

CAPÍTULO TERCERO

LA APLICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA EN DELITOS DE RESULTADO

I. REFLEXIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DELITOS DE RESULTADO

En primer lugar, de acuerdo con la teoría alemana de la imputación objetiva, todos los seres humanos viven en una sociedad en riesgo; es decir, todas las conductas que se realizan o funciones que se desempeñan en la vida pueden ocasionar un riesgo prohibido o no permitido, que lleva a que la conducta del ser humano entre en un incremento del riesgo permitido o no permitido por la norma. Según esta teoría, la valoración que se le debe aplicar a las conductas realizadas por la persona que puede tener el carácter de imputable a título de dolo o culpa se realiza bajo criterios permisibles que la propia teoría contempla en su aplicación, como son

- a) *Conocimientos especiales*. Los cuales se deben aplicar para toda persona profesionista en el desempeño de su función cotidiana, exigiendo un requisito mínimo de conocimiento en el ámbito de aplicación.
- b) *Lex art*. De acuerdo con esta teoría, debe existir en el peor de los casos una ley, reglamento o circular, que permita realizar las conductas por un ser humano de acuerdo con lo estipulado en la norma; esto es, el criterio de valoración que lleva a aplicar esta hipótesis debe tener como fundamento que la conducta que realiza una persona se sujete a una

disposición especial, la cual pueda justificar su conducta dentro de su desempeño habitual.

- c) *De acuerdo con el resultado ocasionado por la conducta que realiza el sujeto.* Esto quiere decir que sólo será responsable la persona que cometa un acto ilícito de acuerdo con el hecho realizado, sin que se le pueda imputar la conducta que haya ocasionado un tercero en el que también realice una conducta no permitida por la ley en el mismo hecho.²⁸³

1. *¿Cómo interpretar la teoría de la imputación objetiva según Dworkin?*
(Casos fáciles)

Dworkin propone de una manera general como métodos de interpretación que conduciría a la solución de casos jurídicos de una manera sencilla los siguientes:

El primero *desde un punto de vista gramatical*, que consiste en interpretar la teoría de la imputación objetiva de acuerdo con el principio de la exacta aplicación de la ley penal, consagrado en el artículo 14 de la Constitución federal. Esto limitaría para hacer una interpretación de acuerdo con los criterios permisibles que estipula la teoría de la imputación objetiva, ya que de acuerdo con este método de interpretación se debe sujetar a la letra del legislador que estipula en la norma penal, quedando limitada su interpretación para dar una solución correcta a la teoría de la

²⁸³ Orellana Wiarco, Octavio, *Teoría del delito*, México, Porrúa, p. 179. Menciona que la teoría de la imputación objetiva toma en cuenta que un resultado causado por una acción humana solamente se puede imputar objetivamente a una persona cuando ésta haya creado un riesgo desaprobado, que a su vez produzca un resultado típico. De esta manera, la imputación objetiva para el sistema funcionalista propuesto para Roxin, se ubica como un problema causal que —a su juicio— se resuelve a nivel objetivo tomando en cuenta para ello a su atribución a un sujeto. De esta suerte, si el sujeto creó un riesgo jurídicamente relevante y con ella produjo el resultado señalado en el tipo, entonces le es atribuible ese resultado. En consecuencia, la “imputación objetiva” se puede definir como “la creación de un riesgo jurídicamente relevante como el de su realización en el resultado”.

imputación objetiva, en la cual se necesita entrar al estudio de los elementos permisibles que contempla la teoría del incremento del riesgo.

Segundo método de interpretación, *desde un punto de vista de manera auténtica*. Este método de interpretación, para poder ser aplicado a la teoría de la imputación objetiva, resultaría limitado en su estudio, ya que la intención que tuvo el legislador para describir los elementos subjetivos del tipo penal en aquellos momentos no contemplaba esta forma de aplicar criterios de valoración permisibles que puedan dar una solución al caso práctico, en el entendido de que no se debe olvidar que estos criterios permisibles pueden equipararse a las causas de justificación o causas de inculpabilidad que son aplicadas a los códigos penales vigentes en las entidades federativas.

No se puede tomar el método auténtico para la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, ya que en aquellos momentos no se encontraba estipulada esa valoración por parte del legislador de sancionar dentro de una sociedad en riesgo las conductas que de acuerdo con eso los criterios permisibles puedan ser permitidas o prohibidas; no obstante, hoy se encuentran de manera aislada para su aplicación en los códigos penales en México.

Otro método de interpretación es el sistemático, el cual debe relacionar un todo armónico, que en lo particular para entrar al estudio de la culpa o el dolo este método no respondería con claridad la solución que se le puede dar a la teoría de la imputación objetiva. Por lo tanto, queda claro que para dar respuesta a la teoría de la imputación objetiva, según lo que plantea Dworkin sobre la interpretación, es necesario hacer uso de otros medios de interpretación viables que darían una posible solución al tema.

2. Interpretación y solución según el planteamiento de Dworkin, aplicado a la teoría de la imputación objetiva

Solución de acuerdo al proyecto de examinar y hacer una lista de las interpretaciones posibles. Se debe tomar en cuenta que

para resolver la teoría de la imputación objetiva existen criterios de valoración, donde se manifiestan las interpretaciones posibles para dar solución al caso planteado. Esto lleva a exponer el siguiente problema, donde se trata de dar solución de acuerdo a lo que Dworkin manifiesta en las recomendaciones al momento de interpretar, y los criterios permisibles de solución de la teoría de la imputación objetiva.

Ejemplo 1:

“Artículo 142, del CPEV. Los propietarios o poseedores de animales que causen lesiones o muerte a personas serán responsables a título de culpa. Si fuere a consecuencia de su acción, el delito se considera de manera dolosa”.

Solución

a) *Examinar y hacer una lista de interpretaciones posibles.* De acuerdo con esta recomendación, para llegar a una respuesta correcta se toma en cuenta que la única interpretación se puede realizar de acuerdo con el incremento del riesgo en que se ubica la conducta de la persona; es decir, no puede hablarse de que existan varias interpretaciones, cuando se desprende de la teoría de la imputación objetiva, que de acuerdo con los criterios permisibles la conducta de la persona debe estar sujeta en un mínimo de conocimiento tanto de la ley que rige su profesión o los conocimientos especiales que debe tener presente el individuo dentro de una sociedad en riesgo.

Ahora bien, para poder sancionar a un poseedor o propietario de un animal de acuerdo con la teoría en estudio se debe tener presente si la conducta se encuentra dentro de un riesgo permitido o su conducta es imputable; por lo tanto, no se puede hablar de que pueden existir varias soluciones. De lo que sí se puede interpretar es que para llegar a una respuesta correcta se tiene que determinar si la persona cumplió con esos requisitos permisibles, si

no, se ubica dentro de un riesgo prohibido, donde se tendría que determinar a título de culpa o dolo su actuar, y se le imputaría de una sola forma; no puede haber dos respuestas en esta situación; en su momento, se pudiera hablar de dos soluciones si en nuestra legislación todavía hubiera la conducta preterintencional.

De esta manera, para dar respuesta, según lo que estipula Dworkin, al momento de interpretar al caso planteado bajo los criterios permisibles de la teoría de la imputación objetiva, sería la siguiente:

Se tiene primero que remitir, de acuerdo con *la lex art* a un reglamento o circular municipal o estatal, para determinar si el tipo de animal que lesionó o mató a la persona es de aquellos prohibidos por la circular o norma. De no existir la norma se estaría permitido tener cualquier clase de animal. De este modo, se tiene el reglamento municipal de animales, en el cual se comprendería si el tipo o raza de animal que cometió la conducta se encuentra estipulado o no en la norma. Sometiendo la siguiente determinación al principio en derecho que dice “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Esto es, Roxin no se aparta del principio de la exacta aplicación de la ley penal; lo que refiere es que si la conducta que desempeñas cotidianamente entra en una situación de riesgo prohibido, será sancionado de acuerdo con los criterios permisibles. Ahora bien, en este caso particular, si la norma no existe, está permitido tener toda clase de perros en tu establecimiento o domicilio; empero, la norma existe, entonces tendrías que acatar la estipulación; por consiguiente, sería imputable si tu perro no se encuentra bajo esa situación que la norma permite ubicar la conducta en un incremento del riesgo.

En principio, se cree que con la primera recomendación que estipula Dworkin al momento de interpretar la norma es suficiente para poder dar una respuesta a la teoría de la imputación objetiva de Roxin siguiendo su estructura de funcionamiento de los criterios permisibles; no me aparto de que con las otras recomendaciones se pueda llegar a una respuesta correcta; sin embargo, chocaría la teoría de la imputación objetiva con los criterios ju-

risprudenciales, que en su momento se acoplarían a la teoría en estudio, tomando en cuenta que nuestros códigos penales desde mi punto de vista tienen una mezcla del finalismo y causalismo.

Por otro lado, donde surge la problemática no es tanto en encuadrar si la conducta entra en un riesgo permitido o prohibido, sino en el elemento subjetivo con el cual desempeña ese comportamiento la persona dentro de una sociedad en riesgo. Este problema llevaría a realizar una lista de interpretaciones posibles para dar una respuesta correcta, ya que en este caso no le puedo imputar al mismo hecho una conducta dolosa y culposa de acuerdo con la legislación penal vigente.

Solución. *Casos fáciles*

De acuerdo con el criterio literal de la norma. No dice mucho para poder esclarecer de acuerdo con este método de interpretación, ya que si se apego a la letra del legislador, no se puede hacer una interpretación de los criterios de validez de la teoría de la imputación objetiva para poder sancionar a título de dolo o culpa la conducta del sujeto, pues impide hacer una valoración de acuerdo con la teoría en estudio.

De acuerdo con el criterio auténtico del legislador. La finalidad del legislador en este caso se apegó a las teorías finalistas y causalistas, que para nuestro método de estudio no aplican.

De acuerdo con el criterio sistemático. No puede conformarse con este método, ya que al hablar de un todo armónico se tiene que hacer alusión a los dos criterios de interpretación anteriores, los cuales no dan solución clara al problema planteado.

Esto no es suficiente para poder dar solución de acuerdo con lo que plantea Roxin para poder imputar una responsabilidad dolosa o culposa; por ende, se tiene que remitir necesariamente a los casos donde se realice una serie de interpretaciones posibles para poder dar solución de acuerdo con los criterios permitidos.

Casos *difíciles*

a) Debe la persona tener los conocimientos especiales o el mínimo de conocimiento para poder tener un animal dentro de su domicilio o en algún otro lugar. b) Debe la persona tener conocimiento de que existe alguna normativa que regule la tenencia de animales en el hogar o en algún otro establecimiento. c) Si la persona es atacada por varios animales, cuál sería el dueño o poseedor del animal responsable de la lesión o muerte causada.

Solución

Conforme a los criterios de validez de la teoría de la imputación objetiva, si el animal es de aquellos que la normativa permite tenerlo como dueño o poseedor, y comete alguna lesión o muerte en la persona, pero se encuentra dentro de un riesgo permitido, el poseedor o dueño tendrá que justificar que su animal es permitido por el estado de acuerdo con esa normativa. En cambio, el animal no es de aquellos permitidos por la norma; por lo tanto, se le puede imputar una conducta; dolosa o culposa; sin embargo, se tendrá que determinar el grado de culpa o dolo en el actuar de aquella persona que utilizó al animal como instrumento para cometer la conducta; es decir se está en el supuesto de que la persona se encuentra dentro de un riesgo prohibido; por ello, corresponde, de acuerdo con los hechos, determinar cuál de los elementos de la culpa será el que se le debe imputar.

Ejemplo 2

Negligencia médica. Artículo 253, CPEV; I “Sin la autorización del paciente o de quien legítimamente pueda otorgarla ante la imposibilidad o incapacidad de aquél, salvo casos de urgencia, realice una intervención quirúrgica que por su naturaleza ponga

en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro". II. Realice una intervención quirúrgica innecesaria.

Antes de dar una respuesta a este problema es importante manifestar que en la práctica jurídica es normal que a este tipo de conductas se les denomine negligencia médica; obviamente, no existe como tal en las legislaciones penales; por eso, se le imputa en la mayoría de las veces al médico una sanción culposa.

De esta manera, una de las aportaciones de la teoría de la imputación objetiva al sistema penal mexicano es que muchas veces bajo el principio de justicia no es suficiente sancionar al médico de la manera ya mencionada; es por eso que la teoría de Roxin, siguiendo los lineamientos de Workin al momento de interpretar, plantea una solución derivando de la serie de interpretaciones posibles que se hagan al asunto en estudio.

Casos fáciles

Desde el punto de vista literal de la norma, la negligencia médica en la actualidad se sujeta a que la autoridad aplique al sujeto profesionista una sanción culposa derivada de la conducta realizada.

Igualmente, para poder aplicar al profesionista una conducta dolosa se tiene que entrar al estudio del elemento subjetivo del tipo penal para poder especificar con qué tipo o forma de dolo cometió la conducta reprochable; sin embargo, nuestra legislación penal sólo reconoce dos conductas en concreto que son de manera literal lo que es el dolo y la culpa, sin hacer alguna especificación, ya que la sanción que en un futuro se puede imponer es una u otra. De manera que para poder dar una respuesta a este problema se tiene que sujetar la teoría de Roxin a los criterios que Workin recomienda al momento de interpretar; por eso, de una manera superficial y apearse a la literalidad de la norma, parece que la verdad histórica de los hechos no se puede concretizar con el solo hecho de sancionar de acuerdo con lo

que estipula el tipo penal sin hacer una valoración de los criterios permisibles.

La intención del legislador de estipular el tipo penal en la legislación fue con la finalidad de sancionar al médico de una manera dolosa al realizar su conducta; sin embargo, se le olvida al legislador que para estudiar el dolo en ese tipo de actividades profesionales se debe tomar en cuenta si el profesionista tenía la intención de hacerlo, y lo que refleja el tipo penal es una presunción de que el profesionista actúa con dolo en todas sus actividades.

Por ello, no se puede llegar a una respuesta correcta de acuerdo con este método de interpretación, ya que la intención del legislador en esos momentos fue aplicando las teorías causalistas y finalistas, no bajo los criterios de validez de la teoría de la imputación objetiva. Desde un punto de vista sistemático, tampoco se puede llegar a dar una respuesta correcta, en la medida en que un todo armónico no permite un entendimiento claro en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, teniendo que remitirnos a los criterios permisibles de valoración.

De acuerdo con estos métodos de interpretación no se puede dar una respuesta correcta, y se tiene que dar una solución de acuerdo con las recomendaciones que hace Dworkin al momento de interpretar, como son:

Solución de acuerdo con los casos difíciles

Examinar y hacer una lista de interpretaciones posibles: I) De acuerdo con los conocimientos especiales, tiene el médico que poseer el mínimo de conocimientos para poder desempeñar su profesión y poder realizar operaciones; II) Tiene que cumplir con todos los reglamentos y circulares o responsivas que tenga que poner en conocimiento al paciente antes de realizar una operación, y cumplir con el mínimo de conocimientos especiales para poder realizar cualquier tipo de operaciones; III) si el paciente muere o se le provoca una lesión por causa no imputables

a su intervención, sino que fue por la intervención de otro médico en ese momento, se tiene que comprobar de acuerdo con los conocimientos especiales y la *lex art*, que el médico cumplió con sus funciones de acuerdo con las responsivas que le debió poner en conocimiento al paciente.

Solución

De acuerdo con el tipo penal que el legislador estipuló en la norma, el médico tiene que cumplir con la normativa de su profesión, como es poner en conocimiento del paciente de la intervención que se va a realizar y comprobar el mínimo de conocimientos especiales para poder realizar su actividad. En cambio, si el médico no cumple con esos requisitos que la misma normativa le exige obliga, sería imputable de manera culposa o dolosa, respuesta que voy a explicar más adelante.

Por otro lado, si el médico cumple con esa normativa que lo rige para desempeñar su profesión y no obstante el paciente muere o queda lesionado, tendrá que comprobar el médico que cumplió con toda la normativa, y que las causas de la muerte no le fueron imputables por su intervención; en este caso el médico o profesionista se ubica dentro de un riesgo permitido por la norma.

Responsabilidad del médico

Roxin no se aparta de la aplicación del elemento subjetivo del tipo penal; lo que resulta problemático para Roxin, desde mi punto de vista, es que la figura del dolo eventual no queda del todo esclarecida para poder determinar si la conducta del sujeto se ubica dentro de un riesgo prohibido o permitido por la norma, y aplicar al sujeto activo una sanción culposa o dolosa. Aún así, como no existe dentro de la legislación del Estado de Veracruz la figura del delito preterintencional (dolo y culpa), se tiene

que determinar si dentro del riesgo prohibido por la norma el desempeño del sujeto fue con intención o imprudencia.

Así pues, queda claro que si el médico no cumple con la normativa estipulada dentro de la medicina legal para realizar operaciones y no comprueba sus conocimientos especiales, es sancionado; sin embargo, ¿cómo comprobar que el médico tenía la intención de matar o lesionar al paciente? Se tiene que entrar al estudio subjetivo de la persona, situación que es casi imposible saber, si el médico quería causarle una lesión o matarlo.

Por esa razón, no cuestiono a la teoría de la imputación objetiva en cómo acreditar el cuerpo del delito. Lo que se cuestiona es cómo imputarle una sanción dolosa o culposa a la persona que realiza una conducta. De acuerdo con lo que contempla Dworkin, al momento de aclarar, se realizan una serie de interpretaciones posibles para dar solución: a) en los delitos culposos no existe *iter criminis* (no hay maquinación para cometer la conducta), simplemente por la falta de cuidado o se pudo prever lo previsible, se origina una conducta; b) el dolo del médico se presume desde el momento en que no se apega a los criterios permisibles que debe conocer de acuerdo con su profesión, y a consecuencia de ello lesiona o mata al paciente; c) no es suficiente esta recomendación de Dworkin para poder dar solución, ya que dentro del riesgo prohibido por la norma tengo que imputarle a una conducta una sanción dolosa o culposa, teniendo que enfrentar las interpretaciones con los antecedentes jurisprudenciales.

Solución

Se retoma el segundo inciso para dar una respuesta adecuada, a saber: la ley obliga a dar al paciente una responsiva o poner en su conocimiento de toda la mecánica de la operación y acreditar que soy especialista en el área correspondiente; si no lo hago, falto a los criterios permisibles que me amparan para ubicarme dentro de un riesgo permitido.

De este modo, no puedo hablar de una sanción culposa en este caso especial, donde hay una conducta de omisión de un médico, que tiene la obligación de acreditar sus conocimientos especiales y apegarse a la reglamentación que debe existir dentro de la profesión médica al momento de realizar una operación. Por este motivo, se puede imputar en este caso de manera dolosa al médico que no cumpla con la normativa que lo obliga como profesionista.

Para finalizar, si se toma en cuenta que en el ejemplo que se planteó primero, la literalidad de la ley si contempla una sanción culposa en el desempeño de la conducta de la persona, que en el segundo ejemplo la literalidad de la ley no lo hace, cerrando en este caso una valoración más beneficiosa para la persona que desempeña la conducta.²⁸⁴

II. ¿CÓMO DAR SOLUCIÓN DE ACUERDO CON DWORKIN, SI LOS CRITERIOS PERMISIBLES NO SON VIABLES PARA SUSTENTAR LA TEORÍA DE ROXIN?

En este caso se aplicaría si en su momento la teoría de la imputación objetiva es cuestionada en su validez bajo la postura de los criterios permisibles que la contemplan.

Si en los análisis anteriores los criterios permisibles llevaron a hacer una interpretación más allá de los métodos literal, auténtico y sistemático, para dar respuesta a la presente interrogante se tiene que ir a las otras recomendaciones que Dworkin sugiere al momento de encontrar una respuesta correcta; por ende, la recomendación que se utilizó en los ejemplos anteriores no es suficiente para dar una solución.

²⁸⁴ Feijoo Sánchez, Bernardo, *Teoría de la imputación objetiva*, Ángel Editores, p. 69. Menciona que la determinación de la tipicidad en los delitos de resultado, dolosos o imprudentes, se sirve para esta escuela doctrinal de los siguientes criterios objetivos: a) relación de la causalidad entre una persona y el resultado; b) creación de un riesgo o peligro no permitido; realización del riesgo no permitido.

Por otra parte, se trata de dar una respuesta de acuerdo con lo que Dworkin manifiesta en el inciso g): “en caso que se escoja una interpretación que no cuenta con antecedentes importantes en la práctica, se decide conforme a la mejor perspectiva de la comunidad desde la moralidad política”.

Planteamiento

a) Se debe tomar en cuenta que los criterios permisibles no son del todo viables para dar una respuesta a la teoría de la imputación objetiva; b) los ordenamientos normativos llevan a tomar en cuenta la moralidad como punto de partida de la actividad de una buena voluntad, ya que es buena por el hecho de ser en sí misma no necesidad de comparación; c) tomo en cuenta a Kant, cuando refiere que en toda legislación debe existir una relación entre la ley y el móvil; es decir, la conducta que se exige del sujeto y el respeto a la exigencia normativa; d) la conducta es valiosa, es el mero respeto al deber, se le atribuye la nota de moralidad, y además, existe un imperativo con carácter de mandato que se ha elevado por su observancia a ley universal; e) si tomo en cuenta la serie de imperativos que en derecho penal existen como ley universal, se puede sostener la teoría de Roxin, si en su momento fueran cuestionados los criterios de que sustentan su validez en el derecho penal.

Solución

Se divide la solución en tres incisos: a) no hay antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la teoría de la imputación objetiva en nuestro derecho penal mexicano; lo que se tiene son opiniones de autores mexicanos que han realizado estancias en Europa; b) existe una similitud del riesgo permitido y sus criterios permisibles con las causas de justificación y de inculpabilidad, que sí aparecen en los códigos penales de las entidades federativas; se concluye que, c) toda teoría penal emana de la

conducta del individuo; de este modo, si se toma en cuenta que para aplicar las causas de justificación e inculpabilidad se remite a la aplicación de una norma, que en este caso es el código penal, y si se asimilan los criterios permisibles con los aspectos negativos del delito que se contemplan en la actualidad dentro de nuestro derecho penal, esto lleva a sostener con carácter de mandato la exigencia normativa, que para rescatar la teoría de Roxin se debe aplicar una interpretación literal basada en el principio de la exacta aplicación de la norma, donde de una forma no se pierde la finalidad de la teoría de la imputación objetiva, la cual es ubicar la conducta del ser humano en un riesgo permitido o prohibido, sujetándose a la literalidad de la ley.

III. ¿QUIÉN DEBE INTERPRETAR LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA?

Primeramente, según por Waluchow y Dworkin, la palabra final para la interpretación debe estar en una persona imparcial que no tenga interés. En otras palabras, los tribunales, de acuerdo con su formación, con sus principios morales, con sus códigos de ética, decide una persona que no tiene interés en el asunto en litigio. Se presume que la figura del mejor juez posible va más allá, no se limita a las influencias políticas que en su momento se puedan tener.

Ahora, dando una respuesta a la pregunta formulada, se cree que la interpretación de la teoría de la imputación objetiva debe descansar en la autoridad judicial, fundamentado en una forma en que el propio legislador ya contempla en la norma que el representante social debe recibir las denuncias y querrela por ciertos actos delictivos sin hacer una valoración específica de qué delito se configura, sino sólo integrar la investigación, sin hacer alguna especificación de cuál es el tipo penal que se configura, tarea que se dejaría al Poder Judicial.

Por otro lado, la idea de Waluchow se advierte en el Código adjetivo penal del estado de Veracruz, en su artículo 124, que

dispone la autoridad administrativa sólo se limitará a recibir la denuncia sin hacer una valoración; por el contrario, no se aplica en la actualidad, ya que el Ministerio Público sigue consignando por delitos donde no hay tipicidad, y ocasiona negativas de órdenes o autos de libertad. Si pasa lo contrario, siguiendo lo que Waluchow argumenta, se subsanan de una manera las anomalías que dentro del proceso penal existen, ya que si se deja la valoración a la autoridad judicial, se evitarían estas situaciones, y hablando de la teoría de la imputación donde uno se tiene que remitir a casos difíciles, la autoridad conveniente de interpretar la norma penal sería la autoridad judicial.

IV. DELITOS DE TRÁNSITO DE VEHÍCULOS

Si se toma como punto de partida que la teoría de la imputación objetiva se desarrolla en delitos de mera conducta y de resultado, y una aproximación más concreta para la aplicación de los delitos que de acuerdo con el segundo nivel de imputación que se desarrolla en el estudio de la imprudencia y la intencionalidad, como se puede observar en el presente apartado, se explicará la trascendencia del juicio de atribución dentro de los criterios permisibles, tomando en cuenta la generación del riesgo de la víctima dentro de su rol de comportamiento.

El sistema penal en México tiene la visión de aplicar el juicio de reproche al inculpado, ya que la costumbre que se tiene de acuerdo con la norma penal vigente es realizar un juicio valorativo en contra del conductor de los medios de transporte, no valorando como generación del riesgo la conducta del tutelar de los bienes jurídicos que en su momento forma parte del protagonismo en el juicio de tipicidad que de acuerdo con lo aplicable en México sólo es imputable al sujeto activo, dejando a la víctima como símbolo de protección.

Ahora, de acuerdo con la visión del principio victimodogmático, donde se le da mayor protagonismo a la víctima en los delitos de resultado, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva,

y tomando como valoración los criterios que se tienen que agotar al momento de aplicar la norma, no se debe omitir que tratándose de los delitos de tránsito de vehículos existen las reglamentaciones, circulares, donde se regula el comportamiento de las personas que intervienen en el suceso que llegara a resultar.

Martínez Escamilla comenta las situaciones de tipos penales imprudenciales ocasionados por el tránsito de vehículos, que a salvo de reglas especiales desaparece toda responsabilidad del conductor una vez constatada la imprudencia de la víctima.

Por lo que respecta a las conductas imprudentes de peatones que pretenden cruzar la vía o simplemente caminan por la calzada, en principio no puede considerar este un riesgo previsible, por lo que el conductor no está obligado a contar con él, a mantener una velocidad que le permita controlar la situación frente a estos comportamientos, salvo cuando la propia norma impone una moderación en la velocidad en consideración precisamente a la posibilidad de conductas imprudentes por parte de peatones.²⁸⁵

Caso 1

Tránsito de vehículos. (Perú) Aplicación de la teoría de la imputación objetiva para la solución de casos en delitos imprudenciales derivados de la conducción de automóviles. “*Causa número 2380-98*”. La propia imprudencia de la agraviada quien cruzó la calzada sin adoptar las medidas de precaución para eliminar todo tipo de riesgo y no haberlo hecho por el lugar apropiado, pese a existir el respectivo cruce peatonal, también debe tenerse en cuenta el certificado emitido por la división de exámenes auxiliares del Ministerio Público, en el que se da cuenta que la muestra de sangre a la agraviada dio positivo para alcohol. Circunstancia que impide determinar con certeza si es que el procesado faltó al deber de cuidado al momento de conducir su unidad de trans-

²⁸⁵ Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 294 y ss.

porte. En consecuencia se debe confirmar la sentencia materia de grado, pues, lo contrario sería desconocer la proscripción de todo tipo de responsabilidad objetiva.²⁸⁶

De tal manera, si la producción del resultado lesivo se origina a partir de la infracción de los deberes de autoprotección del agraviado, se origina la exclusión del tipo objetivo, pues si bien el resultado lesivo resulta indeseable para el derecho, el comportamiento del acusado se encuentra dentro de los niveles de riesgo socialmente permitidos.

En ese sentido es que las últimas resoluciones emitidas por la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima han optado por suprimir la mera comprobación de causalidad como determinante en la comprobación de responsabilidad penal; así, si el aumento de riesgo por parte de la propia víctima es notorio, se procede a la absolución del procesado; en tanto, si el aumento de riesgo es menor, la absolución se produce en virtud al principio del *in dubio pro reo*.²⁸⁷

Caso 2

Causa 8653-97

La procesada venía conduciendo su vehículo por el carril izquierdo de la avenida República de Panamá en circunstancias en las cuales cruzaron dicha avenida los agraviados por delante del ómnibus del cual habían bajado ya que según declaraciones testimoniales, estos eran empleados del súper mercado Wong y dada la

²⁸⁶ Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Revista Electrónica de Derecho Penal*, en www.ieid.org, consultado el 14 de marzo de 2009. El aumento indebido del riesgo por parte de la víctima en la reciente jurisprudencia penal peruana.

²⁸⁷ www.publicacionesderecho.org, consultado el 14 de marzo de 2009. Menciona que la jurisprudencia peruana ha dado un importante paso con la adopción de criterios propios de la teoría de la imputación objetiva para resolver los casos de su competencia; empero, debe ser cuidadosa en su aplicación al fin de evitar una impunidad indiscriminada.

hora que era, tenían que marcar su tarjeta de control, por lo que se puede presumir que hayan cruzado apresuradamente, siendo esto así el procesado no ha podido prever el que éstos cruzaron de esta manera la referida vía, por lo que no pudo evitar el desenlace, ya que el riesgo permitido en éste caso fue elevado precisamente por los agraviados, cuales cruzaron la pista sin salvaguardar su integridad física, siendo por lo tanto considerados como el factor predominante del evento.²⁸⁸

En México, no se la aplica de la teoría de la imputación objetiva en tipos penales que por su resultado generan un cambio en el mundo exterior; sin embargo, es importante para el lector que de acuerdo con el planteamiento que se realizará en el capitulado siguiente se demuestra que la teoría de la imputación objetiva es tan antigua, que como, ya se comentó, los filósofos idealistas alemanes ya estipulaban el término “libertad” dentro de sus reflexiones como el punto de partida.

En esta tesitura, no excluye la norma penal en México a las autoridades judiciales de los ámbitos federales, y fue común para implementar en sus sentencias la interpretación de la teoría de la imputación objetiva, que hoy en día, como se observa en países de Latinoamérica y europeos, es de gran importancia para la solución de casos cuando se presenta el estudio de comportamientos del rol de los protagonistas que generan una lesión al bien jurídico. Si se habla en México de una teoría mixta o si se habla de aplicar el finalismo o el causalismo, hoy queda superado por la imputación objetiva, donde se precisa el estudio según la doctrina del elemento subjetivo del tipo penal, ya sea en la tipicidad o en la antijuridicidad.

Con la aplicación de la teoría de los doctrinarios alemanes citados en el capitulado anterior se amplía el margen de apreciación del juzgador en casos de generación de riesgo en delitos no intencionales y la valoración de los elementos del dolo, pero

²⁸⁸ *Idem.*

siendo estudiados desde el rol de comportamiento de la víctima para llegar a una verdad histórica de los hechos.

En el presente punto se pudo apreciar cómo se realiza un estudio más a fondo del comportamiento de la víctima aplicado ya por tribunales latinoamericanos, que en México no se encuentra prohibido, y daría una aplicación a los principios de equilibrio y de la verdad histórica de los hechos que ya el legislador contempla en la norma penal, y sin embargo, muchas veces no se aplica.

Caso 3

El conductor de un camión quiso adelantarse a un ciclista, y al hacerlo no guardó la distancia de separación impuesta por el Código de la Circulación. Durante el adelantamiento, el ciclista, que estaba muy bebido, por haber girado la bicicleta hacia la izquierda debido a una reacción de cortocircuito producida por el alcohol, cayó bajo las ruedas traseras del camión y que en ese momento pasaba por su lado y murió a consecuencia del accidente. Se comprobó que con suma probabilidad también se habría producido el accidente y con el mismo fatal desenlace aunque el conductor del camión hubiera mantenido una separación suficiente al efectuar el adelantamiento.

Desde mi punto de vista, el conductor del camión violentó su *lex artis* al pasar de un riesgo permitido y tratar de rebasar y no guardar la distancia que el reglamento de circulación contempla; por ello, considero que el conductor del camión en este caso sí ocasionó una lesión al bien jurídico tutelado de la norma, independientemente de estipular dentro del nivel de imputación donde se considera el estudio del elemento subjetivo que la conducta que ocasionó esa lesión sea dolosa o culposa. Considero que con el simple hecho de que el conductor violenta ese riesgo permitido que contempla el criterio permisible de valoración por medio de la *lex artis*, que en este caso es el código de circu-

lación, amerita una responsabilidad de acuerdo con el elemento subjetivo de tipo culposa.²⁸⁹

Caso 4

Alrededor de las 8 de la mañana un día 21 de enero de 1999, un tercero conducía un camión aljibe, patente DA 3768 por la avenida con dirección al sur. Al llegar a la intersección con calle Magallanes, que tiene dos vías separadas, pasando la primera, y cuando había recorrido 11.10 metros y le restaban 9.50 metros, fue colisionado en su costado izquierdo por la camioneta, marca Kia, conducida por Moisés Moraga Navarrete, quien a raíz del impacto, falleció producto de las lesiones recibidas.

La determinación por parte de la Corte de Apelaciones de Valparaíso fue el tomar en consideración que el encontronazo no resulta razonablemente explicable si se prescinde de la transgresión reglamentaria efectuada por la infortunada víctima y la imprudencia manifiesta en que incurrió, vale decir, salirse de la ruta por la que corría, obstruyendo con ello la vía de circulación reglamentaria del camión aljibe guiado por Herrera Chacana. Por ello, el encausado no ejecutó un hecho que, de mediar malicia, configuraría un delito contra las personas; el producto dañoso no fue jurídicamente obra suya, por lo que no existe conducta negligente alguna ni violación de reglamento que pueda imputársele. Concluyendo que la sentencia ha calificado como lícito

²⁸⁹ Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 150 y ss. Menciona que en el caso del ciclista al principio el Tribunal Supremo Federal absolvió por considerar que el conductor del camión no fue causa del resultado en sentido jurídico penal. Sin embargo, Spindel cree que existe un homicidio imprudente y Arthur Kaufmann propugna la absolución. En el caso del ciclista el tribunal alemán titubea y finalmente opina, que no sería muy conforme con la situación real de afirmar que existe un hecho de omisión, si bien es cierto, también se reprocha la inobservancia de una determinada distancia de separación, lo que está, sin embargo, en primer plano es el hecho de que el acusado ha causado positivamente la muerte del ciclista al atropellarle.

un hecho que la ley penal reprime como delito y absuelve entonces al acusado.²⁹⁰

En México este asunto se califica como un homicidio imprudencial; se le imputa la responsabilidad al conductor del camión y no se valora el comportamiento de la persona que venía en la bicicleta; sin embargo, con la visión del funcionalismo se valoran ambas conductas, y se determina tanto la posibilidad de estudiar el conocimiento como el consentimiento y la voluntad de ambos protagonistas.

Caso 5

El 11 de noviembre de 1999, siendo aproximadamente las 8:30 horas, en momentos en que el vehículo Ford Sierra circulaba por la avenida Belgrano, de la localidad de Wilde, partido de Avellaneda, en dirección sur-norte, dobla a la izquierda para tomar la avenida Onsari, y es embestido por el colectivo Mercedes Benz, que transitaba por esta última en sentido oeste-este, invadiendo la mano contraria de circulación, impacto este que provocó en el conductor del Sierra lesiones de tal magnitud que ocasionaron su muerte.

El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires determinó que se tuvo por acreditada la invasión de la mano contraria por parte de este, y decidió expresamente que ello implicaba un aumento indebido del riesgo determinante del resultado fatal. Por ello, la violación al deber de cuidado por parte del imputado y la relación de determinación entre el aumento indebido del riesgo y el resultado muerte, resultando entonces intrascendente la eventual imprudencia de la víctima, ya que ella no excluye los referidos extremos ni permite suponer que para el imputado la colisión pudo haber resultado imprevisible.²⁹¹

²⁹⁰ En www.jurischile.com, consultado el 15 de marzo del 2009.

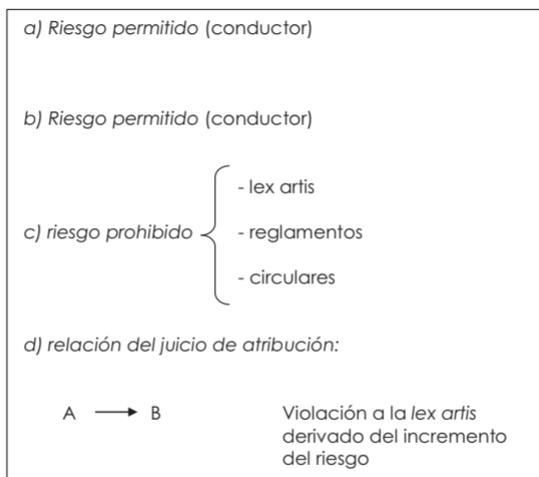
²⁹¹ En www.derechopenalonline.com, consultado el 20 de abril de 2009.

Caso 6

Un sujeto, en el marco de una diversión consensuada, conducía un automóvil a una velocidad de unos 70 u 80 Km/h, y sin disponer de permiso de circulación, mientras dos amigos se sujetaban al techo del mismo agarrándose a las barras de las ventanillas. En una ligera curva, uno de los sujetos que iban en el tejado no pudo seguir sujetándose, y cayó en la cuneta y sufrió lesiones graves.

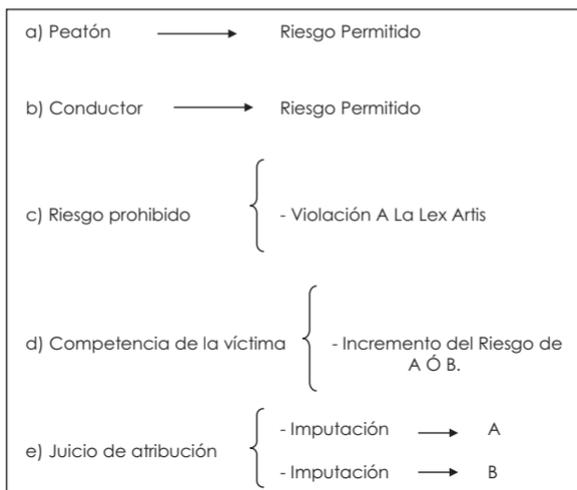
En el exámen del presente caso, el Tribunal Supremo español determina el análisis de la institución dogmática específica al ámbito de responsabilidad de la víctima; en efecto, en cuanto a la responsabilidad de la víctima, una vez comprobados los elementos de la imputación de la actividad a este, se constata que, permaneciendo la actividad desarrollada dentro de la organización conjunta, no se aprecia ni instrumentalización de la víctima ni un deber específico de tutela del autor, de modo que lo sucedido debe imputarse al ámbito de responsabilidad de la víctima, excluyendo la imputación objetiva del comportamiento respecto del autor.²⁹²

Esquema 1



²⁹² Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 378.

Esquema 10



V. NEGLIGENCIA MÉDICA

En el caso en estudio la evolución en México que se ha tenido que estipular, como tipo penal, la responsabilidad del profesional, y que se refleja en el capítulo de los códigos penales como tipos penales que atentan contra el bien jurídico, que en este caso es la vida de la persona, la política criminal que el legislador estipula en la norma penal es reprochable a la conducta del profesional; tan es así, que en el Código Penal del Estado de Veracruz, el legislador a partir de 2008, adicionó que la conducta de las personas con conocimientos especiales en la rama de la medicina, su juicio valorativo o de atribución al momento de actuar dentro de su rol de comportamiento se desprende al generar un riesgo permitido o prohibido, tomando en consideración que el médico, al desplegar su conducta, actúa bajo el conocimiento de su *lex artis*; esto es, todo el funcionamiento que realiza antes de la intervención quirúrgica o en el proceso de la misma, o posterior

a ella, debe siempre seguir su reglamentación o procedimiento para justificar su permisión en un riesgo jurídicamente válido.

En este sentido, el funcionalismo penal ha desplegado una verdadera certeza en la valoración en los delitos de resultado, que en el caso que nos ocupa se necesita hacer un estudio independiente de la *lex artis*, también de la acción u omisión que despliega el profesionista al momento de generar un riesgo dentro de su rol de comportamiento.

Por ello, el ejercicio de la actividad médica es atípico cuando se respetan los mandatos de la *lex artis*, el paciente ha expresado su consentimiento y se ha obrado con fundamento en un interés que es preponderante, como sucede si se trata de la protección de la vida o de la salud.²⁹³

Por otro parte, los tratamientos médicos realizados con el fin de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, y conforme a dicha ciencia o arte (*lex artis*); esto es, siguiendo los procedimientos médicos enseñados en las facultades de medicina, que sean adecuados para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad que se trate, son atípicos, en tanto falta en ellos el efectivo daño a la salud exigido por la ley para configurar algún tipo penal.²⁹⁴

Rudolphi opina que cuando el resultado se deba exclusivamente a que la víctima de modo completamente irrazonable se niegue a un tratamiento médico, es decir, una omisión, debe interrumpirse el nexo de imputación.²⁹⁵

En el Código Penal veracruzano se ha estipulado acertadamente la intervención de la Comisión de Arbitraje Médico, la cual forma parte de la integración de la investigación ministerial, así llamada en esa entidad, señalando en su artículo 147 bis

²⁹³ Garrido Montt, Mario, *Derecho penal. Parte especial*, Santiago, Editora Jurídica de Chile, p. 182.

²⁹⁴ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de derecho penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 114.

²⁹⁵ Rudolphi, Joachim, *Comentarios Previos al Systematischer Kommentar*, trad. de Manuel Cancio Melia, p. 338.

del Código Punitivo Penal del Estado de Veracruz, un candado muy criticable, ya que el legislador veracruzano solamente estipula conductas a título culposo, olvidándose del elemento subjetivo intencional.

Caso 1

El caso del farmacéutico. Un farmacéutico al que una receta médica le autoriza a despachar una sola vez una medicina compuesta de fósforo, la había suministrado después unas cuantas veces más sin consultar al médico, porque se lo había pedido la madre del niño enfermo. El niño murió de envenenamiento por fósforo. Y se pudo averiguar que el médico, si se le hubiera preguntado, sí hubiera dado la autorización para que se siguiera suministrando la medicina.

Desde mi punto de vista, la conducta del médico se fijó dentro de su *lex artis*, tomando en consideración los conocimientos especiales, que era suministrar el fósforo a una persona menor, y corroborando el informe pericial que el niño, de acuerdo con su enfermedad que ocasionó la muerte, era necesario suministrar el fósforo; sin embargo, la obligación del médico de acuerdo con su reglamento fue dentro de un riesgo permitido con la receta, generando una autopuesta en peligro la desesperación del padre del paciente de haber suministrado la medicina sin consultar al médico y ocasionando una lesión al bien jurídico tutelado por el descuido del tutelar del bien jurídico.²⁹⁶

²⁹⁶ Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 171. Menciona que la sentencia del tribunal alemán en resumidas cuentas manifiesta que de acuerdo con el informe pericial, el raquitismo que sufría el paciente por naturaleza de esa enfermedad, el fósforo ha de administrarse necesariamente durante un largo periodo si se quiere que sirva para algo, y que hasta la última toma del preparado no se había podido comprobar médicamente el peculiar estado físico del muchacho, que fue lo que dio lugar al envenenamiento. En este sentido, queda claro que las medidas empleadas por el farmacéutico no implicaban un aumento del riesgo permitido.

Caso 2

El caso de la novocaína. El médico había empleado para anestesiar una inyección de cocaína en vez de novocaína, que era lo indicado médicamente. Ello era un fallo profesional, y el paciente murió a consecuencia de la inyección. Posteriormente, se puso de manifiesto que, dada la constitución física del paciente, posiblemente el empleo de novocaína, por el que no se le hubiera podido reprochar nada al médico, también habría provocado la muerte.²⁹⁷

Inicialmente, una violación a la *lex artis* en el presente caso por cuanto hace al no acatamiento de su reglamentación por parte del médico al generar un riesgo prohibido que ocasionó una lesión al bien jurídico tutelado, hasta aquí el médico tiene una responsabilidad negligente al no acatar sus conocimientos especiales y emplear un medicamento que no era el correcto; sin embargo, se comprueba que el empleo tanto de novocaína como de cocaína causaba la muerte del paciente, por lo cual el médico debería absolverse.

De esta manera, el mecanismo adecuado para resolver este caso utilizado por el tribunal alemán, si bien es cierto justifica que aun y cuando se empleó otro medicamento que no era de acuerdo con la *lex artis* médica empleado para esa operación en particular, también lo es que ocasionaba la muerte de la persona; en caso contrario, hubiera sido que de acuerdo con la sustancia suministrada, el médico por su negligencia o intención por cuanto hace a que de acuerdo con sus conocimientos especiales conocía las reacciones que podían pasar, omitió cierta situación, causando la muerte por suministrar un medicamento

²⁹⁷ Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 174. Menciona que el tribunal Supremo de Reich, que también se ha ocupado de esas variantes del caso, dice “Únicamente no habría acción punible si se comprobaba con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que la muerte también se habría producido empleando novocaína. Es decir, que concede la impunidad en el caso de muerte segura por novocaína”.

no permitido de acuerdo con su *lex artis*, generando un riesgo prohibido.

La importancia de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en este tipo de conductas penales amplía el margen de estudio para una mejor interpretación de las autoridades al momento de dictar una sentencia o determinación, ya que se debe tomar en cuenta que la conducta dentro del rol de comportamiento del protagonista puede ser de acción o de omisión, y sigue siendo una conducta que ocasiona una lesión al bien jurídico tutelado.

Caso 3

Un niño sufre una intoxicación de vitaminas como consecuencia de una conducta imprudente de una farmacéutica, y cuando es tratado en el hospital contrae una gripe de la que muere.

Se le puede imputar la acción al médico que trató al niño en el hospital o la causa de la muerte fue producto de la imprudencia por parte de la empresa farmacéutica por medio de su representante. Se debe determinar de acuerdo con las normas extrapenales que la conducta del médico fue bajo un riesgo permitido, y el juicio de atribución es imputable a la empresa farmacéutica, que en este caso debe ser responsable la persona que violentó sus conocimientos especiales al recetar las vitaminas que provocaron la intoxicación.

Por ello, es importante que en los casos de negligencia médica, las autoridades que forman un papel muy importante al momento de aplicar la norma, deben considerar por un lado el protagonismo de la víctima, desglosando sus elementos como son: el consentimiento, el conocimiento y la voluntad; y por otro lado, analizar los mismos elementos, pero por parte del sujeto que interviene con consentimiento de la víctima, y lo manejó de esta manera, ya que tratándose de este tipo penal existe una comunicación previa entre el paciente y el médico.

Caso 4

El cirujano que realiza una operación irreprochable de acuerdo con la *lex artis*, en la que muere el paciente, no lleva a cabo una acción homicida, aunque la muerte del paciente sea una muerte querida.

De acuerdo con la norma extrapenal, el cirujano actuó conforme a las reglamentaciones que le confiere su *lex artis*; esto es, siguió todos los métodos que de acuerdo con los conocimientos especiales se encuentran estipulados. Es importante manifestar que con la aplicación de la teoría de la imputación objetiva se logra un mayor esclarecimiento de los hechos al valorar el desempeño de las personas protagonistas que externaron su consentimiento al sujetarse por un lado a la operación y por otro lado, a realizar la intervención quirúrgica.

La aplicación de la imputación objetiva en delitos de negligencia médica no omite valorar los elementos del dolo del sujeto activo, sino que también estudia hasta dónde llega el riesgo permitido del médico que en este caso de acuerdo con la norma extrapenal desempeña su función dentro del ámbito permitido.

Caso 5

El médico que hace una transfusión con sangre infectada de sida ¿será responsable de los daños que surgen a la persona?

De acuerdo con los conocimientos especiales, la persona que realiza la transfusión de sangre infectada, tiene la obligación de tener previo conocimiento de los hechos; por eso, es difícil atribuir al médico, de acuerdo con el elemento subjetivo, una conducta dolosa, ya que no se puede determinar si efectivamente tenía la intención de realizar la transfusión con previo conocimiento de los hechos; sería como hablar de un deseo de realización, situación que no es reprochable penalmente.²⁹⁸

²⁹⁸ Ripoll Montijano, Martín, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, p. 123.

Caso 6

En el hospital San Fernando, el doctor Giesen implementó un procedimiento para extraer el dispositivo intrauterino que portaba la paciente; este omitió ceñirse al tratamiento médico que estatúa la *lex artis* para el caso específico en que se encontraba la afectada. El doctor en mención falló en el primer intento de extracción del dispositivo de que se trata, procurando arrancar nuevamente el mecanismo, omitiendo, antes de realizar el procedimiento, ubicar con una ecografía, lo que le habría permitido verificar si la paciente ya estaba ectópica, lo que implicaba que el procedimiento correcto para su extracción era una laparotomía.

El Tribunal chileno resolvió que en el caso específico, el sujeto activo, un profesional médico, al no ceñirse al procedimiento que correspondía realizar según la *lex artis*, causó mal al sujeto pasivo, existiendo de parte del autor, negligencia culpable en el desempeño de su profesión. El tribunal señaló, que por lo razonado resulta perfectamente previsible y evitable de haber actuado el imputado con la diligencia que la *lex artis* requería para el caso concreto de que se trataba.²⁹⁹

Caso 7

La muerte de María Luisa Ramírez al descuido trato que se le dio cuando reingresó al Hospital Argerich, tras haber sido sometida a una operación de apendicitis, de la que había sido dada de alta sin que constara en la historia clínica el tratamiento que correspondía a su egreso. Siendo que el personal médico afectado debió haber extremado la atención de la paciente, máxime cuando se trataba de una reacción evidentemente relacionada con la dolencia por la cual había sido operada días atrás en el mismo hospital, y no se trataba de una derivación

²⁹⁹ En www.jurischile.com, consultado el 27 de abril de 2009.

que pudiera hacer presumir otro cuadro. Tales circunstancias indican mínimamente una negligencia, sino una impericia en el desenvolvimiento profesional de los facultativos.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional determinó que se imputó a los encartados, sobre la base de la existencia de negligencia, imprudencia e impericia, no haber adoptado las precauciones inherentes al arte de curar (*lex artis*), circunstancia que habría constituido el nexo causal entre el resultado fatal y la mencionada desatención; así pues, la referencia genérica a una supuesta negligencia, imprudencia e impericia, en que habrían incurrido los procesados al no haber adoptado las precauciones que les concernían como profesionales en el arte de curar (*lex artis*) y al desatender el grave cuadro que debían haber advertido desde un comienzo, sin establecer, siquiera mínimamente, cuál era la conducta debida, si ella era factible, y en cabeza de quién recaía su realización, adolece de una imprecisión tal que no es posible conocer cuál es la materia concreta del reproche penal.

Para terminar, en el caso particular de los delitos imprudentes cometidos en el contexto de violaciones a la *lex artis* médica, esta Corte tiene dicho que sólo una vez conocido el alcance exacto de las obligaciones que recaen sobre el médico, sea que las haya asumido voluntariamente o que le sean impuestas reglamentariamente, es posible formular un juicio penal de reproche basado en su incumplimiento culposo.³⁰⁰

Caso 8

El 4 de septiembre fue trasladada al hospital, Luisa, de Victoria, la cual fue atendida en el servicio de guardia por un médico que hizo concurrir al cirujano de guardia, doctor Calixto Fernández. El diagnóstico fue apendicitis aguda con posible peritonitis. Relata que la intervención quirúrgica la realizó el doctor

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 9 de agosto de 2001, en www.ar.vlex.com, consultado el 23 de abril de 2009.

Duarte, y que en la parte del médico no se consignaron los nombres del anestesista y de los ayudantes.

El 11 de septiembre fue dada de alta, con la indicación de limpiar la herida y tomar calmantes; sin embargo, el día 12 del mismo mes el dolor era insoportable, y el 15 de septiembre fue internada de urgencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que del análisis entre la conducta obrada y la exigible conforme a derecho evidencia un grado de culpabilidad que no encuentra eximente probada por la demandada, conforme era su carga hacerlo; asimismo, en el caso concurre, además, el incumplimiento del deber de seguridad, cuyo contenido es un resultado determinado, consistente en que las cosas que se utilicen para el beneficio del paciente no le causen daño, evaluando una relación de costos y beneficios.

Por ello, el olvido de una gasa dentro del paciente no es un riesgo que debe ser soportado según las reglas del derecho vigente (*lex artis*). En este sentido, no se ha demostrado la existencia de un hecho imputable al paciente con aptitud para eximir la responsabilidad de los inculpados.³⁰¹

Caso 9

Un paciente que entró por su propio pie, con una demencia moderada. Se le aprecia una sepsis, y se entiende que debería ser urinaria, deducción acorde a lo normal. En urgencias aparece una hipoglucemia, y el paciente entra en coma metabólico. Se sostiene por los peritos que no fue correcto haber administrado sólo una dosis de glucosom, y que se deberían haber mantenido los glucosados, porque aunque hubiera remontado, podría haber entrado el paciente en una hipoglucemia, como sucedió. Se le dieron, pero no se mantuvieron, pese a que el coma meta-

³⁰¹ En www.fjn.gov, consultado el 7 de abril de 2009, Buenos Aires, 11 de julio de 2006.

bólico era reversible. También deberían haberse administrado antibióticos.

Los peritos, al determinar ante el juzgado de primera instancia e instrucción núm. 7 de Leganes, Madrid, determinaron que empezar con esas dosis de sedación tan elevadas y con falta de síntoma refractario claro no es una buena práctica médica, indicando que un coma hipoglucémico mal tratado supone un riesgo de muerte, dada la situación del paciente, y que, en este caso y al tratarse de un paciente con una enfermedad grave, se ha incrementado su riesgo de muerte.

Por tal causa, el médico incrementó el riesgo de muerte ante una enfermedad grave, pero tratable, privando al paciente de la oportunidad, si es que la tuviera.

Los peritos concluyeron que la falta de asistencia más la sedación más la enfermedad grave y el coma, todo en su conjunto, son las causas de la muerte; además, que en un coma metabólico sobraría la sedación, porque no hay un síntoma refractario.³⁰²

Caso 10

El 25 de enero de 2002, en la consulta de la calle Maldonado, núm. 59, a las diecisiete horas, la señora C fue atendida por el doctor S, quien para realizarle la intervención la condujo a una sala, en la que carecía de las condiciones necesarias de asepsia y de los medios materiales y humanos para controlar las constantes de la paciente y atender, si fuera necesario, cualquier complicación; así, el doctor, tras marcar con un rotulador verde en el cuerpo de la señora C las zonas a tratar como abdomen, caderas y muslos, procedió a infiltrarle la anestesia local, anestesia que previamente se había preparado, sin que se haya acreditado si el preparado lo realizó unos días antes la auxiliar de la clínica que trabajaba en la consulta.

³⁰² En www.tribunalconstitucional.es, consultado el 03 de abril del 2009.

Cuando el doctor había realizado varias infiltraciones, la paciente comenzó a convulsionar violentamente. En esos momentos el doctor interrumpió la intervención y comenzó a tratar de reanimar a la paciente con los medios que tenía a su alcance. Llamaron inmediatamente a la ambulancia. La paciente se encontraba en parada cardiorrespiratoria con cianosis intensa, asistolia. Realizaron maniobras de reanimación durante 30 minutos, que resultaron infructuosas, dado que la paciente ya había fallecido.

Las explicaciones realizadas por los forenses de forma objetiva y avaladas por otras intervenciones periciales permiten llegar a la conclusión de que la causa de la muerte de la persona fue una administración de los componentes de la anestesia en niveles tóxicos. Asimismo, el acusado desconocía el contenido del preparado que se le administró a la paciente, que de forma irregular el preparado de anestesia se realizaba una vez a la semana y se conservaba en la nevera en una bolsa que únicamente ponía suero preparado y la fecha, no constando los componentes del preparado.

El Juzgado de lo Penal núm. 21 de la ciudad de Madrid, mediante la sentencia 268/06, determinó que la conducta del acusado no sólo acaba en la realización de un acto quirúrgico en un lugar no adecuado y sin las condiciones y previsiones necesarias, sino además la administración de un suero anestésico del que el acusado desconocía su composición, y resultó en niveles tóxicos, que produjo fatal desenlace, adquiriendo especial importancia la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés.

Por ello, la jurisprudencia española viene insistiendo en que la imprudencia profesional sólo supone un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indiscutibles a personas que perteneciendo a una actividad profesional deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional.³⁰³

³⁰³ En www.poderjudicial.es, consultado 6 de abril de 2009.

Caso 11

La muerte de un adolescente que en vida se llamaba Víctor Eduardo Fernández Meléndez, y cuya muerte se determinó que fue consecuencia de neumonía, una enfermedad, que con un simple tratamiento con antibiótico era factible su cura en un 100%, pero para ello era necesario su tratamiento adecuado previo diagnóstico, cuestión que nunca fue posible debido a la negligencia e imprudencia con que actuó la inculpada al no ordenar la inmediata hospitalización del paciente, a pesar de que sus padres se lo imploraron, en vista de que el paciente estaba cianótico, además de que tenía grave dificultad para respirar y pérdida de la conciencia por los desmayos consecutivos por la falta de oxígeno. Estos síntomas se podían detectar fácilmente con una simple auscultación de los pulmones mediante la utilización del estetoscopio, cuestión que nunca hizo la inculpada.

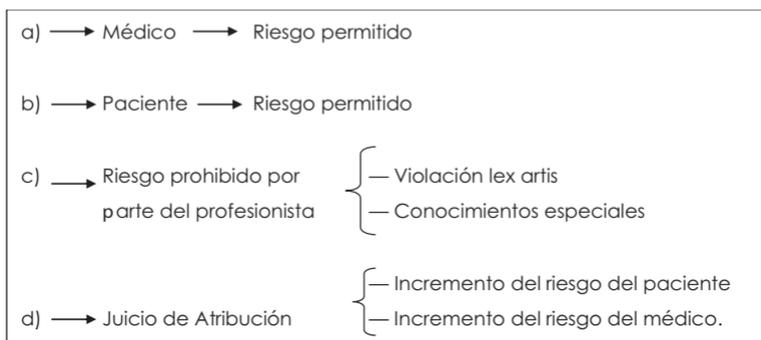
El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, por medio de la Corte de Apelaciones, determinó que de la conducta del inculgado no se puede demostrar una conducta antijurídica, ya que no hay elementos de prueba que demuestren la imprudencia, negligencia o impericia en el ejercicio de la profesión por parte del inculgado. Por encontrarse en presencia de un delito de resultado, la relación de causalidad ocupa un lugar importante en el análisis correspondiente, ya que en los delitos culposos se hace impretermitible la presencia de un resultado dañoso, en tanto que si ese resultado no se produce, la conducta no podría calificarse como culposa.

Del cúmulo de prueba, no quedó demostrado que el inculgado se encuentre inmerso en las causas como la imprudencia, la negligencia, la impericia o alguna conducta inexperta, ya que de acuerdo con los peritajes no se pudo determinar la causa de la muerte del joven; es obvio que no se podrá señalar que el comportamiento de los acusados sea la causa del resultado.

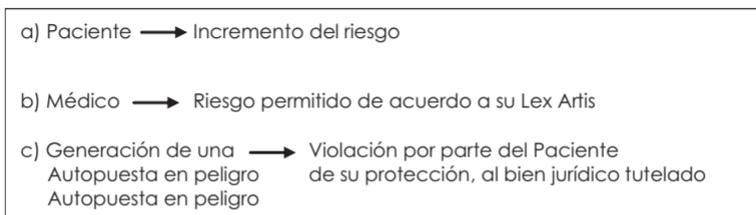
En este aspecto, las diversas teorías de la casualidad, tratándose de la actividad médica, ha de ubicarse en los llamados ries-

gos permitidos, donde el agente, antes de perjudicar más bien su conducta, se dirige a mejorar la situación de un bien jurídico determinado, mas aún cuando no se demostró de acuerdo con la *lex artis* médica una conducta objetivamente típica.³⁰⁴

Esquema 11



Esquema 12



Caso 12

Una persona A ofrece a B unas pastillas para que calme su dolor de cabeza. Estas pastillas están permitidas e indicadas contra los dolores de cabeza. B, muy agradecido, las toma y murió minutos después a consecuencia de su ingestión. Desde hace mucho

³⁰⁴ En www.geocities.com, consultado el 22 de abril de 2009.

tiempo A quería matar a B.³⁰⁵ El deseo de matar a alguien no tiene fundamento alguno para poder reprochar la conducta, ya que el hecho de haber tomado las pastillas fue una situación que se encontraba dentro de lo permitido; no fue una conducta jurídicamente desaprobada por la norma. La muerte de B no puede ser reprochada, ya que si bien es cierto que, A tenía el deseo de matar a B, también lo es que llegar a sancionar el deseo de una persona no tiene fundamento jurídico.

Caso 13

Una paciente fue objeto de una intervención, en teoría sencilla, para hacerle desaparecer unas cicatrices; sin embargo, debido a una predisposición genética muy poco corriente, le quedaron graves secuelas. El Tribunal Supremo absuelve al demandado en cuanto a la adecuada realización de la intervención, señalando que aun cuando se alude la imprevisibilidad, y no cabe estimar no previsible aquel tipo de complicaciones que en ocasiones se pueden producir, es obvio que no cabe cargar en la actuación del agente las que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del sujeto concreto, y que no existe posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención, por lo que hay una ausencia de causalidad jurídica y de culpabilidad.³⁰⁶

Caso 14

Un herido fallece en la clínica por una infección hospitalaria que ha sido imposible de evitar; habría que preguntarse si esa probabilidad es corriente o extraordinaria. A criterio del autor

³⁰⁵ Ripoll, Montijano, *op. cit.*, p. 65.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español del 21 de octubre de 2005. Sin embargo, el Tribunal, luego condena al médico por haber omitido la información previa sobre los peligros de la intervención. Consultado en la p. 115 del libro de Martín Ripoll Montijano.

en cita, comenta que por las diferencias de perspectivas, ya que todo el mundo sabe que las infecciones hospitalarias son bastante frecuentes, comenta que las iniciadas en el hospital, particularmente aquellas que afectan al tracto urinario, pulmón y circulación sanguínea, son frecuentes.³⁰⁷

En mi opinión, es un caso de ponderación de derechos aplicado a la teoría de la imputación objetiva, ya que si bien es cierto que el hospital no puede detectar las infecciones más comunes, también lo es que de acuerdo con su normativa, y siguiendo los criterios permisibles de valoración que Roxin sustenta, existe una violación a la *lex artis* médica, ya que es obligación del hospital tener el cuidado de todo paciente, pues se pone en riesgo el derecho a la vida y la salud de la persona contra el derecho de cuidado por parte del personal del hospital, creo que de acuerdo con la teoría en estudio y bajo la normativa que debe tener todo hospital sería imputable el personal que estuviera bajo el cuidado del paciente.

Caso 15

Una mujer tuvo un embarazo intrauterino no evolutivo, lo que aconsejó la realización de un legrado. A pesar del legrado, quedaron en el útero restos del embarazo, lo que llevó a otro médico a realizar un diagnóstico incorrecto del estado de la paciente y decidió extirpar la trompa de Falopio izquierda. Ante la demanda interpuesta contra ambos médicos, la audiencia provincial condenó a ambos solidariamente. El Tribunal Supremo español absuelve al primer médico que practicó el legrado, utilizando el razonamiento de la teoría de la imputación objetiva por medio de los límites de hasta dónde llega una conducta jurídicamente desaprobada por parte del primer médico. Valoro que de acuerdo con la *lex artis*, un regreso a conductas anteriores de otros sujetos, en este caso el médico recurrente que practicó

³⁰⁷ Gerbeding, *Annals of Internal Medicine*, p. 665, trad. de Martín Ripoll Montijano, p. 129.

el legrado, en el momento de cuya realización, sin intervención en el curso posterior de la paciente, no podía preverse racionalmente el resultado final producido, relacionado directamente con un error en el diagnóstico posterior y, por ello, aunado causalmente y de manera más inmediata a la negligencia posterior de otro facultativo.³⁰⁸

Caso 16

Una señora fue operada en la lengua, y tuvo secuelas por la negligencia del médico. Con posterioridad, la paciente se sometió a operaciones por otros cirujanos, que dieron lugar a que el daño se fuera agravando. Ante esta situación, la enferma demandó sólo al primer cirujano. El Tribunal Supremo español determinó que con independencia de que las lesiones sufridas por la actora se agravaran con el tiempo, a pesar de las posteriores operaciones realizadas, y aun cuando se admitiera, incluso que esas operaciones produjeron un aumento de tales lesiones, todo ello no puede invalidar la premisa fáctica de que las lesiones que quedaron reseñada, arrancaron de la intervención inicialmente practicada por el recurrente, razón por la que no cabe mantener la ruptura del nexo causal; por ello, la eventual intervención negligente de un tercero no influye sobre la responsabilidad del primer causante.³⁰⁹

Caso 17

Una persona que fue sometida a rayos X por unos leves eczemas en ambas manos; los rayos X no se aplicaron correctamente, lo que dio lugar a quemaduras en las manos del paciente. Después de pasar por varios médicos, se le amputaron ambas manos en un hospital francés. El Tribunal Supremo español absolvió, ya que no consideró probado que el proceso infeccioso

³⁰⁸ Ripoll, Montijano, *op. cit.*, sentencia de Tribunal Supremo español, p. 155.

³⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo español, en Ripoll, Montijano, p. 158.

sufrido en Francia se debió a la radiodermatitis ocasionada por los demandados.

En este caso se debió tomar en cuenta, de acuerdo con la *lex artis*, qué fue lo que se utilizó en cada operación para poder imputar un riesgo jurídicamente desaprobado; sin embargo, es pertinente tomar en cuenta que la sentencia no es clara por parte del Tribunal Supremo, ya que no refiere si la absolución fue debido a un incremento del riesgo por parte de la víctima al momento de generar una autopuesta en peligro.³¹⁰

El American Law Institute comenta que tratándose de negligencia médica, los daños valorables contra el agente incluyen no sólo la lesión originariamente causada por la negligencia del agente, sino también el daño resultante de la forma en que los servicios médicos, quirúrgicos u hospitalarios son prestados con independencia de si son prestados de forma errónea o negligente, en la medida en que el error o la negligencia es de la clase que es reconocida como uno de los riesgos que son inherente a la falibilidad de aquellos que prestan tales servicios.³¹¹

Gimbernat Ordeig menciona que de acuerdo con la teoría de la imputación y el riesgo permitido, si una persona muere a consecuencia de una intervención quirúrgica, esa muerte no le es objetivamente imputable al cirujano si este ha realizado la operación conforme a la *lex artis*. Por ello, si una acción no ha superado el riesgo, entonces tampoco es imprudente, y si no es imprudente, entonces la ausencia de tipicidad viene fundamentada en un elemento que está expresamente exigida por la ley, y no en la imputación objetiva.³¹²

³¹⁰ *Idem.*

³¹¹ American Law Institute, trad. de Martin Ripoll Montijano, 1965, p. 159.

³¹² Gimbernat, Ordeig, *Qué es la imputación objetiva. Estudios Penales y Criminológicos*, pp. 177-179.

VI. DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO

En este tipo penal es importante tomar en consideración el estudio de los elementos del dolo, tanto de la víctima como del autor; esto es, se debe insistir en que al realizar un análisis del dolo en el rol de comportamiento de la víctima se toman en cuenta elementos importantes, como el conocimiento, el consentimiento y la voluntad, máxime que en este tipo de conductas existe un incremento del riesgo de la víctima, generando una corresponsabilidad con el sujeto activo.³¹³

Es discutible la opinión del autor, ya que el lector puede pensar que en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva por medio del principio victimodogmático se provoca la impunidad del autor; no obstante, se debe tomar en cuenta que el legislador en los tipos penales de peligro de contagio reprocha la conducta del sujeto activo, siendo protector de los bienes jurídicos a la persona que reclama esa transmisión por el comportamiento que generó su conducta.

Es importante tomar en cuenta que lo que se expone es la evolución y aplicación de la teoría de la imputación objetiva por medio de la imputación a la víctima, valorando el rol de comportamiento del tutelar de los bienes jurídicos. Por ello, la teoría de la imputación objetiva, al estudiar la generación del riesgo de la víctima, implementa el acatamiento del estudio de los elementos del dolo en el tutelar de los bienes jurídicos tutelados.

³¹³ Daza, Carlos, *op. cit.*, p. 32. Menciona que en el marco de la discusión acerca del sida, no sólo cuando la infección es conocida por ambos miembros de la pareja, sino también cuando sólo el propio infectado conoce de la enfermedad, porque cada uno de ellos tiene la posibilidad de intervenir en la dirección del suceso, pudiendo ser que cualquiera de ellos interrumpa el contacto sexual y disminuir su peligrosidad mediante la aplicación de preservativos.

Caso 1

“La víctima consiente en mantener relaciones sexuales sin protección con una persona que muestra signos externos evidentes de padecer de SIDA”.

Es evidente que se entra al estudio de los elementos del conocimiento, del consentimiento y de la voluntad de la víctima, ya que con conocimiento del riesgo realiza una conducta que genera una lesión al bien jurídico tutelado, si bien es cierto que el legislador, al menos en la entidad veracruzana, realiza el estudio del comportamiento desde una visión del comportamiento del sujeto activo, y no toma los elementos subjetivos del tipo penal desde la generación de la víctima, que en el caso que ocupa genera una autopuesta en peligro o autolesión, ya que provoca una lesión al bien jurídico tutelado protegido por la norma.³¹⁴

Caso 2

“La sentencia por parte del primer senado penal del 4 de noviembre de 1988 al concurrir dominio del conocimiento por parte de quien conoce su propia infección frente a la pareja únicamente informada del riesgo estadístico”.

En este caso existe conocimiento, consentimiento y voluntad, ya que hay dominio pleno del evento por parte del activo, pues genera un amplio conocimiento de su enfermedad, situación

³¹⁴ Melia, Cancio, *op. cit.*, p. 270. Menciona que para Zaczyk, no existe precisamente una unidad de autodeterminación por parte de la víctima entre voluntad, acción y resultado. La autorresponsabilidad tiene una relevancia inferior a los casos de autolesión. Concretamente, para Zaczyk se integra como un elemento de valoración para resolver la alternativa entre autopuesta en peligro y heterolesión. El criterio decisivo está en determinar si la víctima podía confiar en que el otro sujeto dominara el suceso peligroso o en que ni siquiera le ofreciera una oportunidad para ponerse a sí misma en peligro.

contraria de la persona que sólo tiene una visión estadística del riesgo.³¹⁵

El conocimiento pleno del juicio de atribución del sujeto activo se encuentra plenamente comprobado en este caso, ya que de acuerdo con el elemento subjetivo se desprende el estudio de los elementos del dolo, al quebrantar el riesgo permitido y ubicar su rol de comportamiento dentro del riesgo prohibido.

Caso 3.

“Contactos sexuales que tienen lugar en un medio en el que la presencia de VIH es extraordinariamente elevada y actuar irresponsablemente ante los demás está a la orden del día, por que visitar un medio así implica el dolo de ponerse asimismo en concreto peligro”.

En este caso existe generación del riesgo de ambos, ya que tienen pleno conocimiento del incremento del riesgo al bien jurídico; la víctima sabe que el lugar donde desea el acto sexual es un lugar donde el virus es elevado y, sin embargo, genera un descuido en el bien jurídico tutelado. Se puede hablar de una anulación de la pena al sujeto que se dedica a esa profesión, o atenuar la pena, ya que había una peligrosidad concreta por parte del sujeto activo.

Cuestiones de política criminal tendrían que ser valoradas para poder tener una adecuación en la costumbre de aplicación de esta teoría en México, ya que de acuerdo con el tipo penal, sólo se estudia el comportamiento dentro de su rol social del sujeto activo, siendo que el legislador mexicano sigue reprochando

³¹⁵ Schünemann, Bernd, *op. cit.*, p. 241. Menciona que en lo decisivo es y sigue siendo sólo el conocimiento superior de la situación que posee quien está informado de su infecciosidad, que sólo deja de constar en aquellas situaciones en que la infecciosidad forma parte, hasta cierto punto, de la comunicación no verbal.

la conducta del inculpado sin entrar al estudio del otro protagonista.³¹⁶

Caso 4.

“Contacto aventurero, la pareja del infectado busca intencionalmente un contacto (*dark room*) o con persona prostituida, determinados puntos de encuentro entre homosexuales”.

Explicación

No se pretende decir que en todos los casos de peligro de contagio la generación del riesgo sea por descuido del tutelar de los bienes jurídicos; sin embargo, la visión de la imputación a la víctima en delitos tanto de mera conducta como de resultado genera un estudio a fondo del rol de comportamiento en sociedad de los protagonistas de la norma.

De esta forma, el trato del tipo penal depende del descuido de los protagonistas al accionar el incremento del riesgo por parte de cada uno de ellos; esto es, por parte de la víctima el consentimiento en someterse a una relación sexual es de plena voluntad. No se olvide que si uno de los elementos importantes en que se basa la teoría de la imputación, o como también es llamado un “juicio de atribución”, es la referencia que se hace por cuanto a la libertad de la persona al momento de generar un comportamiento que incrementa el riesgo o en su momento se puede hablar de que el ámbito protector de la norma es lesionado por el propio tutelar de los bienes jurídicos.

³¹⁶ Schünemann, Bernd, *op. cit.*, p. 242. La cuestión de imputación puede resolverse diciendo que el mayor conocimiento respecto de la propia infección como base del dolo de lesión fundamenta la imputación del hecho que entraña peligro de infección, salvo que la otra persona haya buscado un contacto aventurero, en el que el encuentro con personas con VIH positivo no sólo constituye un riesgo estadísticamente definido, sino un presupuesto implícito del establecimiento de un contacto comunicativo.

Por ello, en este especial tipo penal es pertinente realizar una valoración de los elementos que componen el estudio de la imputación objetiva, tomando en consideración el elemento subjetivo, pero no nada más realizar el estudio por parte del inculpado, sino también del tutelar de los bienes jurídicos.³¹⁷

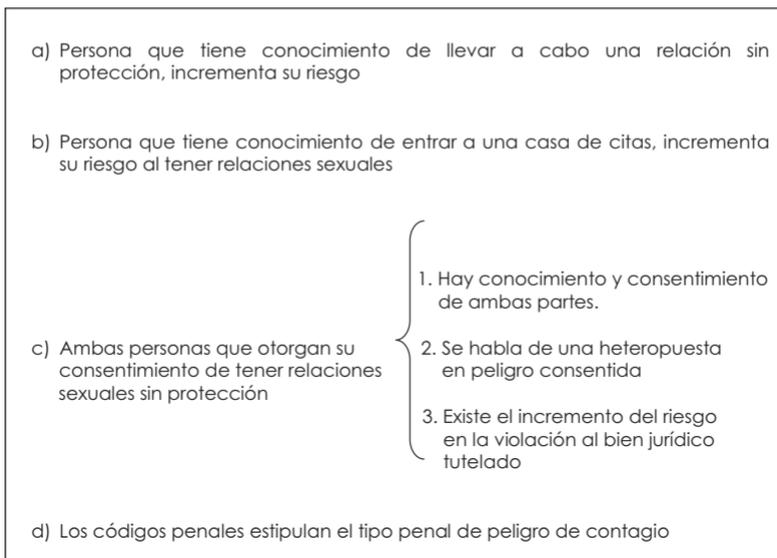
Caso 5

La señora Nancy Hernández manifiesta que contrajo matrimonio por católico, el 12 de octubre de 1996, y que a la fecha del matrimonio tenía un año de convivencia con el demandado. El demandado resultó poseedor del virus del sida, y contagió a su esposa. Con ocasión de la enfermedad se presentaron varias disputas del hogar, generando el abandono del mismo. La historia clínica del señor Jairo Iza comprueba que desde 1995 sufría del síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

La Sala de revisión de la Corte Constitucional de la ciudad de Bogotá manifiesta que la magnitud del daño que representa el sida impone a las personas afectadas con este mal, el cumplimiento con más rigor, de los deberes consagrados en la carta. Por ende, las personas afectadas con esta enfermedad tienen una responsabilidad mayor, por el riesgo de contagio a terceras personas. Asimismo, obliga a los enfermos de sida a tomar las medidas necesarias para no poner en peligro o infectar a terceras personas con la enfermedad. Teniendo la responsabilidad tanto civil y penal la persona portadora del virus.

³¹⁷ Sancinetti, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva*, pp. 132 y ss. Menciona que lo decisivo no es que la víctima se imagine que las personas dedicadas a la prostitución corren un riesgo especialmente elevado de contagiarse con enfermedades de transmisión sexual, sino el hecho de que eso es así.

Esquema 13



En este sentido, y hablando de un tipo penal discutible, lo que se busca es la amplitud del estudio del dolo en la víctima, y hasta dónde llega ese conocimiento y voluntad, en este caso que se sujeta a una relación sexual.

Así pues, con relación a este ilícito en particular, se debe tomar en consideración que sólo podrá circunscribirse la definición del contacto como arriesgado a determinados grupos de riesgo, como pueden ser las personas prostituidas o toxicómanas por vía intravenosa, mientras exista, una relevancia estadística notable en cuanto a la presencia del VIH en esos grupos respecto de la población en general. En el momento en el que ello ya no sea así, en el que el VIH se haya convertido en un riesgo ubicuo, habrá que proceder de modo inverso.³¹⁸

³¹⁸ Herzog, Félix y Nestler-Tremel, *Aids und Strafrecht*, trad. de Manuel Cancio Melia, p. 369.

Caso 6

Un varón había tenido relaciones sin preservativo con la mujer con la que mantenía una relación amorosa, ya que parece que sí existía una relación interpersonal entre víctima y autor lo suficientemente intensa como para dar lugar a la relevancia del desnivel del conocimiento. El tribunal de la ciudad de Santa Cruz de Tenerife condenó por el delito de lesiones por transmisión del VIH al varón; sin embargo, hubiera sido deseable que el tribunal aludiera a la problemática de la conducta de la víctima.³¹⁹

Es importante comentar que la generación del riesgo de la propia víctima ocasionó un incremento del riesgo al momento de otorgar su consentimiento para llegar a la cópula. Por ello, la actualización de una heteropuesta en peligro consentida se pudo haber actualizado en el caso planteado, ya que ambos, al tener una relación tan cercana, el riesgo se incrementa al tener un cuidado en su vida sexual.

VII. OTRO TIPO DE ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA

En materia de relaciones de trabajo y en relación con la imputación objetiva del resultado, una vez constatada la tipicidad de la conducta del empleador la siguiente tipología es en los supuestos en los que la conducta del trabajador deriva de modo directo de las instrucciones del empleador, y supuestos en los que la conducta arriesgada del trabajador se debe tanto a la imprudencia profesional de este por habituación al riesgo como a la dejación en las funciones de vigilancia por parte del empresario, y casos en los que el riesgo generado por el trabajador cae de lleno en el ámbito de responsabilidad de éste.³²⁰

³¹⁹ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 373.

³²⁰ Arroyo Zapatero, Luis, *Manual de derecho penal del trabajo*, pp. 111 y ss.

Es importante, que en actividades deportivas como la lucha libre, los juegos de balón, realizar actividades de gimnasio, entre otras, el comportamiento del estudio de la institución dogmática o imputación a la víctima forma un papel fundamental para la valoración de la *lex artis* al momento de imputar cierta conducta al rol de comportamiento del tutelar de los bienes jurídicos. La imputación objetiva, por medio de la imputación a la víctima, abarca toda clase de conductas que el ser humano desempeña dentro de su ámbito de protección de bienes jurídicos.

En los casos de boxeo, más allá de que respecto de las competiciones oficiales, incluso se trate de supuestos de riesgo permitido, a pesar de que el objetivo de la actividad es la producción de determinadas lesiones entre los contendientes, es importante que se actualicen los casos del incremento del riesgo de los protagonistas, como también, el acato a la *lex artis* por cada uno de ellos al momento de aplicar las llaves permitidas de acuerdo con el reglamento de la lucha libre.

A manera de ejemplo, cuando se desarrollan actividades deportivas se puede plantear el siguiente supuesto que analiza el riesgo dentro de un comportamiento permitido, y muchos pensarán que se está hablando de una conducta negativa de la antijuridicidad. Puede que sea correcto; sin embargo, la visión del elemento de las causas de justificación no contempla todo el comportamiento, sólo reprocha la justificación del sujeto activo, dejando sin estudio al tutelar de los bienes jurídicos, que en este caso ambos son tutelares de la protección de la norma; sin embargo, uno de los dos genera un riesgo de lesión.

Ejemplo: el jugador que se dispone a lanzar un golpe franco con barrera suele intentar tirar directamente a la puerta. Con mucha frecuencia golpea en algún jugador de la barrera, dejándolo bastante dolorido.³²¹

En estos casos, de acuerdo con la *lex artis* (reglamentos de juego de pelota) se debe haber generado la lesión al bien jurídico

³²¹ Ripoll Montijano, Martín, *op. cit.*, p. 55.

tutelado dentro de lo permitido; esto es, en el lapso de tiempo en que los jugadores se les permite actuar según lo estipulado en la reglamentación.

Ahora bien, qué pasa si el partido está a punto de acabar, el equipo cuyo jugador lanza va arriba en el marcador, y uno de los futbolistas de la barrera le ha dado recién una patada al que va a disparar, el lanzador tira intencionalmente, no a la portería, sino al cuerpo del jugador de la barrera, dejando a la víctima seriamente dolorido. En estos casos, no se pierda de vista el factor que regula los juegos de balón por medio de la *lex artis*, los jugadores, al someterse a las actividades deportivas, están sujetos a lesiones que emanan de su propia actividad; por ello, se ubican en un riesgo permitido.

En materia de narcóticos o estupefacientes, la relevancia de acudir a los parámetros que en determinado supuesto se permite es la droga de aplicación de la institución dogmática, ya que entra en juego el consentimiento de tener consigo la droga, que en su momento, de acuerdo con cada normativa se tendría que abordar qué cantidad se encuentra permitida para no entrar en su riesgo jurídicamente desaprobado por la norma penal.

En México se sanciona el hecho de tener consigo el estupefaciente o psicotrópico, independientemente de la cantidad; sin embargo, en otros países la droga es permitida hasta cierto límite; esto es, el riesgo permitido de cada persona es sujeto a parámetros establecidos por la propia normativa que rige en el momento de aplicación.

En actividades de deporte extremo se ve a diario en la televisión cómo la teoría de la imputación a la víctima desempeña un papel fundamental, ya que todo se basa en la *lex artis* que rige toda conducta dentro del riesgo permitido que la persona desempeña, siendo que si sufre una lesión el tutelar de los bienes jurídicos es una causa de incremento del riesgo, donde él mismo tiene el conocimiento, el consentimiento y la voluntad para llevar a cabo.

Otro tipo de actividades donde se aplica la institución dogmática, por medio de la teoría de la imputación objetiva, es, como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo español de marzo de 2006, donde se precisa que en una explosión de una instalación de gas, dice que se ha probado que una empresa de gas incurrió en un doble género de negligencia, suficientemente relevante desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, omitiendo la información debida a los usuarios, por una parte, y no advirtiendo ni corrigiendo adecuadamente, por otra, la existencia de un grave defecto en la instalación en la que se produjo la explosión.³²²

Siguiendo la misma línea planteada, otro tipo de actividades donde se desarrolla la institución dogmática que para ponderar los bienes jurídicos en riesgo y hasta donde se puede hablar de imputar una conducta jurídicamente desaprobada a la persona responsable que va más allá de su riesgo permitido es pertinente plantear el siguiente supuesto:

El marinero de uno de los barcos dio una indicación equivocada de la manga del suyo, de manera que cuando comenzó la operación de apertura de una de las compuertas de la esclusa, los barcos quedaron aprisionados el uno contra el otro. Para solucionar el problema, no el responsable de la cláusula, sino sus subordinados, decidieron cerrar la compuerta río abajo y abrir el río arriba; sin embargo, la flotación de los dos barcos atrapados no se produjo uniformemente, de manera que uno de ellos fue inundado por el agua entrante y finalmente se hundió.

El Tribunal alemán (BGH) considera que la actuación errónea, además de la indicación errónea, la actuación posterior de los responsables de la esclusa.³²³

En aplicación a lo que se viene comentando en el presente trabajo, es pertinente tomar en cuenta que en el desarrollo de los criterios permisibles que habla Roxin, al momento de acre-

³²² Sentencia de Tribunal Supremo español, 29 de marzo de 2006, consultado en Ripoll Montijano, Martín, p. 89

³²³ Ripoll Montijano, Martín, *op. cit.*, p. 97.

ditar dentro del riesgo permitido o prohibido la conducta del protagonista, se toma en consideración y más en este tipo de actividades, hasta donde llega de acuerdo con la *lex artis* el riesgo permitido, en este caso, de la persona responsable que dio la indicación, y de la persona que está de subordinado.

Otro ejemplo que es pertinente comentar, es dónde se valoran las limitantes del incremento del riesgo y dónde un sector de la doctrina no está de acuerdo en las imputaciones que el Tribunal alemán realiza, es el siguiente: se trata del caso del inspector del tren que detecta a una persona que no tiene billete y que se niega a pagar; esta se da a la fuga, el revisor la persigue, y que al bajar una escalera cae y se produce daños.

El Tribunal alemán condenó al provocador.³²⁴ Al contrario a ello, existe un sector de la doctrina que manifiesta que el tribunal omitió estudiar el incremento del riesgo por parte de la persona que bajó las escaleras, ya que no tomó en cuenta si había necesidad de perseguir a la persona o tomar otras medidas, como también si era una persona de edad, el implementar una carrera era arriesgado de su parte, o el estado que guardaban las escaleras al momento en que sucedieron los hechos. Se toma en consideración que la persona que se niega a pagar actualizó la hipótesis de un riesgo jurídicamente desaprobado al momento de cometer esa conducta, no al momento en que persona que le pidió el pago se lesionó al bajar las escaleras.

El caso de una persona que fue atropellada por un tren en plena noche, que le causó la muerte. Primeramente se había apreciado por la audiencia de primera instancia compensación de culpas, por parte del ayuntamiento y al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; sin embargo, el Tribunal Supremo español alude a la teoría de la imputación objetiva, y absuelve a las partes mencionadas, ya que era absolutamente imprevisible el resultado según atendido el curso normal de los acontecimientos.³²⁵

³²⁴ *Ibidem*, p. 101.

³²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo español de 1998, consultada *Imputación objetiva Causa próxima y alcances de los daños indemnizables*.

Un niño de 8 años imprudentemente prendió fuego a una planta artificial existente en un local, lo que llevó a la destrucción completa del local, así como a la muerte por asfixia de una persona. Se toma en cuenta que dentro del local destinado a bar, con presencia de menores, había elementos decorativos no ignífugos, que ardieron de inmediato; también, que sólo había un aparato extintor, cuando tenían que haber sido dos aparatos, y finalmente, los bomberos no contaban con los medios y recursos técnicos para una intervención eficaz ni habían recibido la información correspondiente. La compañía aseguradora se dirige en vía de regreso en contra de los padres del niño; sin embargo, el Tribunal Supremo español niega la responsabilidad de los padres debido a que los bomberos no actuaron debidamente, así como también se apega el tribunal a la teoría de la imputación objetiva, argumentando que es necesario que la causalidad no sólo exista lógicamente, sino que, además, sea adecuada en el sentido de que la conducta tienda a producir el resultado según las reglas de la experiencia general.³²⁶

El caso de una provocación entre dos personas. El agresor le propinó un puñetazo en la boca y otra en el abdomen. La víctima padecía de sida, lo que no sabía el agresor, y aquella falleció poco después como consecuencia de los dos golpes recibidos, al producirse una rotura vascular traumática. La audiencia provincial condenó al acusado como autor de un delito de homicidio imprudente; sin embargo, el Tribunal Supremo español disminuye la sanción a una mera falta, con el argumento de que el resultado acaecido guarda una cierta desproporción estadística entre la conducta realizada y lo que habitualmente ocurre como en este caso, la gravedad de la imprudencia debe ser degradada.³²⁷

Una persona que iba en una silla de ruedas por enfermedad, conducida por su hija, pretendía salir a la calle por la rampa que había en la portería; sin embargo, la rampa había sido retirada

³²⁶ *Ibidem*, p. 153.

³²⁷ *Ibidem*, p. 169.

durante unos días por obras en la citada portería, y al no apercebirse de ello la hija, el enfermo cayó de la silla y se produjo heridas de consideración. El Tribunal Supremo español aprecia compensación de culpas, por una parte, por no haber sido avisado por la comunidad de propietarios de la retirada de la rampa, y por otra, por no haber prestado la hija la atención suficiente.

Es importante comentar hasta donde llega la teoría de la imputación objetiva, ya que se toma en consideración que de acuerdo con la *lex artis* la comunidad de propietarios debió avisar el desajuste o movimiento de la rampa como obligación; asimismo, es cuestionable que la hija sea responsable de una lesión imprudencial, ya que no tenía la obligación de saber que la rampa no estaba.³²⁸

También es importante comentar los casos que se habla de epidemias. La institución dogmática de imputación a la víctima forma un papel importante, ya que al momento de valorar el incremento del riesgo por parte de los tutelares de los bienes jurídicos se deben tomar en cuenta las indicaciones que según las autoridades, por medio de su reglamentación, circulares o avisos debe acatar para evitar la infección.

En esta tesitura, la implementación de la institución dogmática juega un papel trascendental dentro de una sociedad en riesgo, ya que pone en advertencia al tutelar de los bienes jurídicos los riesgos que se le pueden imputar por su propia autopuesta en peligro al salir del ámbito protector de la norma penal.

A manera de comentario, en mayo de 2009, en México, se alarmó a la ciudadanía de las medidas que se debían tomar de acuerdo con la pandemia que brotó en el país, y los ciudadanos mexicanos implementaron medidas de protección al bien jurídico tutelado más importante: la vida y gracias al rol de comportamiento de cada una de las personas se apegaron a la *lex artis* que las autoridades de cada entidad federativa implementaron.

³²⁸ *Ibidem*, p. 171.

VIII. DELITOS PATRIMONIALES

En el caso de los tipos penales que afectan como bien jurídico tutelado al patrimonio se debe tomar en cuenta que la aplicación de la teoría de la imputación a la víctima no es un factor material que deba comprobarse, ya que el tutelar de los bienes jurídicos debe tener un conocimiento previo de la conducta que va a realizar; por ejemplo, en el caso de cheques sin fondos, existen demasiadas causas para que el comportamiento del imputado resulte atípico.

Es importante no perder de vista que si se realiza el estudio en delitos patrimoniales de la teoría de la imputación a la víctima, es porque el propio sistema permite valorar el rol de comportamiento en delitos de mera conducta o formales, y delitos de resultado o materiales, que la perspectiva sea diferente lleva al legislador a plantear el estudio del dolo partiendo de sus diferentes elementos, que son estudiados tanto para el imputado como para la víctima.

La teoría de la imputación a la víctima dentro del ámbito de los delitos patrimoniales desempeña una labor de orientación de criterios para la autoridad administrativa y judicial, ya que se debe valorar, el incremento del riesgo que desempeña el tutelar de los bienes jurídicos al momento de determinar su rol de comportamiento.

Por ello, si bien es cierto que los criterios permisibles de valoración, como la *lex artis*, conocimientos especiales y el nexo causal, se estudia en todos los delitos tanto de mera conducta como de resultado, y en el caso particular de los delitos patrimoniales, no se deben apartar las autoridades de implementar los criterios permisibles para una mejor apreciación del estudio del dolo al momento de resolver los casos en estudio.

Con relación a los delitos patrimoniales, la prohibición de regreso ya ha sido aplicada como elemento de la imputación objetiva, si bien con una fundamentación muy escueta a la conducta de la víctima. Aquí debe regir el criterio de la prohibición de

regreso, que limita la imputación objetiva del resultado cuando la propia víctima ha reorientado el riesgo creado por el autor mediante su comportamiento.³²⁹

A continuación se exponen algunos que muestran casos de cómo se ha venido implementando la teoría de la imputación a la víctima como institución dogmática, y qué forma parte de la teoría de la imputación objetiva.

Caso 1

Cuando una persona reclama ante el Ministerio Público el pago de prestaciones que emanan de un asunto civil, y está demostrado que existe un pago anterior de la deuda principal, no se puede reprochar la conducta al imputado, ya que la persona que reclama ese menoscabo patrimonial debió, primeramente, haberse asesorado. Porque la acción que ejercita conduce a una causa de atipicidad del tipo penal, pues el incremento del riesgo fue originado por la propia víctima. Este criterio ha sido establecido por el máximo tribunal del país, que determinó que haciendo un juicio de valoración o atribución se determina que la conducta desplegada por la víctima fue la que ocasionó el incremento del riesgo, y si bien es cierto que no es procedente la vía penal, eso no excluye al tutelar de los bienes jurídicos el acudir a otra vía.

Caso 2

El 3 de octubre de 2005, el señor X, mayor de edad, se acercó a la señora Y, cuando ésta se encontraba sentada en un banco en la calle Amaya de Pamplona, y tras entablar una conversación con ella, le comunicó que, dado que su hermano era embajador, y utilizando esta relación de parentesco, ofrecía ayuda a los inmigrantes procedentes de Ecuador con el fin de conseguir los documentos necesarios para poder residir legalmente en Espa-

³²⁹ Cancio Melia, Manuel, *op. cit.*, p. 328.

ña. La señora Y entregó al señor X la cantidad de 500 euros en la avenida Carlos III de Pamplona, sin que este hubiera realizado actuación alguna para regularizar la situación de Y.

La sección primera de la audiencia provincial de Navarra, en el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo penal núm. 3 de Pamplona, determinó que existe un engaño objeto de la imputación, un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, un nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio a la víctima, y un ánimo de lucro, al tener por acreditada la situación de necesidad, como las que afectan a las personas que se pueden encontrar ilegalmente en otro país.³³⁰

Caso 3

El acusado X suscribió un contrato de ejecución de obra con el perjudicado, aquel como contratista, y este como dueño de la obra, para la construcción de una vivienda unifamiliar. Se trataba, ciertamente, de un presupuesto muy ajustado, por un importe de 64 mil euros, inferior al fijado en su proyecto por el arquitecto, el cual, no obstante, fue ofrecido al dueño de la obra, quien lo aceptó, y comenzó el pago de cantidades, hasta un total de 11 entregas de dinero, entregas que no se hacían contra certificaciones de obra, sino que se iba adelantando dinero ante la petición que le hacía el ahora recurrente, quien decía que lo necesitaba para adquirir materiales para tal obra; sin embargo, el material de la obra realmente comprado no justifica la petición de dinero adelantado.

La Sala Penal del Tribunal Supremo determinó en el recurso de casación interpuesto por el recurrente, que el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provo-

³³⁰ Consultado el 20 de abril de 2009, www.intermigra.info.

car el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito.

También se ha sostenido que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquel. En este sentido, es tanta la ideación criminal que el dolo representa surge en un momento anterior al concierto negocial, como sí surge en un momento posterior, durante la ejecución del contrato, es suficiente para integrar el delito.³³¹

Es importante comentar que en México se tiene la figura del fraude específico, tipo penal que para la mayoría de las legislaciones se incluyó en la norma penal a partir de 2004. El máximo tribunal del país realizó la interpretación del texto del legislador por medio de la Primera Sala de la Corte, y determinó que el riesgo jurídicamente desaprobado se comprueba con el estudio del elemento subjetivo, que en este caso es el dolo.

La implementación de la semántica del legislador para usar el término “imputación” y estudiar en qué casos el tutelar de los bienes jurídicos es responsable al violentar su rol de comportamiento es trascendental para que las autoridades administrativas y judiciales implementen el uso de la teoría de la imputación objetiva y la institución dogmática de la imputación a la víctima.

Caso 4

La acusada X, mayor de edad, empleada de la empresa Y, ubicada en la ciudad de Barcelona, en fecha no determinada, pero en todo caso anterior al mes de enero de 2007, actuando con la intención de obtener un inmediato beneficio patrimonial, se apoderó, en los locales de la empresa antes mencionada, de veinte cheques bancarios. Posteriormente, sin que conste la fecha exacta, tras rellenar de su puño y letra el importe de los

³³¹ En *www.iustel.com*, consultado el 27 de abril de 2009.

cheques mencionados, los presentó al cobro directamente en la entidad bancaria.

El Tribunal Supremo de la Sala Segunda de lo Penal, en la ciudad de Villa de Madrid, condenaron a la acusada X como autora responsable del delito de falsedad de documento mercantil, por el hecho de provocar un riesgo jurídicamente desaprobado al violentar la norma y apoderarse de los documentos. En esta tesitura, se refleja cómo la acusada, dentro de su rol de comportamiento, provoca una lesión al bien jurídico tutelado, el cual se origina al crear un riesgo jurídicamente prohibido.³³²

Caso 5

En diciembre de 2001 se encontraba el ofendido cerca del despacho de la imputada, ubicado en buses de San Isidro, platicando con la supuesta abogada, donde le manifestó ésta que sacaría a los muchos detenidos por la cantidad de veinte mil colones. En una ocasión el ofendido platicó con la imputada frente al penal de Sensuntepeque, y le reclamó el porqué sus sobrinos no habían salido. Tiempo después, el ofendido se enteró de que la imputada estaba detenida, y que los sobrinos salieron libres por otra vía, y no por la defensa de la imputada.

El Tribunal de sentencia de la ciudad de Sensuntepeque estimó la valoración del dolo en el delito de estafa en el elemento de la tipicidad, donde prescribe que la acción u omisión se haya realizado con dolo o culpa, condenando a la acusada por el delito de estafa, imponiendo una pena de dos años de prisión.³³³

Es importante tomar en cuenta que la doctrina, al momento de realizar una valoración de la ubicación del dolo de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, analiza al dolo en el elemento de la tipicidad como lo sostiene Roxin; sin embargo, hay doctrinarios, como Bustos Ramírez, que lo analizan en el

³³² En www.sentenciasjuridicas.com, consultado el 17 de junio de 2009.

³³³ En www.jurisprudencia.gob.sv, consultado el 18 de junio de 2009.

elemento de la antijuridicidad; no obstante, la ubicación del estudio del comportamiento del dolo no es obstáculo para que se analice en la tipicidad o antijuridicidad.

Caso 6

Sobre las 3:45 horas del 10 de agosto de 2002, personas desconocidas, tras escalar hasta la primera planta de la sede de la delegación provincial del Instituto Nacional de Estadística, forzaron una de las ventanas, se introdujeron en el interior y se apoderaron de diversos materiales de oficina y de varios cheques correspondientes a la cuenta abierta a nombre de dicha entidad en el Banco de España.

El Tribunal Supremo español determinó condenar a las personas por el delito de estafa mediante cheque en grado de tentativa, considerando que el incumplimiento del deber de autoprotección podría dar lugar a que se entendiera excluida la relación causal entre la conducta engañosa y el error; pero en el presente caso el cumplimiento de aquel deber ha determinado la no consumación del desplazamiento patrimonial.³³⁴

Caso 7

El 17 de diciembre de 1996 se celebró la segunda junta extraordinaria de accionistas de la Sociedad Salmo, S. A., donde se realizó un aumento al capital dividido en veinte mil acciones. El 15 de enero de 1997 se celebró la quinta sesión de directorio de esta sociedad, y se dió cuenta que la sociedad del imputado había suscrito ciertas acciones por un valor determinado pagadero a un plazo de tres años.

De los hechos narrados, en síntesis, se concluye que el acusado simuló ser propietario de ambas sociedades en perjuicio del patrimonio de una tercera sociedad, cuando el imputado era el

³³⁴ Consultado el 17 de junio de 2009. Sentencia 1409/2005. Tribunal Supremo español, en *www.belt.es*.

principal propietario, que todas esas actividades no pudo tener otro beneficio que burlar el acuerdo de traspasar el dominio de los inmuebles al querrellado, causando a este un real perjuicio patrimonial.³³⁵

La teoría de la imputación objetiva en delitos patrimoniales se puede aplicar siguiendo los lineamientos de los autores ya citados, siendo que se trata de delitos de resultado, los cuales generan un cambio en el mundo exterior; sin embargo, el reflejo de la imputación a la víctima en este tipo de delitos es muy sigiloso, ya que del mismo comportamiento con el inculpado se desprende hasta dónde llega la conducta del tutelar de los bienes jurídicos al momento de ubicarse en un incremento del riesgo frente al agente que pretende ocasionar un daño en el patrimonio del sujeto pasivo.

La teoría de la imputación objetiva, por medio de la institución dogmática de la imputación a la víctima en los delitos patrimoniales, es aplicable analizando el comportamiento de la conducta de acción u omisión del tutelar de los bienes jurídicos, ya que si bien es cierto que no se puede hacer uso de la *lex artis* en ciertos casos, como de los conocimientos especiales, ya que lo que se analiza en este tipo de conductas es hasta dónde jurídicamente llega el riesgo permitido por parte del tutelar de los bienes jurídicos. En la visión de que normalmente en este tipo penal es el accionante del estado el que solicitó, conoció o muchas veces buscó a la persona para realizar cualquier clase de negocios.

VIII. DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La importancia de la teoría de la imputación objetiva en delitos cometidos en el hogar valora la situación del riesgo generado

³³⁵ Consultado el 17 de junio de 2009. Sentencia que condenó al imputado como autor del delito de estafa en perjuicio de Inmobiliaria San Fernán propiedad del querrellante, en www.jurischile.com.

dentro de lo jurídicamente aprobado o desaprobado por la norma penal, ya que si la persona que se dice víctima de una agresión por parte de la persona que habita con ella, y sabe que es una persona peligrosa o agresiva, de acuerdo con la generación del riesgo, en ocasionar una lesión a sus bienes jurídicos, que en este caso es la salud, se toma en cuenta el incremento del riesgo que la víctima genera.

Es importante mencionar que en el estudio de los elementos del dolo en los delitos de resultado, y que en este caso genera un cambio en el mundo exterior, por afectar un bien jurídico tutelado que tiene representación, se debe tomar en cuenta que una de las finalidades del tema investigado en los delitos expuestos a lo largo del presente trabajo, es con la finalidad de analizar, por un lado, el conocimiento y la voluntad como elementos del dolo por parte de la víctima, y por otro lado, la generación de una autopuesta o heteropuesta en peligro consentida.

En los delitos de violencia familiar queda claro que el eje central de la lesión al bien jurídico es desempeñado por el autor, pero con la colaboración de la víctima; esto es, no excluyo la agresión al bien jurídico, pero tomo en cuenta que la víctima sí tiene conocimiento, consentimiento y voluntad de habitar el hogar con una persona que es agresiva o violenta. Por lo anterior, se debe ponderar la situación de atenuar la pena en su momento procesal, ya que una de las finalidades de la generación de la lesión al bien jurídico tutelado fue el consentimiento de la propia víctima de habitar el hogar con el autor.

La institución dogmática de la imputación a la víctima en este tipo de delito, no genera una impunidad para el autor; lo que genera es un estudio más a fondo de la importancia en el rol de conducta de ambos protagonistas, y lo más importante: el estudio de los elementos del dolo tanto en el autor como en la víctima.