

Tesis Final: “Imputación a la víctima”.

Por **Uriel Lichiardelli.-**

INDICE

***Introducción**

1. Problemática del caso.

1.1 Una aproximación teórica a la construcción dogmática en el esquema de la teoría del delito. Jurisprudencia.-

1.2 Soluciones que aporta la dogmática -desde la Tipicidad o de la Medición de la Pena-

2. Asunción de conductas.-

2.1 Conducta del autor. La relevancia de la conducta que asume la víctima.

2.2 Conductas de autor y víctima -simultaneidad de conductas-

2.3 Caso “Pino, Jorge Sebastián s/sobreseimiento”

3. La normativización del análisis.-

3.1 La influencia recibida desde la Teoría de la Imputación Objetiva. Conceptos (Roxin - Firsich - Jakobs)

3.2 El aporte del dogma causal

3.3 Actividades arriesgadas. Principio de autorresponsabilidad.

3.4 La víctima en el sistema de la Teoría de la Imputación objetiva (Zaczyk, Frisch, Derksen).

3.5 El riesgo permitido y la intervención de la víctima

3.6 Caso "Barchetta".

3.7 Caso "Barchetta". ¿Imputación a la víctima o supuesto de justificación?

4 El problema de la imputación

4.1. Imputación objetiva del "comportamiento".

4.1 a) El juicio de imputación según el esquema de C. Roxin.

4.1 b) El juicio de imputación. Posibles injerencias de terceros.

4.2 Imputación objetiva del "resultado"

4.2 a) W. FRISCH (Los problemas relativos a la imputación del resultado en el ámbito temático del comportamiento típico.)

4.3 Nexos objetivo - normativo entre acción y resultado

5. La evolución del tratamiento dogmático del comportamiento de la víctima.-

5.1 Culpa concurrente - Compensación de culpa -su origen-

5.2 Consentimiento

5.3 Auto y Heteropuesta en peligro

5.4 Incumplimiento de expectativas fundadas

5.5 Los aportes de la teoría de la adecuación social

6 La Imputación a la Víctima.-

6.1 Creación del riesgo

6.2 Riesgo permitido

6.3 La realización del riesgo en el resultado

6.4 Concurrencia de riesgos

6.5 Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma.

6.6 Fallo “B. M. L. s/ Homicidio Culposo” (sentencia 23/08/2007 – CJCatamarca).

7. Análisis sintáctico del art. 84 del Código Penal Argentino.-

7.1 Una solución posible al sistema.-

BIBLIOGRAFIA

IMPUTACION A LA VICTIMA*

* El presente ensayo de tesis, con la tutoría del Profesor Marco A. Terragni, fue presentado y defendido para obtener el título de Posgrado en la Especialización en Derecho Penal de la UBA, aprobado con la calificación alfanumérica final de 9 (nueve).

***Introducción.-**

Este trabajo busca analizar la no menos importante competencia de la **víctima** en el esquema de la Teoría del Delito, conforme a la conducta que haya asumido la misma en las figuras culposas, intentado aportar para ello distintas soluciones acerca de la compleja cuestión.

En las siguientes páginas analizaré la relevancia jurídico-penal que puede tener la conducta asumida por la propia víctima, exponiendo a su propio riesgo la lesión de sus propios bienes jurídicos, todo ello a través de un exhaustivo análisis en la evolución doctrinaria que existe al respecto. Autores como Zacyk, Frisch, Derksen, entre otros así lo han entendido.

Veremos los aportes de suma relevancia brindados por la teoría de la Imputación Objetiva y sus seguidores.

Las construcciones dogmáticas de distintos autores como Claus Roxin; Günther Jakobs W. Frisch y R. E. Zaffaroni, entre otros.

La evolución doctrinaria que ha rendido la jurisprudencia europea, fundamentalmente los avances concebidos en países como España y Alemania quienes han aportado a través de sus máximos tribunales una extraordinaria evolución en la concepción dogmática de la intervención de la víctima en el comportamiento y el resultado lesivo.

En la problemática concerniente de la imputación a la víctima, ha sido sumamente influyente los distintos trabajos que se encuentran escritos por autores europeos de temas relativos a la compensación de culpas; la concurrencia de riesgos; la imputación al comportamiento; la imputación del resultado; el consentimiento; la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro.

Sin embargo, poco se ha escrito al respecto en nuestro país.

Solo a través de la jurisprudencia nacional se han utilizado los conceptos precedentemente narrados, aplicándolos encubiertamente en nuestro ordenamiento jurídico interno, lo cual demuestra la necesidad de una reactualización jurídica en materia penal, mas precisamente una sensible modificación a nuestro Código de Fondo.

En definitiva, abordaré la problemática interdependiente que coexiste entre las acciones del autor y de la víctima analizando sucintamente la relevancia jurídico penal de ambas conductas a través de un exhaustivo repaso de los principales ensayos -tesis doctorales, monografías, libros, artículos etc.- que se han aportado hasta el presente y de la incipiente evolución que ha habido al respecto en la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera.

Conforme al desarrollo de los conceptos brindados por la dogmática penal, mas precisamente por la teoría del delito, intentaré aportar de modo conclusivo, una reforma

al Código Penal en materia de delito culposo, que sea de utilidad para el juzgador al momento de tener que analizar la conducta de la “víctima”, su aporte en el resultado lesivo, y la responsabilidad, entendida esta como reproche penal, que le pueda caber al autor por su obrar, en principio negligente.

1. PROBLEMÁTICA DEL CASO.-

1.1 Una aproximación teórica a la construcción dogmática en el esquema de la teoría del delito. Jurisprudencia.-

Veremos cuales han sido los aportes brindados por los máximos tribunales Provinciales y Nacional a través de su jurisprudencia, la que por cierto se encuentra en franco retroceso o al menos no ha mostrado evolución al respecto, ello en clara oposición a lo expuesto por la jurisprudencia europea, particularmente -Alemania y España-. Esto ha sido producto de la * El presente ensayo de tesis, con la tutoría del Profesor Marco A. Terragni, fue presentado y defendido para obtener el título de Posgrado en la Especialización en Derecho Penal de la UBA, aprobado con la calificación alfanumérica final de 9 (nueve).

falta de un tratamiento acabado en la jurisprudencia nacional y la falta de asunción por parte de los operadores jurídicos de un compromiso serio al respecto, operadores a quienes le compete por cierto la importantísima tarea de administrar y brindar un adecuado servicio de justicia.

De esta manera, veremos como a lo largo de la historia jurídico penal nacional no ha habido un estudio pormenorizado sobre las posibles interpretaciones que merece

un injusto penal ante la inesperada y por que no desaprobada conducta que asume la víctima.

A poco de transitar la jurisprudencia en los delitos culposos, se observa la falta de un tratamiento adecuado. Casos donde la víctima a través de su conducta, ha incidido directamente en el comportamiento del autor o del resultado obtenido por este último a través de su propia conducta. Así se verá como pueden coexistir diversas variantes de tratamiento en la participación de la víctima cuando asume una acción a su propio riesgo y que directamente incide sobre el desarrollo del *inter criminis*, involucrando y afectando sus propios bienes jurídicos.

Es decir, trataré de verificar si la imputación a la víctima bajo un análisis normativo serio debe necesariamente desvincular al autor y esta eliminación de la imputación al autor debe recaer sobre algún elemento del tipo -como causa de atipicidad- o puede incidir directamente sobre la antijuridicidad -como causal de justificación- o por que no, como algunos autores lo han sostenido, incida directamente sobre la culpabilidad.

Desde un análisis objetivo de las acciones emprendidas entre -autor/es y/o víctima/s-, veremos como inciden las mismas sobre la Imputación Objetiva del comportamiento, o en su caso, en la Imputación Objetiva del resultado, siendo consecuencia de ello analizar como debe resolverse bajo el esquema de la Teoría del Delito. La imputación a la víctima debe ser analizada desde ambas variantes -como imputación objetiva de conducta / como imputación objetiva de resultado.

Una vez desarrollada la problemática y a modo de cierre, voy a proponer una variante legislativa sobre las abiertas figuras que nuestra normativa contempla en los delitos culposos, con una minúscula reforma legislativa sobre las consecuencias que

ocasiona la intervención de una víctima en un suceso, cuyos aportes no banales, inciden directamente sobre el resultados delictivo, todo ello desde distintas variantes - como causal de atipicidad o de justificación-.

Claro está a todo lo dicho que, el punto de partida para todo ello es la ***Autorresponsabilidad de la víctima** -su reconocimiento de libertad de disposición sobre los bienes jurídicos; como la ***Imputación al ámbito de responsabilidad que la misma ostenta** -imputación a su comportamiento e imputación del resultado-, cuya incidencia repercute directamente sobre la responsabilidad del autor.

1.2. Soluciones que aporta la dogmática -desde la Tipicidad o de la Medición de la Pena-

La pena no es más que la reacción del Estado frente al quebrantamiento de la norma. Su individualización es el acto por el cual un juez con responsabilidad jurisdiccional consagrada por el propio Estado, mide la infracción de esa norma violada y la transforma en una pena determinada. La ponderación de esa pena va a ser la magnitud del ilícito culpable, no es otra cosa que un reproche que parte desde la culpabilidad y que será mayor o menor de acuerdo a la magnitud de la infracción y las pautas individuales que posee aquel autor responsable.

Erróneamente se ha considerado que aquellos injustos cometidos con cierta injerencia en la conducta por la víctima –culpa concurrente- no eximen al autor de responsabilidad. En el derecho penal las culpas no se compensan y por ende la conducta que pueda haber asumido la víctima al respecto resulta irrelevante, sin perjuicio de haberle pretendido dar una salida elegante al asunto a través de la

determinación judicial de la pena a imponer (arts. 40 y 41 del C.P.).

Entre otros pronunciamientos, encontramos en tal sentido el brindado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, en sentencia emitida con fecha 22/08/03 causa caratulada "Petrufo, Daniel s/Homicidio Culposo y otros". En dicha oportunidad el tribunal de alzada dijo: *"Daniel Alejandro Petrufo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, dicho riesgo se ha concretado en los resultados que tenemos a la vista y éstos se encuentran descriptos en el tipo. Así, no es posible, hasta aquí, excluir la responsabilidad del sujeto encausado, pues en el sistema penal argentino la degradación de culpas sólo puede aplicarse con la eventual aplicación de los arts. 40 y 41 y conchs. del Cód. Penal"*.¹

De esta manera los injustos culpables emprendidos con una cuasi participación por parte del sujeto pasivo o un tercero, quien o quienes han contribuido con el desarrollo de su conducta, en la producción del resultado, serán imputados al sujeto activo con un reproche penal inferior que aquel que le hubiera correspondido por una acción emprendida sin esa cuasi participación.

No estoy haciendo referencia a los casos donde la co-causación simultáneamente aparece reflejada en el resultado. Casos donde si bien se obtuvo una conducta típica que le será imputada objetivamente a su autor, el resultado es producto no solo de aquella conducta sino de imprudencia temeraria protagonizada por la víctima o un tercero.

No faltaron quienes consideraron que, de aparecer un resultado que no se le puede imputar en su totalidad al sujeto activo, por cierta participación o injerencia de la

¹ La Ley 2003-F, 26- La Ley 2004-B, 548, con nota de Marco Antonio Terragni.

víctima o un tercero, el autor deba responder penalmente por la parte que le compete a su actuación, atenuándose por ende, conforme a las pautas de los artículo 40 y 41 del C.P. su responsabilidad criminal.

Los casos más habituales se vinculan con los accidentes de tránsito por ejemplo, las lesiones que padece una víctima por no haberse colocado el cinturón de seguridad o las que padece un acompañante de un ciclomotor por no haberse colocado el casco, entre otros ejemplos.

Puede ocurrir de hecho en la mayoría de los casos ocurre, que el conductor de rodado cometa un injusto culpable subsumido en las figuras del artículo 84 o 94 del C.P., según sea el resultado producto de una maniobra negligente, imprudente o violatoria de los deberes de cuidado, pero el resultado –lesivo o mortal- aparece como una consecuencia co-causal a la imprudencia que la víctima también concreta –no lleva el cinto de seguridad, no se colocó el casco que le había sido suministrado por el conductor-, en esos casos el juzgador de arribar a un injusto penal completo, seguramente tendrá en cuenta al momento de mensurar la pena a imponer la conducta del sujeto pasivo como una circunstancia atenuante del reproche penal.

En estos casos la punibilidad no se ve afectada pero se admite que el ilícito y la culpabilidad puedan ser menores. La doctrina no es estricta en cuanto a exigir que la víctima a su vez haya actuado imprudentemente, sino que se considera suficiente que haya co-causado el resultado². El autor solo puede ser legítimamente responsabilizado por la parte del resultado que le es imputable y que le incumbe evitar a él, no al de la víctima o un tercero.

Estos precedentes doctrinarios no solo han desoído a las teorías que se ensayaron en torno a la culpa concurrente, que tuvo cierta recepción en países como España –no hace falta mas con ver las sentencias del Tribunal Superior Español-, sino que también mostraron un franco desconocimiento sobre los avances consagrados en la teoría de la imputación objetiva, imputación del comportamiento e imputación del resultado.

Exacto, no parece del todo coherente zanjar las cuestiones atinentes a la participación de la víctima o de un tercero en un ilícito culpable, disminuyendo sensiblemente el grado de sanción a imponer a aquel que ha resultado autor penalmente responsable, por diversas razones.

En primer lugar debe quedar bien en claro que la culpabilidad en este sentido, debe ser interpretada como el reproche del injusto, sin el cual no sería posible responder al ilícito con una pena. En la configuración de un ilícito penal, será el punto de partida para la individualización de la pena y en esto nada tiene que ver la injerencia de la víctima en el suceso. Si de alguna manera esta última incidió en el desencadenante –resultado-, deberíamos analizar seriamente si el injusto penal se encuentra abastecido en todos sus términos.

En segundo lugar cuando hablamos de culpabilidad al momento de graduar la sanción penal, estamos hablando de un reproche penal adecuado a la culpabilidad, ello significa que el reproche penal –léase responsabilidad por el hecho- solo puede ser expresado en la unidad de la medición de la pena. La medida de la pena, independientemente de sus concepciones preventivistas generales o especiales, será

² Patricia S. Ziffer “Lineamiento de la determinación de la pena” Ed. Ad-Hoc, 2° edición, año 1999, pag.

la medida de la culpabilidad, todo lo cual exige a su vez inexorablemente la existencia de un ilícito.

Si se piensa que se le está haciendo una favor al sujeto activo disminuyendo la sanción penal, compensando de esta manera la injerencia que pudo haber tenido el sujeto pasivo o un tercero en el suceso, se equivocan completamente, puesto que es mas que probable que se haya efectuado un deslucido análisis en la actividad inherente a la imputación del comportamiento o el resultado, arribándose de esta manera a un injusto y desmerecido reproche penal.

2. ASUNCIÓN DE CONDUCTAS.-

2.1 La relevancia de la conducta que asume la víctima

La primera aproximación a una teoría de la imputación objetiva es formulada por Larenz, quien planteaba en una monografía la cuestión desde una perspectiva filosófica del derecho y tomaba como punto de partida la teoría de la imputación desarrollada por Hegel³.

De esta manera Larenz distingue imputación al hecho de imputación a la culpabilidad.

Partiendo desde esta concepción, solo podrá entenderse como imputable a un sujeto aquel suceso que, comprobado constituye una ACCIÓN del sujeto, lo que sólo

126.

³ Manuel Cancio Meliá "Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal". Ed. José M. Bosch, pag. 72 año 1998.

será el caso si el hecho puede entenderse como realización de su voluntad. La imputación al hecho, debe ser la esencia de la creación que emerge de su propia voluntad, cuya determinación fundamental, su esencia, es la libertad, que se encuentra ante su determinación, perteneciendo a su “ser” como expresión de su “yo” y de su racionalidad. Así se abre la posibilidad de imputar al ser humano su hecho como propio y hacerlo responsable de sí mismo.

La relación causal no puede cumplir por sí sola ésta misión, puesto que si entendemos por causa el conjunto de condiciones, deberá aceptarse la imposibilidad de destacarse una única condición como causa e imputar a esta condición el resultado como propio.

Larenz en parte enlaza la teoría de la adecuación aceptándola en líneas generales aunque no como teoría causal, sino como principio de imputación⁴.

La introducción que propone Larenz en la dogmática jurídico penal, fue llevada pocos años mas tarde por Honing. Desde la perspectiva enunciada por este último autor, el contenido fundamental de la imputación objetiva es clasificar la significación que la relación de causalidad tiene para el ordenamiento jurídico, separando los juicios de causalidad y de imputación.

Honing, partiendo desde la base propuesta por Larenz, considera que existe objetivamente una posibilidad de control del curso causal, es decir, que solamente puede ser relevante aquel resultado que siendo consecuencia de un comportamiento humano con efectos causales, solo puede ser imaginado como producido en persecución de una determinada meta.

⁴ Margarita Martínez Escamilla “La imputación objetiva del resultado”. Ed. Edersa, pag. 21, año1992.

La relación que debe existir entre acción y resultado ha de manifestar la esencia del comportamiento humano como exteriorización de voluntad. Así deduce Honing que "imputable en sentido de imputación, es aquel resultado que puede ser concebido como dispuesto finalmente", es decir, la posibilidad objetiva de pretender⁵.

Aunque a diferencia de Larenz, Honing hace hincapié en la imputación del resultado y no en la imputación del comportamiento. No obstante y como también se ha resaltado, para Honing la imputación del resultado sigue constituyendo un problema que afecta al concepto de acción.

Honing realiza un aporte sumamente importante, trata de separar aquello que implica el hacer voluntario del sujeto -juicio de imputación de la finalidad- como elemento subjetivo, para centrar el enjuiciamiento objetivo del acontecer, como medio idóneo para la obtención de un resultado.

Siguiendo la línea de razones esgrimidas por los autores precitados, Welzel aparece mucho tiempo después proponiendo la interpretación de los tipos a través de la teoría de la adecuación social, conforme a la cual quedan excluidas del concepto del injusto, todas las acciones socialmente adecuadas, es decir que no pueden ser típicas.

La adecuación social al eliminar del tenor literal de los tipos aquellos procesos vitales que desde el punto de vista material no deben subsumirse bajo ellos, es lo que llega a hacer posible que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de pena.

En la moderna construcción dogmática del injusto penal, entendido este como una acción típica y antijurídica, aparecen novedosamente para el tema que nos convoca, cuatro grupos que pueden orientarse como claramente definidos en orden a

⁵ Margarita Martínez Escamilla "La imputación objetiva del resultado". Ed. Edersa, pag. 35, año1992

la construcción dogmática que significó el aporte de la víctima en actividades arriesgadas. Concretamente el tratamiento de actividades conjuntas emprendidas entre víctima y autor.

La concurrencia de culpas ha sido uno de los puntos mas tratados por la doctrina en España, recurriendo a él en más de una oportunidad el TS. En este sentido los españoles tienen numerosa jurisprudencia al respecto, trabajando los conceptos de previsibilidad y deber objetivo de cuidado como ejes centrales de la problemática⁶. La culpa concurrente o compensación de culpas, es uno de los temas mas escabrosos dentro de nuestra dogmática, y la jurisprudencia nacional se ha encargado de enterrarlo por completo al omitir su tratamiento con seriedad.

Sin embargo, artículos como el 84 y 94 de nuestro Código Penal, pueden abrir sin necesidad de reformas penales obsoletas e innecesarias como las que se han hecho en los últimos diez años, un nuevo marco de discusión.

Se necesita en primer lugar, de un compromiso serio por parte de aquellos involucrados y que han sido llamados para “hacer justicia”. El sentido de la ciencia jurídica y social no puede circunscribirse a una mera, simple y cerrada interpretación de la norma, esta última necesita también una interpretación de sentido común, donde debe primar la lógica y la razón por sobre todas las cosas.

En segundo lugar, aparece el grupo de autores que le brindan relevancia jurídico penal al consentimiento, en nuestra bibliografía nacional encontramos autores de la talla de Raúl E. Zaffaroni⁷ entre otros. La aquiescencia, consentimiento, acuerdo, tienen

⁶ Marcos Antonio Terragni “Autor, partícipe y víctima en el delito culposo”. Ed. Rubinzal – Culzoni, pag. 215, año 2008.

⁷ Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar,

como base fundamental el consenso que libremente haya prestado la víctima al asumir bajo su auto o propia responsabilidad en determinadas conductas. Resulta fundamental que ésta última lo haya hecho libre y conscientemente.

En el tercer grupo, encontramos a los autores que pusieron énfasis en las posturas que parten de la diferencia que existe entre participar en una auto-puesta en peligro y una heteropuesta en peligro (Claus Roxin entre otros)

El cuarto y último grupo, bajo la consigna de los principios victimológicos se ha puesto en discusión aquellos casos donde, el actuar de la víctima no parece merecedor de protección legal, en tanto asume a su propio costo la disposición de sus propios bienes jurídicos, los cuales son colocados en situación de riesgo. De esta manera los autores que tratan la problemática parecen entender que este tipo de conductas no merecen protección del ordenamiento, conllevando ello la exención de responsabilidad respecto del autor.

2.2 Conductas de autor y víctima –simultaneidad de conductas.-

Aquellos comportamientos de terceros que junto con la concreta conducta de la víctima puedan causar la lesión de bienes no son típicos (Frisch)⁸, por que no se puede mostrar un interés fundado –preponderante- en su desaprobación a pesar del riesgo que encierran. Este presupuesto básico se aplica a un gran número de comportamientos que transcurren simultáneamente –excluyen el omitir, quedarse,

Buenos Aires, 2000, pág. 562.

permanecer etc.-

Según el autor, todo parte de una falta de interés, en tanto la protección de los bienes no se verifica aquí mediante una prohibición de estas conductas las cuales se encuentran dentro de un ordenamiento ciertamente armonizadas.

Constituyen el ejemplo clásico el esquema de coordinación en las normas de circulación o las reglas en determinada clase de deportes, en la medida en que esa reglamentación tiende a evitar la concreción de ciertas lesiones. Para el autor aquí también se abren campos de autopuesta en peligro autorresponsable con la correspondiente impunidad del tercero, lo cual lo atribuye a la consecuente falta de prohibición típica del comportamiento del tercero. Este primer grupo lo considera como casos de “autopuesta en peligro excluyente de la pena”, en el ámbito de los comportamientos simultáneos.

Así, para que el resultado sea atribuible al lesionado y no a quien tiene una intervención accesoria en el suceso, deben reunirse las siguientes condiciones⁹:

*Que quien padece las consecuencias haya puesto en marcha el acontecimiento.

*Que la decisión de haber puesto en marcha el acontecimiento sea el producto de su voluntad libre, es decir, no determinada por el otro.

*Que mantenga en sus manos el control del suceso desde el primer momento hasta el último (cuando se produce la lesión)

*Que el daño sea la consecuencia exclusiva del mismo peligro inicial.

⁸ Manuel Cancio Meliá “Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal”. Ed. José M. Bosch, pag. 271 año 1998.

⁹ Marcos Antonio Terragni “Autor, partícipe y víctima en el delito culposo”. Ed. Rubinzal – Culzoni, pag. 276, año 2008.

Si estas circunstancias concurren, quien las sufre es autor de su desgracia.

2.3 Caso “Pino, Jorge Sebastián s/sobreseimiento”

Así lo ha entendido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, en “Pino Jorge Sebastián s/sobreseimiento”, resolución del 15 de febrero de 2008.¹⁰

Se le adjudicaba a Jorge Sebastián Pino el haber ocasionado la muerte de Eduardo Alfredo Bandini y lesiones graves a Marcos Edgardo Issa, el día 18 de octubre de 2006, en horas del mediodía, en la calle Iriarte 2775 de esta ciudad, debido a la conducción imprudente del camión marca "Mercedes Benz", modelo 1114, dominio colocado WZI-185.

Específicamente, en las circunstancias de tiempo y lugar antedichas, encontrándose el rodado estacionado frente a entrada del depósito de la firma "Bandini y Cía.", junto al camión marca "Ford", modelo "Cargo 1750, dominio CPU-759", los que se encontraban enfrentados por su parte trasera, con el objeto de facilitar el traspaso de mercaderías del primero a segundo. Una vez completa la carga, el camión Mercedes Benz, conducido por el encausado retrocedió, aplastando a las víctimas que se hallaban firmando un remito en medio de ambos transportes.

No existe controversia respecto al modo en como ocurrió el suceso materia de pesquisa, sino que la cuestión se encuentra limitada a determinar si habría existido por parte de Jorge Sebastián Pino algún accionar imprudente, negligente o contrario a los deberes a su cargo, en violación de algún deber de cuidado.

Así, de los testimonios reunidos en autos, se desprende que Eduardo Alfredo Bandini se encontraba parado sobre la capa asfáltica, detrás del camión que conducía el imputado firmando los remitos por la entrega de mercadería. En dicho momento Pino retrocedió

aplastando a Bandini e Issa, falleciendo el primero por "Traumatismo toraco-abdominal. Hemorragia interna", mientras que el segundo sufrió lesiones de entidad grave-

Finalmente, en la pericia realizada por la División Criminalística de la Prefectura Naval Argentina, se determinó que al accionar la reversa del camión conducido por Pino "... el pedal del embrague queda abajo, provocando que el camión tenga un sobresalto brusco hacia atrás. Todo esto, debido a que el embrague se presenta con muy poca regulación, ocasionando la liberación inmediata de la marcha en reversa" y que las víctimas se encontraban ubicadas fuera del ángulo de visión del conductor, concluyendo los peritos que "El hecho investigado es resultado de una acción conjunta evidenciada en el funcionamiento anormal del camión Mercedes Benz 1114 y en la presencia de los Sres. Bandin e Issa en la superficie de la Calzada".

Ahora bien, las precisiones técnicas valoradas jurídicamente nos llevan a concluir que la conducta realizada por Jorge Sebastián Pino no resulta constitutiva del delito de homicidio culposo.

En efecto, en el presente caso no se evidencia violación al deber objetivo de cuidado alguno, por cuanto las propias víctimas se habrían puesto en dicha situación de riesgo, al posicionarse entre ambos rodados, en un lugar que se encontraba fuera del rango de visión del conductor atento las dimensiones del camión.

En tal sentido, la doctrina alemana señaló que "Sin embargo... la mayor importancia práctica... la tengan aquellos otros supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la 'desgracia', sino la lesión de un 'deber de autoprotección' o incluso la 'propia voluntad'; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de 'acción a propio riesgo' ...Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social

¹⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI "Pino, Jorge Sebastián s/sobreseimiento", sent. 15-2.2008, publicado en Suplemento Penal La ley, abril 50.

arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles..." (Jakobs, Günther, "La imputación objetiva en derecho penal", Traducción de Manuel Cancio Meliá, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 35/36).

Lo expuesto también es sostenido por Claus Roxin cuando expresa que "... el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien lo pone en peligro. Y además, aquél, al igual de lo que ya sucede en la autopuesta en peligro, ha de ser consciente del riesgo en la misma medida que quien pone en peligro. Si se dan estos dos presupuestos, habrá 'asumido' el riesgo" (Roxin, Claus, "Derecho Penal — Parte General— Tomo 1", Traducción de la 2da. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Editorial Civitas, España, 1997, pág. 395.).

La circunstancia del mal funcionamiento no permite modificar la valoración efectuada, ya que si Eduardo Alfredo Bandini y Marcos Edgardo Issa no se hubieran posicionado en el lugar donde se encontraban, el suceso no habría tenido igual desenlace, sin que se verifique cuál habría sido el deber de cuidado violado por el imputado, aun estando en conocimiento de esta circunstancia. En virtud de lo expuesto y no vislumbrándose otras pruebas que resulte útil realizar, corresponde confirmar el decisorio apelado.

Así, el Tribunal de alzada resolvió: Confirmar el auto atacado, en cuanto dispone el sobreseimiento de Jorge Sebastián Pino, dejando expresa constancia de que la formación de la presente en nada afecta el buen nombre y honor del que gozare (artículo 336 inciso 3° del Código Procesal Penal de la Nación).

Se deja constancia que el Dr. Julio Marcelo Lucini interviene en la presente en su condición de juez subrogante de la vocalía n° 7 y que el Dr. Gustavo A. Bruzzone, interinamente a cargo de la vocalía n° 11 no suscribe por encontrarse en uso de licencia. — Julio Marcelo Luccini. — Luis María Bunge Campos.

3. LA NORMATIVIZACIÓN DEL ANÁLISIS.-

3.1 La influencia recibida desde la teoría de la Imputación Objetiva.

El nacimiento de la teoría de la imputación objetiva puede ubicarse en 1970, donde Claus Roxin, en el libro Homenaje a Honing, dio el paso decisivo extendiendo esta categoría mucho más allá de la propuesta por Honing, quien inspirado en la teoría de la imputación de Hegel ya en el famoso libro Homenaje a Frank, publicó un artículo en 1930 recurriendo a la “Perseguibilidad objetiva de una finalidad”, para eliminar cursos causales guiados por la causalidad y distinguió en ella el criterio decisivo de un “juicio de imputación autónomo, absolutamente independiente del juicio causal”: Imputable sería sólo aquel resultado que pueda ser considerado como que ha ocurrido “sirviendo a los fines”, utilizando así el ya viejo y conocido caso del tío que era enviado por su sobrino al monte en el medio de una tormenta con la esperanza de que fuera alcanzado por un rayo y así heredar la fortuna de su tío.

Honing tomó el resultado como objeto de la imputación y al actuante como sujeto, el resultado de la acción debía ser imputable al autor.

Luego de Honing, avanzó sobre la temática Engisch en 1931 y Welzel en 1939. Así Roxin, vinculó la imputación a la “creación de un riesgo jurídico relevante de una lesión típica del bien jurídico” abarcando con ello los tres enfoques (Honing, Engisch y Welzel).

Conforme este nuevo concepto, la esencia de la Imputación Objetiva consiste en la creación y realización de un riesgo no permitido. Un resultado solo será imputado

objetivamente cuando se ha realizado en él, el riesgo jurídicamente no permitido y creado por el autor.

El sistema jurídico penal Alemán –clásico- fundamentaba el tipo en un concepto causal. El tipo se consideraba realizado cuando alguien hubiera puesto una condición para el resultado típico, por lo tanto, conforme a la teoría de la equivalencia hubiera sido causal para dicho resultado. Esto logró que se tenga una concepción amplia del tipo, en tanto, no solo causaba el tipo aquel que disparaba el arma que generaba la herida mortal, sino por todo aquel que hubiere puesto una *conditio sine qua non* que haya contribuido a la realización del resultado (fabricante, el vendedor del revolver y de la munición, etc.).

Consiguientemente la necesidad de una consideración restrictiva en la responsabilidad tuvo que ser buscada en otros niveles del sistema jurídico-penal, en la antijuridicidad y sobre todo en el ámbito de la culpa, a la cual se le atribuyeron todos los elementos subjetivos del delito.

Contra este sistema apuntó sus cañones la teoría de la acción final elaborada por Welzel aproximadamente en el año 1930, destruyéndose de esta manera la idea de la acción humana como un concepto jurídico causal, a través de la voluntad humana hacia un objetivo previamente determinado.

A través de ella se llega a una concepción subjetiva del dolo perteneciente al tipo. La atribución del dolo al tipo subjetivo se ha impuesto actualmente casi en forma unánime en la ciencia Alemana. Sin embargo, no faltó quienes consideraron a la teoría finalista, ampliamente dominante sobre un causalismo antagónico y en franco retroceso, como un teoría que no supo explicar convincentemente ¿Cómo hechos imprudentes son acciones típicas, a pesar de que la voluntad del sujeto no está dirigida

a la realización del resultado típico?

No faltaron aquellos que frente a esto, consignaron que de eso se trataba la conducta emprendida a título de culpa, como un resultado no querido, aunque de haberse tomado los recaudos debidos, fácilmente se debería de haber conocido el resultado –previsibilidad-

También se le criticó al finalismo, su concepción en las figuras omisivas, por que el omitente no dirige ningún curso causal a un fin, sino que no interviene en el desarrollo de un proceso causal del que no participa.

Por su parte, Claus Roxin, considerado como uno de los principales autores fundadores de un sistema jurídico penal funcionalista, se encargó de representar en la Alemania occidental una nueva corriente, que hoy en día se considera dominante. Estima que la dogmática del sistema no se debe buscar ni sobre la causalidad, ni sobre la finalidad sino sobre decisiones de valor político criminal. Para el autor, un resultado de muerte en caso de delitos de acción se imputa por regla general a una persona cuando ésta se presenta como realizadora de un peligro no permitido y creado por ella.

En conclusión, para la imputación del resultado típico no es suficiente la causación de la lesión del bien jurídico, pero tampoco es necesario un actuar final. Antes bien, el tipo objetivo en los delitos de acción requiere que en el resultado causado por el sujeto se realice un peligro prohibido creado por él. Independientemente de ello es la cuestión de si la conducta típica es a título de culpa o dolo.

W. FRISCH y el concepto medular del tipo.-

Para Frisch el criterio para determinar si un comportamiento está o no permitido

estriba en una ponderación de intereses. Se trata de ponderar entre la libertad de actuación y ciertos intereses de protección de bienes.

El autor propone llevar a cabo la averiguación en un procedimiento que consta de dos fases. En primer lugar, debe determinarse si la desaprobación de ciertas conductas generadoras de riesgo es un medio idóneo, necesario y adecuado para la conservación de determinados bienes. En segundo lugar, debe constatarse que para el mantenimiento de la norma resulte necesario y adecuado que frente a las creaciones de riesgo desaprobadas, se reaccione precisamente mediante una pena.

Frisch parte del mismo presupuesto que aquellas aproximaciones vinculadas al principio del riesgo, esto es que para que un resultado sea objetivamente imputable, es necesario que éste sea concreción de un peligro objetivamente desaprobado, pero deja de considerar este requisito como exclusivo presupuesto de la imputación de resultados. El peligro objetivamente desaprobado da paso a la peligrosidad típicamente relevante de la acción. Se pasa así de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la teoría de la conducta típica. En coherencia con esto, Frisch reserva la expresión “imputación objetiva” exclusivamente para la imputación del resultado en los delitos de resultado¹¹.

Apreciar los criterios típicamente relevantes para Frisch, significa analizar la conducta a producir un resultado típico. Opera sobre la base de los parámetros de interpretación sobre los criterios de riesgo. Considera que existen riesgos idóneos para provocar en combinación con determinadas circunstancias la aparición de resultados típicos que quedan excluidos de la esfera de formas de conducta prohibida por tratarse

¹¹ Wolfgang Frisch “Comportamiento típico e imputación del resultado”, Ed. Marcial Pons, año 2004.

de riesgos generales de la vida y riesgos usuales de la vida social.

La teoría de la conducta típica de Frisch supone una reducción de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la imputación del resultado y en consecuencia, a la exigencia de la realización de un peligro típicamente desaprobado. Ahora bien, si en el resultado se manifiesta el riesgo residual consentido de determinadas acciones o ciertos riesgos secundarios no desaprobados, faltará la exigencia necesaria que el tipo requiere, como la realización del riesgo desaprobado. En consecuencia, la realización del riesgo, es un problema de prueba fáctica

JAKOBS –la teoría de la imputación objetiva-

Jakobs se aparta aún más de la consideración dogmático jurídico precedentemente analizada y la exclusiva vinculación a las cuestiones relativas a la atribución de un resultado para convertirse en una teoría general de las características objetivas generales de un comportamiento imputable.

El autor desarrolla una teoría de la imputación objetiva que dista de los criterios dogmáticos que acostumbradamente se desarrollan en las diversas escuelas, fundamentalmente alemanas. Considera una teoría de la imputación estrechamente vinculada a la idea de que el sistema de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona.

En este sentido, estima que la imputación objetiva es el primer mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite constatar cuándo una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo.

La teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles¹²: por un lado la calificación del comportamiento como típico –imputación objetiva del comportamiento- y por el otro, la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

En el primer nivel –imputación del comportamiento- el autor propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuáles puede estudiarse el juicio de la tipicidad; riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso.

El riesgo permitido lo define entonces como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente status quo de libertades de actuación, se refiere concretamente a la identidad de la sociedad más que a procesos expresos de ponderación. El principio de confianza establece que en ocasión de llevarse a cabo cierta actividad generadora de un riesgo (permitido) existe la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediere así, el riesgo dejaría de ser permitido) pudiéndose confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

En lo que respecta a la actuación de la víctima a su propio riesgo, parece que el autor no lo ha tomado con el orden que ha desarrollado los otros conceptos, lo menciona en algunos trabajos monográficos y en parte en el tratado, en su parte

¹² Günther Jakobs "Derecho Penal" Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. Ed. Marcial Pons, pag. 222 s.s. y c.c., año 1997 2º edición

general, aunque de una forma un tanto desordenada¹³.

En cuanto a la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir que puede ser distanciado de él. Por otro lado frente al alto grado de desarrollo que ha alcanzado el primer nivel de la imputación objetiva, el segundo nivel de imputación, la realización de riesgos o imputación objetiva del resultado, tiene un peso menor en la concepción de Jakobs.

Frisch y Jakobs presentan tres aspectos en común. En primer lugar ambos parten de una idea rectora sobre la cual dotan de unidad global a la teoría de la imputación objetiva. Sobre la base de la idea rectora, ambos conforman los dos niveles sobre los que se proyecta la imputación objetiva: el nivel del comportamiento - imputación del comportamiento en la concepción de Jakobs y teoría de la conducta típica en la concepción de Frisch- y el de la imputación del resultado (circunscripto este segundo nivel a los delitos de resultado).

El tercer aspecto en común, parte de una perspectiva metodológica coincidente con la empleada por Larenz. Se toma como punto de referencia la necesidad de hallar una fundamentación teórica de la responsabilidad para después configurar de manera deductiva las instituciones dogmáticas que la determinan.

El pensamiento de Frisch si bien contrasta en parte con el de Jakobs, parte de la idea rectora de la ponderación de intereses. Se pondera entre libertad de actuación y cierta protección de bienes, de esta manera podríamos decir que existe determinada

¹³ Manuel Cancio Meliá "Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal". Ed. José M. Bosch, pag. 67 año 1998.

creación de riesgos, que podríamos clasificar como moderados y tolerables, entre otros como desaprobados.

La categoría de la conducta típica en Frisch, como la de la imputación del comportamiento de Jakobs, vienen definidas por ambos sobre la base de criterios objetivos. Es decir solo aquellos comportamiento que *ex ante* se muestran peligrosos pueden ser objetivo de desvaloración por el ordenamiento penal.

Mas allá de estos aspectos, el pensamiento de ambos autores difiere¹⁴.

3.2 El aporte del dogma causal.-

Como ya es sabido, el concepto clásico del delito enunciado fundamentalmente por Von Liszt - Beling -entre otros-, refleja una clara dicotomía entre lo objetivo y subjetivo. La tipicidad y la antijuridicidad comparten en el esquema propuesto por los autores el lado objetivo del delito, mientras que lo subjetivo y todo aquello que pertenezca al aspecto interno del sujeto activo -relación psicológica del autor con el hecho- pertenecen a la culpabilidad.

Beling es quien propone una teoría objetiva del tipo, el cual se construye desde una concepción descriptiva. Que una acción sea típica significa que resulta subsumible en una figura delictiva.

Según la teoría causal de la acción imperante por aquel entonces, cualquier comportamiento humano puede ser calificado como acción siempre que sea voluntario. Solo se negará el carácter de acción a movimientos realizados en estado de

inconsciencia, los que hayan sido producto de una fuerza física irresistible y los actos reflejos. En tanto la tipicidad de un comportamiento dependerá de que afirmemos o no la relación causal entre él y el resultado. Así el problema causal se convierte en el punto central de la teoría del tipo.

La teoría jurídico causal del delito trajo aparejado resultados sumamente insatisfactorios, habida cuenta que todo comportamiento querido que haya condicionado aunque sea remotamente el resultado será un comportamiento típico y por lo general antijurídico.

Nuevas teorías causales trataron de solucionar los inconvenientes que acarreaban estas teorías mecanicistas, así se pretendió incursionar en nuevas formulaciones jurídico-penales. Nació entonces la denominada teoría individualizadora de la causalidad, se intentaba diferenciar entre causa y condición partiendo de la idea que consideraba que la colocación de una simple condición no hace posible la fundamentación del nexo causal.

Binding acudió al "factor decisivo", entendiendo por causa la actividad humana que opera bajo una preponderancia de las fuerzas tendientes a la producción de un resultado, frente a las que impiden su producción.

Birkmeyer, consideraba causa de un resultado a la condición más eficaz, aquella que ha cumplido un factor preponderante en la contribución de su producción.

Kohler, la causa sería aquella condición que produce entre el desencadenamiento de las fuerzas que conducen a la producción del resultado.

Estas teorías muy sintéticamente expuestas, fueron objeto de críticas y en la

¹⁴ Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal nº 7 (Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá),

actualidad no tienen defensores.

Intentando elaborar una teoría que abarcara la totalidad de los supuestos apuntados, con un concepto aún más restringido de causa y que fundamentalmente reparara los defectos que adolecían figuras calificadas por el resultado, aparece la teoría de la causación adecuada, delineada por Von Kries¹⁵.

En principio la teoría de la adecuación conseguía sus primigenios objetivos al negar el carácter causal a aquellos comportamientos que a pesar de ser condición del resultado lo habían producido de manera imprevisible excluyéndose de esta manera las relaciones incalculables del campo de la causalidad.

Sin embargo, la teoría de la adecuación social tampoco resistió críticas, en tanto el carácter previsible o imprevisible de un resultado hacía las veces de enlace, todo sometido al grado de conocimiento que poseía el autor.

Ya entrando el siglo XX se impone una nueva fase que intenta separarse del dogma causal. Así el neokantismo Mezgeriano pretendió escindirse de la escuela clásica, no logrando superar el método positivista sino tan solo complementarlo, lo que lo condujo a sostener importantes incoherencias en el concepto de delito propuesto al introducir la idea de valor e intentar mantener al mismo tiempo lo esencial del sistema clásico.

En esa línea Mezger elabora la teoría de la relevancia, allí la relación causal por sí sola no puede fundamentar la responsabilidad por el resultado sino que es necesario algo más, la relevancia jurídico penal del nexo condicional.

Es necesario para imputar responsabilidad que el resultado este conectado

causalmente con el acto de voluntad del autor.

Las críticas hacia Mezger se centraron en su falta de fundamentación.

Los autores recorridos en esta pequeña evolución de la dogmática penal han intentado concebir el injusto como un simple proceso de causación.

Sin embargo, el injusto penal no puede concebirse como una simple lesión al bien jurídico. La producción de un injusto objetivo no puede agotarse en la mera producción de un resultado.

El kantismo y el neokantismo Mezgeriano que pretendió escindirse de la escuela clásica, no logró su cometido y fueron autores de la talla de Mayer Hellmuth; Graf Zu Donna y Welzel entre los más prestigiosos, quienes incursionando en la concepción de un injusto más complejo, representaron una nueva etapa en la teoría del delito que tuvo lugar en los años '30 y que reacciona frente a la concepción neoclásica.

Hans Welzel fue uno de los principales exponentes que contraataca al causalismo apelando a un concepto ontológico de la acción, convirtiéndolo en la piedra angular del sistema de Derecho Penal¹⁶.

Se dejó de entender a la acción como todas las consecuencias causadas por el hombre para considerar aquellas que dependían de su voluntad o eran dominables por él. La acción humana fue entendida como el ejercicio de la actividad final. Solo aquellos sucesos donde puede considerarse al hombre como dueño.

El tipo entendido como descripción de la conducta prohibida y como indicio de la antijuridicidad no puede limitarse a la descripción de un acontecimiento externo causal, sino que ha de recoger la estructura final de la acción, de manera que en los delitos

¹⁵ Ver *infra* 5.6

dolosos la causación de un resultado sólo será relevante para el Derecho Penal si estaba dirigida por la voluntad.

Sin embargo el concepto ontológico de la acción, no tuvo la misma aceptación en los delitos culposos, como si la tuvo en los dolosos. La doctrina tropieza a la hora de explicar las acciones imprudentes¹⁷

El primer intento habla de una finalidad potencial en la figura culposa, el autor y su posible previsión final podrían haber evitado el resultado. En la culpa con representación esta evitabilidad del resultado fue factible por que el autor lo preveía como consecuencia posible de su actuar, aunque confiara en su no producción. En la culpa sin representación o inconsciente, ni siquiera existe una previsión actual.

La crítica no se hizo esperar y como respuesta Welzel intentó salvar su teoría final de la acción culposa negando directamente la lesión al deber objetivo de cuidado.

Deja de hablar de “finalidad” en la concepción de la imprudencia, siendo que la atipicidad de las acciones inadecuadas y prudentes proviene de un concepto eminentemente valorativo, habiendo sido esta la mayor crítica que recibió el autor que importantes aportes le brindó a la teoría del delito.

3.3 Actividades arriesgadas. Principio de autorresponsabilidad.-

El principio general en el derecho penal es que todos deben responder tan solo de sus propios actos –derecho penal de acto-, ello en contraposición al derecho penal

¹⁶ Zaffaroni Eugenio R. “Derecho Penal” Parte General, Ed. Ediar, Bs. As. pag. 404, año 2002.

¹⁷ Enrique Gimbernat Ordeig “Delitos Cualificados por el resultado y causalidad” Ed. B de f, Montevideo – Buenos Aires, pag. 79, año 2007.

de autor. La idea de la responsabilidad personal es presupuesto indudable al principio de autodeterminación.

Todo los ciudadanos que habitan el suelo argentino, según los principios, derechos y garantías emanados de nuestra Carta Magna, son libres e iguales ante la ley y es desde esa premisa donde debe partir el concepto personal de autodeterminación que el ser humano tiene.

En tal sentido el ordenamiento jurídico penal interno ha contemplado las diferentes soluciones posibles en que pueda desencadenar la conducta de un sujeto que actúa sin libertad de autodeterminación las que en principio, salvo supuestos excepcionales, se analizan en el nivel de la culpabilidad dentro de la teoría del delito (coacción, estado de necesidad exculpante o disculpante etc.).

Esta libertad para determinarse uno mismo a emprender una conducta, es la que también debe ser aplicada a los supuestos en que intervienen dos o más sujetos en un hecho.

Por regla general, un sujeto no responde penalmente por el comportamiento de otros. En consonancia con lo dicho, en el artículo 47 del Código Penal perteneciente al capítulo de la participación criminal, el legislador interpretó que, si de la ejecución del hecho *“...resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar...”*.

Sin embargo las últimas reformas que padeciera el mal tratado y vapuleado Código Penal, parecieran no decir lo mismo, elevando las escalas penales cuando el injusto es llevado a cabo en el marco y bajo la participación de determinadas personas, que reúnen tales o cuales características –ejemplo artículo 41 quater del C.P.-.

Si bien es cierto que esto no indica que se deba responder por la conducta de otro, no menos cierto es que el Estado, en la aplicación del ejercicio del poder punitivo utiliza mecanismos represivos más severos para ciertas conductas delictivas, de alguna forma ello implica indirectamente hacer responsable a aquel sujeto por la conducta emprendida por un tercero.

Sin embargo, en lo que atañe al supuesto de análisis, interesa saber si el injusto que puede cometer un sujeto independientemente de su penalidad, puede abarcar conductas emprendidas por terceros. Es decir, el principio de autorresponsabilidad contempla las acciones que causalmente conllevan a un resultado lesivo pero que no cumplen los requisitos de la participación o la coautoría en el delito pero que inevitablemente conducen a la impunidad por el carácter libre y autodeterminado de sus contribuyentes.

Autonomía y responsabilidad son los dos conceptos que conforman el principio de autorresponsabilidad, al cual habrá que añadirle la libertad de disposición que el sujeto tiene con el objeto.

La titularidad sobre los bienes jurídicos personales es lo que caracteriza el mentado principio, donde el derecho penal nada tiene que hacer al respecto. La especial relación que une al titular con sus bienes también juega en el análisis de los conceptos aquí vertidos. Determinar cuando la intervención de un tercero es una actividad riesgosa o pueda atribuirse a éste, será tarea a desarrollar en el análisis comprendido en el comportamiento entre autor y víctima.

Como bien sostiene Jakobs “...*quien participe en una actividad arriesgada, en caso de producirse un daño, no puede invocar que los demás deberían haber tenido cuidado de él, pues tal tutela frente a una persona responsable sería incompatible con*

la relación negativa en cuanto relación entre iguales...”.

Sin embargo, como lo vengo sosteniendo a lo largo del presente ensayo, al delinarse el principio de autorresponsabilidad como atribución de un ámbito de responsabilidad preferente al titular del bien, el escaso desarrollo en la dogmática jurídico-penal contemporánea hace que las soluciones a obtenerse sean muy limitadas.

3.4 La víctima en el sistema de la Teoría de la Imputación Objetiva (Zaczyk, Frisch, Derksen)

Como se ha tratado de exponer en las líneas precedentes, los problemas de imputación hacia la víctima han recibido por parte de la doctrina distintas enunciaciones. Así dogmáticamente se intentó a lo largo de todos estos años solucionar los problemas de imputación desde las consideraciones subyacentes a la “autorresponsabilidad”, “autonomía de imputación”. Lo cierto es que gran parte de las elaboraciones dogmáticas existentes que incluyen referencias de esta índole no construyen de modo expreso su concepto de responsabilidad, sino que se limitan a enunciar un principio de autorresponsabilidad como base de la solución dogmática propuesta.

Sin embargo, para Wolfgang Frisch, la autorresponsabilidad es un concepto altamente normativo que es utilizado en la discusión actual de una forma encubierta en múltiples sentidos y que por consiguiente, implica riesgos considerables para la igualdad y la seguridad jurídica.

No cabe ninguna duda que la toma de posiciones sobre las consideraciones respectivas a los conceptos de autonomía o autorresponsabilidad en la conducta de un

individuo, repercuten de manera indirecta sobre las ulteriores posiciones a tomar en la construcción de la teoría del delito, pudiendo de tal forma aplicarla directamente a la resolución de casos concretos.

Zaczyk.-

Entre los autores más notablemente comprometidos con una noción elaborada del concepto relativo a la autorresponsabilidad, se encuentra Zaczyk¹⁸, para quien sólo una reflexión de fondo acerca de la relación del concepto libertad con el de autorresponsabilidad puede conducir a una solución dogmática del problema de la intervención de la víctima.

Zaczyk emprende la construcción de su propia concepción sobre la base de la elaboración de un principio de autorresponsabilidad que en su opinión ha de constituir el fundamento para la solución de los casos en los que se da una intervención conjunta de víctima y autor en la producción de la lesión. Parte de la idea de que no es posible abordar el contenido de un hipotético principio de autorresponsabilidad de modo directo en la determinación del injusto sino que por el contrario, resulta necesaria una elaboración conceptual previa. En este sentido propone tres pasos previos a la traducción en términos dogmáticos de tal principio de autorresponsabilidad.

En primer lugar debe fijarse el fundamento de la idea de autorresponsabilidad.

En segundo lugar ha de trasladarse ese concepto al ámbito interpersonal.

En tercer lugar, deberán introducirse las conclusiones obtenidas en el marco

jurídico general.

Según el autor, solo una vez superados esos tres pasos previos, podrá plantearse el principio de autorresponsabilidad como elementos del injusto en el plano dogmático penal.

Para el autor, la idea de autorresponsabilidad deberá estar vinculada al concepto de libertad. Construye su elaboración de la idea de autorresponsabilidad como concepto fundamentador para un posterior análisis dogmático sobre la definición de libertad de Kant expresada a través del imperativo categórico.

En el segundo paso propone el análisis particular e individual de cada ser humano, complementándolo en el plano interpersonal. Desde aquí, lo enlaza con su concepción de la relación jurídica del injusto penal como vulneración material de la libertad ajena, en la que sigue a su maestro Wolf y que anteriormente habrá desarrollado en su monografía sobre la tentativa.

El sujeto actuante aparece como un sujeto libre –autorresponsable–, por otro lado, para determinar si ese actuar es correcto, ha de constatarse si respeta la libertad del otro.

Zaczyk, a través del elemento interpersonal, construye el concepto de autorresponsabilidad y luego lo introduce en el ámbito de la dogmática jurídico-penal para determinar cual puede ser la relevancia dogmática de ese concepto.

La primera conclusión derivada del presente análisis, es evidente.

La mera autolesión no puede ser en ningún caso injusto, puesto que no muestra la referencia interpersonal propia del derecho y por ello también del injusto.

¹⁸ Manuel Cancio Meliá “Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal”. Ed. José M.

Para el autor, el actuar de la víctima –que se autolesiona- no constituye injusto, sin perjuicio de analizar el comportamiento que pudo haber tenido “el tercero”. Solo la referencia al suceso interpersonal incorporada a la norma, permite entender que la acción de una persona (víctima) influye en la determinación del carácter antijurídico o no de la acción de otra persona (autor).

La constelación de grupos de casos posibles, parte del presupuesto con que se mire el punto de vista de la víctima, en cuanto mayor sea la densidad del dominio del suceso por parte de ésta, mayores son las posibilidades para estimar que el comportamiento del otro sujeto no es constitutivo de injusto.

Zaczyk establece una diferencia entre supuestos de autolesión cuasi-dolosa (por parte de la víctima), casos de actuación de la víctima con conocimiento del riesgo, y los supuestos de comportamiento de la víctima en los que concurre cognoscibilidad del riesgo.

En los supuestos de autolesión cuasi-dolosa, estima que si existe una unidad entre voluntad, acción y resultado ello impide que en principio el comportamiento del tercero pueda constituir injusto.

El dominio de la situación –a diferencia de las situaciones de consentimiento, en las que la víctima no tiene un dominio total-, conlleva a que solo pueda aparecer el injusto cuando la víctima carece de capacidad para cerrar el círculo unitario antes mencionado, ello habrá de determinarse siguiendo las reglas de la imputabilidad .

Queda claro que no puede tratarse de cualquier error, sino de aquellos que realmente restrinjan las alternativas de acción de la víctima.

Bosch, pag. 264 año 1998.

En los casos en donde la víctima tiene conocimiento del riesgo, lo cual se diferencia cualitativamente de los anteriores, en tanto no existe una unidad de determinación entre voluntad, acción y resultado, la autorresponsabilidad tiene una relevancia inferior a los casos de autolesión. Según consideraciones del autor, el criterio 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 mismo en peligro.

Sobre esta base, Zaczyk resuelve casos emblemáticos como el “barquero” en el río Mermel, los viajeros no podían confiar en el dominio de la situación de riesgo por parte del otro (impunidad del barquero).

En el tercer grupo de casos, vincula los comportamientos de la víctima cuando el riesgo es cognoscible *ex ante*, pero la víctima de hecho no lo conoce. Aquí el autor ofrece un ejemplo. La víctima presta consentimiento de mantener relaciones sexuales con un sujeto que aparenta ser portador de H.I.V. sin protección. En este caso no encuentra el autor, posibilidad alguna de exonerar al autor por falta de injusto, en tanto para el autor ya no entra en juego el concepto de autorresponsabilidad.

Frisch.-

Bajo el concepto de autorresponsabilidad y la teoría del comportamiento típico, W. Frisch¹⁹ considera que este tipo de casos se produce cuando ocurren supuestos donde existe una conducta relevante por parte de la víctima.

Considera así el autor que debe excluirse de responsabilidad al autor que actúa junto a la víctima cuando esta última produce un reverso de la tipicidad producto de su propia conducta.

Construye una detallada propuesta dogmática para este ámbito al igual que el autor precedente, en función de la ponderación de intereses, que es la idea rectora de su teoría del comportamiento típico.

La constelación de casos abarcado por el supuesto a analizar, el sujeto de la autorresponsabilidad debe ser estudiado no sólo desde la libertad de actuación que comprende al autor, sino también el “interés” que la víctima tiene en que no se le cercenen posibilidades de desarrollo.

En principio y en consideraciones del autor, lo más adecuado parece ser ir delineando el alcance de la auto-responsabilidad del modo más amplio posible, tanto desde el interés del tercero como de la potencial víctima.

Derksen.-

Con una aproximación metodológica análoga a la de Frisch, Derksen²⁰ ha propuesto una construcción dogmático-funcional del concepto de autorresponsabilidad.

Parte de la base de que en el orden funcional –que comprende el derecho penal-, la autorresponsabilidad de la víctima, en congruencia con la responsabilidad del autor, solo puede determinarse de modo funcional y es por tanto el resultado y no el punto de

¹⁹ Manuel Cancio Meliá “Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal”. Ed. José M. Bosch, pag. 271 año 1998.

partida de la adscripción que reconstruye la garantía social de existencia y la autorresponsabilidad.

Derksen identifica como telos de la construcción conceptual dogmática penal la prevención general positiva en cuanto fin de la pena, en el sentido desarrollado sobre todo por Jakobs.

Una vez analizado esto, no pueden sorprender los supuestos de autorresponsabilidad que ofrece el autor. El hecho debe imputársele a la víctima cuando desaparezca el fin de la pena.

Existe una curiosa coincidencia en el punto tratado por el autor con la postura de Francesco Carrara esgrimida en su *Programma*²¹, quien en contra del unánime rechazo en la doctrina de la época de cualquier modalidad de “compensación de culpas” en derecho penal, afirmaba que en algunos casos la conducta imprudente o dolosa de la víctima podían resultar impunes por la desaparición de necesidades político criminales de punir²².

3.5 El riesgo permitido y la intervención de la víctima.-

Existen una importante cantidad de actividades regladas que llevan consigo el desarrollo de un peligro. Fácil sería para el legislador directamente prohibirlas -la circulación de un rodado automotor, las intervenciones quirúrgicas por razones

²⁰ Manuel Cancio Meliá “Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal”. Ed. José M. Bosch, pag. 272 año 1998.

²¹ *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Iniversitá di Pisa*, Florencia, 1924, pag. 11 y 55. Dirit

²² Jakobs Günther, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de J. Cuello Contreras J. L. Serrano Gonzáles de Murillo) Madrid 1995.

estéticas etc.–, siendo que con ello se evitarían un sinnúmero de conductas lesivas u homicidas en las que se incurre por negligencia, impericia o violación de un deber a cargo. Sin embargo, resultan toleradas por la sociedad en su conjunto, en la medida en que sean desarrolladas dentro de un marco debidamente reglado. De no ser actividades reglamentadas, pueden ser desarrolladas respetándose los patrones que la actividad tiene preestablecido *-lex artis-*. No existiría de esta manera inconveniente legal alguno para su normal desenvolvimiento, independientemente del peligro común que implica desarrollarlas.

Ahora bien, la generación del peligro es asumida por los propios intervinientes, en tanto se supone que van a obtener como resultado mayores beneficios que los propios perjuicios que le ocasionarían no realizarlas. La sociedad en su conjunto las acepta y en su aceptación tácitamente asume el riesgo que ello conlleva, todo en la medida en que se desenvuelva la actividad bajo la supervisión de un reglamento que la regule.

El chofer del transporte escolar puede circular llevando una importante cantidad de alumnos a sus destinos –la escuela- y luego reintegrarlos a sus hogares, para ello deberá cumplir con una serie de condiciones que el propio ordenamiento administrativo le impone a través de una regulación municipal y un Código de Tránsito que establece bajo que circunstancias y condiciones puede circular, de esta manera el incumplimiento de las mencionadas normativas lo coloca en principio bajo una violación al ordenamiento contravencional o de falta administrativa.

Cuando el conductor de un vehículo automotor circula contrariando las normas de tránsito que reglamentan su ejercicio, no solo infringe el Código de Faltas de Tránsito por lo cual será susceptible de serle aplicado una sanción administrativa, sino

que su accionar es de por sí generador de un riesgo no permitido en el que se inmiscuirá el derecho penal ante la aparición de un resultado lesivo.

En la apreciación de la culpa ante un hecho producido en ese carácter, “...el obrar conforme a derecho no consiste en la sola observancia de los reglamentos escritos, sino además en extremar el respeto de elementales normas sociales y solidarias, impuestas por la experiencia y la convivencia, entre las que se destacan las normas de tránsito, el cuidado al semejante y a la vida, pues las difíciles circunstancias que caracterizan la vida moderna y la utilización de medios generadores de riesgo —como el automotor— hacen que la temeridad y la colocación en situaciones de riesgo a los demás sean sancionadas por el derecho (TSSanta Cruz, “Guatti, Jorge D” 22/9/2006).

Si el médico no interviniera quirúrgicamente a un paciente que le solicita mejorar su imagen física –estética-, seguramente no será imputado penalmente por ninguna inobservancia de reglamentos a su cargo, el que nada hace ningún riesgo corre ni asume. Ahora bien, el ordenamiento legal interno no le impide ni le impedirá a ese médico desempeñarse como cirujano estético, siempre que respete las normas mínimas de la intervención que su profesión requiere, aplicando los parámetros que establece la *lex artis*.

Deberá por ende, tener sus conocimientos actualizados y velar por el resguardo del paciente mientras esté bajo la esfera de su confianza –asegurarse la higiene de la sala quirúrgica, no cometer faltas que hacen al normal desempeño y funcionamiento de su profesión-, todo ello sin perjuicio del principio de confianza que deposita en sus colaboradores y la división del trabajo que impera en la materia.

La situación parece cambiar su curso cuando el profesional de la salud debe intervenir ante un caso de necesidad y urgencia, como puede ser una operación de

apéndice, en este último caso, al igual que el chofer de una ambulancia o de un auto-bomba, asumen una obligación legal reglamentada de la que solo podrán apartarse una vez que renuncien al ejercicio de su cargo, por cuanto de no intervenir cuando la obligación legal así se lo impone, incurrirá en una figura penal, pero en este caso omisiva.

Independientemente de todas las precedentes consideraciones claro está que la sociedad asume los riesgos tanto del chofer de un vehículo particular, como del médico que interviene quirúrgicamente por voluntad de su paciente, como así también de aquellos que legalmente asumen el rol que la profesión u oficio les impone.

El cirujano estético podría negarse a realizar la intervención quirúrgica sin que ello le acarree ningún tipo de inconveniente legal, en la medida en que la intervención estética sea con fines no curativos sino de embellecimiento. Quien conduce el auto-bomba, al igual que el ambulanciero o el chofer de una patrulla policial, no pueden negarse a desarrollar la tarea que le compete y es por ello que el ordenamiento administrativo le brinda mayores consideraciones, por ejemplo, no imponiéndole límites máximos de velocidad, en la medida en que circulen en un constatado estado de emergencia –sirenas y balizas encendidas etc.-.

A pesar de ello existe un consenso generalizado por parte de la práctica judicial cotidiana donde puede observarse que, aún ateniéndose el -sujeto activo- al cumplimiento de las reglas establecidas en la ley que reglamente su ejercicio, de producirse un resultado lesivo, éste último le será imputado –por la mera producción del mismo- amén de no haberse sucedido un curso causal inadecuado o que no exista conexión final entre la imputación del comportamiento con la imputación del resultado.

La textura abierta de las normativas que regulan este tipo de actividades en

nuestro ordenamiento interno, –arts. 84 y 94 entre otros del Código Penal Argentino-, otorga esa permisión donde puede ser imputado penalmente un conductor que respetaba la actividad de tránsito por la mera producción de un resultado y la aplicación lisa y llana de las normas administrativas que la regulan. Estas normas poseen un contenido un tanto vago y eso permite cerrar la figura abierta del código de fondo aplicando supuestos que no guardan relación con la conducta asumida por el conductor, en efecto, no pude imputársele el resultado lesivo de un menor que cruza la calle sin mirar a aquel conductor que circulaba con su carnet de conducir vencido o imputársele ese mismo resultado al mismo autor por que dos cuadras antes del impacto cruzó un semáforo en rojo.

Ha sido la escuela clásica y las innumerables teorías causales que pretendieron sostenerse bajo su manto, las que nos han dejado este tipo de enseñanzas, donde la mera causación de un resultado otorgaba bandera verde a la aplicación de una sanción sin advertirse científicamente cuáles fueron las circunstancias que condujeron al mismo.

Cuando se aplican indiscriminadamente las figuras abiertas culposas del Código Penal Argentino, se buscan terminologías que pretende cerrar un tipo penal pero que terminan siendo aún más vagas en su construcción que la propia norma. Veamos algunos ejemplos.

Asiduamente se suele construir un tipo a partir de las siguientes afirmaciones “EL RESULTADO LESIVO HA SIDO PRODUCTO DE NO HABER TENIDO LA GOBERNABILIDAD DEL RODADO”; “EL CONDUCTOR NO PRESTO EL CUIDADO DEBIDO”, “NO TOMO LAS DILIGENCIAS DEBIDAS QUE LA ACTIVIDAD EXIGE”.

Lo que ocurre es que toda actividad reglada implica *per se* la generación de un

riesgo, el cual ante la obtención de un resultado lesivo pasa inevitablemente por práctica cotidiana a tener que serle imputado al creador del mismo.

Si alguien desenvolviéndose como conductor de un rodado cumple con las reglas de tránsito debidas y el peatón negligentemente aparece en la calzada, seguramente podremos decir que el conductor ha causado la muerte aunque objetivamente no le podamos imputar su resultado, siendo que el riesgo prohibido ha sido causado por la propia conducta de la víctima.

También puede ocurrir que el conductor haya infringido la norma de tránsito – circulaba con un carnet de conducir vencido, no tenía el impuesto al automotor pago, no había realizado el control técnico vehicular -, pero en ese caso la negligencia del accionar circulatorio debe tener una relación directa con la producción del resultado, en tanto este último pertenece al tipo objetivo cuyo nexo de co-causación debe ser directamente relacionado con la conducta infringida.

La asunción del riesgo permitido es una cuestión que compete al legislador y no al ciudadano, es una cuestión normativa de si se presenta o no una causación de muerte o una acción suicida. Es decir que un resultado sea objetivamente imputable al tipo, cuando en él se realiza el peligro que quiso prevenir el deber de diligencia lesionado.

No basta para imputar objetivamente al tipo con la mera creación de un peligro, habría un segundo nivel de análisis en la imputación del resultado a fin de verificar si este último presenta una relación directa con la creación del peligro, o si ha existido un proceso de interferencia que impide imputar el resultado al autor de la conducta generadora de riesgo –intervención de un tercero, la víctima, caso fortuito-

La conducta humana causante del resultado solo es relevante jurídicamente si

se la puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. Imputable será aquel resultado que se puede concebir como dispuesto finalmente.

El ámbito penal, felizmente no protege aquellos resultados cuya evitación cae en el ámbito de responsabilidad de otro que no sea el sujeto activo de la conducta. Aunque la dogmática no haya aportado demasiado sobre el tema, es importante remarcar la distinción entre lo que es imputación al tipo objetivo inherente al comportamiento –sujeto activo y sujeto pasivo-, de lo que se encuentra en un primer nivel de imputación, para recién analizar en un segundo nivel de imputación, el resultado como un elemento inherente al tipo objetivo pero analizado en un segundo nivel de imputación.

Recién y una vez analizados los dos niveles de imputación –comportamiento / resultado-, debemos medir la conexidad de uno y otro nivel, para poder evaluar si la conducta resulta imputable objetivamente. Necesito un nexo de determinación o comunidad entre la imputación al comportamiento y la imputación del resultado.

3.6 Caso “Barchetta”.

Los hechos

El día 8 de marzo de 2004 el sujeto **L.L.B.**, resultó condenado en primera instancia por un Tribunal Criminal, a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores, con costas, por ser autor penalmente responsable del delito de doble

homicidio culposo, previsto y reprimido por el artículo 84 del Código Penal, hecho ocurrido el día 13 de febrero de 2001, en perjuicio de los menores **F.H. y D.C.**

Conforme se desprende de los actuados, el día de los hechos el sujeto **L.L.B.**, conducía una ambulancia en constatado estado de emergencia –balizas, sirena y luces encendidas-, lo hacía por una arteria de tipo avenida de doble mano de circulación, mientras trasladaba a un bebé que no alcanzaba el año de edad, junto a su madre y la médica de la sala de primeros auxilios de la que había partido.

Según surgió de los análisis periciales obrantes en autos, la ambulancia era conducida a unos cercanos 100 km/hs., con destino a un Hospital Interzonal.

Al llegar a la intersección donde se produjo el fatídico acontecimiento, dos sujetos a bordo de un rodado menor –ciclomotor Zanella 50 c.c.-, conducido por **F.H y** acompañado por **D.C.**, ambos menores de edad, se lanzaron a cruzar la encrucijada, sin perjuicio de haber advertido –situación que se supone por el constatado estado de emergencia en que circulaba la ambulancia-, la aparición del vehículo en emergencia, momento en el cual resultan impactados sobre su lateral izquierdo y arrastrados por el vehículo de mayor porte, produciéndose como consecuencia de ello el fallecimiento de los menores **F.H. Y D.C.**

El Tribunal de Alzada tuvo en cuenta para confirmar el pronunciamiento condenatorio emanado del tribunal *a quo*, en lo que aquí nos interesa, que:

- 1) Se encontraba acreditada la violación al deber de cuidado por parte del imputado **L.L.B.**, desde el mismo momento en que traspasó imprudentemente los límites de velocidad máxima que el caso requería, ya que circulaba a no menos de cien kilómetros horarios y en ese contexto embistió a dos menores de edad que circulaban a bordo de un ciclomotor.

Ello sin perjuicio de que el artículo 83 del Código de Tránsito establece que los límites de velocidad fijados en la normativa no resultan de aplicación para los vehículos –policiales, bomberos y ambulancias públicas o privadas- que transiten bajo un estado de urgencia en desempeño de sus funciones como ha sido acreditado en autos; sin embargo –siempre en palabras del sentenciante-, el hecho de que el Estado permita y consienta ciertas conductas generadoras de riesgo, lo es en la medida en que los beneficios que genera sean superiores a los perjuicios, siendo relevante al caso la capacidad individual de previsión que el sujeto activo haya podido tener en el momento de los acontecimientos. Asimismo, entendió el *ad-quem* que la conducta de **L.L.B.** quien circulaba a velocidad excesiva en horas de la tarde en una zona barrial y frente al cruce con una arteria de doble mano, ha sido generadora de un peligro común que excedió el riesgo de permisión que el caso requería, entendido éste como el límite más allá del cual la acción comienza a violar el deber objetivo de cuidado, siendo el resultado una consecuencia de ese incremento e irrelevante la conducta que hayan asumido los conductores del rodado menor .Para reforzar tal razonamiento, se tuvo particularmente en cuenta la forma razonada y motivada en que el *a quo* tuvo por acreditada la relación de determinación entre la conducta violatoria al deber de cuidado y el resultado, al considerar que los menores no pudieron advertir la presencia de la ambulancia por el exceso de velocidad que la misma desarrollaba y no –como lo afirmara la defensa- por una negligente conducta de los menores fallecidos. Asimismo descartó que no le haya sido previsible al inculpado tal acontecimiento, por razones que

tienen que ver con la prueba reunida en autos (el subrayado me pertenece).

En lo que respecta al ámbito de imputación hacia la víctima y la responsabilidad que asume la misma, se introduce una novedosa construcción dogmática de la teoría de la imputación objetiva, el cual resulta adicional sobre otros mecanismos de responsabilidad de carácter más genérico.

Sin perjuicio de las consideraciones de hecho y de derecho acaecidas en autos, fundamentalmente todo aquello que tiene que ver con las cuestiones probatorias que se ventilaron durante el desarrollo del proceso, y las afirmaciones a las que arribaron bajo el sistema de la convicción sincera cada uno de los integrantes del tribunal sentenciante, es importante analizar puntualmente las conductas emprendidas tanto por el imputado, sus acompañantes, como las víctimas de este fatídico y trágico acontecimiento.

El Tribunal de Casación Bonaerense, confirmando el pronunciamiento emanado por el a quo consideró que: "...fue la conducta de **L.L.B.**, quien circulaba a velocidad excesiva en horas de la tarde en una zona barrial y frente al cruce con una arteria de doble mano, la generadora de un peligro común que excedió el riesgo de permisión que el caso requería, siendo el resultado una consecuencia de ese incremento e irrelevante la conducta que hayan asumido los conductores del rodado menor, reforzó tal idea por la forma razonada y motivada en que el a quo tuvo por acreditada la relación de determinación entre la conducta violatoria al deber de cuidado y el resultado.

¿Podemos afirmar categóricamente que esto ha sido así, independientemente de las valoraciones probatorias que puedan hacerse del caso?

En este sentido, cabe resaltar que el tribunal sentenciante tuvo por acreditado que **L.L.B.**, circulaba en un estado de emergencia constatado -sirenas, balizas etc.-,

también tuvo por acreditado que quienes lo acompañaban -médica, paciente y su madre-, le requerían permanentemente que acelerara el vehículo por el delicado y grave estado de salud que padecía el paciente que trasladaba -bebé con convulsiones-, todo lo cual constituye un claro indicador de la situación de extrema tensión que padecía el conductor del rodado mayor.

El Tribunal utilizó conceptos, al momento de analizar la conducta de **L.L.B.** como: **"generador de un peligro común; exceso del riesgo permitido; resultado consecuente de ese incremento"**, provenientes de la teoría de la imputación objetiva.

Así también, tuvo por acreditada la violación del deber de cuidado, a partir de la propia declaración que habría brindado el imputado, quien manifestara no haber superado los 75 km./hs., siendo que si lo realizaba a la velocidad que estimaron los peritos de accidentología vial que intervinieron en el caso -100 km./hs.-, el vehículo se tornaba ingobernable, descartando de plano la posibilidad que la conducta que emprendiera el conductor del rodado menor haya podido tener alguna incidencia en esa violación del deber de cuidado.

Con el distinguido respeto y el profundo reconocimiento que tengo por los magistrados del Tribunal de Casación Penal Bonaerense, voy a discrepar con el pronunciamiento dictado en autos en base a los mismos elementos probatorios reunidos y con la salvedad de las cuestiones atinentes al reducido ámbito de competencia que tiene el órgano de alzada, al menos hasta el presente -cuestiones de derecho, arbitrariedad manifiesta etc.-. Humildemente podríamos arribar a un fallo distinto utilizando los mismos conceptos dogmático y las teorías jurídicas citadas en autos.

El Tribunal sostuvo que puede imputarse objetivamente el resultado fatídico al

conductor de la ambulancia, en tanto el incremento del riesgo puesto por el mismo se concretó en el resultado típico, lectura que también podríamos hacer a la inversa, esto es, que las trágicas muertes acaecidas y la materialización del riesgo de conducir un vehículo ciclomotor sin tomar los recaudos debidos lanzándose al cruce de una arteria de doble mano por la que circulaba un vehículo de mayor porte, en constatado estado de emergencia y con prioridad en su paso, fue lo que condujo, por la decisión que asumió el conductor del rodado menor, al resultado fatídico. Siendo la elevación del riesgo que éste último generara la causa desencadenante del resultado obtenido.

Por su parte, considero irrelevante al caso determinar si el resultado fatídico habría acaecido igualmente si el vehículo de emergencia sobre quien no rige -Código de Tránsito, art. 83- los límites máximos de velocidad, hubiera o hubiese conducido el rodado a una velocidad inferior a los 100 km/hs., en tanto son estimaciones *ex post*, sobre un acontecimiento producido *ex ante*, que resulta difícil desentrañar ya que la propia acción riesgosa asumida por el conductor del rodado menor ha sido la desencadenante del resultado.

Si esto es así, habría que analizar también la conducta del conductor del rodado menor, con respecto a la puesta en riesgo en que coloca a su acompañante, quien sufriera también un resultado fatídico por una maniobra de auto-puesta en peligro que emprendiera el conductor del ciclomotor en el que éste último viajara, ello independientemente de las causales extintivas de la acción penal.

Desde el punto de vista de la materia, no basta con que se registre una infracción al tránsito si ella no va acompañada de la producción de un resultado penalmente relevante que pueda ser objetivamente imputado al mismo infractor de la norma de tránsito. Es decir, que amen de considerarse todo el devenir causal en la

producción del mismo, también será menester considerar la imputación normativa que quepa a la luz de aquella causalidad, el que deberá obrar como un claro límite estructurante de la conducta cuidadosa que para cada caso concreto debe ser exigida.

Sabido es que el tránsito vehicular es de por sí generador de un riesgo, un riesgo que la propia sociedad asume por los beneficios que ello acarrea. Ahora bien, un vehículo en estado de emergencia constatada, ineludiblemente aumenta ese riesgo ya existente en la circulación, sin embargo, éste aumento del riesgo también resulta aceptado por los integrantes de esa misma sociedad, en atención a los benéficos resultados que de ello se obtiene.

La víctima, aparece en este esquema íntimamente vinculado a lo que conocemos dogmáticamente como el principio de confianza, es decir, como destinataria de la confianza lícita que le confiere el autor que asume una actividad arriesgada.

El transportar a una persona que se disputa la vida o la muerte, requiere por parte de los integrantes de una sociedad, el tener que soportar un peligro común generador de un riesgo mayor que el generado por la propia circulación. Por ello, el propio legislador exceptuó los topes máximos de velocidad para la circulación de este tipo de vehículos en constatado estado de emergencia.

L.L.B. conducía una ambulancia, aunque también podría haber estado conduciendo un vehículo policial en plena persecución delictiva, momentos en los cuáles podría también haberse encontrado con los conductores del rodado menor y llegar al mismo resultado indeseado. Es decir, independientemente del vehículo de emergencia que se trate, el aumento del riesgo en la circulación existe y éste resulta generador de un peligro común.

Comparto con el fallo aquí analizado, que la situación de emergencia en la que circula un vehículo de los mencionados no puede significar una bandera verde para permitir desenfrenadamente transitar a velocidades inusitadas, debiendo estar el conductor del mismo plenamente capacitado y formado para evaluar los costos-beneficios de la conducción que asume; sin embargo, la asunción del riesgo propio por quienes convivimos y aceptamos la circulación de estos vehículos en la sociedad, implica también suma seriedad y responsabilidad en el tránsito cotidiano, debiendo atenernos a respetar las reglas que así lo gobiernan.

Sería importante determinar, cuáles son los límites en la imputación de un resultado, cuando se produce la elevación de un riesgo que trasunta la esfera de lo permitido, siendo que simultáneamente a ello aparece la conducta de un tercero *-que asume una acción a propio riesgo-*, y colabora o determina, por decirlo de alguna manera, la producción de ese resultado.

El ámbito de protección de la norma, tiene que ver con el normal desarrollo del tránsito viario, pero ésta última no puede o al menos no debería proteger bienes jurídicos expuestos, a costo y bajo la propia responsabilidad de su titular.

Conforme a lo expuesto en el fallo aquí analizado, **L.L.B.** conducía una camioneta a excesiva velocidad, sin embargo, la violación al cuidado debido constatada por el sentenciante, parte de la supuesta ingobernabilidad del vehículo, en tanto, conforme al Código de Tránsito no infringió ninguna norma contravencional y/o administrativa.

No resulta un dato menor lo mencionado, atento a que la conducta -imprudente, temeraria o negligente- que pudo haber asumido **L.L.B.**, no nace como comúnmente ocurre por la violación a una actividad reglada (Código de Tránsito), en tanto las

afirmaciones jurídicas tendientes a cerrar la poca feliz redacción abierta del artículo 84 del C.P., parten de la observación que el propio juzgador realiza sobre la gobernabilidad o ingobernabilidad del rodado. Para ser aún más precisos, si no hubiese existido este trágico resultado fatídico, hoy no estaríamos analizando ni una mera infracción de tránsito.

No obstante lo expuesto, podemos afirmar con el grado de certeza que el caso exige, que la conducta emprendida por el sujeto **F.H.** que conducía el rodado menor, también resultó violatoria de un deber de cuidado debido, exigido por la propia circulación vehicular, cual ha de ser sino irrumpir imprevistamente en un avenida de doble mano, sin tomar los recaudos mas elementales del frenado y la prioridad de paso de una ambulancia.

La sola aseveración del sentenciante en lo que respecta al supuesto de ingobernabilidad del rodado mayor, no ocasiona "*per se*" las lesiones mortales de los sujetos **F.H. y D.C.**, pero además, mal puede afirmarse como lo ha hecho el a quo en su pronunciamiento de origen y ratificado luego por el *ad quem*, que la conducta de **L.L.B.** se transforme en constitutiva de la relación de determinación o conexión de la antijuridicidad entre la violación del deber de cuidado y el resultado producido.

La conducta asumida por **L.L.B.**, es la de haber circulado a velocidad excesiva, conducta que de por sí no constituye ni una mera infracción contravencional como lo hemos dicho, ahora bien, si la conducta no puede o al menos no debería ser entendida como la relación de determinación o conexión con la antijuridicidad entre ella y el resultado lesivo, yerra aquí el pronunciamiento al no incorporar la otra conducta violatoria del deber de cuidado asumida por **F.H.**

Ante dos conductas que puedan ser interpretadas como generadoras de un

riesgo por encima o incrementando lo permitido, habrá que determinar -ante dos violaciones de deberes de cuidado debido-, cuál de ellas resultó de mayor trascendencia o mayor aporte para la concreción del resultado lesivo.

Tan solo se pondera en el fallo una única violación a los deberes de cuidado, pues con ella era imposible en la causa y teniendo en cuenta los acontecimientos, hablar de atribuibilidad de responsabilidad al imputado **L.L.B.**

Es precisamente este análisis de la determinación normativa lo que nos permitiría arribar a un juicio distinto al sustentado en el fallo. Así, frente a dos deberes de cuidado violados, o si se prefiere, frente a dos realizaciones de conductas no cuidadosas, habrá que oponer por la misma vía de hipótesis elegida, las dos conductas que deberían de haber sido cuidadosas y ver si mediante ello la producción del resultado desaparece o no.

Si se elige esa vía analítica para generar un juicio de valor de tipo imputativo objetivo de los hechos, fácil se advierte que, anteponiendo la conducta cuidadosa de **L.L.B.** -quien para "gobernar" el rodado debería de haber circulado a una velocidad que no superara los 70 – 80 - 90 km./hs.-, y a la luz de la maniobra de **F.H.**, que imprudentemente se lanzara a cruzar una arteria de circulación fluida de doble mano y que no frenara al escuchar y ver la aparición de una ambulancia circulando por la arteria mencionada, el resultado lesivo no desaparece.

Sin embargo, antepuesta la conducta cuidadosa que debería de haber asumido **F.H.**, ante el accionar violatorio de la velocidad máxima e ingobernabilidad del rodado por parte de **L.L.B.**, el resultado lesivo tiende a desaparecer.

Es decir, de haber observado reglamentariamente el conductor del rodado menor la debida diligencia del caso, frenando al llegar a la intersección de doble

sentido de circulación, respetando la prioridad de paso que ostentaba el vehículo de mayor porte, con estado de emergencia constatado, el resultado lesivo desaparecería.

Si bien el emprendimiento de **L.L.B.**, desde el punto de vista del fallo aquí analizado, implica poner en riesgo bienes jurídicos que pertenecen a la esfera de custodia de la víctima, precisamente debería ser impune porque la intervención de **F.H.** es idéntico con el titular del bien jurídico que se pretende proteger, siendo así como se concreta en el plano dogmático la existencia de un ámbito de responsabilidad preferentemente del titular de un bien jurídico.

Para concluir, de lo hasta aquí expuesto se deduce fácilmente que la imputación a la víctima se configura como una institución dogmática incluida en el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación del comportamiento o de la conducta, en tanto, si el suceso realizado es atribuido al ámbito de responsabilidad de la misma, no puede ser típica la conducta del autor.

Siendo ello así, las consideraciones jurídico-dogmática expuestas en el fallo aquí analizado, podrían haber tenido un resultado distinto al que arribaron los sentenciantes, en tanto claramente se desprende de este sintético y humilde análisis que el resultado no puede, al menos por el propio comportamiento asumido por una de las víctimas, imputarse objetivamente al conductor del rodado mayor

De no compartirse los argumentos dogmáticos aquí expuestos, en cuanto al supuesto de atipicidad al que debería de haberse arribado ante la conducta emprendida por **L.L.B.**, podríamos también analizar el supuesto fáctico desde un supuesto de justificación que tornaría inexistente la antijuridicidad de la conducta, por haber obrado el conductor de la ambulancia ante un caso de estado de necesidad justificante, situación que por cierto será analizada en la sección siguiente.

3.7 Caso “Barchetta”. ¿Imputación a la víctima o supuesto de justificación?

No sería la primera ni la última vez donde los supuestos analizados a la luz de la imputación objetiva, se le busca a los sucesos, una salida elegante a través de causales de justificación.

Incorrectamente la doctrina ha utilizado los supuestos de justificación para lograr la absolución anticipada de un sujeto activo en acontecimientos desarrollados bajo la asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo. Así en el caso precedentemente narrado, el imputado **L.L.B.** podría ver salvada su imputación penal a partir del análisis, discutido por cierto, que se le pueda dar al caso bajo la eximente de responsabilidad del art. 34 inc. 2º del C.P. –estado de necesidad-.

El punto central que debería de analizarse en torno a la cuestión exculpatoria, tiene que ver con la situación en que obrara **L.L.B.** al momento de producirse el hecho que fatídicamente terminara con la desaparición física de **F.H** y **D.C.**

No debemos de olvidar que el día 13 de abril de 2001, siendo aproximadamente las 17 hs. una persona del sexo masculino que conducía una ambulancia en constatada situación de emergencia, traspasó imprudentemente los límites de la velocidad máxima que el caso requería, ya que circulaba a no menos de cien kilómetros horarios y, en ese contexto, al arribar a la intersección de dos arterias embistió a **F.H** y **D.C.**, que circulaban a bordo de un ciclomotor, ocasionándoles con ese obrar imprudente, heridas de una entidad tal que casi en forma inmediata originaron el deceso de ambos.

Los tres puntos cruciales a analizar son:

*) **L.L.B** conducía una ambulancia en constatado estado de emergencia.

*) lo hacía a una velocidad promedio de los cien kilómetros horarios.

*) embiste un ciclomotor conducido por un sujeto menor de edad que llevaba un acompañante, quien cruzó la intersección por la que se dirigía la ambulancia.

Es decir, amén de las consideraciones dogmáticas esgrimidas, no estuvo en discusión durante el desarrollo del proceso que existió un vehículo público – ambulancia- que circulaba en un constatado e indiscutido estado de emergencia, donde transportaba a un bebé a un nosocomio público para que se le efectúen auxilios que la propia delegación municipal de salud no podía solucionar.

El conductor de la ambulancia llevaba consigo al paciente junto a su madre y el médico responsable de la atención del menor. En consecuencia, el conductor de la ambulancia solo tenía el dominio del curso causal en lo relativo al modo de conducir el vehículo a su cargo y estaba en él determinar cuál sería la velocidad adecuada para llegar a tiempo al nosocomio.

La igualdad de intensidad de riesgos en afectación es lo que condujo al conductor de la ambulancia a desarrollar la velocidad que emprendiera en la gobernabilidad de su rodado, lo que en nada obstaculizaría a la aplicación del supuesto exculpativo del art. 34 del C.P. Sabido es que para que opere la causal exculpativa mencionada, es necesario la existencia de un peligro para el bien jurídico que se quiere salvar, con la limitación normativa de tener que determinar que el mal deber ser grave e inminente. Además se exige que la conducta que aparta ese mal, debe ser necesaria, idónea y adecuada para repeler la agresión que pesa sobre ese sujeto activo.

En conclusión, la situación procesal de **L.L.B.** podría ser analizada desde el ángulo de la imputación objetiva del resultado, debiéndose determinar si este último

debería de serle imputado a la conducta violatoria al deber objetivo de cuidado en la que incurriera **L.L.B.** o si se trata de un supuesto de asunción de riesgos que asumieran las propias víctimas, tal como fuera analizado en el *item* precedente; o de lo contrario un supuesto de exculpación comprendido en el art. 34 inc. 2º del C.P., para arribar a un incompleto injusto penal.

Sin embargo, no se debería de sortear la infranqueable valla de la tipicidad, para pasar a analizar el supuesto como una causal de justificación así tan ligeramente, en tanto, la justificación de la conducta emprendida por **L.L.B.** no sería posible de análisis, sino hasta haber sorteado el filtro de la imputación objetiva del comportamiento y del resultado.

4. EL PROBLEMA DE LA IMPUTACIÓN.-

4.1 Imputación objetiva del “comportamiento”

La escuela clásica dogmática del derecho penal, desde la mismísima construcción Liszt – Beling, entendieron que el resultado le iba a ser reprochable al conductor en la medida en que la causa del mismo sea producto de la acción emprendida como negligente por el conductor, en tanto, si se elimina hipotéticamente la conducta y el resultado desaparece, decimos que ese resultado le es imputable por la propia relación de causa-efecto, si el resultado permanece en teoría, ante la eliminación hipotética de la conducta, los clásicos entendían que no había relación causa-efecto en el resultado producido.

Para poder imputarle objetivamente el resultado al conductor del caso en análisis, debemos encontrar un nuevo motivo que haya sido la fuente madre de la producción del resultado. La infracción de tránsito cometida, no guarda una relación directa con el resultado producido, de lo contrario se corre el serio riesgo de extender ilimitadamente en el tiempo aquellas conductas que resultan meras creaciones de peligros, pero sin resultado obtenido –disvalor de acción-. El resultado es un elemento esencial dentro de las conductas culposas, por ello debe quedar bien en claro que cuando hablamos de una actividad reglada, la infracción que da nacimiento a la violación del cuidado debido debe producirse en el instante mismo de la producción del resultado o en su defecto guardar una relación directa –nexo de causación- con éste último.

Lo básico para analizar entre los elementos configuradores del tipo es la culpa, no la infracción al reglamento que cumple un papel delimitador para recién luego analizar si realmente el sujeto activo no aplicó el cuidado que la norma exigía.

La reglamentación de una actividad solo contiene la delimitación de un ámbito en una actividad *per se* generadora de riesgo la cual debemos analizar en el caso en concreto, si la violación administrativa de esa actividad reglada ha sido volcada a una concreta violación al cuidado debido, la infracción de ese reglamento solo cumple ese papel delimitador, pero de ningún modo abastece las exigencias legales del tipo objetivo.

En el caso “Barcheta” vemos que la violación al cuidado debido o exigido, no parte de haber vulnerado la delimitación que el Código Tránsito reglamenta en el tráfico viario, el conflicto no nace de la transgresión a los límites de velocidad sino de la gobernabilidad o ingobernabilidad que pudo haber tenido el conductor sobre el rodado,

esto significa en términos del profesor Roxin, si el conductor generó a través de su conducta un riesgo que excede los límites de lo permitido.

Ahora bien, ¿Se encuentra la conducta del ambulanciero dentro del marco de un riesgo permitido?

Es evidente que si la persona ha cumplido con todas las disposiciones legales y reglamentarias en relación a determinados comportamientos riesgosos, el hecho que se produzca la afectación a un bien jurídico en relación a su comportamiento no puede serle atribuido al tipo legal, pues se trataba de un riesgo permitido, esto es, asumido por el sistema jurídico – social, ello independientemente de las consideraciones jurídico legales en que pueda justificarse la conducta frente a un supuesto contemplado bajo un estado de necesidad justificante.

Frente a la construcción de la teoría de la imputación objetiva, como una teoría que parece dar nacimiento a los conceptos categóricos e interpretativos de <conducta / resultado>, aparecen cada vez con mayor frecuencia los análisis que los tratadistas le han brindado al mismo, en relación al alcance que deben o deberían de tener en el tipo. Sin embargo, creo yo que la teoría de la imputación objetiva debería ir más allá en la elaboración jurídico dogmática del tipo y amén de reconocer la existencia de dos niveles claramente identificados –imputación al comportamiento e imputación al resultado-, no debe quedarse simplemente con el nexo que debe de concurrir entre la conducta y el resultado, siendo que ya han sido numerosos los autores que así lo entienden²³.

²³ Manuel Cancio Meliá “Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal”. Ed. José M. Bosch, pag. 62 año 1998.

En conclusión, “puede resultar objetivamente imputable un resultado, si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida y el peligro se ha realizado en el resultado típico”²⁴.

Un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando su comportamiento haya creado un riesgo no permitido para el objeto de protección, siendo que ese riesgo se vea reflejado en el resultado concreto, colocando a su vez a ese resultado dentro del alcance del tipo.

Los llamados comportamientos alternativos ajustados a derecho, son supuestos donde se constata que el resultado obtenido igualmente se habría producido aún de haber adoptado su autor un comportamiento distinto, lo cual importa como significado que puede leerse de la siguiente manera, la norma no fue creada específicamente para evitar ese resultado, en tanto de haber optado por la conducta alternativa ajustada a derecho, el resultado igualmente se hubiera producido.

La teoría de la imputación objetiva en los delitos de resultado y particularmente en aquellas figuras donde el autor obra a título de culpa, que en definitiva es lo que nos interesa, la imputación debe extenderse por fuera de la simple conclusión del resultado, analizando el rol que le cupo al sujeto activo y al sujeto pasivo en el comportamiento.

En el presente ensayo se pretende abordar la problemática concerniente a la participación de la víctima en el esquema de la teoría del delito, su conducta dentro de la teoría del tipo en contraposición para con aquellos autores que proponen un análisis

²⁴ Manuel Cancio Meliá “Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal”. Ed. José M. Bosch, pag. 53 año 1998.

dogmático desde la medición de la pena²⁵.

Cuando hablamos de imputar en sentido técnico, como ya lo afirmara el mismísimo Carrara²⁶ al advertir las diferencias conceptuales entre imputación e imputabilidad, estamos haciendo alusión al reproche que debe hacerse de una determinada acción o conducta. En esto creo yo, nuestro sistema jurídico penal se ha preocupado en menor medida de las conductas que realmente merecen ser analizadas desde un esquema dogmático jurídico. Se le imputa a aquel que ha hecho algo y al ordenamiento jurídico penal le interesa analizar aquellas conductas cuya imputación parten de haber vulnerado o lesionado el bien jurídico que el Estado a través del artículo 19 de la Constitución Nacional pretende proteger o tutelar.

La sistemática interna de nuestra codificación con la incorporación de figuras penales abiertas en los delitos imprudentes ha tenido numerosas dificultades producto de la profunda influencia recibida de la teoría clásica del derecho penal.

Nuestro Código Penal Argentino ha sido en los últimos años vapuleado por las numerosas reformas incorporadas a partir de panfletismos políticos que nada han aportado a la problemática aquí tratada. Una reforma con seriedad requiere de la participación de especialistas en la materia y no de mensajeros políticos que no hacen mas que contentar al gobierno de turno con estériles reformas (arts. 41 bis, ter, quater, 55, 119, 142 bis, 166 y 189 entre muchas otras).

La parte general del Código Penal se ha visto inmersa en un desconcierto

²⁵ *Supra* 1.2. Ziffer Patricia "Lineamientos de la determinación de la pena". pp. 125 y ss.

²⁶ Francesco Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Iniversità di Pisa*, Florencia, 1924, Tomo I.

jurídico. Con recientes reformas se le ha concebido la potestad al juzgador de aplicar desmesuradamente penas privativas de la libertad que pueden alcanzar bajo la temática del concurso, hasta 50 años de prisión o reclusión.

Por otro lado, la parte especial de la misma normativa de fondo, sufrió tantas modificaciones que hoy en día un Robo calificado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, con la participación de un menor de edad, tiene una escala penal que parte de un mínimo legal superior al mínimo del Homicidio Simple, otorgándole mayor protección a la propiedad que a la vida.

En fin y para no distraer la atención del lector, quiero en esta sección hacer especial hincapié a las especiales dificultades que tiene el intérprete de la norma abierta cuando debe analizar la imputación al comportamiento.

El finalismo Welzeliano fuertemente criticado en su concepción de la acción final en las figuras imprudentes poco pudo aportar al respecto. La moderna teoría de la imputación objetiva ha tenido diferente recepción en sus principales expositores (Roxin, Jakobs). Lo cierto es que nuestra sistemática adecuada al sistema clásico de Listz – Belling- no logra superar aquella vieja consideración que en nuestro país era proclamada por autores de la talla de Sebastián Soler²⁷, Ricardo Nuñez²⁸ entre otros - quien quiso la causa quiso el efecto-, siendo el resultado una simple ecuación aritmética que tan desmedidamente se imputa a quien emprende la conducta que lo causó (ejemplo actual sería la privación ilegal de la libertad coactiva, seguida de muerte, prevista en el artículo 142 bis del C.P.).

²⁷ Soler, Sebastián, "Derecho Penal argentino, actualizado TEA Bs. As. 1988.

²⁸ Nuñez, Ricardo "Tratado de Derecho Penal" Parte Especial, Lerner, Buenos Aires, 1978, t. IV.

Entre la conducta llevada a cabo por el sujeto activo y el resultado pueden haber ocurrido un sinnúmero de situaciones que inciden o no directamente sobre el mismo.

Muchos casos se han esbozado a modo de ejemplo con la figura privativa de la libertad citada. Aquel que comienza la ejecución del delito previsto en el art. 142 bis primer párrafo y con posterioridad a ello, por circunstancias ajena a dicho acontecimiento se produce el deceso de la víctima, a modo de ejemplo cabe citar aquellos casos donde la víctima en su estado de cautiverio fallece producto de un paro cardio respiratorio.

Figuras que prevén la posibilidad de imponer severas penas privativas de la libertad por el solo acaecimiento de un resultado (art. 165 del C.P.).

Para que un resultado pueda serle atribuido a un sujeto, es necesario que el mismo constituya un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto.

4.1 a) “El juicio de imputación” según el esquema de Roxin²⁹.-

El juicio de imputación en la faceta objetiva fue desarrollado por Roxin en la moderna teoría de la Imputación Objetiva -siguiendo la línea propuesta por Honing-Larenz tiempo atrás. Ya Roxin en homenaje a Honing perfilaba los criterios de imputación:

²⁹ Roxin, Claus “Derecho Penal – Parte General”, Traducción de la 2° edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Ed. Civitas, S.A. año 1997.

- *Ausencia de disminución del riesgo.
- *Creación de un riesgo jurídicamente relevante.
- *Principio de incremento del riesgo.
- *Esfera de protección de la norma.

Es en este último supuesto donde quiero detenerme. En el esquema del profesor Claus Roxin este último tratamiento se aplica en supuesto en los que el resultado se produce como consecuencia de la creación de un riesgo no permitido y sin embargo no es imputado porque el legislador no quiso hacer responsable de ello a la persona que actúa. Ejemplo: Conductor que va por la izquierda y atropella a un peatón suicida.

Existe una profunda relación entre el deber objetivo de cuidado y el resultado, no pudiendo ello ser irrelevante.

Independientemente de los diferentes criterios que se han definido a partir de la imputación objetiva de un resultado, la doctrina ha sido conteste en afirmar que entre la acción y el resultado tiene que existir un nexo de determinación, el que alguno llaman de causación y que además para que el resultado sea objetivamente imputable a un sujeto, ha de ser la realización del riesgo jurídicamente relevante creado por éste, siendo adecuado además, un resultado de los que el tipo en cuestión tenía por finalidad impedir.

La idea de “disminución del riesgo” está formulada en el sentido de que, lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto del menoscabo de la integridad corporal y en consecuencia no puede ser imputado.

En el ámbito de la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante, Roxin los engloba dentro de la categoría del riesgo permitido y de los riesgos generales

de la vida y toda la esfera de penetración de la llamada teoría de la adecuación, así como la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a Derecho, conforme a los criterios por él desarrollados años antes.

El fin de protección de la norma fue utilizado básicamente para abarcar los casos de favorecimientos de autopuesta en peligro, puestas en peligro de un tercero con su consentimiento, daños sobrevenidos posteriormente y casos en los que se produce un segundo daño.

4.1 b) El juicio de imputación. Posibles injerencias de terceros.

Dentro de la concepción objetiva del tipo, la figura de la víctima en el contexto normativo del comportamiento aparece en aquellos casos donde su conducta tiene alguna injerencia en la conducta asumida por quien resulta imputable a título de autor.

En muchas ocasiones la conducta de la víctima aparece como un comportamiento sumamente relevante en la injerencia del resultado lesivo, concretamente aparece el resultado como una consecuencia directa de su comportamiento, siendo éste de su exclusiva competencia.

El mero hecho de encontrarse el sujeto pasivo en un lugar y tiempo determinado para resultar lesionado por un tercero, hasta los aportes que el propio sujeto pasivo realiza como contribución hacia su resultado, resultan significativos.

Las actividades de riesgo acostumbradamente pueden obtener como resultado la lesión concreta de un bien jurídico, ello puede ser producto del comportamiento que lleva insito el riesgo asumido.

Siempre ha existido y existirá un número importante de constelaciones de casos

donde el resultado lesivo ha sido producto de una actividad arriesgada, el estudio dogmático de los acontecimientos frecuentemente es realizado desde el ámbito jurídico penal, tanto en los tribunales como la doctrina emanada de ellos.

Sin embargo, no ha existido un trato serio y preciso sobre el comportamiento de la víctima ante un resultado lesivo, manteniendo a lo largo de todos estos años una salida si se quiere elegante desde la dogmática jurídico penal –*“las culpas no se compensan”*–.

La participación de la víctima en la elaboración del injusto es una materia pendiente³⁰.

La problemática puede abordarse desde 3 supuestos concretos:

- a) la conducta precedente de la víctima, que induce el resultado lesivo.
- b) la conducta simultánea de sujeto activo y sujeto pasivo.
- c) la conducta posterior de la víctima al resultado lesivo.

Al igual que mucho de los trabajos realizados hasta el presente, en el presente ensayo de tesina intentaré demostrar que el marco adecuado para abordar la problemática está en la teoría del tipo objetivo, con una fuerte influencia de las teorías causales y de la moderna teoría de la imputación objetiva. Para ello, debemos tener presente que nuestro Código Penal Argentino contempla bajo un sistema de figuras abiertas –artículos 84-94 entre otros del C.P.–, supuestos legales donde el sujeto activo actúa a título de culpa.

Así podemos encontrar tipos culposos activos, tipo culposos omisivos³¹

El tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino

³⁰ Claus Roxin “Política criminal y estructura del delito” p. 72.

por que el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable y ello explica por que la mera creación de un peligro no es suficiente para la imputación culposa³²

El tipo culposo en nuestra legislación es un tipo abierto, es decir que necesita de una norma de cuidado que lo complete o lo cierre, ello debido a las innumerables formas en que la realización de una acción puede violar un deber de cuidado y crear un peligro.

Nuestro Código Penal Argentino a diferencia de otros código, no ha definido el concepto de culpa, debiéndose interpretar la misma particularmente del artículo 84 del C.P. –parte especial-, fuertemente influenciado por el *Codice de Zanardelli*.

Enuncia el artículo citado como forma de realización la imprudencia, la negligencia y la impericia. Se suele clasificar a la culpa en culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación. Ahora bien, el resultado como elemento constitutivo del tipo objetivo ha tenido en la figura culposa un exagerado protagonismo por parte del intérprete, siendo que el tipo culposo no puede explicarse desde el resultado, puesto que no se haya estructurado de ese modo.

Dentro del tipo culposo existe por parte del autor una finalidad defectuosa respecto del deber de cuidado debido. El resultado es una consecuencia a la que se arriba.

Tampoco resulta del todo coherente adherir a una posición extrema a lo que llevo dicho, donde cierto sector de la doctrina no le otorga relevancia jurídico penal al resultado, llegando a sostenerse que el mismo no constituye un elemento particular del

³¹ Eugenio Raúl Zaffaroni "Derecho Penal" Parte general, Ed. Ediar, pag. 444, año 2002.

tipo, reduciéndolo a una mera condición objetiva de punibilidad. De esta manera el resultado se transforma en un componente meramente azaroso³³.

Indudablemente esto no puede ser aceptado así, en tanto sin resultado no habría conflicto, entendido éste en sentido social y por ende la norma no estaría protegiendo bien jurídico alguno sino una mera conducta de peligro.

Se le exige al resultado para que pueda serle objetivamente imputable al autor que exista una relación de determinación entre éste y la conducta emprendida por el autor.

Así podrá decirse que a los fines de constatar si el sujeto activo ha generado el peligro prohibido a través de su conducta, debemos realizar un doble juicio hipotético, en concreto y en abstracto -este último como correctivo del primero-. En concreto debemos plantearnos la conducta del autor dentro del marco normativo, es decir sin violar el deber de cuidado debido y por lo tanto sin crear ningún peligro jurídicamente relevante. Entonces, no habrá nexo de determinación cuando la acción así imaginada igualmente hubiese producido el resultado obtenido, nos encontraríamos ante un supuesto de exclusión de la imputación por falta de realización del riesgo no permitido³⁴.

Como tipicidad del comportamiento, entendido este dentro de un sistema objetivo-subjetivo del tipo sólo podrá imputarse objetivamente el comportamiento del autor en la medida en que no se negativice su conducta. En el marco de la imputación objetiva existen ciertas conductas que no se hallan abarcadas por las normas penales

³² *Idem anterior* pag. 549.

³³ Eugenio Raúl Zaffaroni "Derecho Penal" Parte general, Ed. Ediar, pag. 555, año 2002.

de comportamiento por responder a una configuración vital que la sociedad en su conjunto acepta y que transita en lo que conocemos como riesgo permitido.

En este contexto se suele decir que dichas actividades no constituyen un riesgo jurídicamente relevante o que se trata de un riesgo permitido en la medida en que se desarrollen dentro del marco normativo que la/s regula. En última instancia y siempre dentro del normal desarrollo de las mismas, son conductas generadoras de riesgos típicamente irrelevantes.

Dentro del riesgo permitido el “principio de confianza” juega un rol fundamental, aquellas personas que inician actividades generadoras de riesgos en sí mismo pretenden o al menos así entienden que, “el otro” asumirá desde su lugar el rol que le quepa tener y actuará dentro de los riesgos que el primer actor asumiera, es decir el sujeto activo actúa permitiéndose confiar en que el comportamiento de los otros en esa situación será cuidadosa. En tal sentido se ha manifestado Stratenwerth G. entre otros, quien dijo que “por regla general no ha de responderse de faltas de cuidado ajenas sino se puede confiar en que todos asumirán sus deberes de cuidado.

Resulta relevante remarcar que el principio de confianza tiene como límite, si se quiere en una terminología no feliz, la logicidad en el comportamiento, en tanto si el sujeto activo advierte el quebrantamiento de ciertos niveles de conducta por parte del sujeto pasivo, por ejemplo quien siendo peatón cruza negligentemente la calle al ser advertido por el sujeto activo, éste último no tiene el derecho de escudarse en el principio de confianza en el mismo momento en que decide llevarlo por delante, si es que claramente advirtió con anterioridad la maniobra negligente del peatón.

³⁴ Claus Roxin p.323.

No resulta un dato menor a la hora de analizar la imputación objetiva al comportamiento, cuál ha de ser la relevancia que puede tener en la tipicidad la intervención del sujeto que resulta lesionado posteriormente -“la víctima”-, entendida ésta como el sujeto pasivo de la acción típica –aunque entre comillas-. La doctrina se ha mostrado sumamente interesada en el tema, aunque desde mi punto de vista los casos elaborados por los autores europeos no llegan a tratar el tema con el objetivo o las intenciones que en estas líneas pretendo.

El conocido y citado caso de aquel que suministra estupefacientes a un sujeto que luego resulta lesionado al hacer uso o consumo del mismo; aquel que voluntariamente se presta a intervenir en una competencia de motocicletas en la que participa como uno de los competidores de la cuál luego resulta lesionado, son alguno de los casos tratados por autores de importante talla.

Particularmente me interesaría tratar aquellos supuestos donde la conducta emprendida por “el autor”, se imputa a título de culpa, en particular en el tráfico viario.

Resultan de interés aquellos casos donde se observa que la víctima resulta lesionada producto de cierta injerencia que su comportamiento ha tenido en el resultado lesivo, previa, simultáneamente o con posterioridad a que “el autor” inició su conducta, veamos algún ejemplo. El sujeto (a) no se hace ver las heridas que le fueran causadas, o se niega a recibir el correspondiente tratamiento para ello. El sujeto (b) que circulando en motocicleta sin llevar su casco reglamentario resulta embestido por un conductor, golpeando su cabeza sobre el asfalto para producirle como inevitable resultado la muerte, entre otros casos.

En la imputación objetiva al comportamiento resulta de sumo interés aquel resultado lesivo donde la víctima ha tenido algún tipo de injerencia en la producción de

ese resultado, fundamentalmente en la afectación del bien jurídico que se pretende tutelar, siendo ésta última su titular. Particularmente debe tenerse presente que la intervención de la misma juega un papel relevante desde el punto de vista jurídico penal, antes – durante – simultáneamente – con posterioridad a la conducta asumida por el AUTOR.

Los supuestos abarcados por la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima operan en aquellos casos en donde el titular del bien jurídico –víctima- emprende, conjuntamente con otro –autor- una actividad que puede producir una lesión a ese bien jurídico.

Sin embargo debemos observar en el marco de lo propuesto, cuál ha de ser la relevancia que ha tenido la conducta del sujeto activo, quien de ninguna manera debe tener un especial deber de cuidado con ese bien jurídico, si es que en todo momento la actividad de ambos se desarrolla en forma conjunta, sin haber el primero de los nombrados utilizado la conducta de la –víctima-, como un instrumento por parte del autor, es decir que no haya habido hacia ésta, instigación o autoría de determinación.

Una vez definida la actividad conjunta desde un análisis ex –post, se deberán analizar los aspectos objetivos y subjetivos de ambas conductas emprendidas.

Existen un sinnúmero de horizontes relevantes en tal análisis para lo cuál el marco de la imputación objetiva y dentro de este esquema la imputación al comportamiento objetivo del tipo nos abrirá nuevos aportes para la dogmática jurídico penal.

En la mayoría de la ocasiones –por no decir todas- también serán sumamente relevantes las intervenciones subjetivas de los protagonistas en el mismo momento en que emprenden la conducta.

Nadie puede desentenderse en la asunción de un riesgo propio y de sus bienes cuando ponga en juego su auto-responsabilidad sobre los mismos. El punto se centra en la necesidad de determinar bajo qué circunstancias o cuáles serían los supuestos donde la actividad “suya” le es imputable.

4.2 Imputación objetiva del “resultado”

La imputación del resultado afirma *per se* la existencia de una conducta típica, es decir, se afirma la existencia de ciertos criterios normativos que permiten atribuir el resultado a la conducta. En este segundo escalón de análisis se trata de explicar el resultado lesivo producido³⁵

Sólo podrá imputarse objetivamente el resultado, cuando éste aparece como una causa directa de la conducta emprendida por el SUJETO (activo-pasivo), esa es la cuestión.

El ámbito de aplicación de la norma –art. 84 del C.P.- nos lleva a revisar si el que “causare la muerte”, cuyo resultado directo proviene de la preposición “por”, puede serle imputada objetivamente al sujeto activo por su conducta típica o si el resultado –causar la muerte- proviene de una conducta directa que en forma exclusiva o conjunta –previa, simultánea o posteriormente- emprende el sujeto pasivo.

En ciertos casos resulta relevante el transcurso del tiempo entre el comportamiento y el resultado, en tanto puede que el sujeto pasivo haya asumido, o la propia intervención de terceros lo haya colocado en una posición cuyas consecuencias

no necesariamente puedan serles imputadas al comportamiento del sujeto activo. Es decir comportamientos en donde, si bien el sujeto activo lleva a cabo una conducta cuyo incremento del riesgo se encuentra debidamente constatada, el resultado de ese incremento riesgoso no parece tener una incidencia directa en el mismo. Ejemplo, el sujeto “A” emprende una veloz persecución con un vehículo automotor, sin embargo el sujeto “B” ante el propio requerimiento de “A”, se niega a colocarse el cinturón de seguridad, un prominente lomo de burro produce un sobresalto del vehículo sobre el cual el conductor en ningún momento pierde la gobernabilidad del mismo, sin embargo “B” golpea su cabeza sobre el techo del rodado que le ocasiona lesiones. Cabe citar también el conocido caso de la quema de rastrojos³⁶.

No cabe duda alguna de la existencia de una conexión subjetiva entre el comportamiento emprendido por el sujeto “A”, y la asunción subjetiva de la conducta emprendida por el sujeto “B”, que incide directamente en el resultado obtenido cuya conducta debería de ser analizada en el primer escalón de la imputación objetiva, es decir en la imputación del comportamiento

Ahora bien, existen también conductas simultáneas entre el sujeto activo y el

³⁵ Manuel Cancio Meliá “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva” Ediciones Jurídicas de Cuyo, pag. 131.

³⁶ STS 3-6-1989 (RA 5021) el sujeto “A” realizó cerca de una carretera la quema de rastrojos que quedaban en una finca de su propiedad después de la recolección. El humo de la quema de rastrojos invadió la calzada, dificultando de modo esencial la conducción por la vía, de manera que no cabría duda alguna acerca del riesgo que se habría generado respecto de los vehículos que hubiesen circulado en ese momento por el tramo afectado por el humo. Pero, afortunadamente, no había ninguno. Así las cosas, dos conductores penetraron desde fuera del ámbito cubierto por el humo –a pesar de advertir la falta de visibilidad- el tramo afectado por el humo y, al desviarse hacia el carril contrario, colisionaron con un vehículo cuyo conductor, con mejor criterio, estaba esperando del otro lado de la zona falta de visibilidad, produciendo la muerte al ocupante de éste. El TS absolvió al sujeto que realizó la quema de rastrojos (argumentando, de modo algo confuso, que no hay ni previsibilidad, ni imprudencia, que se rompe la relación causal y que tampoco cabe imputación objetiva) y mantuvo la condena de los dos automovilistas, por haber estos asumido “de forma autorresponsable el riesgo creado por la acción de otro”

sujeto pasivo que implican desde su inicio una confluencia de riesgos que vistos ex post, inciden directamente en el resultado, a estos supuestos Cancio Meliá los denomina supuestos de “autoría accesoria”³⁷, coincidiendo en este aspecto con el autor en que son casos en que habrá que fijar con mayor profundidad el análisis del comportamiento de uno y otro.

Cuando del resultado obtenido surge una imputación objetiva directa al comportamiento asumido por autor y víctima, lo que comúnmente conocemos en la dogmática civil como un supuesto de “compensación de culpas”, necesariamente debemos averiguar que irrupción tuvo uno y otro comportamiento –en este supuesto tal vez tenga cierta logicidad la reducción de la punibilidad en la mensuración de la pena por ser menor el grado de responsabilidad en relación al injusto-

Si la infracción al cuidado debido nada tiene que ver con la lesión como resultado obtenido, el caso es ciertamente sencillo –suicida que se arroja debajo de las ruedas de aquel que circulaba por la izquierda o a un exceso de velocidad mínimo-, no se le puede imputar el resultado al sujeto activo. Ahora, si ambas conductas confluyen al momento mismo de la producción del resultado, habrá que determinar cual de ellas ha sido preponderante en la producción del resultado, aunque nada obsta a la posibilidad que de existir confluencia de conductas, dicha circunstancia se contemple a la hora de evaluar la responsabilidad –culpabilidad- y su medida de punición por el injusto cometido.

El nexo de determinación aparece como un enlace entre la conducta y el resultado –siendo este último no querido- de manera que a los efectos de imputar la

³⁷ Manuel Cancio Meliá “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva” Ediciones Jurídicas de

conducta violatoria al deber de cuidado en el sujeto activo, es curioso observar como se vuelve al viejo método de la supresión mental hipotética, pues para establecer esta relación de determinación entre la violación al cuidado debido y el resultado obtenido, debemos imaginar la conducta que cuidadosamente debería haberse emprendido en el caso concreto. Así si el resultado no hubiese sobrevenido, habrá una relación de determinación o nexos. Por el contrario, si aún en el caso de que la conducta hubiese sido cuidadosa el resultado se hubiese producido, no existirá relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y el resultado obtenido.

Los tipos culposos del Código Penal argentino son tipos abiertos, como ya dijimos requieren de una norma de cuidado que los complete o los cierre. Así, las figuras de los artículos 84 y 94 del C.P. se conforman en el núcleo central con el verbo causar, causar el resultado que cada uno de ellos establece –lesiones o muerte-.

Los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción. Dicho de otra manera: *“el tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable, y ello se explica porque la mera creación de un peligro no es suficiente para la imputación culposa. Por supuesto que esto no significa que la acción no tenga una finalidad, sino sólo que no está prohibida en razón de esa finalidad”³⁸.*

En lo que nos concierne, el artículo 84 del Código Penal preve la imputación bajo el título de culpa, para aquel sujeto que POR.....CAUSARE”EL

Cuyo, pag. 170.

RESULTADO”, siendo esto lo que diferencia el tipo doloso del culposo, en tanto en este último necesariamente debemos tener un resultado, sin él estaríamos ante un caso de falta de TIPO. Aunque la acción haya sido imprudente -caso del automovilista que marcha a exceso de velocidad-, la carencia del resultado –elemento este perteneciente al tipo objetivo- no tendrá carácter típico si falta un resultado lesivo.

Sin embargo, no es un dato menor aclarar que el tipo culposo no puede explicarse desde el resultado, puesto que no se haya estructurado de ese modo³⁹. El resultado como tal comprende una función reductora, limitadora del tipo que no es otra que la de definir y caracterizar con la mayor precisión posible la materia prohibida⁴⁰.

Han sido sumamente enriquecedores los aportes doctrinarios que se pautaron desde la construcción dogmática del concepto de acción y el resultado, como elementos pertenecientes al tipo.

La relación entre ambos es objeto de un debate con alcances muy significativo, pues desde el lugar y el desempeño que se le asigne a cada uno, dependerá ni mas ni menos la concepción filosófica que se tenga sobre la discusiones dogmática en torno a el Derecho Penal como ciencia.

De considerarse que el resultado pertenece e integra el tipo, su ausencia significa que la conducta es atípica, que carece de relevancia penal, salvo los supuestos de tentativa, situación no comprendida para las acciones culposas, y esto no resulta tan descabellado si se parte de la idea de un Derecho Penal que protege bienes jurídicos y que éstos se identifican por la ley en el momento en que ésta indica cual es

³⁸ Eugenio R. Zaffaroni “Derecho Penal parte general”. Ed. Ediar, año 2002 pag. 549.

³⁹ Idem anterior pag. 554.

⁴⁰ Idem anterior pag. 555.

el efecto jurídicamente desvalorado al que se refiere. Acá se pone el acento en un desvalor del resultado.

Otro sector considera que el tipo está completo cuando concurren los elementos del tipo objetivo y subjetivo, siendo el resultado un elemento azaroso que obra sistemáticamente como una condición objetiva de punibilidad. Para esta corriente lo que realmente es relevante es el desvalor de acción.

No resulta menos relevante este tipo de interpretaciones en un derecho penal que se encarga del análisis de las conductas emprendidas a título de culpa, en tanto, dos conductas pueden ser igualmente descuidadas y por ende poner en peligro idénticos bienes jurídicos, sin embargo, porque en uno de los casos se produce el resultado que la ley indica y en el otro no, el autor de la primera puede ser castigado y el de la segunda quedará definitivamente impune.

Ahora bien, tratando de ahondar un poco más en el asunto y en lo que a nosotros no interesa, que sucede si ese resultado, no necesariamente proviene de una conducta que en su inicio pudo haber tenido un incremento del riesgo, pero que luego de ello, el propio sujeto pasivo se encargó de aumentar, situación que condujo al acontecer de ese resultado.

Es la existencia de un resultado lesivo lo que interesa al Derecho Penal, amén de las conductas emprendidas que puedan haber incrementado el riesgo que inicialmente el propio bien jurídico llevaba insito consigo.

Las normas penales prohíben la realización de conductas que eleven el peligro, incrementen el riesgo y desencadenen en un resultado lesivo. A poco de analizar las figuras de los artículos 84 y 94 entre otras de nuestro Código de Fianza, se advierte que necesariamente y amén de incurrir en una conducta típica de las allí enunciadas, el

legislador exigió el acaecimiento de uno o varios resultados –depende del caso– “*causar lesiones, causar la muerte*”, para que se configure el tipo.

Por ello, el resultado debe considerarse como un elemento objetivo constitutivo del tipo en los delitos imprudentes

4.2 a) W. FRISCH (Los problemas relativos a la imputación del resultado en el ámbito temático del comportamiento típico.)⁴¹.

Básicamente el interrogante pasa por delimitar entre el injusto de una conducta definida por el riesgo desaprobado y el resultado producido, y la existencia o no de una relación de determinación.

Existen tres grupos de conductas claramente definidas, según el autor.

En primer lugar la de aquellas personas que amenazan con llevar directamente a cabo acciones que incrementan el peligro o colocan en un riesgo definido determinados bienes jurídicos, sin el aporte de un intermediario víctima o tercero, como prefiera llamarse.

En un segundo lugar, las conductas que tienen ínsito el aporte directo o indirecto de la víctima, sin la cual el resultado lesivo sobre un bien jurídico no se habría podido llevar a cabo, es decir media la actuación de la víctima.

En el último lugar, encontramos conductas donde en mayor o menor medida el aporte de un tercero conectado con la conducta inicial del sujeto activo, menoscaba

⁴¹ Frisch, Wolfgang “Comportamiento típico e Imputación de resultado”. Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales S.A.. Madrid. Año 2004 Barcelona.

determinado bien jurídico.

Estos tres grupos podríamos aún sub-clasificarlos, aunque básicamente me abocaré, conforme el objetivo de la presente tesina, a tratar el segundo grupo.

No parece razonable que el derecho penal sea una herramienta que se utiliza para pretender legislar sobre peligros a los que los bienes jurídicos son expuestos por sus propios titulares, es decir, todo parte de la exigibilidad, no parece exigible proteger al individuo de peligros en los que él mismo se interna o a los que de una u otra manera él mismo se expone.

En este grupo se pueden encontrar los siguientes casos: *el turista que sale de excursión con el guía de la montaña, y haciendo caso omiso a sus consejos se desvía cayendo en un precipicio; *las relaciones sexuales –sin tomar los recaudos debidos– con persona que pueden transmitir enfermedades infecto contagiosas; *el ayudante en el número de lanzadores de cuchillo etc.

Las mayores complicaciones en este tipo de casos, aparecen en el marco de las actividades regladas, donde el sujeto activo sale del marco de la reglamentación o de alguna manera se llega al resultado por que es la víctima o un tercero quien se aparta de la actividad reglada. Caso del peatón que no cruza por la senda peatonal y resulta atropellado.

Ahora bien, la pregunta es la siguiente:

¿Estas cuestiones deben encontrar solución en la conducta típica o deberían ser entendidas como causales de justificación?

Históricamente el dilema fue planteado por los defensores de la teoría de los

elementos negativos del tipo –que entendían a las justificaciones como supuesto de faz negativo en la totalidad del injusto- y los que consideraban al injusto como un supuesto escindible entre el tipo y la antijuridicidad, cuyo nacimiento podemos hallarlo en la teoría del tipo de –Binding-

En principio debemos decir que, independientemente de la elegante salida que pretenda otorgársele al asunto, argumentos sólidos me llevan al convencimiento de negar la tipicidad cuando la víctima se desvía a través de su conducta, de una actividad reglada, ejemplo de ello nos lo da el aprendiz en el alpinismo que voluntariamente decide no colocarse los elementos de seguridad recomendados por su instructor. No puede trasladarse responsabilidad alguna a quien hacía las veces de instructor si se demuestra que este último actuó correctamente instruyéndolo sobre los elementos de seguridad que el aprendiz debía utilizar.

El alpinista determina un resultado absolutamente previsible y coloca al instructor frente a un acontecimiento cuya conducta deber ser considerada atípica.

4.3 Nexo objetivo – normativo entre acción y resultado.-

Un resultado injusto causado por un comportamiento humano es objetivamente imputable cuando este comportamiento ha creado un peligro jurídicamente desvalorado que de hecho se ha realizado en el concreto acontecimiento productor del resultado⁴²

Afirma Claus Roxin. “Solo resulta imputable objetivamente un resultado cuando el comportamiento del autor ha sido generador de un peligro no permitido para el objeto

⁴² Margarita Martínez Escamilla “La imputación objetiva del resultado”. Ed. Edersa, año 1992, pag. 39.

de la acción y su peligro se ha concretado en este último”.

Entre la creación del peligro y la producción del resultado puede haber transcurrido desde una milésima de segundos hasta un par de años. Distintos factores pueden haber aumentado o disminuido, o de alguna forma haber incidido en el peligro inicial que termina siendo el generador del resultado obtenido, sin embargo, no se puede confundir la creación de un riesgo con la constatación o la violación de un deber objetivo de cuidado. Suele entenderse en acciones riesgosas que el sujeto activo viola un deber objetivo de cuidado cuando se produce un resultado lesivo. La creación de un riesgo-prohibido/permitido-, no siempre se ve reflejado en el resultado. Hay riesgos relevantes y riesgos irrelevantes que pueden ocasionar un resultado. En general es el riesgo relevante el que importa desde una concepción objetiva del resultado, no siempre el comportamiento que crea un riesgo relevante tiene por acreditada la conducta lesiva, en diversas ocasiones existe la incidencia directa de un tercero o la propia víctima aporta un plus a ese riesgo para el acontecimiento del resultado. Veamos a continuación algún precedente jurisprudencial que viene al caso analizar.

Caso “Daniel Alejandro Petruf”.

Daniel Alejandro Petruf, bajo un aparente estado de epilepsia que había sufrido en momentos en que conducía un rodado automotor, perdió el control del mismo y como consecuencia de ello golpeó en varias ocasiones contra el guarda carril. Estas circunstancias, sumada a la aparente actitud pasiva del conductor ante los reiterados y desesperados pedidos de las víctimas para que detenga el rodado, motivaron que quienes hacían las veces de pasajeras, decidieran arrojarse del vehículo en

movimiento. Producto de ello, una de las víctimas falleció un día después, mientras que la otra sufrió heridas de importante consideración.

Entra en análisis, acerca de la incidencia epiléptica que habría protagonizado el encausado, una de las declaraciones vertidas el día del suceso, por parte de la damnificada sobreviviente. Al respecto la testigo sostuvo que el imputado no reaccionaba ante los constantes pedidos de ella y su amiga, incluso llegaron a tirarle de los pelos, lo cual constituiría un claro indicador del ataque de epilepsia que se caracteriza, entre otras cosas por una pérdida absoluta del conocimiento.

El tribunal desecha la posibilidad de aplicar el supuesto contemplado en el art. 34 inc. 1° del C.P., aduciendo que Petruf “ha introducido imprudentemente, en un momento anterior al hecho, una causa del resultado”

Analiza el caso, y resuelve imputarle el resultado a Daniel Petruf, a partir de la teoría de la “*actio libera in causa*”, esto es bajo aquellos supuesto en los cuales el autor pone en marcha un comportamiento actuando de forma responsable, pero que sólo desemboca en una acción típica cuando aquél ha perdido capacidad de acción, en otras palabras, el sujeto provoca en forma imprudente -en un momento anterior al ataque al bien jurídico- su falta de acción.

Desde ese marco, considera el tribunal de alzada, la imprudencia de Daniel Alejandro Petruf, todas apreciables con anterioridad al tiempo del evento.

El solo hecho de conducir un vehículo de pasajeros a sabiendas de su enfermedad, constituye de por sí, un elementos insoslayable a la hora de analizar la cuestión.

Por otro lado el tribunal actuante tuvo particularmente en cuenta que Petruf no realizaba tratamiento clínico desde el año 1997, lo cual refuerza a consideración del

mismo, el concepto imprudente

El tribunal para salvar las concepciones normativas concernientes al art. 34 inc. 1° del C.P. y la falta de comprensión de la criminalidad al momento del hecho, emplea la teoría de la *actio libera in causa* y la resume como aquellos supuestos en los cuales el autor pone en marcha un comportamiento actuando de forma responsable, pero sólo desemboca en una acción típica cuando aquél ha perdido capacidad de acción.

Sin embargo, nada ha dicho el tribunal respecto a el supuesto plan que había emprendido el autor para colocarse en esa situación, situación que por cierto se contempla en los casos que remite a la teoría de la *actio libera in causa*. Petruf, no había planeado esa situación, habiéndose consignado su conducta imprudente a partir de haberse colocado como conductor de un rodado de acceso público, a pesar de haber dejado desde hace tiempo un tratamiento clínico terapéutico para tratar su patología.

El resultado muerte y las lesiones que padeciera una de las pasajeras no le resulta imputado a Petruf por la conducta asumida al momento de cometer el hecho – principio de culpabilidad-, que se titula de imprudente, sino a partir de haber decidido conducir el vehículo automotor a sabiendas de su enfermedad hasta que las mujeres se arrojaran del rodado.

Así, ha sido el mismísimo profesor Marco Antonio Terragni quien utilizando la pluma para comentar el fallo aquí en cuestión, arribara a las siguientes conclusiones:

- a) Si no hubo acción, no pudo existir tipicidad.
- b) Si los elementos típicos del delito de imprudencia recién concurrieron cuando el sujeto se hallaba en estado de inconsciencia, no sería correcto imputarle una violación del deber de cuidado anterior, que resultaría atípica.

- c) Si, no obstante que la resolución lo expresa de manera distinta, en definitiva entiende que el conducir un automóvil, sabiendo el sujeto que puede sufrir un ataque de epilepsia, ya configura un elemento del tipo del delito culposo (violación del cuidado debido).

En cuanto a la teoría de la imputación objetiva esgrimida por el tribunal en el fallo en cuestión, acompañando el criterio adoptado por el autor del comentario al mismo, es correcto comprender que el incremento del riesgo no se vio reflejado en el resultado muerte y lesiones, sino que ambas situaciones se produjeron por la decisión de las afectadas de arrojarse del vehículo.

En el caso de autos, el resultado obtenido no ha provenido de la decisión adoptada por el conductor del rodado de asumir tal compromiso a sabiendas de su patología, sino de la propia decisión que adoptaran ambas damnificadas. De haber permanecido dentro del rodado y con motivo u ocasión del accidente, se hubieran producido los resultados contemplados en los arts. 84 y 94 del C.P., en ese caso sí sería correcto el análisis esgrimido por los Sres. Jueces en el fallo aquí tratado⁴³.

5. LA EVOLUCION DEL TRATAMIENTO DOGMÁTICO DEL COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA.-

5.1 Culpa concurrente – Compensación de culpas (su origen).-

⁴³ Petruf, Daniel A. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, sent. 22-08-2003, publicado en La Ley 2003-F, 26- La Ley 2004-B, 548, con nota de Marco Antonio Terragni.

En una primera fase histórica se mantuvieron en este grupo aquellas conductas cuyas actividades arriesgadas eran asumidas entre víctima y autor, actividades que básicamente eran tratadas desde el marco de la teoría de la causalidad para tener en cuenta la conducta de la víctima. El Tribunal Supremo de España las llamó “concurrencia de culpas”, la cual no ha recibido la atención necesaria por parte de nuestra doctrina nacional.

El tratamiento dogmático que le ha brindado la doctrina española a la compensación de culpas ha pasado por distintas etapas, teniendo una importante evolución cada una de ellas. Desde mi punto de vista, independientemente de cual haya sido la etapa que mejor se amoldara al tratamiento de la cuestión, considero que todas han resultado sumamente provechosas para abrir el juego a un abanico de posibilidades en el que pueda incursionar el juzgador.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, la conducta de la víctima aparece en un primer momento como con cierta irrelevancia en su tratamiento, en tanto poco interesaba su aporte si la conducta del autor claramente podía imputarse bajo alguna modalidad que los tipos objetivos abiertos nos tienen acostumbrados a enunciar –negligencia, inobservancia, imprudencia, etc.-, solo excepcionalmente en algunos casos muy especiales por cierto, podía llegar a verse que el accionar de la víctima hacía desaparecer la previsibilidad como elemento constitutivo del tipo.

Luego de ello la teoría de la causalidad, -con sus diversas concepciones- aparece comenzando a tratar con mayor seriedad el comportamiento de la víctima. Así, a través de la misma comienzan a analizarse ciertas conductas cuya participación o injerencia en el actuar del sujeto pasivo vemos que inciden directamente en el curso

causal de los acontecimientos, brindándose por ello un especial y pormenorizado tratamiento del lado objetivo del injusto.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala segunda, del 28 de abril de 1978, se declara que en lo penal no cabe compensación de culpas, pero que la conducta imprudente de la víctima puede aumentar o degradar la del autor, según que dé lugar a una mayor o menor previsibilidad del resultado. Sin embargo, no menciona para nada la posibilidad de exclusión de la imprudencia del agente por la existencia de una culpa conjunta o concurrente entre el autor y la víctima. Así, establece la sentencia mencionada:

“La doctrina sobre la concurrencia de culpas admite la posibilidad de modificar el grado de imprudencia del autor responsable, tanto en el sentido agravatorio como en el atenuatorio, cuando la víctima o sujeto pasivo del delito ha coadyuvado al resultado del ataque al bien jurídicamente protegido por el ordenamiento procesal, según que la conducta de éste último haya servido para una mayor o menor previsibilidad del evento y exigido una mayor o menor diligencia en la actividad del autor, sin que en ningún caso se dé la compensación culposa, ya que sería reconocer la extinción de responsabilidad penal por cauce o motivo compensatorio, doctrinas éstas recogidas reiteradamente por esta Sala como se pone de relieve en sentencias de 2 de junio y 8 de septiembre de 1976, 25 y 28 de enero y 7 de febrero de 1977, entre otras”.

Así también ha sostenido el Tribunal Supremo –sentencia de mayo de 1978- que la concurrencia de culpas no puede eximir de responsabilidad al autor, aunque sí rebajar su imprudencia, cuando afirma que la coexistencia de culpas no puede compensarse hasta el punto de exonerar de toda responsabilidad al agente, pero

influye de doble modo en el enjuiciamiento de los hechos a saber, moderando el cuántum de la indemnización procedente y rebajando la entidad de la culpa en que incurrió el sujeto activo.

Pero cabe hacer una aclaración al respecto. El Código Penal español clasifica, a diferencia de nuestro Código Penal Argentino, la culpa en imprudencia grave y en imprudencia leve.

Que el autor y la víctima cometan por ejemplo dos imprudencias gravísimas, no puede determinar que se equilibren contrapesen y borren entre sí, afirmando que para el caso es como si ninguna de las dos hubiera existido. Lo que tenemos es precisamente dos imprudencias gravísimas y lo que habrá que hacer es examinar individualmente cada una, aunque atendiendo también a la concurrencia e influencia de la otra para determinar si concurren los demás elementos del tipo imprudente (fundamentalmente el nexo causal, la previsibilidad y la imputación objetiva del resultado a la imprudencia) y si hay o no responsabilidad y en que grado.

Opiniones contrarias aparecen desde antaño entre Kart Binding y Francesco Carrara.

Binding señalaba que una cooperación o codeterminación del resultado por el autor y la víctima eran posibles tanto en el delito doloso como el culposo. Así propuso distinguir entre causación plenamente responsable y causación parcialmente responsable del resultado.

El que solamente ha sido semi-causante del resultado no podrá ser sometido a la pena del delito consumado, dado que aporta una actividad parcial deberá ser sometido a la pena de la tentativa. Sin embargo, esto sería imposible en el delito culposo puesto que todos ellos reclaman la causación total del resultado dañoso por el

autor.

Como consecuencia de ello, ante tal imposibilidad, el autor proponía en caso de compensación de culpas, una sentencia absolutoria

Ante el supuesto de que el ofendido sea un sujeto incapaz de acción, consideraba que el autor debía responder plenamente por el resultado (Angel Torío López “Significación dogmática de la compensación de culpas en el derecho penal”, Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989, pp 715 y s.s.).

Por su parte Francesco Carrara, coincidía con Binding en atribuir a la culpa de la víctima la función de excluir la responsabilidad del tercero autor. Consideraba que el principio de compensación de culpas es aplicable al derecho penal pues la función de la pena se causa en interés de todos los ciudadanos, por lo tanto la imprudencia de la víctima no constituye motivo suficiente para defraudar a los ciudadanos acerca de la sanción sobre la cual tienen derecho e interés (Francesco Carrara. Programa del Curso de derecho criminal. Parte general, vol I).

Estimo que el punto a considerarse en el tema aquí tratado, no radica en si existe algún problema fundamental en determinar si la víctima ha sido causa primera del hecho ilícito, sino en examinar si ha contribuido o no con su propia culpa a que la imprudencia ajena produzca el resultado dañino.

No puede bajo ningún punto de vista, serle imputado un resultado a quien no lo ha causado y no lo ha causado quien ha hecho algo que por sí sólo hubiera sido insuficiente para la obtención del mismo.

Cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, por lo tanto nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio

ocasionado por otro.

Sin embargo, una innumerable cantidad de autores opinan lo contrario -Manzini, Soler, Jiménez de Asúa, Bettioli entre otros-. La compensación de culpas no es aplicable en el derecho penal, fundamentalmente por el carácter público que ostenta la pena. La doctrina nacional ha seguido en forma mayoritaria las consideraciones dogmáticas de los autores precedentemente citados.

Ha dicho recientemente el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz que:

“...en materia penal las culpas no se compensan, cada uno de los sujetos partícipes en el accidente de tránsito hecho debe responder en la medida de su responsabilidad en la violación del deber de cuidado, razón por la que resulta lógico y razonable que se formule al imputado juicio de reproche por la violación al deber de cuidado que se le imputa — en el caso, por no haber respetado la prioridad de paso del automóvil que circulaba por una calle de doble mano y por cruzar la bocacalle a una velocidad superior a la permitida— y que resulta configurativo del delito de lesiones culposas en concurso ideal con lesiones culposas agravadas”.⁴⁴

Para muchos la acción culposa del autor, si bien pudo verse incidida por la conducta imprudente que haya emprendido la víctima, esas dos culpas no se compensan, debiendo permanecer distinguidas las dos responsabilidades existentes – autor/víctima-, pudiendo en todo caso ser analizada conforme a cada participación en la punibilidad, al imponer una sanción menor y en la concreta mensuración de la pena.

Ahora bien, compensar significa “repartir”. Desde el ámbito de lo civil lo que se reparte es el daño, de esta manera el *quantum* indemnizatorio se reduce, se

⁴⁴ Sentencia del TSSanta Cruz, “Guatti, Jorge D. s/Rec. Extraordinario”, 22-09-2006, publicado en La Ley Online.

compensa. Así el juez graduará cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas de manera concurrente a la cuantía del daño, lo cual conducirá a reducir el monto indemnizatorio por el daño causado, no siendo más que una ecuación matemática.

En la dogmática penal se habla desde hace bastante tiempo de “compensación de culpas”, con ello se hace referencia a que en ocasiones el resultado lesivo es consecuencia directa de una conducta imprudente del autor como de la propia víctima.

La acción imprudente y la violación de los reglamentos de tránsito tanto por la víctima como por el autor son ambas determinantes para el resultado. En el derecho romano los casos de esta índole se resolvían con la aplicación del principio *“paria delicia mutua compensatione dissolvuntur”* (los delitos iguales se disuelven por mutua compensación).

La concurrencia de culpas aparece como una de las soluciones posibles para el tratamiento de aquellas conductas donde autor y víctima comparte simultáneamente el resultado producido. Sin embargo, nuestra jurisprudencia nacional poco o nada ha receptado al respecto. La compensación de culpas gana exclusividad en el terreno del derecho civil y nada tiene que ver con nuestro derecho penal, como si se trataran de dos ramas del derecho pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos.

Bajo el lema de que “no hay compensación de culpas en el derecho penal”, nuestra jurisprudencia nacional ha negado constante y sistemáticamente analizar la incidencia que puede llegar a tener la conducta de la “víctima” en la imputación de un resultado o por que no de un comportamiento.

Se ha entendido así tradicionalmente que no existe compensación de culpas, propia del derecho privado, conforme la cual la responsabilidad sería distribuida entre el autor y la víctima en proporción a sus respectivas culpas⁴⁵. La culpa de la víctima no compensa la imprudencia o negligencia determinante del hecho por parte del autor.

Aunque sobre la base de una opción dogmática distinta, aparece una concepción político criminal liberal que trata de reducir la intervención del Derecho Penal.

Conforme a ello, se señala que de la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal cabe desprender su carácter secundario o accesorio no sólo respecto a otros medios del estado sino también respecto a posibles medidas de autoprotección del individuo – sujeto pasivo-. Los partidarios de esta tesis sostienen pues que la víctima tiene un deber de autoprotección⁴⁶

Con fundamento en la justicia y la equidad, la compensación o mejor llamada concurrencia de culpas, aparece como una forma de revelarse absolutamente a aquellas concepciones dogmáticas que quitaron por años la relevancia jurídico penal del comportamiento de la víctima y la incidencia que ésta última ostenta en el resultado.

Estamos hablando de una contribución co-causal, en menor o mayor mediada en el resultado lesivo.

Debería ser considerada en materia penal la compensación de culpas como lo ha sido siempre en materia civil. En tanto, en una correcta y objetiva valoración de un injusto penal no solo se analiza la relevancia del comportamiento del autor, coautor,

⁴⁵ S.C.B.A. Ac. 43.671 “Gómez, Carlos María c/Yamaguchi Federico Isaac y otro s/Daños y Perjuicios”. Sent. 14 de agosto de 1990.

⁴⁶ Rusconi Maximiliano. Nueva Doctrina Penal, 1977/B, pag. 767 y s.s. Ed. Del Puerto, año 1997.

partícipes –primarios y secundarios- sino de todos aquellos protagonistas que de alguna manera han contribuido con su accionar a la obtención del resultado lesivo, cuya afectación del bien jurídico el ordenamiento interno ha querido tutelar.

La infracción al ordenamiento jurídico por parte de todos aquellos protagonistas que de alguna manera u otra inciden en la vulneración de un bien jurídico protegido por el ordenamiento interno, debe ser analizada desde la constitución misma del injusto.

La concurrencia de culpas parece en la práctica haber puesto fin a un posible análisis de división de responsabilidades, situación que como dijimos aún subsiste en el derecho civil, donde el declarado culpable deberá responder por la parte que le compete conforme al daño causado (art. 1102 C.C.), ello independientemente de la cuestión prejudicial que criminalmente se analizara en el fuero correspondiente.

El derecho penal no permite la compensación de culpas, por lo tanto penalmente se responde por un todo, independientemente de la contribución que haya aportado la "víctima" con su accionar. Para salvar esta cuestión, la doctrina nacional ha recurrido en algunos casos a meter equivocadamente mano en los artículos 40 y 41 del C.P., evaluando el rol que asumió la víctima en el resultado lesivo, al momento de efectuar la mensuración de la pena.

De esta manera el imputado verá en el reproche penal - pena -, un mayor o menor grado en el contenido del injusto conforme al análisis que se haga sobre la participación que le cupo al sujeto pasivo.

El error de esta interpretación radica en entremezclar la imputación al comportamiento de la víctima en el análisis de la culpabilidad que le pueda caber al sujeto activo.

La reparación pecuniaria en principio parece no interesarle al jurista penal, sino

que le interesa saber si ha producido un RESULTADO calificado como delito "el que por" "causare la muerte, las lesiones etc.". Así la culpa ajena no elimina la propia, pudiendo ser evaluada en su caso al momento de la mensuración de la pena

Si a la culpa original del procesado se le suma una maniobra negligente de la víctima y se produce un resultado que menoscaba o pone en peligro bienes jurídicos de este último, debería en principio de precisarse cuál de las dos culpas ha sido la determinante del resultado.

Si se puede afirmar sin lugar a dudas que la conducta emprendida por la víctima y su propia culpa ha sido la determinante del resultado, aunque a muchos magistrados le cueste entenderlo, no habría problema de imputación alguno, debiéndose trasladar el tema hacia la propia y exclusiva imputación a la víctima el resultado lesivo. Podríamos mencionar entre otros, el caso del peatón suicida que se arroja debajo de un rodado cuyo conductor venía excediendo los límites de velocidad. Este conductor claro está, estaría cometiendo una mera falta de tránsito, pero en modo alguno nos encontramos en condiciones de afirmar que haya sido su conducta infractora la causación directa del resultado lesivo.

Muchas otras veces la conducta del sujeto activo comienza siendo negligente o violatoria de un deber de cuidado y en algún tramo de ella aparece una co-causa – llámese conducta negligente de la víctima- que coadyuva en el resultado lesivo, dando lugar a una complicada e intrincada discusión dogmática sobre sus posibles soluciones.

La mayoría de los autores entiende que debería en principio de ser posible, determinarse cual fue la culpa que haya incidido directamente en la obtención del resultado lesivo, cual sería de las dos culpas la dominante por decirlo de alguna manera.

Si la culpa del sujeto activo ha sido de tal magnitud que el hecho se hubiera producido aún sin la imprudencia de la víctima, su responsabilidad penal se deberá afirmar completamente.

Pero si la culpa de la víctima es la que razonablemente explica la causación del evento, no podría en principio, imputársele al sujeto activo la totalidad del resultado obtenido, en tanto el riesgo generado no es el mismo que el que se concretó en el resultado.

Las soluciones ante la situación planteada pueden ser muchas. En primer lugar debería determinarse cual fue la participación efectiva de cada uno de los intervinientes en el resultado lesivo. Así, debería establecerse a qué título responde el imputado o si se trata de una autopuesta en peligro por parte de la víctima, de una heteropuesta en peligro consentida, o de un caso de imputación a sí misma. Lo cierto es que la jurisprudencia y la doctrina dominante bajo ningún concepto aceptan la compensación de culpas para excluir de responsabilidad al sujeto activo. De constatarse esta, solo será analizada desde la mensuración de la pena a aplicar, es decir una vez configurado el injusto penal lo único que quedaría por evaluar es el merecimiento de reproche reflejado en la pena.

Así entonces, en el Derecho Penal Argentino, a pensar de ser necesaria una completa revisión del tema las culpas no se compensan. Ante un concurso de actos imprudentes emprendidos conjuntamente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, la eventual culpa de la víctima puede tener consecuencia para los efectos civiles y en torno al grado de culpabilidad del autor, pero no para exculpar penalmente a quien efectivamente provocó –a medias- con su conducta un resultado lesivo.

5.2 Consentimiento.-

El consentimiento ha sido tratado por los autores contemporáneos con mayor seriedad a partir de la construcción jurisprudencial dada por los tribunales europeos, siendo necesaria una profunda revisión a fin de evaluar su introducción dogmática en el marco de la teoría del delito.

En lo que se refiere a la utilización del concepto en sentido estricto, lo ubicaremos en los delitos imprudentes para no extendernos en demasía, aunque debe quedar debidamente aclarado que nada impide su análisis en los delitos de lesión dolosa.

El consentimiento tiene una larga y variada historia. Comienza con el jurista Romano Ulpiano aproximadamente entre el año 170-228 D.C., donde se transmite en el libro 47 del Digesto la frase "*nulla iniuria est, quas in volentem fiat*", es decir, "lo que se realiza con la voluntad del lesionado no constituye injusto".

La frase de Ulpiano se transforma en el tiempo en la máxima jurídica "*volente non fit iniuria*" (frente a aquel que lo quiere no tiene lugar ningún injusto), que todavía hoy forma parte de las citas de los intelectuales.

En sentido amplio el consentimiento implica lisa y llanamente la voluntad de la víctima ante una conducta que, vista desde el marco teórico podría catalogarse como ilícita. La aceptación consciente de la víctima a través de una conducta que podría interpretarse como arriesgada, asumiendo sus resultados, comprobado ello y aceptado normativamente, su inclusión podría excluir la infracción del deber objetivo de cuidado.

Sin embargo la doctrina no ha sido conteste en lo que a las implicancias dogmáticas hace, no han faltado autores que consideran al consentimiento como una

causa de justificación y otros que la ubican como una causa de exclusión de la tipicidad.

Pero también hubo autores –Roxin- que lo han considerado dentro del marco de la participación, elaborado desde la perspectiva de una autopuesta en peligro y/o heteropuesta en peligro consentida⁴⁷.

Consentimiento, aquiescencia, conducta autorresponsable, renuncia a la lesión, cualquiera sea la terminología empleada, todo apunta a la “renuncia” efectuada por el sujeto pasivo, a que el ordenamiento jurídico pueda inmiscuirse en la protección de sus bienes, es decir hay por parte del titular del bien jurídico un desinterés por la protección de un bien, que el ordenamiento jurídico está dispuesto a tutelar.

La problemática de la intervención de la víctima en el campo del consentimiento, entendido como causa de justificación o como elemento excluyente del tipo, es una de las modalidades mas extendidas en el tratamiento de las actividades emprendidas en forma conjunta y peligrosa, sin embargo, la vida como bien jurídico protegido, para la mayoría de la doctrina se ha clasificado como un bien jurídico indisponible. Por ende el consentimiento expreso de la víctima en una acción típica cuyo resultado sea el deceso de esta última, resultará irrelevante a los efectos de someter a juzgamiento la conducta del autor, careciendo de esta manera significación jurídico penal la manifestación del sujeto pasivo.

Así lo ha entendido entre otros, la doctrina alemana en lo que se refiere a la jurisprudencia del BGH *“solo puede consentir en la lesión del bien jurídico quien está autorizado a disponer de ellos, la vida humana sin embargo, no se encuentra entre*

⁴⁷ *Infra* 5.3

estos bienes”.

También así lo ha entendido el Tribunal Supremo español, Sala Segunda sentencia del 17 de julio de 1990, en Registro de Jurisprednecia Aranzadi (RA) 6728, donde el acusado, miembro de la Guardia Civil, que se encontraba compartiendo una reunión con varios amigos, alardeando de su buena puntería, fue retado por uno de los asistentes a la ocasional reunión para que con un disparo rompiera una botella que él colocaría en su boca para beber. El acusado aceptó el reto, pero disparó cuando el retador se había agachado para limpiarse unas gotas de vino. La bala comprometió el hemotórax del retador quien murió semanas después como consecuencia del disparo.

El acusado fue condenado por homicidio imprudente. La defensa apeló argumentando que el tribunal no había aplicado la teoría de la concurrencia de culpas, conforme a la cual la contribución causal de la víctima en el hecho debería excluir o degradar la imprudencia del acusado. El tribunal Supremo rechazó el argumento afirmando que se estaría en un caso de puesta en peligro tolerada por la víctima, pero que como la vida no es un bien jurídico disponible, ese consentimiento no podía eliminar la imprudencia del autor ni afectar el fin de protección de la norma de cuidado.

Está por demás claro que existe una importante diferencia en lo que respecta al supuesto de imputación a la víctima, con la conducta emprendida por un sujeto activo que actúa bajo el consentimiento del titular del bien.

En primer lugar no olvidemos que “la vida” como bien jurídico protegido, no se encuentra contemplado como bien disponible para excluir la imputación por consentimiento que pueda brindar su titular, situación que no se condice con la exclusión de la tipicidad por imputación a la víctima, donde el resultado proviene de su actuar negligente y no de un consentimiento -expreso o tácito-.

En la imputación a la víctima, claro está que su obrar conlleva al planteamiento de cuestiones relativas al tipo, en el consentimiento, independientemente de si este es entendido como causal de justificación o de exclusión del tipo, la situación parece ser mas complicada, en tanto habría que analizar cada caso en particular.

Distinta es la situación planteada por alguno autores que tratan el consentimiento en la creación del riesgo, así podría llegar a exonerarse al autor cuando la víctima haya consentido tan solo la acción peligrosa –véase el caso de “el barquero del Río Memel”-, sin que sea necesario el consentimiento en las posibles consecuencias del riesgo. Así se limitará la colisión de normas positivas que, valga la redundancia limitan la disposición de ciertos bienes. Pero solo podrá hablarse de una puesta en peligro autorresponsable cuando el afectado haya actuado libre y responsablemente en sentido jurídico y conociendo el alcance de su decisión así como las posibles consecuencias de su comportamiento.

Sin embargo, si bien el derecho a la vida que se encuentra consagrado constitucionalmente aparece como un bien indisponible a los efectos de otorgar eficacia a un consentimiento válido, muestra de ellos se encuentra en las figuras de instigación al suicidio, como también el homicidio a petición –eutanasia-, que no encuentra amparo legal alguno desde la justificación, no menos cierto es que existen ciertas actividades que implican por parte del sujeto pasivo disponibilidad sobre su integridad corporal. Ejemplo de ello son las actividades curativas por razones estéticas, o las lesiones producidas producto de actividades sadomasoquistas, la esterilización, el cambio de sexo, la extracción de un órgano para trasplante, prácticas privadas en las que no se vislumbra daño social alguno, en la medida en que exista por parte de su titular, capacidad jurídica para disponer del bien, como así también conocimiento pleno de la

actividad que consiente.

También se exige que el consentimiento se de brindar con anterioridad a la comisión del hecho, de lo contrario estaríamos frente a un perdón y no a un consentimiento.

Debe tratarse de una manifestación actual e inminente al desarrollo del suceso, pudiendo en todo momento antes del comienzo de su ejecución, retractarse el interesado. Y por último debe tenerse en cuenta que cualquier vicio sobre la voluntad – comprendido todos los enumerados en el ordenamiento civil, “error, amenazas, coacción, engaño etc.”- invalida el mismo.

La doctrina históricamente ha tratado el consentimiento con cierta reticencia.

En los delitos contra las personas de índole imprudente resulta de difícil aceptación la figura culposa, por cuanto ésta última se caracteriza precisamente por que el resultado es producto de algo no querido -el autor obra con culpa-, por lo cual mal puede pensarse que obre con culpa aquel cuya conducta produce un resultado lesivo sobre una víctima que "consiente" algo que se supone para el autor no era querido.

Distinta ha de ser la situación cuando lo que la víctima consiente, es participar en una actividad riesgosa, donde luego se produce un resultado lesivo que luego se imputa a título de culpa. En este caso la víctima presta su consentimiento en participar en una actividad riesgosa, pero de ningún modo en su resultado lesivo. Exonerar al autor de responsabilidad por el consentimiento riesgoso de la víctima sería equipara este consentimiento a la asunción del resultado.

Tal vez la salida correcta para el asunto, en el caso precedentemente mencionado, es analizarlo desde la autopuesta en peligro consentida o la asunción de

una acción a su propio riesgo, para luego establecer cuáles han de ser las consecuencias dogmáticas del caso.

Por lo tanto, el consentimiento en el riesgo no puede exonerar de responsabilidad al actuar negligente del sujeto activo para lo cual habrá que analizar si la víctima actuó mas allá de su consentimiento teniendo algún tipo de participación que incida en el resultado, pero no puede equipararse ese consentimiento a este último, de lo contrario se tergiversaría el instituto.

Para Cancio Meliá⁴⁸, el consentimiento no es más que una especificación del ámbito de responsabilidad preferentemente de la víctima, una sub-institución dentro del instituto de autorresponsabilidad de la víctima.

Cancio Meliá considera al consentimiento como un supuesto de autorresponsabilidad con ciertas particularidades, el cual requiere de la manifestación de la voluntad de la víctima sobre la disposición de sus bienes. Esta manifestación de voluntad debe ser entendida claramente, es decir una cosa es consentir la participación y disposición de sus propios bienes en relación a la asunción por parte ella de un riesgo permitido y por otro lado la existencia de que exprese el consentimiento dirigiéndolo exclusivamente al resultado lesivo.

Eugenio R. Zaffaroni⁴⁹ ubica el instituto dentro del ámbito de la tipicidad, mas precisamente dentro de la tipicidad conglobada del tipo, como lesividad o afectación del bien jurídico.

⁴⁸ Cancio Meliá Manuel, "Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal". Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 145.

Para el autor la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir solo la función de establecer el pragma típico, sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad.

Como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo (art. 19 de la C.N.), cuando se actúa bajo el consentimiento del sujeto pasivo, de esta manera el acuerdo o la asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo, impide tener por conformado el tipo en su forma conglobada.

En todo estado de derecho el no reconocer al consentimiento como eximente de responsabilidad criminal, no es ni más ni menos que respaldar la calidad confiscatoria del conflicto que asume el estado en relación a la víctima, bajo el ropaje del despreciado mensaje del "interés público".

El orden público ha mantenido desde el S. XIII hasta la actualidad el paternalismo autoritario del estado en la confiscación del conflicto.

El argumento utilizado por una importante corriente de autores que han interpretado al consentimiento como eximente de responsabilidad, radica en la ausencia de lesividad (art. 19 de la C.N.). ¿Por qué el estado tiene que tutelar bienes que el propio interesado no tiene interés en proteger?

No se puede separar el interés del particular con el concepto de bien jurídico, cuando se escinden y se desconoce al consentimiento efectos eximentes de responsabilidad, indirectamente se está desconociendo el concepto de bien jurídico que emana de la Constitución Nacional.

Según Zaffaroni al igual que Cancio Meliá, la doctrina tradicional distingue entre

⁴⁹ Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Ediar,

un consentimiento excluyente de la tipicidad y otro justificante. Para el justificante se requiere su exteriorización y conocimiento absoluto, sin vicios por parte del agente; para la atipicidad, bastaría con la mera existencia de este aunque no se exteriorizase. Luego el autor propone diversas situaciones a tener en cuenta en uno y otro caso.

También propone el autor que los casos de autopuesta en peligro, se resuelvan por el lado del consentimiento, en tanto, no diferencia entre consentimiento del riesgo y lesión como lo hace la doctrina tradicional, ya que el segundo no podría existir sino estuviese el primero.

La evolución de la doctrina en el tratamiento del asunto y la inclinación mayoritaria de esta última hacia el lado de interpretar al consentimiento como excluyente de la tipicidad por preferencias eminentemente dogmáticas y fundadas por la notable disminución del ejercicio del poder punitivo que se consigue al respecto, hizo que el autor diferenciara entre acuerdo (que elimina la tipicidad objetiva sistemática) y consentimiento (que elimina la tipicidad objetiva conglobada).

La elección de una u otra teoría –como excluyente del tipo o de la antijuridicidad- dependerá de la concepción que se tenga sobre el bien jurídico.

El consentimiento debe brindarlo el titular del bien jurídico y si el bien presenta una pluralidad de sujetos, solo se podrá otorgar el consentimiento en la medida en que no afecte la disponibilidad del bien en el resto de los cotitulares.

Claus Roxin considera que la doctrina hoy dominante distingue entre acuerdo -excluyente del tipo-, del consentimiento -justificante-. De esta manera establece que si la mujer acuerda el yacimiento, la conducta del varón ya no puede ser típica de una

Buenos Aires, 2000, pág. 562.

violación; si el titular de la morada ingresa a la misma con un tercero quien acuerda su ingreso con esta último, no hay violación de domicilio. Amén de ello el autor estima que no sucede lo mismo con los delitos de daño y lesiones, entre otros, donde el consentimiento del titular que dispone del bien jurídico no impide que la conducta del sujeto activo sea típica aunque no antijurídica por estar justificada.

Según esta opinión, el consentimiento excluye sólo la antijuridicidad.

Independientemente de las consideraciones dogmáticas, sea acuerdo, sea consentimiento, estamos ante una manifestación de la voluntad que según nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, podría llegar a ser expresa o tácita, aunque no faltaron los autores que simplificando la cuestión le han otorgado al acuerdo y al consentimiento indistintamente un efecto excluyente del tipo (Zipf, 1970; Horn; Daufmann; Welzel 1974; Maurach/Zipf; Roxin; Sacmidhäuser y Rudolphi entre otros).

La falta de claridad en las teorías clásicas ha conducido a la imposibilidad material de establecer fehacientemente cuando se trata de un acuerdo y cuando un supuesto de acción consentida⁵⁰.

Ahora bien, el consentimiento como excluyente de la tipicidad o como supuesto negativo de antijuridicidad no puede ser aplicado en todos los delitos. Existen casos donde el sujeto pasivo no tiene poder de decisión o no se puede otorgar viabilidad al consentimiento porque recae sobre bienes que pertenecen a la sociedad en su conjunto.

Tampoco podría brindarse consentimiento en delitos que afectan a la colectividad en su conjunto –ejemplo delitos ecológicos-, en ellos se protegen bienes

⁵⁰ ⁵⁰ Claus Roxin p.522.

jurídicos independientes de la voluntad individual; como tampoco podrían consentirse acciones delictivas donde el perjuicio sea ejercido contra la administración de justicia, ejemplo de ello nos lo da el artículo 275 del C.P. -falso testimonio-, delitos contra la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra la seguridad pública, contra el sufragio entre otros.

5.3 Autopuesta y Heteropuesta en peligro.-

El instituto aquí tratado recientemente por la moderna doctrina alemana, autores de la talla de Claus Roxin entre otros, tiene la particularidad de analizar la conducta del sujeto activo conjuntamente con la de otro sujeto, que por lo general participa causalmente en la producción del resultado típico.

Se vinculan a él las acciones emprendidas por la propia víctima, quien contribuye en la producción del o los resultados obtenidos mediante su conducta, resultando por demás considerable la cantidad de casos posibles.

El sujeto activo y la víctima pueden haber colaborado con diferentes aportes, con actitudes objetivas y subjetivas diferentes en la creación del peligro. La víctima puede haber coadyuvado para que el sujeto activo emprenda la acción que a la postre resultará peligrosa o incluso haberlo inducido a ella. Pueden haber mutuamente fomentado conductas auto-peligrosas mediante la entrega de cosas, objetos o haber motivado a la víctima en su accionar etc.

A partir de ello correspondería analizar la relevancia jurídico penal que tiene la contribución de la víctima en la producción del resultado. De esa manera se podría gradualmente ir analizando la contribución de la víctima en el suceso, llegándose de

ser pertinente, hasta la exclusión de la punibilidad del sujeto activo que también en el inicio puede haber participado en la producción del resultado.

Estamos hablando de supuestos coetáneos de participación en un mismo hecho, donde habrá que analizar muy sucintamente cual ha de ser la contribución mayor, si es que puede determinarse para la producción del resultado, y digo gradualmente ante un baremo de posibilidades que debe partir desde la tipicidad de la conducta, pasando por supuestos de culpa concurrente o negligencias simultáneas por llamarlo de alguna manera, hasta la propia y única conducta de la víctima. Así, el resultado obtenido será imputado a aquel cuya conducta haya sido de mayor relevancia o de mayor peso para su obtención.

Como al inicio del tratamiento lo planteara, fue Claus Roxin quien principalmente desarrolló una nueva aproximación a la problemática de la intervención de la víctima, víctima que desde un inicio aparece en el eje central de la problemática con su participación –autopuesta en peligro–.

El acompañante que convence al conductor para que este último conduzca a una velocidad superior a la permitida, motivado por la necesidad de llegar a tiempo a una cita y a consecuencia de ese exceso de velocidad se produce un accidente en el que resulta muerto quien lo incentiva, entre otros, han sido los casos que la doctrina moderna y la jurisprudencia intentaron resolver particularmente en Alemania, a través del consentimiento. En consideración de Claus Roxin, ha sido un camino erróneo.

No obstante, la jurisprudencia europea ha abierto otro camino o vía de escape al negar en los hechos imprudentes la violación del deber de cuidado “cuando alguien ha aceptado cierto peligro con claro conocimiento del mismo y el autor ha cumplido suficientemente ese deber general de cuidado”.

Independientemente de la consideración jurídico-dogmáticas de cada uno de los casos que han sido trabajados por el autor en su obra⁵¹, la forma correcta de plantear la cuestión debe ser orientada en la búsqueda del tipo, conforme al fin de protección que abarca la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.

Siempre en torno a las consideraciones del autor, en principio no resultaría igual la puesta en peligro de un tercero aceptada por este, que aquel que se coloca asimismo en peligro, en tanto en este último caso intentará dominar los peligros con sus propias fuerzas.

Sin embargo, podrían equipararse las situaciones ante la aparición de dos presupuestos.

En primer lugar que el daño sea la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales; y por otro lado, que el sujeto puesto en peligro tenga la misma responsabilidad por la actuación común que quien lo pone en peligro.

En ambos supuestos el sujeto deber ser consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro, de darse estos dos requisitos habrá “asumido el riesgo” y consecuentemente sus resultados.

La situación sería distinta si el conductor persuada al pasajero con otros motivos o intenta seducirlo a cambio de otros beneficios mal logrados, o se le oculta o minimiza los riesgos o si el fallo se debió a la mala conducción independientemente del riesgo asumido.

También aparecen en la problemática otros supuestos de casos donde el eje

⁵¹ Claus Roxin “Derecho Penal” Parte General, T I Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Traducción de la 2° edición alemana y notas por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Cponlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas 1997. Pag. 387.

central se asienta sobre “el autor”, quien aparece como la figura central y la víctima tan sólo está en la actividad arriesgada – heteropuestamente en peligro consentida-.

Para Roxin, la participación en una autopuesta en peligro será impune, no así en la heteropuesta en peligro consentida, la cual aparece cuando la víctima se expone al riesgo creado por otro, siendo plenamente consciente de ello.

Para este último grupo de casos habría que llegar a una valoración normativa distinta a la correspondiente de los supuestos de participación en una autopuesta en peligro, afirmando la responsabilidad del autor que pone en peligro al otro producto de que la víctima se encuentra más indefensa ante la generación de ese riesgo que en los casos de la autopuesta.

“No es lo mismo la organización consensuada entre dos o mas sujetos de una carrera de motos, violando las normas de tránsito y el ejercicio que reglamenta este tipo de actividades, asumiendo la posibilidad de obtener un resultado lesivo por mi propia conducta, que permita que un conductor temerario me lleve sobre un porta equipaje”.

Para el autor los ejemplos citados presentan claras diferencias, siendo el segundo supuesto donde el conductor debe necesariamente responder por su actuar imprudente por estar el suceso “dominado” por él mismo, encontrándose el lesionado más indefenso frente al primer caso de una clara autopuesta en peligro.

Pero no en todos los casos las diferencias son tan tajantes. Así aparecen casos que pertenecen a la heteropuesta en peligro pero que equivalen a una participación de una autopuesta en peligro y por lo tanto son impunes, exigiendo la concurrencia de 3 requisitos.

1.- La necesidad de que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien

realiza la puesta en peligro.

2.- Que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido y no de otro distinto.

3.- Quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del suceso que quien genera el riesgo.

Existen muchísimos supuestos que resultan de difícil encuadre para uno u otro caso, por lo cual, de enrolarse en la construcción dogmática de la auto y heteropuesta en peligro, el criterio propuesto por el autor subyace en el “dominio” de los elementos de riesgo que corresponda a la víctima (autopuesta en peligro) o autor (heteropuesta en peligro) en cada caso.

Las críticas que se han desarrollado en torno a la propuesta del autor, -Frisch y Otto entre otros-, tienen que ver con una posible mala predisposición inicial en la clasificación de los casos, en tanto de esta manera se prejuiciaría la solución con el solo hecho de introducir el caso en una u otra categoría.

Se propone evitar en principio el prejuizamiento, ubicando en uno y otro grupo el caso para arribar a una solución.

Para Frisch es más importante que la solución dependa de consideraciones de índole material. Si la concepción sistemática es correcta, la decisión acerca de la tipicidad o atipicidad de la conducta del autor debe poder fundamentarse tanto desde la perspectiva de la actuación de la víctima como desde la del autor mismo.

Sin embargo, fue el Tribunal Supremo Alemán donde aparecieron los primeros fallos que plasmaron la notable y distinguida concepción del autor, la cual puede gustar o no pero que indefectiblemente significó un gran avance en la dogmática penal. Así vemos el caso de la entrega de jeringuilla del año 1984 (*“Las autopuestas en peligro deseadas y realizadas de manera autoresponsable no se subsumen en el tipo de los*

delitos de lesiones o de homicidio cuando se realiza el riesgo asumido conscientemente con la puesta en peligro. Quien meramente provoque, haga posible o favorezca tal autopuesta en peligro, no incurrirá en punibilidad por delito de lesiones o de homicidio”).

Luego de ello no solo se contemplaron los casos de suministro de accesorios, utensilios necesarios para el riesgo en cuestión como la jeringuilla, sino que el Tribunal se introdujo al análisis de supuestos de entrega de estupefacientes, es decir un caso donde el autor facilitó el elemento creador del riesgo en sí. También la jurisprudencia se inmiscuyó en otros ámbitos como la entrega del rodado –fuente generadora del riesgo-, o la transmisión de enfermedades infecto contagiosas (V.I.H. etc.).

Nuestro sistema penal no permite la impunidad del sujeto activo aún cuando el sujeto pasivo haya creado dolosamente el peligro para su vida, por cuanto se castiga, a diferencia de lo que sucede en el Código Penal Alemán, la ayuda o cooperación en el suicidio.

Mientras Roxin creaba la figura de la “autopuesta en peligro” como un supuesto específico de la exclusión de la imputación objetiva, Luzón Peña llegaba a la impunidad del sujeto que interviene junto a la víctima, en función de consideraciones generales acerca de la teoría de la autoría en los delitos imprudentes. Ello lo realiza a través del concepto de la “determinación objetiva del hecho”, como elemento de la autoría de los delitos imprudentes de resultado, lo que condujo al autor al análisis de la intervención de la víctima en el suceso.

Una cualidad que marca nítidamente el curso del hecho hacía la producción del resultado típico y por ello determina objetiva y positivamente el hecho típico.

En la concepción desarrollada por el autor, la participación imprudente, más

precisamente las contribuciones que no determinen objetivamente el resultado, no resultan punibles en modo general.

Desde ahí deduce el autor por el principio de accesoriedad, que aquellos supuestos en los que la conducta del sujeto activo no determinen objetivamente el hecho serían impunes por constituir tan solo una participación imprudente en la conducta de la víctima.

“QUIEN CREA DE PROPIA MANO DIRECTAMENTE UN RIESGO, DA LUGAR RESPECTO DE SÍ MISMO UNA PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD PRINCIPAL RESPECTO DE LAS CONSECUENCIAS”.

De modo que aplicando esto a la concepción de la autopuesta en peligro, si el titular del bien jurídico ha creado de propia mano directamente un riesgo para su bien, es cuasi “autor contra sí mismo” y por ello responde en principio él mismo de las consecuencias. Por el contrario, una conducta que bien puede tener relevancia causal pero solo asume el carácter accesoria de otra principal, como ocurre en la participación, al no constituir autoría en principio carece de relevancia típica.

Distintos criterios de identificación en la simultaneidad de conductas harían posible adoptar un sinnúmero de diferentes soluciones posibles, lo cual resulta evidentemente necesario entre circunstancias excluyentes de pena y en todo caso portadoras de una corresponsabilidad atenuante de la misma.

Actualmente la doctrina nacional no se adentró a tratar semejante catálogo de posibilidades.

Hay quienes ven la sucesión temporal de conductas como algo irrelevante,

cerrando la discusión en la simple aseveración de que “la autopuesta en peligro de la víctima conduce a la impunidad del sujeto activo”, descartando de plano las consecuencias jurídicas que pudieran acarrear conductas subsiguientes o simultáneas de la víctima en relación a la conducta asumida por el sujeto activo.

Ahora bien, ¿Cómo debería de insertarse en un sistema jurídico penal la autopuesta en peligro de ser aceptadas por el ordenamiento jurídico interno?

Indudablemente, la conducta asumida por quien desde un inicio puede ser considerada víctima, que incide directamente con su aporte en la producción del resultado afecta directamente al tipo penal, aunque claro está, determina primordialmente la exclusión de la pena para el sujeto activo.

El principal argumento para la no punibilidad parte de la base de no realización de injusto, es decir, se priva al sujeto pasivo –víctima- de protección penal sobre la base de su propia conducta auto-peligrosa.

La mayoría de los autores son contestes en considerar que sólo podría tratarse el instituto en la no realización del tipo objetivo, puesto que se ha llegado a la producción de un resultado debido a la acción de auto-puesta en peligro de una víctima que comprende totalmente el riesgo de su actuación lo cual se encuentra fuera de la psique del autor. Sostener lo contrario sería formular exigencias en el tipo subjetivo de los delitos vedadas en materia penal, ante la imposibilidad de responder penalmente por los actos ajenos.

Correspondería consiguientemente a ello analizar dentro del tipo objetivo, cuales son los elementos ausentes que impiden completar el tipo.

En primer lugar, hay quienes piensan que se ve afectada la imputación del resultado, piensan ello los partidarios de la teoría de la imputación objetiva.

Sin embargo, autores como Frisch piensan que lo afectado es la calidad propia de la conducta del sujeto activo –llamado “tercero”-.

Para este autor no se puede negar la imputación del resultado, en tanto resulta inevitable puesto que en los casos correspondientes, el riesgo de la producción del resultado por medio de la correspondiente conducta del “tercero” se ha realizado, por lo tanto una negación de la imputación del resultado solo podrá apoyarse en que no se trata de una conducta cuya realización de riesgo sea desaprobada.

Considera el autor citado que en la medida en que no se otorgue protección típica frente a determinados comportamientos de tercero, a pesar de la posibilidad inherente a ellos de conducir a lesiones de bienes respecto de la víctima o en unión con la misma, no se trata de conductas comprendidas por el tipo y después excluidas de alguna forma, sino de conductas que desde el principio no están en absoluto comprendidas por el tipo. La conducta no se desaprueba en el sentido del tipo, es decir no está desaprobada por las normas de conducta que le sirven de base. Está claro que para el autor, ante el supuesto de una autopuesta en peligro autorresponsable de la víctima, falta “*ab initio*” una conducta típica prohibida, con esta ausencia de conducta típicamente prohibida queda suprimida la base para una imputación del resultado.

5.4 Incumplimiento de expectativas fundadas (Frisch)⁵².-

El autor propone el interés como centro de atención en conductas

⁵² Frisch, Wolfgang “Tipo Penal e imputación objetiva”, trad. De Manuel Canció Meliá, Beatriz de la Gángara Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, Colex, Madrid 1995.

autorresponsables.

Bajo esta rúbrica caen constelaciones de casos que podrían ser llamado de autoría mediata, como la inducción de alguien que actúa de buena fé o conductas dañinas para él mismo. Pero también cuando se está interesado en la conducta previa del tercero donde se cumplan ciertas condiciones.

Por ende, quien actúa subsiguientemente sobre la base de determinada conducta de tercero, suele estar interesado en la omisión de la conducta del tercero cuando las condiciones de una conducta propia, libre de peligro, no estén cumplidas y tampoco haya información sobre factores de peligro que no sean sin mas evidentes.

En atención a lo expuesto, actúa típicamente en los delitos de lesiones, homicidio etc. quien vende o alquila a otros –con las consecuencias correspondientes- objetos que no cumplan las condiciones necesarias para una manipulación libre de peligro durante el uso habitual o conforme al contrato o también cuando no se indiquen determinados factores de peligro. Cada caso será analizado individualmente. También debe juzgarse y tener presente la capacidad y conocimiento individual del agente. Ejemplo de ello sería el consejo médico dado para el tratamiento de una enfermedad, de aquel consejo utilitario y casero dado por una vecina. Es decir el que se coloca en una situación de riesgo que asume sabiendo los peligros que ello conlleva, no tendrá la misma salida dogmática si sigue los consejos de un profesional que si la situación de autorresponsabilidad nace a partir de los consejos de buena fe que le brinda un vecino.

5.5 Los aportes de la teoría de la adecuación social.-

Según la teoría de la adecuación, solo satisfacen al tipo aquellas condiciones de

un resultado en las cuales no era totalmente improbable que se produjera el resultado como consecuencia de las mismas.

Cursos causales que prescindan de toda experiencia de la vida no son considerados como típicos, sino que son excluidos como condiciones inadecuadas. En realidad la teoría de la adecuación, como ha sido reconocido desde hace tiempo, no es una teoría causal sino una teoría de la imputación. Ella no afirma nada sobre la lógica relación de causa-efecto, sino que responde a la cuestión de cuáles condiciones son relevantes jurídico-penalmente. Un curso causal que en realidad fue iniciado por el autor pero en el cual no fue realizado el peligro creado por él, no es adecuado, por lo que el resultado no se le puede imputar al autor.

Sin embargo el “principio de la realización de un peligro prohibido” creado como regla para la imputación al tipo objetivo, tiene un alcance en esencia mayor que la teoría de la adecuación, la cual es una pre-configuración incompleta.

Un comportamiento se entiende peligroso cuando es generalmente adecuado para la causación del resultado típico y es adecuado cuando aumenta de manera no insignificante las posibilidades de su producción.

Los seguidores de esta teoría para la resolución de casos, centran la mira en los siguientes puntos:

En primer lugar una conducta puede ser adecuada para un resultado si de la generación de peligro creado puede deducirse que cualquier observador objetivo podría haber previsto lo que ocurría. Si la respuesta es negativa y no concurren conocimientos especiales por parte del autor, entonces se niega la previsibilidad *ex ante* de la conducta.

En cambio, en aquellos casos en que se afirma la adecuación por que el

resultado típico podía preverse por el observador objetivo, el finalismo propuso una división temática, encauzando la adecuación en el tipo subjetivo y advirtiendo sobre la procedencia o improcedencia de supuestos de error⁵³.

Ya advertía Margarita Martínez Escamilla la existencia de un criterio prácticamente unánime entre los adeptos a la teoría de la imputación objetiva en cuanto a la aceptación de la adecuación de la conducta para la imputación del resultado, no faltando por cierto unos pocos autores, defensores de la doctrina de la imputación, que expresamente se oponen a la adecuación como principio de imputación⁵⁴.

A la idea de la adecuación como predicado del comportamiento se opone Jakobs, argumentando que se trata de un criterio antinormativo que se fundamenta en la estadística y en la experiencia más que en el fin de las normas penales.

Por su parte Rudolphi rechaza la idea de adecuación por considerarla un requisito totalmente ineficaz en la determinación de lo que es objetivamente imputable, basándose para ello en su fórmula sobre la experiencia general de la vida.

⁵³ Un ama de casa prepara una comida para su familia con unas latas de conservas de cuyo aspecto etiquetado no podía extraerse el que estuviese estropeadas, cosa que de hecho sucede, resultando intoxicados todos los que ingirieron la comida, debiendo pasar varios días en el hospital. Margarita Martínez Escamilla en "La imputación objetiva del resultado". Ed. Edersa, pag. 87/88, propone la siguiente evaluación para ver si existe adecuación o no. Uno debe colocarse como observador objetivo y evaluar si se pudo prever lo que ocurría. Si la respuesta es negativa y no concurren conocimientos especiales por parte del autor, entonces hemos de negar la previsibilidad ex ante de la conducta y no da lugar a plantearse en el tipo subjetivo la problemática del error. Sin embargo, se afirma la adecuación en aquellos casos en donde el resultado típico podía preverse por el tercer observador objetivo, por ejemplo por que las latas de conserva había superado con creces su fecha de caducidad. En el supuesto en que el tipo subjetivo se plantea un problema de error (el ama de casa cree que las latas de conservas están en perfectas condiciones por haberlas comprado en el día anterior), el carácter ahora vencible de éste, vendría prejuzgado en el tipo objetivo. Al afirmar que el observador prudente hubiera actuado o lo hubiera hecho de otra forma, ya estamos afirmando que el error era evitable mediante el empleo de la diligencia debida.

⁵⁴ Margarita Martínez Escamilla "La imputación objetiva del resultado". Colección de Criminología y Derecho Penal, Dirigida por el Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal. Ed. Edersa año 1992, pag. 101

Ahora bien, nuestro Código Penal argentino no contiene norma alguna que le brinde relevancia jurídico penal a la conducta de la víctima y su participación en el injusto penal. Como consecuencia de ello, la doctrina prácticamente se ha desentendido del asunto, eliminando antiguos criterios de imputación -culpa concurrente, imputación a la víctima o victimodogmática etc.-

Las figuras culposas de carácter abierto, advierten el arribo de "un resultado" como una problemática meramente casuística, es decir dado A más B igual a C.

No se ha logrado tampoco erradicar las figuras penales analizadas, desde la responsabilidad objetiva, siendo incansable en el aspecto tratado el trabajo dogmático que hasta el hartazgo ha combatido el derecho penal liberal -*versare in rei illicita*-.

Así, en los delitos cualificados por el resultado (arts. 165, 142 bis *in fine* etc.) el sujeto activo responde más gravemente por el resultado -muerte-, sin necesidad de previsibilidad alguna en el mismo, aunque la doctrina en el punto sea conteste en exigir el haber actuado al menos bajo el título de dolo o culpa.

Esta injusta situación pretendió ser salvada, aunque sin mayores logros por la teoría de la causalidad adecuada, estimando que solo pueden ser consideradas causas del resultado las condiciones adecuadas para su producción.

Pronto se puso de manifiesto que poco o nada tenía que ver con la causalidad, apareciendo duras críticas de autores como Jakobs, Rudolphi entre otros.

Fue la creación de un riesgo adecuado para poder atribuir objetivamente un resultado la idea predominante en el injusto imprudente, con una identidad básica en el tipo objetivo para los delitos dolosos y culposos, de tal manera que ambos no se diferencian hasta no llegar al tipo subjetivo. Pero no toda conducta peligrosa es relevante para imputar un resultado desde el punto de vista objetivo, es así que

arribamos para su mejor construcción a los conceptos que nos ha suministrado la dogmática del riesgo permitido.

6. LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA.-

6.1 Creación del Riesgo.-

Existen ciertas actividades que requieren de la existencia de la creación de un riesgo para encuadrarlas dentro de un supuesto de conducta típica. La creación de un riesgo aparece como un requisito *ex ante* para subsumir esa conducta en el tipo, la que por cierto no necesariamente debe ser reglada.

Ahora bien, la creación de un riesgo base debe tener una relación directa con el resultado lesivo.

Si el sujeto a) ordena engañosamente al sujeto b) trasladarse de un inmueble a otro, con el solo objeto encubierto de usurparle el inmueble de su propiedad y que era ocupado hasta ese entonces por el sujeto b) y a consecuencia de ello, este último sujeto fallece producto de un derrumbe que se produce en este segundo mueble que ocupa, no por ello el sujeto a) será autor penalmente responsable de un homicidio imprudente, en tanto, si bien su conducta contribuyó al acaecimiento del resultado mortal, no tiene una relación directa con este último.

Es importante afirmar que no puede considerarse abastecido los requisitos típicos cuando se trata de resultados provenientes en forma directa de riesgos a los que está expuesto cualquier ser humano.

La creación de un riesgo que incida directamente en el tipo requiere de una relación directa entre la conducta emprendida por el sujeto activo y el resultado producido, debiendo advertirse la posible multiplicidad de situaciones que puedan suscitarse ante la intervención de terceros o hasta de la propia víctima entre la conducta (creación de riesgo) y el resultado.

Para ilustrarlo mejor, pasaremos a ejemplificarlo a través de un gráfico.

a) * _____ b) _____ c) _____ * d)

- a) Inicio de **“CONDUCTA RIESGOSA”**
- b) y c) Incidencia de la conducta de un tercero o víctima
- d) **“RESULTADO”** obtenido.

En los puntos subsiguientes pasaré a explicitar con algo más de profundidad los conceptos hasta aquí vertidos.

6.2 El riesgo permitido.-

Se acostumbra a utilizar indistintamente el concepto de riesgo prohibido o peligro creado cuando se habla de imputar objetivamente un comportamiento o un resultado.

En contraposición a ello y a fin de no confundir al lector, también se habla de “el riesgo permitido” cuando se trabaja sobre el mismo análisis de imputación. Todo lo dicho parte de la ponderación de factores que rodean la conducta emprendida por el autor sujeta a análisis.

En el ejercicio de actividades regladas el emprendimiento de la misma conlleva *per se* peligros, amén de la utilidad social que de ella se desprenda. Cuanto más elevado es el peligro, mayores los riesgos que están dispuestos a tolerarse.⁵⁵

El supuesto del tráfico viario fue siempre un riesgo que la sociedad estuvo dispuesto a soportar, sin embargo, los avances tecnológicos en la industria automotriz como así también las majestuosas innovaciones en la construcción de autopistas, semi-autopistas y rutas, que fueron de la mano de un importante avance en la Seguridad Vial, ha incrementado notablemente el riesgo primogenio que la sociedad del siglo XIX estuvo dispuesta a soportar.

Existe en la actualidad una brecha enorme entre quienes pueden acceder a estas nuevas innovaciones tecnológicas de aquellas minorías que pueden disfrutar suntuariamente de estos bienes de la creación moderna.

Con estas consideraciones llegamos a la cuestión fundamental. Determinar cuándo la peligrosidad de un comportamiento es o no una peligrosidad permitida, en tanto, no todo lo socialmente útil debería ser soportable por el resto de la sociedad.

Así, el riesgo permitido aparece como un comportamiento realizable observando las reglas establecidas con el fin de mantener la peligrosidad de la acción dentro de un determinado nivel.

⁵⁵ Caso “Barchetta” *Infra* 3.6

Autores como Jeschek, han puesto el acento entre la relación del riesgo permitido y la diligencia objetiva, siendo el primero aquel que acompaña a una conducta objetivamente prudente, por ende presenta una similitud notable en este esquema hablar de la peligrosidad que acompaña a un comportamiento pudiendo ser esta o no permitida y, coincidiendo con lo que tradicionalmente llamamos conducta que lesiona o no un deber objetivo de cuidado.

El haber pasado de una concepción psicológica subjetiva de la culpabilidad a una concepción normativa, fue uno de los primeros logros tendiente a superar la teoría clásica del delito. Luego de ello el siguiente paso de la evolución dogmática lo dio Engisch, trasladando el deber objetivo de cuidado de la culpabilidad al injusto, basándose en consideraciones normativas en los delitos imprudentes. Desde este punto de vista el derecho penal ofrece un avance notable, en tanto no puede punirse meros procesos causales, sino tan solo aquellos comportamientos cuya tendencia hacia la producción del resultado lesivo sea reconocible desde un análisis *ex ante*.

Engisch comprende que las normas jurídicas solo pueden prohibir la adopción de conductas adecuadas para la lesión de un bien jurídico u ordenar la ejecución de acciones adecuadas para su evitación, desde estas consideraciones entiende Engisch que la adecuación o peligrosidad de la conducta es un elemento del tipo, sin embargo no hay que olvidar que Engisch identifica deber objetivo con adecuación, el riesgo permitido constituiría una causa de exclusión del injusto, un elemento negativo del tipo que entra en juego una vez afirmada la lesión del deber de diligencia. Posteriormente el autor cambia de opinión entendiendo que el comportamiento socialmente adecuado -en el sentido de riesgo primitivo- no constituye lesión de la diligencia exigida en el tráfico y si bien para los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo,

este puede ser interpretado -el riesgo permitido- como un supuesto de exclusión de la tipicidad o como una causa de justificación indistintamente, no siendo crucial su ubicación, Engisch se inclina por la primer posibilidad.

El riesgo permitido señala el límite mas allá del cual la acción comienza a violar el deber objetivo de cuidado. Es decir que, cuando el sujeto excede la posibilidad permitida de generar peligro, comienza a materializar uno de los elementos objetivos del tipo imprudente. Si el resultado es la consecuencia de ese incremento del peligro se le imputará objetivamente.

6.3 La realización del riesgo en el resultado.-

Un comportamiento objetivamente imputable, no necesariamente obtiene un resultado de la misma índole, todo queda sujeto a un presupuesto de segundo escalón en la imputación objetiva.

Existe una tendencia generalizada a afirmar que cuando a la realización de una acción le sigue la producción de un resultado típico, ante la existencia de una relación de causalidad entre la primera y la segunda, se afirmará la imputación objetiva de la lesión. Sin embargo esto no siempre es tan sencillo, en tanto no siempre la creación de un riesgo jurídicamente relevante reflejado en un comportamiento presenta una incidencia directa en el resultado.

Junto a la expresión riesgo permitido aparece otra, elevación o incremento del riesgo. El primer concepto juega su papel definiendo los límites de la tipicidad y la otra hace a la imputación objetiva.

Sería correcto interpretar que no hay tipicidad cuando falta el riesgo

jurídicamente desaprobado, aunque hay autores como Jescheck que creen que lo que hay que negar es la imputación objetiva y lo ilustra con ejemplos.⁵⁶

La realidad de la diferencia conceptual parte de la interpretación sistemática de los elementos que conforman la imputación objetiva, en tanto, lo que para algunos autores se mantiene dentro de la esfera de la imputación objetiva del comportamiento, para otros el riesgo permitido, permite -valga la redundancia-, tener por acreditado la imposibilidad de vincular su resultado típico a un comportamiento que para el derecho penal no tiene relevancia típica, aunque se llegue a la misma conclusión práctica. La diferencia estriba en el camino recorrido, por cuanto algunas acciones quedan excluidas *ab initio* mientras que otras podrían abrir el camino al análisis de la tipicidad y allí ser descartadas por atípicas.

El artículo 84 del Código Penal establece: "...el que por..." "...causare un resultado...". Está claro que el legislador hace alusión al tema que nos convoca y si bien se han escrito innumerable cantidad de trabajos al respecto, existe en la actualidad una marcada tendencia que pasa de una relación causal -entre acción y resultado-, para hablar de elementos normativos que impliquen la conexión entre uno y otro. Shmidhauser propone expresamente esa sustitución.

Otra tendencia doctrinaria prefiere no obviar el requisito de la relación causal, sino normativizarlos.

⁵⁶ Casos como aquel quien es mandado por su amo al bosque cuando amenaza tormenta para que lo mate un rayo; el tío rico al que su sobrino convence para que haga frecuentes vuelos en defectuosos aviones, con la finalidad de que fallezca en un accidente, o de la falsa noticia de un fallecimiento que debe producir la muerte por paro cardíaco de un pariente próximo. Hans-Heinrich Jescheck "Tratado de Derecho Penal" Parte General. Ed. Comares, Granada 1993, pag. 259.

En nuestra normativa interna "el que por"; "causare un resultado", está haciendo alusión a un requisitos mayor que la mera relación causal entre la acción y el resultado, de lo contrario debería interpretarse la norma como pura responsabilidad objetiva, en los términos que lo establece el art. 1113 del C.C.

Es decir, por mínima que sea la conexión entre la acción y el resultado, ya sea que este último se vea reflejado en la lesión de un bien jurídico, sería suficiente para imputar a una persona. De hecho en la práctica cotidiana así ocurre.

El derecho penal en el aspecto tratado necesita un cambio radical de ideas e ideologías. A partir de allí habría que comenzar a pensar en una mayor exigencia normativa a esta relación causal que existe entre acción y resultado. "El que por" "causare el resultado", no puede ser entendido como un dato meramente casuístico, se exige un plus de determinación que ni el finalismo, ni la propia imputación objetiva, entendida esta como un salto radical al neokantismo mezgueriano, han podido resolver. Siendo simplemente aplicada por criterios de comodidad en la imputación por simple responsabilidad objetiva.

6.4 Concurrencia de riesgos.-

Todo curso lesivo necesariamente requiere ser explicado, explicar en el sentido literal del término significa elegir dentro de un grupo determinado de condiciones aquella que mejor se amolde a la concreción del riesgo reflejado en el resultado. En ello, el comportamiento del autor o partícipe se define como causa determinante del

curso lesivo. Excluir la imputación jurídico penal significa darle una explicación a ese curso lesivo, ya que de una u otra manera todo curso lesivo debe ser explicado.

Siendo necesario hallar una explicación plausible a todo curso lesivo, ninguna afirmación relativa a la imputación jurídico penal que haya sido obtenida sin tener consideración a los demás modos explicativo, puede ser válida.

Ante la aparición de un curso lesivo, las variables explicativas nos conducen a diferentes soluciones posibles (la víctima, un tercero, el imputado). Si se lleva a cabo la imputación jurídico penal diremos que el resultado lesivo fue producto de un curso causal que fue impulsado por el propio imputado, de lo contrario la falta de imputación al mismo nos coloca ante una salida alternativa cuyo resultado en modo alguno puede serle imputado al sujeto activo, debiendo trasladarse la responsabilidad por la causación del curso lesivo a la víctima o a un tercero.

La situación se torna compleja cuando varias posibilidades de explicación aparecen en torno al aporte de un riesgo que se ve reflejado en el curso lesivo, es decir, varias personas participan en la creación de un riesgo cuya consecuencia produce un resultado lesivo.

Según Jakobs puede ocurrir que la víctima sea co-responsable sin que por ello desaparezca la imputación al autor. La responsabilidad del autor y la víctima pueden por lo tanto solaparse.⁵⁷

Ahora bien. ¿Que respuesta resultará favorable para la imputación ante la

⁵⁷ Ejemplo: quien caminando por la franja central de una carretera nacional resultaba lesionado a causa de la falta de atención de un automovilista, debe también atribuirse la lesión a sí mismo –sin perjuicio de la responsabilidad del conductor por lesiones imprudentes- dada la vulneración de los deberes de autoprotección. Günther Jakobs “Estudio de Derecho Penal”. Concurrencia de Riesgos:Curso lesivo y curso hipotético en Derecho Penal. Editorial Civitas S.A., pag. 275.

aparición de riesgos concurrentes?

En principio es importante mencionar que aquel riesgo que se anticipa a todos los demás y que no puede ser alcanzado por ellos será considerado determinante del curso lesivo. También puede ocurrir que los riesgos actúen en forma acumulativa y simultánea, aquí no se podrá arribar a una conclusión sin tener presente la realización del riesgo en el resultado.

¿Puede existir la multiplicidad de riesgos o varias personas que generan un solo riesgo?, ¿Responderán como coautores?

¿Un resultado podría ser imputado a riesgos múltiples o habrá que analizar cual de ellos resultó determinante?

Parece ser que esta última posición es la correcta. Riesgos concatenados pueden multiplicarse y producir un resultado pero estará en el juzgador la ardua tarea de verificar cual ha de ser -entre los riesgos existentes-, el que desencadenó el curso lesivo que se reflejó en el resultado.

Veamos un ejemplo. Un peatón cruza repentinamente la calzada a mitad de cuadra y saliendo imprevistamente entre dos autos estacionados, en ese preciso instante es atropellado por un conductor que circulaba en un vehículo automotor a una velocidad levemente superior a la permitida –*ver pto. 6.5*- .

Los tribunales nacionales históricamente han trabajado la infracción al deber de cuidado en que ha incurrido el conductor, como la causa desencadenante en el resultado. No faltaron quienes interpretaron que debería tratarse como un supuesto culpa concurrente, la cual no ha de ser admitida por el derecho penal.

Sin embargo, entre los aportes brindados por los sostenedores de la no ya tan moderna teoría de la imputación objetiva, podemos encontrar a quienes se han

animado a trabajar sobre la conducta imprudente, por cierto del peatón.

No faltaron quienes consideraran que, aún circulando el conductor dentro de los límites de velocidad permitido por la ley de tránsito, el resultado igualmente se hubiera producido, descartando de esta manera la responsabilidad del conductor del rodado, por cuanto la aparición sorpresiva del peatón ha sido la causa desencadenante del resultado -supresión mental hipotética-.

Otros autores consideran que la conducta emprendida por el conductor del rodado es merecedora de reproche penal, por haber perdido su titular la gobernabilidad del mismo al haber rebasado el límite impuesto por la ley de tránsito.

Independientemente de cual sea la postura que se adopte al respecto, estamos en condiciones de aseverar que ambos, peatón y conductor, han introducido a través de sus respectivas conductas, un riesgo que se ve reflejado en el curso lesivo y mas concretamente en el resultado.

De no haber existido ambos riesgos creados, el resultado no se hubiera producido.

De haberse comportado ambos sujetos de manera correcta, la conclusión parece evidente, el resultado no se hubiera producido.

Cierto es que las hipótesis *ex post* que se abarajen al respecto, conducen a la imposibilidad de una verificación empírica del suceso, en tanto, si el conductor del rodado hubiera respetado la velocidad permitida, tal vez o no, el resultado también se hubiera producido, siendo de exclusiva responsabilidad la negligencia que asumiera la víctima. Aunque también podríamos concluir que de haber respetado el conductor ese límite de velocidad, hubiera tenido una absoluta gobernabilidad del rodado y una mejor visión de lo que ocurría al momento de la circulación, por lo cual, con la atención que el

caso requería, hubiera detenido el vehículo a tiempo y evitar de esta manera la colisión sobre el peatón.

Resulta ilustrativa para comprender mejor lo expuesto un ejemplo tratado por el profesor Günther Jakobs⁵⁸.

"Al introducirse una carga en la cabina de un ascensor, el cable se rompe desplomándose la cabina y lesionando a un hombre. Estudios técnicos posteriores denotan que los cables que sostenían la cabina estaban defectuosos, de ahí que solamente soportaba una carga considerablemente inferior a la carga máxima autorizada. La carga introducida era sin embargo, muy superior a la carga máxima autorizada".

En relación con ambos defectos, diferentes personas pudieron en momentos distintos, haberse comportado sin el cuidado debido (no habiendo constatado el cable dañado, producto de la falta de mantenimiento o habiendo asesorado de manera incorrecta a los encargados de su manejo etc.).

Tanto para uno como para otro, la tendencia lesiva pudo no ser cognoscible, por lo cual puede tratarse de la concurrencia de dos cursos evitables o de dos cursos inevitables y accidentales.

Dos sujetos, el primero responsable de la falta de mantenimiento intensivo de un elevador -ascensor-; el segundo responsable por haber introducido una carga por demás superior a la permitida, la culpa resulta exculpatoria de uno hacia el otro.

El primero de los sujetos alega que de no haber habido sobre carga, el resultado lesivo no hubiera ocurrido, así los cables aún deteriorados habrían soportado el máximo de la carga permitida.

⁵⁸ Günther Jakobs, "Estudios de derecho penal". "Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho Penal", traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Ed. UAM, Editorial Civitas S.A., pág. 283.

El segundo alegaría algo mas o menos así, de no haberse encontrado deteriorados los cables y de haberse brindado el mantenimiento debido, la sobrecarga no habría producido el resultado lesivo, en tanto el sobre peso habría sido soportado por cables en buen estado y conservación.

Ambas argumentaciones parecen al menos correctas al tratar de brindar una explicación convincente a la creación del riesgo.

Resulta de difícil comprensión cual ha sido el riesgo conducente al resultado lesivo. Parece un tanto aventurado ante la aparición de riesgos concomitantes, determinar cuál de ellos incide directamente en el resultado.

Ambas estimaciones -en lo relativo al riesgo- son incompletas al sopesar una con otra.

Analizadas separadamente las actividades riesgosas, parecen no llegar por sí solas a un resultado lesivo.

La creación de un riesgo necesita imperiosamente la co-ayuda, por decirlo de algún modo, del otro. Si no hubiera habido sobrecarga, los cables por sí solo no se hubieran cortado. Si los cables no hubiesen estado deteriorados, la sobrecarga no habría producido daño alguno en un elevador que debería de haberse encontrado en perfectas condiciones de mantenimiento.

A todo lo dicho queda por determinar cuando una condición es perfecta para el resultado según el autor del caso.

La solución debe fundamentarse en la finalidad de la imputación jurídico penal. Por lo tanto, solo pueden hacerse afirmaciones si un devenir es al menos imaginable de modo relevante a los efectos de la imputación, debe tratarse de un comportamiento evitable o inevitable del tipo que pueda fundamentar una subsiguiente responsabilidad.

Varía la situación, y en ello acompaño las consideraciones del autor, si el riesgo resulta perfecto desde su inicio y lo que surge es una variación de circunstancias acompañantes o concomitantes en el seno del riesgo ya perfecto. Ejemplo de ello, los cables ocasiona que el elevador se desplome y ocurra un resultado lesivo.

En este caso, el riesgo es perfecto desde su inicio, la sobrecarga no ha hecho más que acompañar un resultado por demás previsible y evitable, de haberse colocado los cables de manera correcta. Esto no constituye ninguna particularidad de los riesgos en concurrencia, aunque aclara el autor que el “riesgo de reserva” -sobrecarga- ante un riesgo ya perfecto, se convierte en el causante del curso lesivo en el caso en que desista el responsable del primer riesgo perfecto.

Un riesgo puede no solo ser perfecto, sino que tal vez sea la conducta del hombre el que lo hace amo y señor del significado perfecto. Esto ocurre cuando una persona hace saber de manera inevitable, el riesgo de su círculo de organización sin organizar al mismo tiempo o sin haber organizado con anterioridad la revocación de dicho riesgo.

Resta saber a modo concluyente en el caso del ascensor, cual es el riesgo imprescindible que aporta la cuota de riesgo perfecto para la aparición del resultado lesivo.

Cierto es que, si bien el sujeto que introduce la sobrecarga genera un riesgo, no menos cierto es que no puede con su accionar dañar lo que ya está dañado, por lo tanto la defectuosidad de los cables ha sido generadora de un riesgo, que no puede verse aún más defectuosa por la colocación de un “riesgo de reserva”. Insisto, no se puede dañar lo que ya está dañado.

Ante este panorama estamos en condiciones de afirmar que la falta de

mantenimiento del sistema de cables del elevador, es un riesgo perfecto y ponderable para un curso lesivo que desencadena en un resultado lesivo.

El encargado del mantenimiento del elevador debería de haber tomado los recaudos debidos. Si esto hubiese ocurrido y aún así la sobrecarga hubiese producido la rotura del cableado, esta última sería la generadora de un riesgo perfecto único y desencadenante del resultado lesivo.

6.5 Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma.

Un capítulo aparte presenta el ámbito de protección de la norma.

La norma penal entendida ésta como la creación del legislador que obra en cumplimiento de un mandato constitucional preservando así el principio de legalidad, esta dirigida a la sociedad en su conjunto y tiene como finalidad, lograr que cada individuo se abstenga de realizar todo lo prohibido (art. 19 de la C.N.).

Las conductas sociales que no han sido incluidas dentro de las prohibiciones que establece el legislador -*vrbg andar en bicicleta, correr en la plaza,, fumar al aire libre etc.*-son producto de un desinterés legislativo cuyo principal motivo es el de no punir acciones que no vulneran bien jurídico alguno, sin embargo muchas de ellas conllevan la creación de un riesgo entendido este como un riesgo permitido.

El legislador sanciona normas penales destinadas a evitar conductas o acciones que generan un riesgo mayor al autorizado o permitido, y que el resultado lesivo aparezca íntimamente relacionado a ella, pero ¿Cuál ha de ser el ámbito de su protección y por ende de su prohibición?

Para ello deberemos preguntarnos si la acción emprendida se encuentra dentro

de las posibles acciones que la norma pretende prohibir por constituir la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Así, el fin que tendrá como objetivo la norma, es la protección de aquellas conductas que producen un riesgo de tal magnitud que presenta una relación directa con el resultado obtenido.

De esta manera se reduce el ámbito de su aplicación, evitando desmesuradamente su utilización para aquellos casos que la norma no tuvo en miras evitar o no ha querido proteger.

Pretender aplicar normas penales sobre conductas cuyos resultados no se encontraban amparados por el ámbito de su protección, es violar el principio de legalidad y hacer una interpretación extensiva de la norma, vedado por cierto en materia penal.

El ámbito de protección de la norma no abarca entre otros sucesos, aquellas situaciones originadas por terceros o por quien en definitiva sufre el daño, si es que resulta incontrolable para el sujeto activo.

Por lo tanto, le será objetivamente imputable a un sujeto aquella acción que pueda superar los filtros que se generan a partir de las exigencias de la creación de un riesgo que se incrementa y que se concreta en un resultado no querido –si obra a título de culpa- siempre que el sujeto activo no se haya visto beneficiado por la división de tareas donde pueda deslindar responsabilidades.

Si el resultado obtenido no ha sido producto de una violación de cuidado que la norma pretendía evitar, el autor estará exento de responsabilidad.

La temática abordada tiene como expresa finalidad explicar por qué no responde el autor imprudente de un atropello, por la muerte de la víctima que después de ser arrollado fallece a consecuencia de un incendio que se declara en el hospital al que ha

sido trasladada para ser curada de sus heridas⁵⁹.

En el caso de los accidentes de tránsito los resultados obtenidos a posteriori, que no provengan de una relación directa con el suceso negligente acaecido, como ser el incendio del hospital al que concurre la víctima; las infecciones producidas a consecuencia de la falta de curación sobre la herida producida, no han sido resultados que tuvo en vista el legislador al momento de llevar adelante la sanción de la norma penal. El fin de protección de la norma debe seguir siendo uno de los criterios básicos para excluir la imputación objetiva y de esta manera evitar la imputación de resultados que no guarden una relación directa con el objeto de protección.

El peligro de que alguien sufra un ataque cardíaco por el susto que recibe ante un conductor que maneja en forma imprudente, generalmente incrementa el riesgo aunque de un modo no considerable, siendo éste demasiado escaso para que el resultado aparezca como imputable. Las normas que regulan el tráfico automotor no tienen como finalidad la de proteger daños anímicos sino mas bien daños corporales y los peligros que se generan a partir de la circulación de un vehículo automotor, tanto para los conductores como los transeúntes.

El fin del mandato de prohibición que contiene la norma tiene un sentido específico y concreto. Cuando se imponen en las normas de tránsito limitaciones específicas, se está buscando proteger bienes jurídicos disponibles que pueden verse afectados mediante la conducta emprendida por terceros.

Cuando el legislador quiso que en la ciudad un vehículo automotor no supere la

⁵⁹ Enrique Gimbernat Ordeig. "Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida".

velocidad máxima de 40 km en zona urbana⁶⁰, tuvo en cuenta el riesgo que genera la circulación del parque automotor, tolerable por cierto, pero fundamentalmente la ingobernabilidad que puede ostentar un rodado al superar el límite precitado, riesgo que aumenta al llegar a una bocacalle y que por tal motivo se le exige al conductor la reducción de la velocidad a no más de 30 km/h⁶¹.

Ahora bien, las figuras descriptas en los artículos 84, 94, 203⁶² entre otros del Código Penal, está destinada a la protección de aquellos bienes jurídicos –la vida, la salud– que puedan verse afectados por el resultado lesivo producto de una conducta negligente, imprudente o antirreglamentaria, en la medida de que el mismo guarde una relación conexa con el riesgo jurídicamente desaprobado.

Si el conductor de un rodado automotor producto del exceso de velocidad, genera en un peatón, quien se dispone a cruzar la calle, un susto que le produce un paro cardio respiratorio que le ocasiona la muerte, amén de la sanción administrativa o contravencional que le pueda caber al conductor, no por ello debe de responder objetivamente sobre el resultado muerte acaecido, el que no le será imputable por cuanto esa particularidad no fue el riesgo que pretendía proteger la norma al momento de su creación.

Las normas destinadas al tráfico viario no guardan relación con las afecciones producidas por los peatones que puedan padecer problemas personales de salud, en tanto, las mismas están destinadas a proteger conductas riesgosas provenientes de la

⁶⁰ Art. 77 inc. 1 a) de la ley 11.430 de la Prov. de Bs. As.

⁶¹ Art. 77 inc. 6 a) de la ley 11.430 de la Prov. de Bs. As.

⁶² Según ley 26.524. B.O. 5-11-2009.

circulación⁶³

6.6 Fallo “B. M. L. s/ Homicidio Culposo” (sentencia 23/08/2007 – CJCatamarca).

En el fallo traído para el análisis, el Tribunal Supremo de la Provincia de Catamarca, resolvió confirmar la sentencia que condenó, como autor del delito de homicidio culposo a quien, circulando a excesiva velocidad en una ruta que atravesaba un establecimiento escolar, arrojó a un menor que había irrumpido en forma súbita en la calzada, al considerar que en el ámbito penal la culpa concurrente de la víctima no borra la culpa propia del conductor que se desplaza a una velocidad superior a la establecida en las normas de tránsito aplicables.

Entre otros precedentes que fija el pronunciamiento, el Tribunal Superior dijo:

“Debe tenerse presente que el art. 84 del Código Penal, en su primer párrafo, alude expresamente a aquel que "por inobservancia de los reglamentos" "causare a otro la muerte". En razón de ello, el conductor debe conservar en todo momento un dominio total del vehículo y guiarlo con prudencia. Ha de regular su velocidad de acuerdo a las dificultades del tránsito, observando las respectivas señales y la reglamentación vigente, de manera tal que su vehículo no llegue a constituir, en ninguna circunstancia, causa directa o indirecta de ninguna clase de daño a las personas ni a las cosas. Es decir, que B. M. L., no sólo debió disminuir la velocidad para conformarse estrictamente a lo dispuesto por nuestra ley de fondo, sino que debió extremar tal precaución, ya que la inobservancia de ella constituyó una infracción grave que fue la causa determinante del fallecimiento del menor de cuatro años de edad, K.A.R. Y tal

⁶³ Claus Roxin “Derecho Penal” Parte General, T I Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Traducción de la 2° edición alemana y notas por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas 1997. p.377.s.s .

accionar crea para el conductor la presunción de culpabilidad en caso de accidente, ya que el desarrollo de velocidades superiores o inferiores a las legalmente establecidas, significa que el conductor ha desarrollado una velocidad peligrosa para la seguridad de las personas, y en caso de accidentes la máxima responsabilidad recaerá sobre él, conforme lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 50 de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449.

La disposición apuntada debe ser evaluada en cuanto a que la culpa depende estrechamente de la naturaleza de la obligación y de las diligencias que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Más brevemente, del conjunto de las circunstancias del caso (ORGAZ, Alfredo, "La culpa - Actos ilícitos, p. 117). Asimismo debe tenerse presente que "cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos" (art. 902 C.C.)".

En el caso sub-examine, el a quo no ha aplicado erróneamente el art. 84 del C.P. De los hechos que da por probados surge que B. M.L. inobservó no sólo las reglas relativas a la velocidad en la que debía conducir, sino también, la de conservar en todo momento el pleno dominio de su máquina para que ello no constituya un riesgo para sí ni para terceros. En tal sentido el a quo tuvo en cuenta que habiendo reconocido el imputado que vio con antelación a un grupo de personas a ambos lados de la ruta, debió extremar su prudencia y cautela, pues a ningún conductor escapa en orden a la previsibilidad, de que un niño pueda irrumpir en la calzada de manera súbita, concluyendo el a quo que la culpa concurrente de la víctima de homicidio, no borra la culpa propia del automovilista que obró inobservando los deberes a su cargo.

Lo señalado precedentemente, me permite afirmar que el a quo ha sido extremadamente claro al sostener que "no se trata aquí de juzgar la conducta o actitud de la víctima, sino de aquel que es traído a proceso". *-lo subrayado es un agregado que me pertenece-* Ello así, porque si bien esto reviste interés al medirse la extensión del resarcimiento económico debido por B.M.L., no la tiene en el ámbito penal, en donde la culpa concurrente de la víctima no borra la culpa propia del automovilista que se desplazaba a exceso de velocidad en una ruta nacional que atraviesa zonas urbanas y que se encontraba próximamente a un establecimiento escolar en funcionamiento, debidamente señalado por el carril en el que se conducía el imputado. Por ello, entiendo que B.M.L. con las infracciones señaladas

puso un aporte necesario y eficiente en el proceso causal de producción del hecho, lo cual consecuentemente, me lleva de plano a rechazar el pretendido caso fortuito alegado por los impugnantes”.

Tal como lo vengo sosteniendo, el presente fallo a modo ilustrativo, muestra con nitidez como históricamente la jurisprudencia nacional no ha sido lo suficientemente comprometida con el tema, restándole relevancia a la conducta que pueda haber asumido un sujeto pasivo, en un accionar emprendido por un sujeto activo, que desde su inicio aparece como generador y creador de un peligro no permitido y que en definitiva genera un resultado no querido.

Agrega el Tribunal Superior:

“Las insustentables conclusiones vertidas por los quejosos de que aunque su defendido hubiese marchado a 30 km/hora, también se hubiese desencadenado el mismo desenlace fatal, finalizando su razonamiento de que no fue la velocidad el factor de determinación causal, sino el hecho de la víctima de cruzarse de manera súbita al paso del auto, no hacen más que traslucir sólo apreciaciones subjetivas que no tienen asidero jurídico.

En primer término, ya he adelantado que en el derecho penal, la culpa concurrente no libera de responsabilidad al autor del hecho, lo cual también ha sido claramente valorado por el a quo a fs. 192 del fallo en crisis. Sumado a ello, debe tenerse presente que tales afirmaciones han quedado plenamente desvirtuadas con el Informe Técnico Accidentológico el cual fue introducido legalmente al proceso y debidamente analizado por el a quo, en donde se estableció categóricamente que si dicho automóvil hubiera circulado a una velocidad de 60 km/Hora o inferiores a ella, el accidente era físicamente evitable deteniéndose totalmente a doce metros con cuarenta centímetros antes de la Zona Posible que transitaba el peatón (fs. 83). Reafirmando lo sostenido, dicho informe concluyó: "1°) La causa principal del siniestro vehicular, fue la velocidad que era animado el automóvil Marca Ford Fiesta, Dominio DVV-291, en inmediaciones de una escuela y una garita destinada a colectivo. 2) La velocidad mínima que

llevaba automóvil Marca Ford Fiesta, Dominio DVV-291, en los momentos previos al atropellamiento fue de 80,30 km/Hora. 3) La velocidad máxima permitida en el lugar del hecho según la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449, en el Artículo 51: Velocidad Máxima: inciso e) apartado 3) En proximidad de establecimientos escolares, deportivos y de gran afluencia de personas: Velocidad Precautoria, no mayor a 20 km/Hora, durante su funcionamiento. Y en el apartado 4) En rutas que atravesasen zonas urbanas 60 km/Hora, salvo señalización en contrario"⁶⁴.

7. ANALISIS SINTACTICO DEL ART. 84 DEL CODIGO PENAL

ARGENTINO.-

7.1 Una solución posible al sistema.-

En el siguiente punto veremos si una mejor redacción de la normativa vigente, permitiría solucionar los conflictos de imputación que se han presentado a lo largo de

⁶⁴ Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca (CJCatamarca). Sentencia del 23/8/2007. "B.M.L. s/Homicidio Culposo – Capayán – Catamarca. Publicado en LLNOA 2007 (diciembre), 1121.

este ensayo, tal como dogmáticamente los venimos analizando.

Al respecto la figura del artículo 84 del C.P. establece: “será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, **EL QUE** por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, **CAUSARE A OTRO** la muerte”.

La terminología no del todo feliz establecida en los tipos abiertos, como el aquí tratado y utilizado en las figuras culposas de nuestro ordenamiento interno, merece un tratamiento mas preciso.

La utilización de la frase “EL QUE”, haciendo referencia al sujeto activo del tipo penal, no parece ser del todo correcta analizada sintácticamente. Modificando la utilización de los términos tal vez lleguemos a un mejor análisis de la imputación. Por ejemplo, para hacer referencia al sujeto activo de la conducta típica sería más apropiado sustituir “**el que**” por “**aquel que**”, de esta manera indistintamente la norma estaría haciendo referencia directamente sobre aquel sujeto que participó en el obrar culposos, indistintamente como autor, víctima, o por que no un tercero.

La expresión **causara o causase** es propia del modo subjuntivo, que es un tiempo verbal muy utilizado por los abogados porque indica posibilidad –prevé situaciones- el tiempo verbal que utilizó el codificador –causara- como aquellos tiempos verbales terminados en “re”, no son la mejor expresión, sobre todo si se tiene en cuenta lo difícil que ha sido a los largo de los años superar viejas y desuetudas teorías causalistas.

En cambio, la frase “aquel que”, si bien parece resultar mas apropiada sustituyéndola de esta manera por “el que”, lo cierto es que en uno u otro caso se está

refiriendo al sujeto que con su accionar produce un resultado y cuando dice “a otro” está hablando concretamente de quien resulta damnificado con ese resultado. Todo lo cual impide que la frase “el que” y “a otro” pueda tratarse de la misma persona.

En consecuencia el artículo no puede incluir, al menos bajo esta redacción indistintamente a los mismos sujetos autor / víctima.

Veámoslo con un ejemplo: (AQUEL QUE) – (POR IRRESPONSABLE O REBLEDE) – (VINIERA AL COLEGIO SIN UNIFORME) – (SERA SUSPENDIDO)

AQUEL QUE VINIERA AL COLEGIO SIN UNIFORME, SERA SUSPENDIDO, en este caso el “aquel” sí parece poder ser utilizado indistintamente para cualquier sujeto que iría al colegio sin uniforme –autor / víctima, habida cuenta que la sanción es consecuencia inmediata de una condición adquirida por el sujeto activo, producto de una decisión que comprende a su propia persona –“venir al colegio sin uniforme”-, no ocasionando su accionar perjuicio alguno a terceros (art. 19 de la C.N.).

En cambio, nuestro Código Penal a través de un régimen de protección o tutela de bienes jurídicos ajenos, comprende conducta o acciones que si generan u ocasionan perjuicios a terceros, o al menos así debería de serlo.

Ante tal circunstancia propongo la siguiente redacción del art. 84 del C.P.:

ART. 84: “Aquel que causare la muerte de otro, por su impudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, si el caso lo requiere, por cinco a diez años.

Siempre que la víctima con su obrar, no haya contribuido a la causación

del resultado, pudiendo el juez en su caso, reducir la pena a la mitad del mínimo legal o eximirlo de ella”.

La inordinada subjetiva que inicia con “aquel que” continúa en “causase la muerte a otro”. Por lo tanto la relación entre “aquel que” y “causare la muerte a otro” es inminente porque juntas forman el sujeto de la oración. De esta manera queda solamente abarcado en la conducta típica, aquella que directamente causare el resultado, siendo de exclusiva competencia de la víctima, cuando esta última causare su propia muerte, lo cual tornaría la imputación para el sujeto activo, como atípica.

Por su parte, el último párrafo prevé los casos donde existan culpas concurrentes o desvíos causales por la intervención de la propia víctima en el resultado, dejando a criterio del juzgador la aplicación de la pena, en el caso que lo considere conveniente, o eximirlo de ella conforme a los distintos criterios de oportunidad que presenta cada legislación ritual.

El último párrafo del artículo propuesto ya no incide directamente en el análisis del injusto, sino directamente en la punibilidad.

Abarcaría aquellos casos donde la conducta típica y antijurídica emprendida por el sujeto activo, recibe un aporte no menos importante e influyente, por parte del sujeto pasivo, pudiendo el juzgador en su caso, conforme al principio constitucional establecido en el art.19 de la Carta Magna –principio de lesividad-, llegar a eximir de pena al imputado, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen –principio de oportunidad-

La modificación que aquí se propone sería también aconsejable para figuras culposas como la del art. 94 del C.P., con la correspondiente salvedad del resultado obtenido.

URIEL A. LICHARDELLI

Abogado

BIBLIOGRAFIA

ALTAVILLA, Enrico “La culpa. El delio culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico”, Temis. Bogotá 1978.

BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal”. Parte General, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

-“El consentimiento del lesionado en el Derecho Penal y la dogmática española, en justificación y exculpación en derecho penal. Centro de estudios judiciales-Universidad Complutense. 1995.

BUSTOS RAMIREZ, Juan “Introducción al Derecho Penal”, 2da edición, Temis, Bogotá, 1994.

-“El delito Culposo” Ed. Jurídica de Chile. Año 1995

-“Manual de Derecho Penal. Parte General”, 3º ed.,Ariel, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMIREZ, Juan y LARRAURI, Elena, -“Presente y futuro de la Victimología”, Temis, Bogotá año 1993.

CANCIO MELIA Manuel, "Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal". Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Bosch, Barcelona, 1998.

-“Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva, en el funcionalismo en Derecho Penal”, Libro Homenaje a Günther Jakobs, Universidad del Externado, Colombia, 2003.

-“La exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima” Imputación a la víctima, en Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, Ad Hoc, Buenos Aires 1998.

-“Líneas básicas de la teoría de la Imputación Objetiva”. Ed. Jurídica de Cuyo. Mendoza.

CANCIO MELIA, Manuel – FERRANTE, Marcelo – SANCINETTI, Marcelo

A. “Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva ”. Ed. Ad-hoc. Buenos Aires 1998.

CANCIO MELIA, Manuel y SUAREZ GONZALEZ, Carlos -“La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”. Publicado en Cuaderno de doctrina y jurisprudencia penal n° 7. Año 1996

CASTALDO, Andrea R. “La imputación objetiva en el delito culposo de resultado” Ed. B de f. Año 2004.

DE NORIEGA, Juan Ortiz – LARIOS SANCHEZ, Cristina – PEGROS, Juan Carlos – MONREAL DIAZ, Ana “Código Penal Alemán StGB, Código Procesal Penal Alemán StPO”. Ed. Marcial Pons, Madrid. Año 2000

DORNSEIFER, Gerardo “Clasificación del ilícito por el resultado: ¿un vestigio de la pena de sospecha?. Traducción castellana de Marcelo Sancinetti del original *Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg – ein Delikt der Verdachtsstrafe?* Publicado en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufman, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989.*

DONNA, Edgardo A. “La autoría y la participación criminal” Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1998.

FRISCH, Wolfgang “Tipo Penal e Imputación objetiva” Ed. Colex, año 1995.

-“Comportamiento típico e Imputación de resultado”. Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales S.A.. Madrid. Año 2004
Barcelona.

-“Tipo Penal e imputación objetiva”, trad. De Manuel Canció Meliá, Beatriz de la Gángara Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, Colex, Madrid 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique "Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida", en *Criminalia*, Año LXX NC 1, enero-abril de 2004.

-“Delitos cualificados por el resultado y causalidad”. Maestros del Derecho Penal. Ed. B de f. Montevideo - Buenos Aires Año 2007.

-“Estudios de Derecho Penal”, Civitas, Madrid, 1981.

JAKOBS Günther “Derecho Penal Parte General”. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis S errano González de Murillo. Ed. Marcial Pons. Ediciones jurídicas S.A.. Madrid. Año 1997.

-“La imputación objetiva en el derecho penal”, trad de Manuel Cancio Meliá, Ed. Ad-Hoc,, Bs. As. 1996.

-“Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho Penal, en ADPCP, Ministerio de Justicia, Madrid,t. XLII, fasc. 1 enero.abril de MCMLXXXIX, pag. 1051 y ss.

-“Estudios de derecho penal”.“Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho Penal”, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Ed. UAM, Editorial Civitas S.A.

-“La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte, traducción de Cancio Meliá.

Versión mecanografiada.

JESCHECK, Hans-Heinrich "Tratado de Derecho Penal" Parte General, 4º ed, traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada,, 1993.

JIMENEZ DE ASUA, Luis "Tratado de Derecho Penal", 2º ed, Losada, Buenos Aires, 1956.

-“Problemas modernos de la culpa, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Nª 1, 1968.

LOPEZ DIAZ, Claudia "Acciones a propio riesgo". Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad. Ed. Universidad Externado de Colombia. Año 2006.

LUZON PEÑA, Diego Manuel "Comentarios a las sentencias TS 28-4-1978 y 3-5-1978. Concurrencia de culpas y autoría y participación en los delitos imprudentes"

-“Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente. Valoración de las aportaciones causales”, en Revista de Derecho de la circulación, Nª 6, Madrid, 1984, ps. 275 y ss.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita "La imputación objetiva del resultado" Colección de Criminología y Derecho Penal dirigida por el Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal. Ed. Edersa. Madrid Año 1992.

-“¿Relevancia en los comportamientos alternativos conforme a derecho en la imputación objetiva del resultado? En Omisión e imputación objetiva en el derecho penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin, Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

MIR PUIG, Santiago “Derecho Penal Parte General”. Ed. PPU Barcelona 1990.

-“Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”. RECPC 05.05. Año 2003.

-“Función de la Pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de derecho” Ed. Bosch, Barcelona. Año 1982

MUÑOZ CONDE, Francisco “Teoría general del delito”, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1989.

NUÑEZ, Ricardo “Tratado de Derecho Penal” Parte Especial, Lerner, Buenos Aires, 1978, t, IV.

OUVIÑA, Guillermo “Examen crítico de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en LL 1983-C-1064.

PRITTWITZ, Cornelius “La resurrección de la víctima en al teoría penal”. Publicado por HeinOnline 3 Fuff Crim LRevista 109 (año 1999/2000)

REYNA ALFARO, Luis Miguel –Director-, Beristain Ipiña, Botke, Bovino, Braga Calhau, Cancio Meliá, Düber, Hörnle, Jaén Vallejo, Queralt Jiménez, Parma, Pastor Muñoz, Pérez Cepeda, Reyna Alfaro, Silva Sánchez, "Derecho procesal penal y victimología". Ed jurídicas Cuyo. Año 2003.

ROXIN, Claus "Derecho Penal – Parte General", Traducción de la 2º edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Ed. Civitas, S.A. año 1997.

-“Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal”. Traducción a la sexta edición alemana por Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Ed. Marcial Pons. Madrid. Año 1998.

-“Determinación judicial de la Pena”, Roxin Claus, Beloff Mary, Magariños Mario, Ziffer Patricia S., Bertoni Eduardo Andrés y Ríos Román Teodoro. Prólogo de Julio B. J. Maier Ed. Del Puerto año 1993.

-“La reparación en el sistema de los fines de la pena”, trad de Julio B.J. Maier y Elena Carranza, Justicia Penal y Sociedad, Octubre de 1991

-“Problemas básicos del Derecho Penal,” trad. De Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976.

-“Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, versión castellana de Enrique Bacigalupo, Desalma, Buenos Aires, 1979.

RUSCONI, Maximiliano “Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal Moderno” Principio de culpabilidad. Víctima e ilícito penal. Riesgo permitido. El comportamiento alternativo conforme a derecho. Responsabilidad de las personas jurídicas. In dubio pro reo (Víctima e ilícito penal” Algunas reflexiones sobre la victimodogmática). Ed Ad-Hoc año 1996.

SANCINETTI, Marcelo A. “¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados? Universidad del Externado de Colombia. Año 1996.

-“Teoría del delito y desvalor de acción”. Ed. Hammurabi Bs. As., 1991.

SCHÜNEMANN, Bernard "El sistema del ilícito jurídico penal: Concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y la parte especial"

SILVA SANCHEZ, Jesús María “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática en Criminología y Derecho Penal al Servicio de la persona. Libro homenaje al Prf. Antonio Beristain Ivac-Krei san Sebastián año 1989.

SOLER, Sebastián, “Derecho Penal argentino, actualizado TEA Bs. As. 1988.

STRTENWERTH, Günther, “Derecho Penal” Parte General, I El hecho punible, traducción de la 2 ed. Alemana, 1976, por Glays Romero. Edersa, Madrid 1982.

TORIO LÓPEZ, Angel “Significación dogmática de la compensación de culpas en el derecho penal”, Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989.

VILLAR, Mario “Dogma causal y objetivismo tardío: la teoría de la imputación objetiva”
Revista Doctrina Penal. Año 1991

WELZEL, Hans “Derecho Penal Alemán. Parte General” Traducción a la 12° edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Ed. Jurídica de Chile. Año 1987.

ZAFFARONI, Eugenio R. “Teoría del delito”, Ediar, Buenos Aires, 1973.

-“Tratado de Derecho Penal”. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2000.