakobs dio un paso audaz al incorporar la teoría retributiva de la pena en el sistema de referencia de una sociedad concebida como “comunicación normativa”, con la transformación simultánea de un individuo entendido naturalísticamente en una persona concebida como sujeto de normas de imputación.²⁷²

De esa manera ha separado la inclusión de esta teoría en un concepto de derecho de la filosofía de la libertad, que tiene como objetivo el máximo posible de libertad para el individuo. En ese sentido, la teoría de la pena de Hegel al nivel de una moderna filosofía social reposa sobre los pilares de la teoría de los sistemas funcionalista y del interaccionismo simbólico.²⁷³

Quien relacione derecho penal y efectos simbólicos se convierte en sospechoso. Parece claro que el problema radica en el concepto simbólico, y que quien utiliza este término para designar un rasgo del derecho penal moderno está utilizando un concepto más

²⁷² Schünemann, Bernd, *Aporías de la teoría de la pena en la filosofía*, Barcelona, en www.indret.com, consultado en abril de 2008.

²⁷³ *Idem*.

amplio, en cualquier caso distinto, de aquellos que denuncian al derecho penal o a parte de este como sólo simbólico.²⁷⁴

El propio término no ha sido objeto de estudio por la doctrina, ya que no se ha encontrado un concepto preciso y apto de simbólico o legislación simbólica.

Sin embargo, se considera que el simbolismo es la promulgación y ejecución de las leyes, no es un y/o, sino un más o menos. Incluso una norma tan concreta como la del homicidio, el aborto, el derecho penal del medio ambiente, cláusulas penales generales. En ese sentido, debiera ser determinable, ya que la denominación de leyes simbólicas o derecho penal simbólico no es sólo un concepto analítico inocuo, sino también una designación normativa combatida, expresa no sólo descripción, sino también crítica.²⁷⁵

Lo que la pena previene son los efectos negativos que pueden derivar del delito para el sistema social y no lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos por parte de conductas individuales. La imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de procesar las defraudaciones a costa del infractor. Junto a esta función de estabilización, el mal que se impone con la pena deriva de su fin preventivo-general, el cual es asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma.²⁷⁶

Ese fin tiene como límite el tratar al delincuente como persona, y no como objeto, ya que la pena, sólo reacciona frente al sujeto responsable, la persona. Sin embargo, esta garantía sólo es posible en la medida en la que el delincuente pueda garantizar su fidelidad en el futuro; de lo contrario, ya no puede ser tratado como persona, sino como enemigo.²⁷⁷

La pena, desde esta visión, es concebida como un instrumento para resolver las defraudaciones de expectativas que no pueden

²⁷⁴ Hassemer, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, Editorial Jurídica Conosur, en www.neopanopticum.wordpress.com, consultado el 23 de octubre de 2008.

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ Jakobs, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Cuadernos Civitas, p. 19.

²⁷⁷ *Idem*.

ser estabilizadas de otra manera. Se trata de un tratamiento específico de defraudaciones, que consiste en demostrar a costa del defraudante que se mantiene la expectativa de comportamiento.²⁷⁸

Por su parte, la visión funcional de la pena se mueve en un plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos. Se trata de comunicación frente al delito que, como acción culpable, no sería en esencia una lesión o puesta en peligro naturalística de bienes jurídicos, sino básicamente desautorización, quebrantamiento o descrédito de la norma.²⁷⁹

La pena no debe ser entendida en el plano natural, como un mal que sucede a otro mal, sino comunicativamente, como restablecimiento de la validez de la norma.

Un quebrantamiento de la norma no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas. En esta tesitura, sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito, entendido como afirmación que contradice la norma, y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma, puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional.²⁸⁰

XIII. EL SISTEMA DINÁMICO Y EL FUNCIONALISMO PENAL

La estructura del sistema jurídico puede ser concebida estática o dinámicamente. Los órdenes jurídicos entendidos como sistemas estáticos se componen de una clase de normas de las cuales mediante operaciones lógicas o metodológicas se puede obtener la solución de cualquier caso.²⁸¹

La estructura dinámica significa la automoción del sistema jurídico, la creación, modificación y derogación de sus normas. Así

²⁷⁸ Jakobs, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, op. cit., p. 23.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 25.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, p. 135.

pues, la estructura dinámica significa cambio, creación y eliminación, acatamiento e infracción, modificación de las normas.

La dinámica es una forma de desarrollo procedimental del sistema, basada principalmente en las reglas previstas en la primera norma positiva.²⁸²

Hoy en día en el derecho mexicano se emplea actualizaciones en materia del sistema penal. Nos percatamos de las reformas constitucionales a los artículos que refieren el sistema penal que se lleva en México. El legislador mexicano ya estipula semánticamente el término “imputación” en el artículo 20 de la Constitución federal para establecer las garantías dentro un juicio de atribución del supuesto imputado generador de la lesión del bien jurídico.

Actualmente se observa cómo la sociedad de la información influye en todos los ámbitos dentro de los cuales desempeñamos un rol de comportamiento con un sistema dinámico del derecho. El legislador mexicano debe dar mayor protagonismo a la víctima dentro de la generación del riesgo que desempeña su actividad en una sociedad y poder estipular ciertas permisiones que generen en la norma penal un cuidado por parte del tutelar de los bienes jurídicos.

Por tal razón, se tiene que implementar la teoría de la imputación objetiva de acuerdo con la visión teórica-práctica que se plantea en este trabajo, para que sirva de apoyo al resolver casos prácticos que se ven hoy en día en países latinoamericanos y europeos como su implementación para llegar a la verdad histórica de los hechos.

²⁸² *Ibidem*, p. 136.