



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“LA VICTIMODOGMÁTICA”

TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADA EN

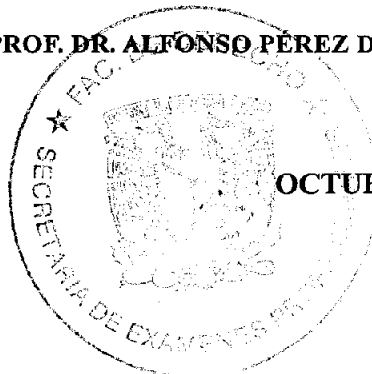
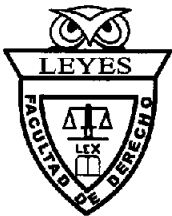
DERECHO PRESENTA:

ROSA SAN JUAN GARCÍA

ASESOR: PROF. DR. ALFONSO PÉREZ DAZA

MÉXICO, D.F.

OCTUBRE 2005



0350467



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/212/SP/11/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

La alumna **SANJUAN GARCIA ROSA**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección de el **DR. ALFONSO PEREZ DAZA**, la tesis profesional titulada "**LA VICTIMODOGMATICA**" que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **DR. ALFONSO PEREZ DAZA** en su calidad de asesor, nos informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LA VICTIMODOGMATICA**", puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **SANJUAN GARCIA ROSA**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 07 de noviembre de 2005


LIC. JOSE PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

Unidad de la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Rosa Sanjuan
García

FECHA: 2-12-05

FIRMA: F. P. [Signature]

DIOS:

Para tí no hay palabras que alcancen, porque en tu magnificencia te has acordado siempre de mí y conmigo estas.

A MIS PADRES:

PEDRO Y GUADALUPE, Que siempre han sido el soporte con el que cuento para hacerle frente a la vida. Porque solamente la superación de mis ideales me han permitido comprender cada día su difícil posición, ahora todo ello cobra frutos debido a su profundo amor e inquebrantable voluntad y lucha por mi bienestar, inculcandome siempre con el ejemplo los principales valores morales, amor hacia la vida y hacia mis semejantes, ustedes ennoblecen el significado de ser padres... los amo y me siento orgullosa de ustedes. Gracias por todos los desvelos y sacrificios que ha significado el sacarme adelante... el apoyarme incondicionalmente, los quiero con todo mi corazón.

A MI DULCE Y PEQUEÑA POLIS:

... Hija tu felicidad es mi reto más grande y la razón de mi existencia, Te amo y cada día agradezco la bendición de tenerte conmigo.

A MIS HERMANOS:

GUADALUPE, MIGUEL, PEDRO, HUMBERTO Y L. ANGEL, Que con su amor y paciencia han quitado de mi camino los obstáculos... que han compartido mis fracasos y triunfos con la misma entereza, dándome amor, seguridad y confianza, siempre los llevo en el corazón. Hoy comparto con ustedes uno de mis más grandes anhelos, agradezco el haberme acompañado a lo largo de mi existencia y aceptarme tal cual soy, compartiendo siempre mis errores y aciertos como si fueran de todos. La vida gira y la gente cambia, pero lo que nunca cambiara entre nosotros es la forma tan particular que tenemos de querernos, brindándonos amor y apoyo, permaneciendo unidos por siempre....

A MIS AMIGOS:

Ya todas aquellas personas con quienes me unen lazos inolvidables de gratos recuerdos cariño, afecto y tiempo compartido ..., muy especialmente a Gisela Galavis.

A MI ASESOR Y HONORABLE JURADO

Dr. Alfonso Pérez Daza, por su apoyo, paciencia y sobre todo por compartir sus bastos conocimientos, ejemplos a seguir...

A LA UNAM:

*"Alma Mater" ...
A la Facultad de Derecho, el herraje de tantos sueños.*

....MIL GRACIAS.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I VICTIMOLOGÍA

1.1	Consideraciones previas	1
1.2	Origen y desarrollo de la victimología	5
1.2.1	La víctima en el proceso acusatorio antiguo y en el proceso inquisitivo	7
1.2.2	La venganza privada y las formas históricas sustitutivas	8
1.2.3	La venganza en la Roma antigua	12
1.2.4	Tratamiento de la venganza en Italia	14
1.2.5	Tratamiento de la venganza en México	16
1.3	La expulsión de la víctima del proceso penal	18
1.3.1	El proceso inquisitivo y la expropiación del conflicto	18
1.3.2	La reforma liberal y la víctima	20
1.4	Al reencuentro con la víctima	21
1.4.1	La criminología redescubre a la víctima	21
1.4.2	Precursores de la victimología	23
1.5	La criminología y su concepto	25
1.6	De la criminología a la victimología	27
1.7	La victimología y su concepto	28
1.8	El concepto de víctima	30
1.8.1	Etimología de "víctima"	31
1.8.2	Definiciones en relación con la víctima	33
1.9	La victimología como disciplina científica	36
1.9.1	¿Es la victimología una ciencia?	37
1.9.2	Corrientes victimológicas	39

CAPÍTULO II IMPUTACIÓN OBJETIVA Y ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD

2.1	Referencia conceptual en torno a la imputación objetiva	50
2.1.1	Limitación de la expresión "imputación objetiva" a la realización del riesgo en el resultado	51
2.1.2	"Imputación objetiva" como conjunto de presupuestos normativos de la tipicidad no exigidos expresamente por la ley	52
2.1.3	La creación de un riesgo típicamente relevante y su realización en el resultado como objeto de la teoría de la "imputación objetiva"	54
2.2	Bases para una dogmática de la imputación a la víctima	56
2.2.1	Génesis de la imputación a la víctima	57
2.2.2	Definición de la imputación a la víctima	59
2.3	Determinación de la imputación objetiva al ámbito de responsabilidad de la víctima	62
2.3.1	Concepciones dogmáticas de la autorresponsabilidad de la víctima	67
2.3.2	Planteamiento teórico de la imputación a la víctima	71
2.3.3	Fundamentos para la imputación a la víctima	73
2.4	La doctrina de la autopuesta en peligro	77

2.4.1	La diferenciación desarrollada por Roxin en cuanto a la 'puesta en peligro'	80
2.4.2	Otras posiciones doctrinales en relación a la autopuesta en peligro	83
2.5	El principio de la Victimodogmática	85
2.6	Concurrencia de culpas	86
2.7	Compensación de culpas en México	88
2.8	Relevancia del consentimiento	94
2.8.1	Aspectos substanciales del consentimiento	95
2.8.2	Referencias doctrinales del consentimiento	96
2.8.3	Naturaleza Jurídica	97
2.8.4	Tratamiento del consentimiento en el Código Penal Federal	98
2.8.5	Elementos característicos	102
2.8.5.1	Titular del bien jurídico	102
2.8.5.2	Capacidad jurídica para disponer	103
2.8.5.3	Voluntad exenta de vicios	104
2.8.5.4	Forma expresa, tácita o presunta	104
2.8.5.5	Causa determinante de la acción	104
2.8.5.6	Disponibilidad del bien jurídico	105
2.8.6	Casos particulares	107
2.9	La perspectiva subjetiva de la víctima y sus problemas (el consentimiento en sentido estricto)	108
2.10	Nuestra posición	109

CAPÍTULO III LA VICTIMODOGMÁTICA

3.1	Victimología y sistema penal	112
3.1.1	Derecho Penal y víctima	113
3.1.2	La posición de la víctima en el sistema penal y la victimodogmática	115
3.2	La vuelta a los elementos del tipo penal como criterio de atribución del resultado a la víctima en los casos de disposición cuasidolosa, cuasiculposa o ciega	118
3.3	Consentimiento en el suicidio	124
3.3.1	El alcance de los límites a la disposición de la víctima sobre su propia vida. La incriminación de la intervención en un suicidio ajeno como punto de partida	128
3.3.2	Límites de las normas especiales. La intervención en un suicidio ajeno como regulación específica	130
3.3.2.1	Autolesión y heterolesión como punto de partida	131
3.3.2.2	La indisponibilidad de la vida como punto de partida	132
3.4	La individualización de la pena	136
3.4.1	Determinación judicial de la pena	137
3.4.2	Teoría absoluta de la pena	138
3.4.3	Teoría de la prevención general de la pena	143
3.4.4	Teoría de la prevención especial	149
3.4.5	Teorías mixtas o de la unión	152
3.5	Fines de la pena	154
3.5.1	La teoría del ámbito de juego	157
3.5.2	Teoría de la pena puntual	159
3.5.3	Teoría del valor relativo	160
3.5.4	Incidencia del principio de culpabilidad en la individualización de la pena	162
3.6	Fundamento constitucional de la pena	164

CAPÍTULO IV COMPENSACIÓN A LA VÍCTIMA

4.1	La víctima en el ámbito constitucional	170
4.1.1	Reformas al artículo 20 constitucional	170
4.2	Reparación del daño	184
4.2.1	Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima a la luz de los fines de la pena	185
4.2.2	Reparación y reconciliación para la compensación de la culpabilidad	188
4.3	Ventajas prácticas de la inclusión de la reparación en el derecho penal	190
4.3.1	Ventajas para la víctima	191
4.3.2	Ventajas para el autor	191
4.3.3	Ventajas para la administración de justicia	192
4.4	La importancia de la reparación y de la reconciliación para la prevención especial	192
4.5	La importancia preventivo general de la reparación y de la reconciliación	193
4.6	Aspectos especialmente importantes	196
4.6.1	De la despenalización al abolicionismo	196
4.6.2	Respuestas sustanciales procesales	197
 CONCLUSIONES		 203
 PROPUESTA		 213
 BIBLIOGRAFÍA		 217

Capítulo I

VICTIMOLOGÍA

1.1 Consideraciones previas

De los antecedentes históricos que se han analizado en el presente trabajo de investigación se advierte que existe una evolución en el tratamiento jurídico sobre la intervención de la víctima en la propia comisión del delito.

Se ha estudiado a la víctima en cuanto al "sujeto pasivo", en forma limitada, pero el Derecho Penal regula la conducta humana en un contexto social, protegiendo los bienes particularmente importantes para la convivencia social y para ello define determinadas conductas denominándolas "delitos", a cuya realización asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad.

La ley, al regular los delitos pone particular énfasis en el realizador de las conductas prohibidas, y en la conducta misma, así como en el resultado, es decir, en las consecuencias que deberá sufrir el autor del delito.

La ley, por lo general, trata de eliminar a la víctima de la participación en el delito y de todo lo relacionado a éste; sin embargo la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado aceptando cada vez más la participación de la víctima en el hecho delictivo.

La víctima ha tenido diversas caracterizaciones, razones dependientes de la estructura social han determinado que el papel de la víctima hubiese pasado de un protagonismo absoluto, a adquirir o ser parte de una corresponsabilidad, ya que la contribución de ésta al hecho delictivo, afecta a la punibilidad del comportamiento del autor, y la proyección de la victimología ha tenido consecuencias en el ámbito

de la política criminal y de la dogmática penal. Es así como la contribución, a veces activa, de la víctima respecto al crimen, ilumina así la situación de culpabilidad y facilita un enjuiciamiento justo. Tiende además a la redistribución de las cargas tradicionales del comportamiento social de riesgo.

La visión de la víctima como sujeto pasivo del delito, en una posición impersonal de debilidad como mero beneficiario de una actuación protectora del Estado, va siendo sustituida por una concepción según la cual el titular del bien jurídico protegido adquiere un mayor protagonismo, y asume una cierta cuota de responsabilidad ante el ordenamiento. Por su parte, la Victimodogmática busca examinar como la contribución de la víctima al hecho delictivo afecta la punibilidad del comportamiento del autor, al grado incluso de excluirla.

El presente estudio no debe entenderse como una vuelta al momento y al lugar inicial que tenía la víctima en tiempos pasados, ni tampoco debe entenderse como un desarrollo lineal, sino que la experiencia cotidiana nos enseña que el devenir de esta historia es esencialmente dialéctico, con algunos saltos e igualmente con grandes retrocesos y que como lo afirman; en el campo del reconocimiento de los derechos de las víctimas a veces tenemos la impresión que "las reformas nunca se acaban y que siempre llegamos tarde donde nunca pasa nada."

Sin embargo, nuestro optimismo en el proceso creador del ser humano nos lleva a tener siempre la fe puesta en que todo futuro será mejor y que no es sino asumiendo la experiencia precedente como se logra caminar hacia adelante. Es por ello que el presente estudio pretende hacer una pequeña reconstrucción del sendero transitado por la víctima y trata de vislumbrar los contornos de la vereda por la cual se ha de transitar en los próximos años.

Igualmente debe advertirse que somos conscientes que siempre en el derecho penal, es válido el distinguir entre el Código formal y el Código "realidad",

ello en cuanto a que la realidad siempre es más rica y compleja que la norma escrita, de tal forma que a pesar de que la norma tenga un espíritu creador y transformador, en muchas ocasiones ese espíritu se golpea de frente contra la inexorable realidad, la cual logra en otras tantas ocasiones que la norma quede en letra muerta.

La apreciación anterior nos lleva a reflexionar acerca de si efectivamente es tan largo el camino recorrido hacia el efectivo reconocimiento de la participación de las víctimas en el derecho penal, o si por el contrario, nos encontramos al principio del sendero. Sin embargo, es importante establecer que aunque se diese esta segunda posibilidad, en todo caso somos partidarios de la conocida tesis filosófica según la cual lo importante no es tanto conocer la realidad sino el comprometerse en transformarla.

Debemos de entender, que la resolución al problema, no está en manos de algunas personas únicamente, o de alguna autoridad específica, sino que todos seamos responsables de lo que ocurre a nuestro alrededor.

De todos los programas llevados a la práctica, tanto en el ámbito nacional como local, ninguno da muestra clara de por lo menos aminorar el problema, de ahí que se sigan buscando nuevas alternativas, entre ellas el conocimiento aportado por modernas ciencias, como lo es en el caso concreto con la Victimodogmática.

Es ahora, en la búsqueda de los puntos más sensibles, que se han enfocado las miradas hacia la víctima potencial del delito, que ha de intentarse tener un acercamiento con ella, determinar cuál es su función o papel específico en los eventos antisociales. Desde luego con las carencias bibliográficas respecto del tema, incipiente en nuestro país.

Los estudios y avances científicos en el ámbito victimológico no pueden ser olvidados o pasar desapercibidos para el Derecho Penal aunque en este ámbito no se conceptualiza como víctima, sino como sujeto pasivo.

Así en los últimos años se intentan relacionar ambos conceptos (Victimología y Derecho Penal) en lo que se denominaría "dogmática orientada al comportamiento de la víctima" o "Victimodogmática". Desde esta orientación se trata de analizar la intervención de la víctima en la génesis de los fenómenos criminales.

Pero la cuestión que ahora más nos interesa es aquella que analiza los problemas sobre la corresponsabilidad de la víctima en la producción del delito. Y aquí vuelve a aparecer el concepto de víctima provocadora que se puede prestar a una utilización errónea.

La cuestión que plantea la doctrina es, si se puede atenuar o eximir la pena al autor de un delito cuando la conducta imprudente de la víctima ha propiciado o agravado el resultado.

Por su parte, la doctrina de la imputación objetiva admite que la conducta posterior negligente del autor impida la imputación objetiva del resultado más grave. Así por ejemplo, quién atropella a un peatón ocasionándole una leve herida, no es responsable de la muerte por infección si el peatón se ha negado a ser tratado médicamente.

Más problemática es la cuestión de la incidencia de la "conducta imprudente de la víctima" antes o en el momento de la comisión de un delito, sobre todo cuando éste es doloso.

Es en este último ámbito donde cobran mayor relevancia aquellas doctrinas que consideran que cuando la comisión de un hecho se ha visto favorecida por la

falta de control sobre el sujeto activo o por haberle estimulado a cometerlo, se debe proceder a atenuar o incluso a excluir la pena del autor, que ha de compartir su responsabilidad con la de la víctima.

Esta orientación tiene un grave inconveniente y es que puede servir para fundamentar teóricamente aquellas prácticas judiciales que exculpan a los violadores o agresores sexuales porque consideran que la víctima actuó de forma imprudente al "pasear sola de noche" o al admitir tomar unas copas con unos desconocidos, etc. y que tal conducta, por ser provocativa no justifica la actuación del agresor.

1.2 Origen y desarrollo de la victimología

Primeramente nos adentraremos al estudio histórico y evolutivo de la Victimología.

Al comenzar a estudiar la Victimología, llama la atención de inmediato, el desinterés general que a través de la historia han tenido las ciencias penales por la víctima.

El maestro Rodríguez Manzanera, señala que ninguna ciencia se ha avocado al fenómeno victimal, y si a caso lo hacen, es casi imperceptible. En ese orden de ideas el maestro nos dice que: *"La Escuela Clásica centra su interés en el delito como ente jurídico, importa básicamente el hecho delictuoso, y la justa retribución al responsable del mismo"*¹, por lo que el objetivo de la Escuela es básicamente el delito, no importando el delincuente y mucho menos la víctima.

¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología, Estudio de la víctima, 7ª edición. Editorial Porrúa, México 2002, p.3.

A diferencia de la Escuela Positivista, ya que su objetivo principal es el estudio del delincuente, el cual se encarga de analizar y hacer estudios profundos para entender el porque de su comportamiento como un ser antisocial, dejando a un lado por lo tanto a la víctima, quien es la que sufre el daño, ya sea de manera directa o indirecta.

La víctima pasa excepcionalmente a la historia, sólo lo logra en crímenes del tipo del magnicidio, o por alguna razón verdaderamente insólita.

Así, Abel logra su lugar en la historia con el único mérito de ser la primera víctima.

Una interpretación más puede intentarse para explicar el fenómeno de la tardía aparición de la Victimología, y ésta es porque nos identificamos con el criminal y no así con la víctima.

En momentos históricos anteriores la justicia punitiva se realizaba, precisamente por medio de la víctima, en la Grecia o Roma antigua, la víctima adoptaba un papel fundamental durante el proceso e incluso a la hora de determinar las sanciones. La concepción de la pena como garantía de un orden social colectivo, cuyo mantenimiento corresponde al Estado no aparece sino hasta el siglo XVIII, con anterioridad el castigo de los actos criminales se llevaba a cabo mediante la venganza privada, la víctima y sus familiares tenían un protagonismo importante: después de cometido el hecho, (justicia privada -Ley del Talión-, la composición Alemana). Por ejemplo en un homicidio, los parientes de la víctima tenían la obligación de vengar la muerte de ésta, con la muerte de su agresor o a través del cobro de una determinada suma de dinero que se repartían entre sí.

Se evoluciona con el "contrato social" donde los ciudadanos han delegado la autoridad en el Estado, en consecuencia este debe garantizar la seguridad de todos los miembros del colectivo ciudadano. Así las cosas, el Estado monopoliza

la reacción penal, es decir, se prohíbe a las víctimas castigar las lesiones de sus intereses. El papel de la víctima se va difuminando hasta casi desaparecer, inclusive instituciones tan obvias como la legítima defensa aparecen hoy minuciosamente reglamentadas.

No obstante el planteamiento anterior lo consideramos como instituciones de justicia privada que son salvajes o primitivas, es decir, no son acordes a un Estado Social de Derecho como el nuestro.

La víctima fue distanciada de su protagonismo (neutralizada) por la aplicación de la justicia punitiva, se despersonalizó la agresión criminal para convertirse en un atentado contra los valores de contenido abstracto, cuya protección corresponde al Estado, éste arranca a la víctima de su papel protagónico y se centra en el delincuente.

La incorporación del Derecho Victimal en la legislación mexicana, data de principios de 1994, en las reformas hechas a la Constitución General de la República, en donde en su Artículo 20, párrafo final, establece: *"En todo proceso penal, la víctima tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiera y, los demás que señalen las leyes."*

1.2.1 La víctima en el proceso acusatorio antiguo y en el proceso inquisitivo

En los orígenes del proceso penal la reacción ante el delito involucraba necesariamente la existencia de un conflicto entre victimario y víctima, no existiendo ningún sujeto tercero e imparcial que mediara en el conflicto, de tal forma que no es de extrañar que la primera forma por la cual se encausa

históricamente este conflicto sea la venganza privada , ésta asumía como nos lo enseñan los estudios al respecto los mayores niveles de crueldad y desproporcionalidad en relación al daño sufrido, de tal forma que esa venganza involucraba no necesariamente al responsable directo del daño sino que también podía comprometer a otros sujetos cercanos al ofensor tales como los parientes y los miembros de su grupo o clan.

En este sentido afirma Rodrigo Ramírez González, quien indica: *"En la época más primitiva, la venganza privada, que comprendía no solo daños físicos a las personas, sino también exigencias de bienes materiales, era la principal manifestación de la lucha por la supervivencia que por la inclemencia del ambiente y la falta de relaciones sociales era cruel y despiadada. Quien se vengaba, lo hacía en forma tan violenta que eliminaba a su ofensor o le anulaba por completo material y anímicamente la posibilidad de repetir la ofensa."*²

Sin embargo, la evolución de la sociedad generó el que los efectos de la primitiva venganza privada fueran atemperados por instituciones como la Ley del Tali6n, o la compensaci6n de los da6os.

1.2.2 La venganza privada y las formas hist6ricas sustitutivas

El primer periodo que comprende la evoluci6n de las ideas penales, es precisamente la *venganza privada*, conocida tambi6n como venganza de la sangre o 6poca b6rbara, dentro de esta etapa se puede se6alar b6sicamente que el hombre primitivo se defendi6 por instinto tanto a 6l as6 como a su familia, ya que cada grupo se protegi6 y se hacia justicia por si mismo, como lo se6ala el maestro L6pez Betancourt: *"El castigo se deposito en manos de los propios particulares;*

² RAM6REZ GONZ6LEZ, Rodrigo. La victimologia, Editorial Temis, Bogor6, Colombia, 1983, p. 47.

*de modo que si alguien sufría un daño tenía derecho a tomar venganza, y por tanto reprimir al responsable*³

Siempre suele afirmarse que al principio era el caos, en tal sentido si bien es claro que a la venganza privada no podemos conceptualizarla como una institución social, si debemos tener presente que fue la primera reacción ante el delito, en la cual el ofendido se tomaba la justicia por propia mano, convirtiéndose en muchos casos en una verdadera guerra de eliminación de grupos, familias o clanes.

En este periodo no había limitación alguna respecto del daño causado, ya que este se excedía, por lo cual hubo la necesidad de limitar la venganza, con la llamada Ley del Talión: *"ojo por ojo y diente por diente"*, *"para significar que el grupo sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido."*⁴ Era más bien de venganza, ya que debía estar dirigida a una compensación a la víctima, ya que en este caso no recibía beneficio alguno.

Observando que en esa época, si se tomó en cuenta a la víctima para medir el daño causado, principalmente en su derecho a quejarse y a exigir a que se le repare de alguna manera la lesión sufrida.

Pero al parecer fue más bien para defender al criminal, quien infringió primeramente las leyes y no a la víctima.

Por ello, desde esta perspectiva, no resulta incorrecto considerar que instituciones como la Ley Taliónica, que imponía límites a esa arbitraria venganza privada implicaba un mayor raciocinio de la respuesta ante el delito, imponiéndole

³ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al derecho penal, 8ª edición, Editorial Porrúa: México 2000, p. 35.

⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal, 41ª edición, Editorial Porrúa: México 2000, pp. 32 y 33.

limites a los excesos en que suele incurrir el ofendido cuando se trata de cobrar la sangre derramada.

Remitámonos a lo expresado por Israel Drapkin, quien afirma en referencia a la imposición de límites a la venganza privada que: *"Estos ilimitados derechos de venganza, por muy comprensibles que fueran, tuvieron que ser sacrificados en el altar de la justicia que comenzaba a alborear. Es así como nacieron las leyes del Tali3n. Se pens3 que no podr3a haber un equilibrio m3s justo y mejor concebido para lograr una mejor justicia que el balance aritm3tico del tanto por tanto. El castigo no podr3a ser mayor que el da3o recibido. Es indudable, entonces, y no deja de ser curioso, que la primera intervenci3n de derecho de los primitivos legisladores, fue para defender a quien infringi3 inicialmente la norma social, es decir al delincuente y no a la v3ctima. No podr3a ser de otra forma, ya que los derechos de 3sta 3ltima eran absolutos e ilimitados, mientras que los derechos del delincuente eran a3n inexistentes."*⁵

El ojo por ojo o miembro por miembro que a nuestra conciencia nos parece excesivamente cruel, era un gran avance en la percepci3n acerca de la soluci3n del conflicto, de tal forma que empieza a aparecer como limitante de la venganza privada en aquellas sociedades que han logrado un notable desarrollo de sus instituciones sociales.

M3s tarde, conforme se opera un mayor progreso social, empiezan aparecer formas hist3ricas de compensaci3n con las cuales se buscaba una mayor limitaci3n a la crueldad de la Ley del Tali3n, en este sentido la compensaci3n va apareciendo primero a la par de la Ley Tali3nica al presentarse como una forma facultativa y luego como una soluci3n obligatoria.

⁵ DRAPKIN S. Israel. El derecho de las v3ctimas. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid 1980. p.375.

En este sentido Drapkin⁶, nos ilustra de como la compensación facultativa ya se encontraba en la propia Ley Mosaica y en la Ley de las Doce Tablas en Roma, mientras que Ramírez González⁷, nos refiere de antecedentes similares en el Código de Hamurabi, la literatura Homérica, y el Código de Manú.

El sistema de composición o compensación, consistía en que el criminal podía comprar ya sea a la víctima o a su familia el derecho de venganza, esto para resarcir de alguna manera el daño ocasionado a la víctima u ofendido, correspondiéndole a éste, fijar la cantidad que considerara pertinente.

Siendo que mientras reinaba la composición como sanción principal, nos encontrábamos en la época de mayor esplendor del sistema acusatorio.

Sin embargo el fin de ésta etapa de esplendor se encuentra avizorado por la creciente intervención de poderes centralizados que se erigen como definidores de la contienda entre partes y que empiezan precisamente por apropiarse de parte de la compensación económica, la cual en la mayoría de los casos debía ser compartida con la comunidad o con el rey, dando nacimiento a la sanción de la multa.⁸

En el periodo de la *venganza pública*, el poder pasó a manos de los hombres los cuales se encargaban de castigar las injusticias cometidas, y sancionaban en nombre de la colectividad, pero en esta etapa los castigos se sobrepasaban imponiendo penas aún más crueles e inhumanas; los Tribunales no respetaban ya que incluso exhumaban el cuerpo de alguna persona para procesarla; época en la que se inventaron todo tipo de instrumentos de tortura a efecto de sancionar los hechos cometidos, de alguna forma se le tomaba en

⁶ Ibidem, pp. 376 y 377.

⁷ RAMÍREZ GONZÁLEZ, Op. Cit. pp. 48 y 49.

⁸ Ibidem, p. 49.

cuenta a la víctima, pudiendo quejarse y pedir justicia por el daño que se le haya ocasionado.

De alguna manera incluso se excedían en el daño causado, resultando víctimas los propios delincuentes, pero de ninguna forma se resolvía el problema principal que era básicamente la reparación del daño, ya sea a cargo del delincuente o del propio Estado.

Para reglamentar todo tipo de situación delictiva, se ha tenido que pasar por actitudes arbitrarias y de venganza.

1.2.3 La venganza en la Roma antigua

En el Derecho Romano se señala que se encontraban los delitos públicos (*crimina*) y los delitos privados (*delicta*).

Los delitos públicos, *crimina*, eran aquellos que atentaban contra el orden público, la organización político administrativa, o bien, a la seguridad del Estado, en este caso, cualquier ciudadano podía denunciar tales ilícitos. La pena para estos delitos solía ser la pena de muerte y la multa, pero no beneficiaba en nada a los particulares que hubieren sido víctimas de un delito.

Los *crimina* eran considerados como aquellos delitos que causaban un grave daño a toda la comunidad, los cuales fueron perseguibles de oficio y podía denunciarlos cualquier persona, y en lo que se refiere a la sanción era pública. La esfera de los delitos públicos fue muy limitada en esta época, y solo comprendía los que dañaban la seguridad del Estado.

Los delitos privados *delicta*, eran aquellos que causaban daño a los particulares y sólo provocaban una perturbación social.

Estos se perseguían a petición de la víctima y el daño se reparaba con una multa a su favor.

Los beneficios que obtuvieron evolucionaron desde la venganza privada hasta la multa, pasando por la Ley del Talión y hasta la composición. Estos delitos eran considerados como una ofensa al particular lesionado, y sólo era facultad de la víctima la persecución de este hecho y no del Estado, posteriormente se reglamentó este derecho del particular, estableciéndose una acción a efecto de que tuviera una compensación pecuniaria por el daño causado.

Más tarde este derecho paso a manos del Estado, sin perjuicio de que el daño sufrido por la víctima sea reparado.

Los delitos privados se dividían según su sanción en delitos civiles y delitos pretorios.

Dentro de los primeros tenemos al robo, la injuria y el daño injustamente causado; entre los segundos se tiene a la rapiña, el dolo, la violencia y el fraude de los acreedores. Por lo cual, es de señalarse, que los delitos privados, daban lugar, no solamente a una indemnización, sino a una multa a favor de la víctima y sólo a ésta le correspondía solicitarla si lo deseaba.

Así, cuando el Estado se encargó de administrar justicia, relegaron nuevamente a la víctima, toda vez que el personaje principal lo fue el delincuente, haciendo leyes a su favor y estudios para poder determinar el porque de su conducta, sin tomar en cuenta a la víctima del delito.

Específicamente en la Ley de las Doce Tablas se estipulaba lo relativo a la reparación del daño, ya que decía que en caso de que se cometiera algún robo, el sujeto que fuera sorprendido se le imponía la sanción de que pagara el doble del

valor del objeto robado, apreciando de esta manera que el delincuente era obligado a pagar los daños, de igual manera a restituir el valor de lo dañado.

A la víctima es a la que le correspondía determinar en que medida se podía sancionar al delincuente, y de hecho la venganza por el mal inferido debe sufrirla el propio agresor, o merecer perdón, pero siempre y cuando exista una reparación mediante una suma de dinero, que la propia víctima establecía. La Ley de las Doce Tablas estipulaban que la víctima podía llegar a algún acuerdo con su agresor.

En conclusión, se observa que en esta época de alguna forma el Estado buscó la forma de proteger y otorgarle a la víctima los beneficios a que tiene derecho, en este caso a resarcir de alguna manera el daño que le fue ocasionado.

1.2.4 Tratamiento de la venganza en Italia

De los tratadistas italianos más importantes se menciona a Enrico Ferri, el cual afirma que "la víctima del crimen ha sido olvidada, aunque esta víctima produce una simpatía filantrópica mayor que la que provoca el criminal que ha producido el daño."⁹

Ferri, propuso reformas al procedimiento en relación a la reparación del daño, ya que plantea la misma como un sustitutivo de la pena de prisión; el pago del reo por medio de su trabajo; como sanción para los delitos no graves; y una importante como una obligación del Estado, apreciando que la finalidad de esas reformas eran para beneficiar a la víctima que había sido afectada en su esfera jurídica.

⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, Op. Cit., p. 8.

Como lo establece el maestro Rodrigo Ramírez, que en el año de 1969 cuando se señala una ley que tenía como finalidad reglamentar la aseguración obligatoria de la responsabilidad derivada de la circulación de vehículos impulsados por motor.

Esta ley, además, señalaba que crearía un fondo de garantía para las víctimas de la calle.

Una situación que fue muy controvertida entre los juristas, fue la situación de que en el ordenamiento penitenciario, se dispone en varios de sus artículos, un sistema de compensación a la víctima, siendo que dicha disciplina no se debe de ocupar de la víctima.

En general se establece que se creara una caja para el socorro y la asistencia de las víctimas del delito, la cual va a estar administrada bajo las normas de contabilidad del propio estado; dichos fondos son para socorrer y asistir a las víctimas que por causa de un delito, y procederá siempre y cuando se compruebe la necesidad de la misma.

El mencionado beneficio no sólo lo van a adquirir las personas que han sido afectadas, sino de igual forma aquellas que de forma indirecta sufran el daño, hallándose en estado de necesidad, por lo que de esta manera el Estado les otorga su más amplia protección. Esa ayuda puede consistir en dinero o bien en especie, y tratándose de casos de extrema necesidad.

Esta reparación viene a ser una especie de *seguridad social*, lo que equivale a una solidaridad de la colectividad y también un medio con el cual el Estado reafirma su reprobación por el delito por lo que tiene la obligación de asumir la responsabilidad social hacia aquellos que han resultado víctimas.

El positivista italiano Rafael Garófalo, al igual que otros tratadistas se preocupó por este tema, realizando obras en donde señala que la víctima, ha sido dejada totalmente en el olvido, debido a que el Estado se enfoca más hacia el delincuente, afirmando además que defenderá la causa de los oprimidos por la maldad humana con el mismo ardor con que otros suelen combatir en defensa de los malhechores.

1.2.5 Tratamiento de la venganza en México

En México, la situación ha sido distinta, ya que tanto en la práctica como en la teoría ha habido un gran desarrollo victimológico, iniciándose con la reparación del daño.

En el año de 1969 se publica la primera norma a favor de la víctima, la Ley sobre Auxilio a las Víctimas del Delito del Estado de México.

En México, existen personas preocupadas e interesadas por este tema tan importante, como María de la Luz Lima, quien ha realizado diversos y valiosos trabajos en materia de Victimología.

En el año de 1970 el maestro Rodríguez Manzanera, se encarga de realizar los primeros estudios victimológicos; y de ese año en adelante se llevaron a cabo diversos Congresos, los cuales tuvieron la finalidad de dedicarse al estudio de las víctimas en diversos temas.

El profesor Rodríguez Manzanera, considera que la victimología llena un espacio notable en la criminología tradicional, rebasa sus límites originales, y además esta interesado por buscar las causas y los medios para combatir y prevenir el fenómeno victimal, e iniciar cambios en la prevención del delito.

En abril de 1989, María de la Luz Lima, inicio el programa de Agencias Especializadas, elaborándose diversos proyectos de atención a las víctimas, propiamente en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Asimismo, la Sociedad Mexicana de Criminología, abrió una sección de victimología, lo que provocó que se creara la Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas, y la cual tiene como funciones la de precisamente auxiliar a las víctimas, prestar capacitación al personal y además publica una revista especializada en el tema.

Un aspecto importante de señalar fue la reforma que hubo a la constitución en el año de 1993, en donde se reconocen los derechos que tienen las víctimas de algún delito.

Es de apreciarse que en México existe la inquietud y la preocupación por auxiliar a las víctimas del delito, así el Estado a través de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, como una de sus obligaciones que tiene hacia la población es la de precisamente velar por sus garantías individuales.

No obstante toda esta situación, a lo largo de la historia de México, se nota que se ha estado enfocado más a preocuparse por el delincuente, se ha estudiado y analizado unilateralmente al delito, esto es, al sujeto activo, conocerlo, determinar su conducta, su peligrosidad, las causas que lo llevan a delinquir, desde el punto de vista social y psicológico y a la víctima se le ha dejado a un lado, siendo que se debería estudiar de igual manera y así poder determinar la intervención que la misma tiene, es decir, la participación o contribución para que se lleve a cabo el ilícito penal.

1.3 La expulsión de la víctima del proceso penal

Conforme ese poder centralizador fue afirmándose y se dio el nacimiento de los Estados, el conflicto penal dejó de ser un conflicto inter-partes, para constituirse en un problema entre el ofensor y el Estado, la ofensa penal era una ofensa hacia el poder central y por ende éste se va apropiando de la sanción, la hace suya, logrando de ésta forma que la víctima vaya desapareciendo del escenario, trátase éste del derecho penal sustantivo como del derecho procesal penal.

Podemos esbozar el desarrollo de esta expulsión se recalca que conforme se fue afirmando el sistema procesal inquisitivo, la víctima fue perdiendo protagonismo en el proceso penal.

1.3.1 El proceso inquisitivo y la expropiación del conflicto

La doctrina es pacífica en establecer que en tanto que la persecución penal fue asumida por el Estado, el rol de la víctima dentro del proceso fue desapareciendo, el sistema procesal inquisitivo con las facultades ilimitadas del juez, convirtió al conflicto penal en una lucha entre el representante estatal que debía resguardar los valores de la sociedad y el trasgresor de esos valores, de tal forma que los intereses de la víctima quedaron totalmente al margen de la contienda penal. Para una visualización de los caracteres fundamentales del proceso inquisitivo, Mora Mora Luis Paulino, ubicándonos en la Edad Media, y el inicio de esta absorción de los intereses de la víctima por parte del poder central nos informa que: *"Durante la Edad Media el ofensor era castigado físicamente por lo regular con la tortura, y económicamente, pues era despojado de sus pertenencias, las cuales en vez de pasar a manos de sus víctimas eran aprovechadas por los señores feudales y por el poder eclesiástico. Así los intereses personales de la víctima del delito fueron por mucho tiempo, después de la Edad Media, subordinados a aquellos de la sociedad, cuyos dirigentes los*

usufructuaban en sus propios beneficios bajo el cariz de una política penal, y la víctima se convirtió en cenicienta del derecho penal."¹⁰

Esta situación que se inicia en plena Edad Media y que se prolonga durante varios siglos va a generar el que la preocupación del derecho procesal y el derecho penal se centre en el ofensor, de tal forma que la reparación viene a configurarse como un componente ya no de la sanción penal sino del orden civil.

La consolidación del proceso inquisitivo genera la total neutralización de la víctima dentro del proceso penal, pues no será más un sujeto del proceso, los roles protagónicos los llevará adelante el Juez y el imputado, desapareciendo por ello el ofendido totalmente del escenario. En este sentido la criminología ha sido clara en establecer que el conflicto le es expropiado por el Estado al ofendido, en donde su interés a nivel sustantivo se ve reemplazado por el abstracto bien jurídico tutelado y su derecho a la acusación se ve suprimido en aras de la persecución estatal promovida por la vigencia del principio de oficialidad de la acción penal.

En palabras de Maier, esta situación se describe de la siguiente forma: *"Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto de disputa entre intereses privados, el Derecho Penal no incluyó a la víctima, ni a la restitución al statu quo ante -o a la reparación del daño- entre sus fines y tareas, y el derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla por ello de una expropiación de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar..."*¹¹

¹⁰ RAMÍREZ GONZÁLEZ. Op. Cit, p. 50.

¹¹ MAIER J.B. Julio. La víctima y el sistema penal en de los delitos y las víctimas, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 186-187.

Como consecuencia de lo anterior, a la víctima solamente se le consideró como el material probatorio que podía ser utilizado por el Estado, y su pretensión de resarcimiento se concibió como algo meramente privado entre víctima y ofensor sin mayor importancia para el proceso penal, ésta concepción del tema que ha prevalecido a través de la historia se vio reforzada principalmente por dos factores históricos: la codificación del derecho medieval por parte del Emperador Carlos V, la cual llevó a ver en la acción punible sólo la lesión del derecho del Estado y por ende se comenzó a construir el derecho y el proceso penal como una tarea de pacificación entre el Estado y los violadores del Derecho. Como así mismo en épocas más recientes las ideas de la biología criminal de Lombroso, Ferri y Garófalo, además en tiempos modernos de las investigaciones empíricas de Sheldon y Gluck, los cuales ponen el acento en la causación del hecho por parte del autor y en el tratamiento al delincuente como un aspecto fundamental para la aplicación de la pena.

1.3.2 La reforma liberal y la víctima

Con la instauración de la reforma liberal, si bien es cierto se avanzó en la construcción del proceso penal, al realizarse una disolución entre el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio, lo cierto es que en el aspecto referido a la satisfacción de los intereses de la víctima no se avanzó grandemente, la preocupación de la legislación y la doctrina se encaminó hacia la protección de los derechos del imputado dentro del proceso penal, situación que se mantiene hasta la finalización del siglo XIX.

En la legislación derivativa de la reforma liberal solamente encontramos vagamente la mención de la víctima en dos aspectos, el primero de ellos en referencia al derecho penal sustancial, consistente en que el comportamiento de la víctima era considerado para el establecimiento de atenuantes o eximentes de la

pena, sin que ello llevase a la creación de un derecho penal sustantivo desde o a partir de la víctima.

En el segundo aspecto, la posibilidad de reparación del daño dentro del proceso penal, quedó enclaustrado dentro de los estrechos límites dentro del ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, siendo que dentro de éstos límites resulta ser muy aventurado afirmar que efectivamente se da una adecuada satisfacción a los legítimos intereses resarcitorios de las víctimas.

1.4 Al reencuentro con la víctima

La situación esbozada en líneas atrás, empieza a cambiar a partir de los años cincuenta por influencia principalmente del desarrollo de una nueva ciencia penal como es la victimología, en los siguientes apartados hacemos un bosquejo de cómo se fue perfilando esa nueva percepción de la víctima y como se ha concretizado ese nuevo saber y entender en la implementación a nivel de legislaciones de carácter nacional y en instrumentos internacionales, para finalmente en el capítulo o apartado final, hacer un somero análisis del estado de la cuestión en nuestro derecho positivo.

1.4.1 La criminología redescubre a la víctima

El abandono de la víctima como objeto de estudio de las Ciencias Penales se vio impulsado durante el siglo pasado y parte del actual por el desarrollo del paradigma de la criminología tradicional, la cual asumía al delincuente como su objeto fundamental de estudio y por ello centraba su atención en la elaboración de modelos explicativos del delito, tratando de comprender científicamente las causas de éste, ocupando en este análisis la víctima un papel marginal, pues nada podía aportar a la explicación científica del hecho delictivo.

Esta posición de las ciencias penales y de la criminología en particular se variaría hasta luego de finalizada la segunda guerra mundial, cuando con la publicación por parte de Hans Von Hentig en 1948 de su obra *"El criminal y su víctima"* se inaugura la afirmación de un cambio de paradigmas en la investigación criminológica, de forma tal que los subsiguientes estudios sobre el delito no se orientarán exclusivamente a la satisfacción de la pretensión punitiva del Estado, sino a la intervención en el problema social que se encuentra inserto en la realidad del delito, para tratar de prevenirlo, teniendo como objetivos la recuperación del infractor y la reparación del daño sufrido por la víctima, la cual asume un papel protagónico dentro de éste nuevo enfoque, al reconocérsele una relevancia "etiología" en la génesis y dinámica del delito. En tales términos se expresa García Pablos de Molina, *"Este cambio de paradigma que consistió en el estudio conjunto tanto del delincuente como de la víctima, conducirá necesariamente, según las opiniones más autorizadas de la victimología, al logro del adecuado equilibrio entre el reconocimiento de los derechos del imputado y el reconocimiento de los derechos de las víctimas."*¹²

Es por ello que a partir de la década de los cincuenta comienzan a ver luz una serie de estudios empíricos en los cuales el acento se encuentra en la determinación de los procesos de victimización y, consecuentemente, en el estudio y posterior reconocimiento de los derechos de las víctimas.

En términos sintéticos podemos afirmar que a nivel investigativo la victimología ha desarrollado el estudio del proceso victimizador en tres aspectos fundamentales:

- a) *La victimización primaria*, que viene a ser el proceso dañoso que sufre el ofendido a consecuencia directa del hecho criminal con la consecuente estigmatización social;

¹² GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. El redescubrimiento de la víctima, victimización secundaria y programas de reparación del daño, Cuadernos de derecho judicial, La victimología, Editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 290-291.

- b) La *victimización secundaria*, consistente en la actuación de las instancias de control social que al intervenir en el caso multiplican o agravan el impacto del delito; y,
- c) La *victimización terciaria* que involucra el efecto victimizador que el propio sistema penal produce en el infractor de la norma, convirtiéndolo a su vez en una especie de víctima.

Aparejada la investigación científica, el reconocimiento de los derechos de las víctimas se ha visto también impulsado por la realización de Simposios Internacionales de victimología, los cuales en número de siete se han realizado en diversas partes del orbe a partir de 1973, y en los cuales se han discutido aspectos de importancia medular no sólo en lo referido a los procesos de victimización, sino que se además se ha culminado con sugerencias muy puntuales respecto al establecimiento de legislaciones que reconozcan los derechos de las víctimas dentro del proceso penal y el establecimiento de programas de atención.

1.4.2 Precursores de la victimología

El profesor Benjamín Mendelshon puede ser considerado el creador de este campo del conocimiento científico, pues aunque varios autores se habían ocupado del tema, el primer estudio sistematizado de las víctimas se debe al profesor israelí, que se ocupa del tema desde 1937, siendo sus primeras publicaciones en 1940 sobre la violación. En 1956 se publica "*La Victimologie*", una de sus obras mas conocidas.

Mendelshon atrae la atención sobre la víctima, cuestionando el desinterés con que ha sido tratada y señalando que no puede hacerse justicia sin tomarla en cuenta.

Para esto es necesario crear una ciencia independiente: La Victimología.

Así, principia por crear algunos conceptos y definiciones victimológicas, e intenta una primera clasificación de las víctimas.

En 1948 la Universidad de Yale publica "*The criminal and his victim*" del conocido tratadista Hans Von Henting; a partir de aquí los trabajos sobre la victimología se multiplican.

Henting ampliará sus conceptos en su obra "*El delito*", considerando a la víctima como un elemento del medio circundante, estudiando las diversas situaciones del fenómeno víctimal, e intentando a su vez una tipología.

En síntesis, cabe advertir la importancia que se asignaba a la víctima desde la antigüedad hasta bien entrado el Medioevo. Era titular, por así decirlo, de la acción y de la justicia que ejercía sin miramientos y debidamente compensada por el daño causado, pudiendo en principio fijar su monto.

Luego, bajo la inspiración del derecho penal liberal, y pese a las garantías que inviste como forma de reducir y contener en cierto modo al poder punitivo, la víctima queda a la intemperie. Es dejada a un lado porque ya no se le incluye, en realidad se le aparta, de la reparación de daños o cualquier otro tipo de resarcimiento.

Después, la figura de la víctima, quedará sepultada durante siglos y, cuando luego surge la criminología, el sentido de toda creación pasará por el victimario y así se ahondará, hasta hace cuatro décadas, con la aparición de la victimología, la razón de ese olvido.

A pesar de que la victimología se ocupó en sus orígenes, fundamentalmente, de estudiar las relaciones entre el delincuente y la víctima,

muy pronto habría de alcanzarse una ampliación de sus objetivos. Su atención se centra en muy diversas cuestiones, entre otras, la que en este trabajo nos ocupa: El estudio del papel desempeñado por la víctima en el desencadenamiento del hecho criminal, "Victimodogmática". Ya que algunas víctimas contribuyen dolosa o culposamente a su propia victimización, lo que puede influir en la responsabilidad penal del victimario, incluso hasta erradicarla, así como la importancia de la víctima dentro de los mecanismos de reacción de la justicia punitiva y de determinación de las penas.

1.5 La criminología y su concepto

Etimológicamente la Criminología deriva del latín crimen-criminis, y del griego logos, tratado; es decir tratado del crimen.

Los fundadores de la Criminología fueron Rafael Garófalo, César Lombroso y Enrico Ferri, señalando que la Criminología no es el estudio de los criminales tomando como criminal al asesino, sino que es el estudio de los criminales tomando como tales a todos aquellos que cometen alguna conducta antisocial.

El maestro Luis Rodríguez Manzanera, considera a la Criminología como *"una ciencia sintética, causal explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales"*.¹³

Desglosando cada una de las partes de la definición, se establece que la criminología es una ciencia, ya que es un conjunto de conocimientos aportados por otras ciencias; para que sea considerada como tal debe tener un objeto de estudio que sería las conductas antisociales y así mismo, los sujetos que la cometen.

¹³ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología, Editorial Porrúa, México, 1979, p. 3.

La criminología tiene a su vez métodos de investigación, ya sea aportados por otras ciencias y métodos que la misma ha desarrollado.

Ahora bien, se dice que la Criminología es causal, ya que busca ante todo encontrar las causas que producen y los factores que favorecen el fenómeno y así encontrar la forma de evitarlo.

La Criminología es una ciencia natural, ya que estudia la conducta antisocial como hecho de la naturaleza, estudia al criminal como un ser natural, como un ser biológico; por otra parte es cultural en cuanto que el crimen es un producto social.

Rafael Garófalo, la define como *"la ciencia del delito"*, haciendo la diferencia entre delito sociológico o natural y el delito jurídico, por otra parte Quintiliano Saldaña, dice que la Criminología se define como *"ciencia del crimen o estudio científico de la criminalidad, sus causas y medios para combatirla."*¹⁴

Dentro de la Criminología existen diversas componentes que son los siguientes:

- a) Antropología Criminológica,
- b) Biología Criminológica,
- c) Psicología Criminológica,
- d) Sociología Criminológica,
- e) Criminalística,

¹⁴ Ibidem. p. 6

f) Victimología; y

g) Penología.

Todos y cada uno son importantes, pero para la finalidad del presente trabajo solo consideraremos a la Victimología.

Al abordar el tema de la victimología, nos damos cuenta de lo relevante que resulta la figura del delincuente en el sistema penal, porque es a través de la Criminología que se intenta descubrir las causales que impulsan al sujeto a delinquir, y desde ese hallazgo poder lograr su modo de resocialización, llegando así a evitar que esas mismas causas que un día lo determinaron al delito, en el futuro no resulten detonantes ante una ocasión similar. Será la Escuela Positivista de la Criminología representada por Lombroso y Ferri, quien se encargue de indagar las causales del delito y de los tratamientos más adecuados. Siempre desenvolviéndose la Ciencia Penal alrededor del delincuente: tener en cuenta las circunstancias del delito, las causales atenuantes o agravantes de la pena, su imputabilidad o inimputabilidad, sus relaciones con la víctima (que en algunos tipos penales resulta agravante, como el caso de los delitos en relación con el parentesco), la mayor o menor capacidad que tuvo en el momento del hecho para comprender la criminalidad del delito, el grado de peligrosidad, el daño ocasionado, etc. Entonces descubrimos el "lado oscuro" de ese delito, aquel por el cual el sistema penal no parece interesarse; el sujeto pasivo o víctima. Es así como nace la victimología.

1.6 De la criminología a la victimología

Diremos entonces que la victimología es la más moderna de las disciplinas científicas que se ocupan del fenómeno criminal, ya no solo desde la perspectiva

excluyente del delincuente, sino que es necesario girar los ojos hacia la víctima del hecho criminal que sistemáticamente fue olvidada por el sistema penal.

Está novel ciencia permite sustituir el culto al delincuente que profesó la criminología durante tantos años, por el culto a la víctima, es necesario redefinir el rol de la víctima, ya no sólo desde el punto de vista criminológico, es decir, la interacción delincuente-víctima o desde el punto de vista jurídico penal, modificando el estatus material y procesal de la víctima en la justicia criminal, si no que es necesario verlo desde el ángulo político social, con programas de reparación del daño, de compensación económica y de prevención del delito.

1.7 La victimología y su concepto

El maestro Rafael Piñero, señala a la Victimología, en *lato sensu*, la entiende como "el estudio científico de las víctimas", investigación que va más allá del sujeto pasivo del delito y se extiende a otras personas afectadas y a otros sectores no estrictamente delictivos, como el de los accidentes. Abre un camino notable: el de la prevención victimal, ya que es necesario instruir a los miembros de la comunidad a no ser víctimas.¹⁵

En términos generales, este concepto se refiere a "ciencia sobre las víctimas y la victimidad,"¹⁶ definición establecida en el libro de Reyes Calderón, misma que pertenece a Benjamín Mendelshon, quien es considerado el pionero en utilizar la palabra Victimología.

Es decir, esta ciencia va a estudiar a las personas golpeadas, dañadas u ofendidas por los sujetos que al desplegar una conducta contraria a derecho o ir en contra del bienestar común dentro de la comunidad donde viven y se

¹⁵ MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Criminología, Editorial Trillas, 1991, p. 53.

¹⁶ REYES CALDERÓN, José A. Et Al, Victimología, 2ª edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998, p. 147.

desarrollan, perjudican a las ya mencionadas; además analiza los factores biológicos, psíquicos y sociales de estos individuos considerados sujetos pasivos del delito.

Argumenta Hilda Marchiori: *"Es una disciplina cuyo objeto lo constituye el estudio científico de las víctimas del delito."*¹⁷ A tal concepto, agrega el maestro Rodríguez Manzanera, *"en este aspecto amplio, la victimología no se agota con el estudio del sujeto pasivo del delito, sino que atiende a otras personas que son afectadas y a otros campos no delictivos, como pueden ser de accidentes."*¹⁸

Dentro de este estudio, no sólo se observa a las personas lesionadas o a las que se les puso en peligro un bien o valor protegido por el derecho, sino también aquellas que fueron ofendidas al cometer en ellas alguna manifestación contraria a su moral o buenas costumbres.

La Victimología, desde la perspectiva de una Criminología Clínica atiende a la víctima, es decir a la persona que padece un sufrimiento físico, psicológico y social a consecuencia de la violencia, de una conducta agresiva antisocial.¹⁹

El tema en cuestión establece el análisis de la persona que sufre, es lesionada o destruida por la acción contraria de otro, o como resultado de eventos o circunstancias desfavorables para el ofendido, porque no dio su consentimiento para ser dañado en su patrimonio, salud, vida, integridad física, etc., y tampoco impide esa agresión recibida de una forma directa o indirectamente, provocándole en su ser afectaciones no solo físicas sino también emocionales, psíquicas, sociales, etcétera.

Al respecto Reyes Calderón al citar a Guglielmo Gulota, quien define a aquélla disciplina *"... que tiene como objeto el estudio de la víctima del delito, de*

¹⁷ MARCHIORI, Hilda. Criminología, La víctima del delito, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 2.

¹⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología, op. cit., p. 71-72.

¹⁹ MARCHIORI, Hilda. Delito y personalidad, Editorial Lerner, México, 1984, p. 23.

*su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente...*²⁰

Es también una disciplina de reciente creación y el análisis del estudio en fenómeno delictivo, enfocado desde el punto de vista del sujeto pasivo, para establecer la relación entre el autor del delito y del sujeto en estudio, y determinar, quizá los grados de culpabilidad ambos.

1.8 El concepto de víctima

Se hace referencia al concepto original de sacrificio, del hebreo *Korbán*, aunque esta palabra tiene un significado más amplio, en cuanto representa al individuo que se sacrifica asimismo, o que es inmolado en cualquier forma.

La víctima era sacrificada al retorno de la victoria, basan su significado en la palabra *incire* que significa atar, otro grupo le atribuye a *viger*: que significa ser vigoroso, pues la víctima era un animal robusto grande en comparación con la ostia que era un animal demasiado pequeño.²¹

La víctima es la persona que padece la violencia a través del comportamiento del individuo –delincuente- que trasgrede las leyes de su sociedad y cultura. De este modo la víctima está íntimamente vinculada al concepto consecuencias del delito,²² que se refiere a los hechos o acontecimientos que resultan de la conducta antisocial, principalmente el daño, su extensión y el peligro causado individual y socialmente.

Tomando el concepto de víctima dado en la Declaración de la ONU sobre los principios fundamentales de justicia relacionados a las víctimas, en la que se

²⁰ REYES CALDERON, José A. op. cit. p. 161.

²¹ GÖLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Austria, Buenos Aires, Argentina 1978.

²² Cfr. MARCHIORI, Hilda. ¿Conoce el Juez las consecuencias del delito?. Colección de Opúsculos de Derecho Penal y Criminología. Ed. Lerner. México, 1988. p.6.

expresa: "Se entenderá por 'víctimas' a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder."²³ O sea que se considera víctima de un delito: al que sufre directamente el daño; a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa; a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Conforme a este concepto "víctima", no sólo es el sujeto pasivo del delito, sino todo aquel que sufre las consecuencias de la comisión de un hecho delictivo. Como nos dice el maestro Rodríguez Manzanera, "la víctima no coincide por fuerza con el sujeto pasivo del delito considerado por los jurista, ya que para la victimología, víctima es todo aquel sujeto que sufre por la comisión de una conducta antisocial aunque no sea detentador el derecho vulnerado."²⁴ A nuestro juicio, bajo este concepto debemos considerar a la "víctima" en su rol con el derecho penal, tanto sustantivo como adjetivo.

1.8.1 Etimología de "víctima"

El Diccionario de la Lengua Española de la editorial Rotapapel, establece como significado de Víctima, el siguiente.

Víctima. (Del lat. *Victima*). 1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. 2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. 3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita. 4. f.

²³ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XXVI, Editorial Ws.Dreskill, S.A., Buenos Aires, 1979.

²⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Revista Mexicana de Justicia, Número 2, volumen II, 1984, p16.

Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito. Hacerse alguien la ~.
*1. fr. coloq. Quejarse excesivamente buscando la compasión de los demás.*²⁵

La similitud de origen etimológico es clara, pues si en latín es víctima, pasa idéntico al español, para convertirse en víctima en portugués, en italiano es vittima, en francés victime y en inglés victim. Independientemente de las discusiones etimológicas, es indudable que el concepto de víctima en la actualidad ha evolucionado, como ya lo hemos mencionado, desde aquel que podía vengarse libremente hasta el que tenía como límite el talión para llegar a conceptos como sujeto pasivo del delito y, más actualmente víctima precipitante o participante.

Así, el concepto ha cambiado en la humanidad según el lugar y la época, según si el hombre ha sido creyente o ateo, libre o esclavo, nacional o extranjero, etc.

Los diversos diccionarios de diferentes lenguas consultados explican múltiples significados entre los que destacan:

- a) El ya mencionado, de animal destinado al sacrificio,
- b) El que sufre por la culpa de otro,
- c) El que sufre por sus propias faltas,
- d) La persona que se ofrece o expone un grave riesgo en obsequio de otra,
- e) El que padece daño por causa fortuita,
- f) El que sufre por acciones destructivas o dañosas,

²⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22ª edición. Editorial Rotapapel, Madrid, 2001, p. 462.

g) Sujeto pasivo de un ilícito penal,

h) Quien se siente o quiere parecer perseguido abandonado.

1.8.2 Definiciones en relación con la víctima

Son muchas las acepciones del vocablo víctima, en términos generales podríamos aceptar que es el sujeto pasivo que padece un daño por culpa propia, ajena o por causa fortuita. Este sentido es el que ha sido tomado en principio por una buena parte de los victimólogos, algunos de los cuales lo amplían aun más, así por ejemplo Mendelsohn afirma que "...es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento determinado por factores de origen muy diversos físico, psíquico, económico, político o social, así como el ambiente natural o *técnico*."²⁶ Determina su concepto en relación a circunstancias internas y externas de la persona, pues, considera que depende de la edad, sexo, clase social, estado psicológico, ambiente criminal, etcétera, para que un individuo sea más propenso a convertirse en víctima o no.

Cada una de las definiciones forjadas refleja, aunque sea parcialmente, la postura de quien la realiza y, en consecuencia, la formulación de la misma determina el alcance, el objeto, la finalidad, etc. que se le reconoce a la *víctima*. En consecuencia nos limitamos en este punto a transcribir algunas de las definiciones más significativas según lo precisa el maestro Rodríguez Manzanera, quien señala:

"... Separovic afirma que "cualquier persona física o moral que sufre como resultado de un despiadado designio, incidental o accidentalmente, se le considera víctima."

²⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, op cit., Victimología p. 65.

Estancio es más restringido, pues señala que *"la víctima es un ser que sufre de una manera injusta"*, y que los dos rasgos característicos de la víctima son el sufrimiento y la injusticia.

Desde el punto de vista puramente jurídico un individuo es victimizado cuando cualquiera de sus derechos se violan por actos deliberados y maliciosos. Así víctima sería la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sus bienes o en sus derechos las consecuencias nocivas de dicho acto jurídico.

Von Henting agrega un elemento, al referirse a persona que ha sido lesionada objetivamente en algunos de sus bienes jurídicamente protegidos, y que experimentan subjetivamente el daño con malestar o dolor...²⁷

Para la victimología, víctima es el ser humano que padece daño en los bienes jurídicamente protegidos por la normativa penal: vida, salud, propiedad, honor, honestidad, etc., por el hecho de otro, por accidentes debidos a factores humanos, mecánicos o naturales, (por ejemplo, accidentes de trabajo). Una visión más amplia (la que sostiene la victimología crítica) nos lleva a asimilar el concepto de víctima a todas aquellas personas que se vieran afectadas en sus derechos, estén o no jurídicamente protegidos por el Estado.

Rodríguez Manzanera, hace referencia a lo señalado por Prattfarchild Henry, al definirla como *"... aquella persona sobre la que recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción."*²⁸

Asimismo, el autor mencionado, nos da una definición amplia de víctima diciendo: *"víctima es el individuo o grupo que padece un daño por acción u omisión propia o ajena, o por causa fortuita."*

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

De igual forma, se han desarrollado diversos términos, aclarando que muchos de estos vocablos son neologismos, no localizables en los diccionarios clásicos. Por ello, los siguientes conceptos se intentaran definir según el maestro Rodríguez Manzanera, quien cita:

“Victimización: Según FATTAH, “es el resultado de una conducta antisocial contra un grupo o persona; por el cual se deviene en víctima.” Berllagio sostiene que “es la apropiación y/o el abuso de una persona por otras.” Esta es la llamada *victimización criminal*, pero existe otra, la llamada **autovictimización** que “es aquella que se produce en los casos de víctima sin crimen.”

Victimidad: Para Mendelsohn, la victimidad es “la totalidad de las características socio-bio-psicológicas, comunes a todas las víctimas en general, que la sociedad desea prevenir y combatir, sin importar cuáles sean sus determinantes (criminales u otros factores)”

Fattah sostiene que “es la predisposición de unas personas para ser víctimas. Es decir que el conjunto de factores que predisponen a una persona o grupo a ser víctimas es la victimidad.”

Victimario: Es aquel que produce el daño, sufrimiento o padecimiento de la víctima. Es incorrecto asimilar el victimario al delincuente, pues se puede ser victimario por una acción u omisión que no sea antisocial o delictiva, es decir “victimario” es el género y delincuente es la “especie.” En la autovictimización, las calidades de victimario y víctima se unen en una misma persona.

Victimizable: es el sujeto capaz de ser víctima. Es sinónimo de víctima.

Victimizador: es aquella persona capaz de ser victimario.

Victimante: es aquello con capacidad para victimar.

Victimal: *actitud de predisposición de una persona o grupo para convertirse en víctima.*

Víctimar: *es hacer objeto a otro u otros de una acción victimante, es, en última instancia, convertir a alguien en víctima. Se utiliza como sinónimo del verbo victimizar.*

Factor victimógeno: *todo aquello que favorece la victimización, o sea las condiciones o situaciones de un individuo que lo hacen proclive a convertirse en víctima lo que puede producir la victimización. Se los suele separar en factores victimógenos internos y externos...*²⁹

1.9 Victimología como disciplina científica

Sobre este aspecto, es necesario poner de relieve que la consolidación de la victimología no ha sido fácil, pues con relación a ésta, todavía hoy, existen dos vertientes opuestas en cuanto a su reconocimiento como disciplina autónoma y paralela a la criminología.

En efecto, durante decenios y con mínimas matizaciones se ha venido definiendo la criminología como la ciencia que se ocupa de determinar las causas o factores del delito a fines de prevención y tratamiento del delincuente.

Así, y después de caracterizar esta ciencia como el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo y sobre los controles de esta conducta, se reconoce que a todo ello hay que agregar lo concerniente a la víctima y a la prevención del delito. Incluso, ha

²⁹ Idem, pp. 82, 83 y 111

llegado a afirmarse que el nacimiento de la moderna criminología no se produce hasta que la víctima del delito no resulta abarcada por su ámbito de investigación.

Se dice entonces que ha llegado el momento de recuperar a la gran ausente en la especulación criminológica (la víctima). Ante esta realidad cede en trascendencia la pugna producida entre los que rechazan la independización de la víctima y aquellos que pretenden otorgarle un rango de rama autónoma de investigación. Solución ésta que quizá aparezca teñida por un cierto reproche ante los injustificados olvidos del pasado.³⁰

Dicho lo anterior, procederemos a abordar la problemática relacionada con la definición de la Victimología como ciencia.

1.9.1 ¿Es la victimología una ciencia?

De conformidad con lo que el maestro Rodríguez Manzanera expone, existen tres grandes grupos bien definidos acerca de la discusión sobre la naturaleza científica de la victimología, los cuales se clasifican de la manera siguiente:

- a) Los tratadistas, quienes le otorgan a la victimología una total autonomía científica.
- b) Otro grupo está formado por quienes consideran que forma parte de la criminología; y,
- c) El grupo de quienes niegan la autonomía y aún la existencia de la misma victimología.

³⁰ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. La moderna victimología, Editorial Trant lo blanch Libros, Valencia, 1998, págs. 36-37.

A manera de resumen, se elabora el siguiente cuadro retomando la explicación del mencionado maestro Rodríguez Manzanera³¹:

CONCEPTO DE LA VICTIMOLOGÍA	INTERPRETAN A LA VICTIMOLOGÍA COMO UNA PARTE O RAMA DE LA CRIMINOLOGÍA, NEGÁNDOLE AUTONOMÍA CIENTÍFICA.	CONSIDERAN A LA VICTIMOLOGÍA COMO UNA CIENCIA AUTÓNOMA, CON OBJETO, MÉTODO Y FIN PROPIOS.	NIEGAN NO SÓLO LA AUTONOMÍA, SINO LA EXISTENCIA DE LA VICTIMOLOGÍA.
<p>Representantes</p>	<p>FATTAH la define como "aquella rama de la criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen y que designa el conjunto de conocimientos biológicos, sociológicos, psicológicos y criminológicos concernientes a la víctima. Sostiene que difícilmente ha alcanzado el status de una disciplina independiente.</p> <p>ELÍAS NEUMAN sostiene: "Me uno a quienes entienden actualmente que la victimología forma parte de la criminología, pero adelanto que se trata de una certidumbre</p>	<p>BENJAMÍN MENDELSON define a la victimología como "la ciencia sobre las víctimas y la victimidad", afirmando que deben abarcarse tanto la víctima como factores endógenos como la de los factores exógenos, y que el concepto de victimidad es mucho más general que el de criminalidad, utilizando el término de "victimología general".</p> <p>ISRAEL DRAPKIN también se inclina por reconocer autonomía a la victimología.</p> <p>ANIYAR DE CASTRO hace lo mismo al reconocerle autonomía a</p>	<p>JIMÉNEZ DE AZUA: "el asunto no consiste en crear una nueva ciencia, sino en poner varias a contribución para establecer el papel de la víctima en los delitos".</p> <p>LÓPEZ REY afirma que "la victimología no es más que un residuo de una concepción ya superada de la criminalidad y de la criminología".</p>

³¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología. Estudio de la víctima, op. cit., pp. 18-26.

	provisional y que el decurso y auge de la criminología, por un lado, y la victimología, por el otro, podrán favorecer un cambio de criterio.	la victimología, aunque con reservas, al sostener: "aun en su estado actual de simple hipótesis de trabajo, como objeto de una posible ciencia autónoma"	
--	--	--	--

1.9.2 Corrientes victimológicas

Continuando con el análisis sobre la victimología, veremos que dentro de ésta pueden observarse tres grandes corrientes, con diferentes paradigmas y sus correspondientes métodos de abordaje de la temática victimológica.³²

Tales corrientes están clasificadas de la siguiente forma:

Paradigma	Positivistas	Interaccionistas	Críticos
Tendencia	Conservadora	Liberal	Socialista
Método	Consensual	Pluralista	Conflictual

Brevemente haremos referencia a los diversos enfoques sobre la conceptualización dada a la victimología y, a su vez, se demostrará como estos enfoques dependen en gran medida de cómo se define a la víctima y como están íntimamente ligados a la orientación ideológica y filosófica de cada percepción.

Actualmente, podemos hablar de tres corrientes ideológicas desenvueltas por un patrón aceptado por una parte de la comunidad científica. Estos tres paradigmas son, como ya se precisó en el cuadro que antecede, el positivista, de tendencia o ideología conservadora y con una perspectiva de modelo de sociedad consensual; el interaccionista, con una tendencia ideológica liberal y con una

³² Ibidem, p. 27.

percepción pluralista de modelo de sociedad; y, por último, el paradigma crítico, con tendencia ideológica socialista y con una perspectiva de modelo de sociedad conflictual. Cada uno de estos modelos constituye un conjunto de conocimientos que resuelven -o intentan resolver- determinado problema o conjunto de problemas bajo una determinada perspectiva. Así, cada paradigma tiene su propia ideología y su modelo para resolver aquellos problemas que el propio paradigma plantea.

Cabe hacer mención de que estos paradigmas generalmente son aplicados a la criminología, sin embargo, es perfectamente válido aplicarlos en el ámbito de la victimología.

Aclarado lo anterior, se procederá a exponer como cada paradigma de los mencionados, percibe a la victimología.

De esta forma se tiene que el enfoque positivista es fundamentalmente conservador y, por tanto, causalista, la victimología así, estudia las relaciones víctima-criminal y es concebida como una rama de la criminología.

Desde esta corriente de pensamiento, la sociedad es vista como una estructura bien integrada, estable y persistente, basada en el consenso de sus integrantes en cuanto a los valores imperantes. Es un modelo de explicación consensual de la sociedad. El criminal es pues, diferente a lo no criminal y, desde luego, a la víctima. La víctima, se identifica como el sujeto pasivo del delito; las víctimas estudiadas son las víctimas conocidas, las que llegan a las instancias de administración de justicia y, el interés máximo gira en torno a saber si son o no culpables o su grado de responsabilidad, o bien, si son "inocentes", debiéndose socorrer a estas últimas. La autovictimización (drogadictos, alcohólicos, prostitutas y otros desviados), son tratados en forma similar a los delincuentes. Esta victimología de percepción conservadora, es la que con mayor facilidad adoptan los sistemas de justicia, ya que les permite evadir toda responsabilidad

estatal en el fenómeno victimal. Las víctimas devienen tales por causa de los criminales o por su propia culpa al provocar o precipitar el crimen.

En la corriente ideológica liberal se sigue un modelo pluralista en la concepción de la sociedad -como anteriormente señalamos-, perspectiva en la que la ley existe no porque haya consenso social y los individuos estén generalmente de acuerdo con la definición de lo que es bueno y lo que es malo, sino precisamente porque están en desacuerdo. La victimología liberal sigue ese modelo pluralista, donde la sociedad es captada como múltiple y plural, donde conviven grupos con marcadas diferencias de etnia, religión, status, etcétera, y, por tanto, los valores e intereses son diversos y contradictorios. Dicho pluralismo lleva a un acuerdo general; aceptan un mecanismo que pueda resolver pacíficamente los conflictos, estableciéndose el sistema legal, que es neutral y que está por encima de las partes y dirime las controversias.

Así, esta victimología de corte liberal ha tomado el paradigma interaccionista, en que se considera la criminalidad no desde la conducta, sino desde la respuesta que provoca. La conducta criminal es la etiquetada como tal, y, por lo tanto, el sujeto también es etiquetador y etiquetado, de aquí las diferentes etiquetas para conductas o sujetos similares. El sujeto etiquetado tiende a identificarse con su etiqueta.

El interaccionismo se ha considerado victimológico, básicamente en conceptos como desviación secundaria donde el desviado es considerado como víctima. Las soluciones que proponen van hacia un mejoramiento progresivo de la sociedad y una justicia que logre mitigar el sufrimiento humano.

Por su parte, el modelo conflictual de corte socialista reconoce las diferencias sociales, los diversos grupos y sus conflictos de valores, metas e intereses. Aquí, el fondo real del conflicto es la lucha por el poder, en que unos tratan de obtenerlo y otros de mantenerlo. La ley define los intereses de quienes

detentan el poder y para hacerlo, se requiere un aparato de justicia no neutro, resultando, entonces, que dicho aparato, protege sólo los intereses de la clase en el poder y no de la colectividad en general.

Esta corriente de la victimología censura básicamente al Estado capitalista, en el que sostiene un orden social y económico que preserva el poder y sus privilegios, criminalizando conductas que atentan contra dicho orden. Maneja un paradigma crítico, que propone un cambio de estructuras sociales definitivo que evite la victimización y violación de derechos humanos igualitarios. Por tanto, acepta un estándar de justicia y acepta al Estado y su sistema de justicia como naturalmente victimizador, ya que atenta contra las clases menos privilegiadas de la sociedad y olvida a las víctimas de la dominación y la represión. Así, la definición de víctima desde este enfoque es notablemente amplia.³³

Por otro lado, cabe destacar que el enfoque sobre la victimología y su estudio mismo, se encuentran en estrecha relación con la criminología, en cuanto a que ambas tienen importante ingerencia en el tratamiento del delito como fenómeno social, por eso, resulta importante señalar algunos aspectos relacionados con las corrientes que se han encargado de explicar tanto a una como a otra, para lo cual referimos lo siguiente.

Se ha dicho que la nueva criminología comienza criticando algunas difusas explicaciones radicales del delito, como las posiciones relativistas, idealistas y deterministas, lo cual sentó las bases de lo que se conoce como el enfoque realista de izquierda.

Así, el delito no era una mera etiqueta, sino el producto del individualismo competitivo, algo determinado; no una actividad de gente viviendo en el ocio, sino en el mundo del trabajo; no algo sólo viciado por las estadísticas y la ideología, sino reflejando necesidades reales, miedos justificados; no una auténtica

³³ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología. Estudio de la víctima*, op. cit., pp. 24-28.

expresión de pluralismo, sino un acto que daña intereses más o menos condensados (vida, propiedad, etcétera), no un ataque contra los poderosos, sino una actividad en gran medida intra-clase en su objetivo, impacto y distribución.

El delito es realmente un problema y, por tanto, produce víctimas reales, en el seno mismo de las clases más vulnerables de la sociedad. La realidad del delito puede ser la realidad del sufrimiento humano y del fracaso personal. El delito está focalizado tanto geográfica como socialmente. El delito no es una actividad de los "Robin Hood" modernos, la vasta mayoría de los delitos de la clase trabajadora tienen lugar dentro de ella. Su esencia es intra y no interclasista. El delito es un símbolo poderoso de la naturaleza antisocial del capitalismo y es la forma más inmediata en que la gente experimenta otros problemas, como el desempleo o el individualismo competitivo. *"Es una reacción injusta a una experiencia de injusticia"*.³⁴ Entonces el delito no es una forma de rebelión política.

El realismo, en su intento por separar realidad de fantasía, enfrenta a la opinión popular sobre el delito, las fantasías sólo ocurren donde no existe experiencia concreta. Ve las causas de la conducta delictiva en la privación relativa, la gente experimenta un nivel de injusticia en la distribución de los recursos y utiliza medios individualistas para intentar salir de esa situación; así, el delito involucra política, en cuanto que es ésta la que determina las condiciones sociales que causan el delito. La importancia política del delito consiste en que, descontrolado, divide a la comunidad trabajadora y funda moral y materialmente las bases de su desorganización.

El papel de los criminólogos es debatir sobre las prioridades en materia de delitos, no es hacer eco ni inventar los problemas de la gente. El papel del realismo es situar el problema dentro de su contexto social.

³⁴ ZAITCH, Damián, y Sagarduy, Ramiro. La criminología crítica y la construcción del delito, Delito y sociedad, Buenos Aires, CINAP, año I, núm. 2, 1992, p. 40.

Así, el realismo de izquierda, ofrece un enfoque diferente de análisis de los procesos a través de los cuales se construye el delito, enfoque que evita un exceso de idealismo. Así también, a la victimología le da un enfoque radical contrario al idealista y pietista del que hemos hablado. Según el realismo, todas las teorías criminológicas anteriores han sido parciales, es decir, sólo enfocaron una parte del "cuadro del delito",³⁵ ya sea el Estado (teoría del etiquetamiento), la sociedad (teoría del control), el delincuente (positivismo), o la víctima (victimología). Uno de sus principales objetivos es brindar un análisis en todos los niveles y desarrollar una gama de recomendaciones políticas en torno del mismo. Expresa así un compromiso crítico, intentando desarrollar un análisis razonado y coherente que reconozca la solución de los problemas con la mejora en la distribución de los servicios y con el desarrollo de un sistema de justicia criminal más equitativo, sensible y responsable.

En el garantismo, la definición del delito tiene que ser aquella aportada por el derecho en el que la Constitución y el Código Penal son las referencias centrales.

El delito es sólo una clasificación jurídica y no moral o antropológica. Estas cuestiones aparecen antes, y a la hora de definir qué conductas deben criminalizarse. Las consideraciones morales y políticas forman parte de la legitimación externa del derecho, pero una vez creada la norma, su aplicación sólo debe responder a la razón jurídica.

Una definición garantista del delito implica tres niveles de garantías:

- a) Las garantías del delincuente ante la arbitrariedad del Estado.
- b) Las garantías de las víctimas que deben satisfacerse ante el daño causado por el delincuente.

³⁵ MATTEWS, Roger y Young, Jock. Reflexiones sobre el realismo criminológico. Delito y sociedad. Buenos Aires, CINAP, año II, núm. 3, 1993, pp. 13 y ss.

c) Las garantías del delincuente frente a la venganza privada de la sociedad en general y de la víctima en particular.

Un "Estado de Derecho" como el nuestro, es un sistema basado en la disciplina legal y el monopolio de la fuerza, con la pretensión de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales. Su democracia debiera ser entendida como una técnica de convivencia que persigue solucionar no violentamente los conflictos. Todo ello obedeciendo a un principio de legalidad que somete el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales que vigilan la "estricta legalidad" en la actuación de sus funcionarios.

Desde esta perspectiva y dentro de una amplia concepción de lo que es víctima, percibiendo al sistema penal como eminentemente victimizador, y a los capturados, procesados y sentenciados, como víctimas de dicho sistema, ésta tendrá que ser tratada dentro de un marco estricto de legalidad, que le garantice el goce y la protección de sus derechos fundamentales, pero sobre todo la reparación en su daño.

La victimología fue acusada -con o sin razón- de culpar a la víctima, de insistir sobre su papel y de haber exagerado su contribución en la génesis del crimen. A causa de esto, probablemente, la victimología actual es muy cuidadosa en reafirmar el compromiso social e institucional que existe hacia las víctimas del crimen, con la subsecuente obligación social de repararles el daño sufrido y ofrecerles una ayuda y asistencia adecuadas.

Es importante que tengamos en cuenta que la moderna victimología no agota su cometido y pretensiones en la elaboración de programas indemnizatorios, de contenido económico patrimonial, a favor del sujeto pasivo del delito, se reduciría a un aspecto mercantilista, que no es su cometido. Es

necesario observar su dimensión verdadera como conflicto humano, devolviendo a la justicia criminal la fisonomía humana y solidaria que nunca debió perder en aras de la necesaria "neutralización" de la víctima, se busca hacer un verdadero estudio de la víctima, a través de un conjunto de reglas generales y de principios comunes que contribuyan al progreso y evolución de las ciencias criminalísticas y jurídicas facilitando la comprensión del fenómeno.

Hemos evocado un breve recuento de las diversas formas en que la victimología es percibida. Ahora es importante adoptar una posición particular al respecto.

En cuanto a que si la victimología tiene o no autonomía científica, nos adherimos al punto de vista expresado por el maestro Rodríguez Manzanera, quien considera a esta disciplina de estudio, al mismo tiempo autónomo y dependiente de la criminología; y señala que "aunque pudiese parecer paradójica, nosotros concedemos en toda su amplitud, autonomía a la victimología, y, a la vez, aceptamos su pertenencia a la criminología."³⁶

Prosiguiendo con el mismo autor, comenta que *"nadie negaría que la biología, la antropología, la psicología, tengan total autonomía científica, y que su objeto de estudio supera en mucho al fenómeno antisocial"*, continua diciendo, *"nadie niega que estas ciencias vienen a conformar la síntesis criminológica, creando un conjunto de conocimientos nuevos, diversos de su objeto original. Algo semejante sucede con la victimología, su objeto de estudio es más amplio que el fenómeno criminal y la relación criminal-víctima, por lo que puede manejarse en forma independiente. Por otra parte, concurre con las otras ciencias criminológicas a conformar la síntesis que es la ciencia de la criminología."*³⁷

³⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología. Estudio de la víctima, op. cit., p. 28

³⁷ Ibidem

CAPÍTULO II

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD

A efecto de establecer el objeto del presente apartado es conveniente señalar los alcances de la *imputación objetiva* en el campo del derecho penal, así como la forma en que habrá de delimitarse el *ámbito de responsabilidad de la víctima* en la realización de un hecho punible, la cual constituye el tema central del capítulo que nos ocupa.

En primer lugar, y a manera de esbozo, es preciso mencionar que en la materia del Derecho Penal, por *imputación* se entiende 'la existencia en el sujeto, de las condiciones mínimas necesarias para determinar la posibilidad abstracta de que le sea atribuido un hecho punible, según el criterio basado en el positivismo criminológico que, desestimando la causalidad moral, se apoya exclusivamente en la física (material) y la psicológica (voluntad, no en el sentido de la libertad de elección). En consecuencia, la imputación resulta ser la afirmación provisional de la existencia, en el individuo, de las condiciones mínimas para atribuirle un delito, es decir, para declarar que el acto en cuestión es producto de la actividad psicofísica, de la personalidad de un determinado individuo.³⁸

Establecido lo anterior debe dejarse en claro que el objeto de la teoría de la imputación objetiva es una teoría que intenta dar una respuesta a la pregunta de cuándo un resultado puede ser atribuido a una conducta, sobre la base de consideraciones jurídicas y no meramente causales.³⁹

³⁸ Cfr. ALMARAZ HARRIS, José. Tratado teórico y práctico de ciencia penal. tomo II, El delincuente. México, 1948, p. 375.

³⁹ Cfr. IRIBAREN R, Ezequiel. Introducción a la imputación objetiva, al citar a CÓRDOBA, Fernando. En Consideraciones en torno a la teoría de la imputación objetiva en el sistema de Claus Roxin, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, números 1 y 2, EIDial.com. Biblioteca Jurídica Online, Suplemento 25, año 2003, <http://www.eldial.com.ar/doctri/notas/nt011109.html>.

La base de la teoría de la imputación objetiva (como imputación de un resultado típico) se ha encontrado en la teoría de la adecuación social de Hans Welzel, porque, como dice Manuel Cancio Meliá⁴⁰, con la teoría de la adecuación social de Welzel, se estaba propugnando indirectamente la creación de una categoría normativa dentro del *tipo objetivo*. En este sentido, se sabe, la teoría de la imputación objetiva no vino sino a reformular el tipo objetivo, ya que con la constatación de la imputación objetiva de un resultado típico se comprueba igualmente la conducta típica. Sin embargo, la teoría de la imputación objetiva sólo nos dice a quién le *compete* penalmente el tipo objetivo, mas no, en cambio, quién es propiamente responsable respecto del mismo.

Claus Roxin estructuró la teoría de la imputación objetiva a comienzos de los años setenta. Propuso los siguientes criterios normativos como reguladores valorativos del nexo causal:

- a. Incremento o disminución del riesgo permitido;
- b. Concreción del riesgo prohibido en un resultado; y
- c. El ámbito de protección de la norma.

Los anteriores presupuestos constituyen un *regulador normativo para el nexo causal*, en tal forma que la teoría de la imputación objetiva del resultado determina cuándo se ha colmado el tipo objetivo por alguna causa típica que ha rebasado los niveles de riesgo permitido, creando así un riesgo relevante e indispensable para la producción de un resultado que a la vez se encuentra bajo el *ámbito protector de la norma penal*.

Por otro lado, la teoría de la imputación objetiva no debe reducirse únicamente al campo de los delitos de resultado; es decir, además de servir la imputación objetiva como regulador normativo del nexo causal, en verdad puede

⁴⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, Los orígenes de la teoría de la adecuación social: teoría final de acción e imputación objetiva, Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1994, p. 64.

conformar de modo más amplio una teoría general de la imputación penal, según consideramos nosotros.

Günther Jakobs ofrece una visión más general de la imputación objetiva cuando subdivide a esta teoría en dos niveles, a saber:

- a. La imputación objetiva del comportamiento; y,
- b. La imputación objetiva del resultado.

De este modo, la calificación de un comportamiento como *típico* corresponde a la imputación objetiva del comportamiento, se trate o no de un delito de resultado. El primer nivel de la imputación objetiva (imputación objetiva del comportamiento) se integra por los siguientes principios:

- a. Riesgo permitido;
- b. Principio de confianza;
- c. Prohibición de regreso; y,
- d. Competencia de la víctima.

Por separado o en conjunto, los anteriores principios pueden arrojar luces para la integración de una teoría general de la imputación penal que no sólo se limite a los delitos de resultado material. Así, Jakobs describe en tres principios las hipótesis base de la imputación objetiva. **La primera** –dice– se refiere a la *igualdad* de las personas, lo que implica una *libertad de acción* a todas las personas iguales; conforme a ello se fundamenta el *riesgo permitido*. **La segunda** hipótesis básica se describe conforme al principio de *autorresponsabilidad*; mismo que da sustento al *principio de confianza* y a la *actuación a propio riesgo*. **La tercera** hipótesis de la imputación objetiva alude a la *prohibición de regreso*, en el sentido de que –como dice Jakobs– “*la comunidad con otro siempre es una comunidad limitada. Por tanto, si el otro se comporta incorrectamente, sólo se puede recurrir al primero, si esa comunidad también se extendía a la conducta*

incorrecta; en caso contrario, queda excluida la responsabilidad del primero: prohibición de regreso. Si el otro coincide con la última, también aquí se podrá hablar de un actuar a propio riesgo".⁴¹

En fin, una base común para la teoría de la imputación objetiva puede ser consensada, así: es imputable toda acción que ha provocado un riesgo desvalorado *sine qua non* del resultado; estando este resultado protegido por el ámbito de la norma.

No obstante, al respecto, Sancinetti ha demostrado que en los casos de tentativa, en que falta la concreción del riesgo en el resultado, sólo cabe hablar validamente de la creación de un riesgo desaprobado⁴². En este sentido, Sancinetti afirma que un riesgo desaprobado existe ya con la sola tentativa. Ahora bien, cabría preguntarse si es imputable a título de tentativa toda acción generadora de un riesgo reprobado, particularmente si dicha acción es imprudente. De inmediato se advierte que la creación de un riesgo prohibido no se vincula únicamente con la tentativa, sino también con la imprudencia. Ello nos llevaría a definirla o, en su caso, a redefinirla, porque una acción culpable *en sí* no debe depender de que el riesgo prohibido se concrete o no en un resultado, si es de verdad trascendente, únicamente, el quebrantamiento de la norma.

2.1 Referencia conceptual en torno a la imputación objetiva

Es conveniente indicar que el principio fundamental sobre el cual se edifica la teoría de la imputación objetiva, fue formulado a comienzos del siglo XIX por Hegel, al señalar que sólo puede llamarse imputación -en estricto sentido- a aquello que en una conducta puede ser reconocido como propio; de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta

⁴¹ JAKOBS, Günter, "Imputación jurídico-penal", en: Problemas del Derecho Penal moderno, trs. Marcelo Sancinetti y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Argentina, Ed. Hamurabi, pp. 43 y 44.

⁴² SANCINETTI, Marcelo, Ilícito personal y participación, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1997, p. 47.

genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado ese comportamiento. Por ello, sólo las consecuencias que pertenecen a una conducta humana, como modificación del mundo exterior, pueden ser imputadas a la persona física que la exteriorizó, mientras las consecuencias que se derivan no de esa conducta, sino de la ya producida modificación en el mundo exterior, no me deben ser imputadas. De esta visión de Hegel -señala Yesid Reyes Alvarado- se deriva el principio general del derecho por el cual se debe imputar a cada persona sólo aquello que deba ser considerado su obra⁴³.

Referido lo anterior, cabe ocuparse de la cuestión que gira en torno al contenido de la expresión "imputación objetiva", dado que con relación a la misma han surgido diversas teorías, las cuales aun cuando siguen un esquema general, presentan algunas discrepancias que las hacen asumir diferentes posturas. La diferenciación existente entre ellas, según la autora Martínez Escamilla, hace que los autores se coloquen en uno de los tres grupos que definen la figura que ahora tratamos.

Dichos grupos son los siguientes:

2.1.1 Limitación de la expresión "imputación objetiva" a la realización del riesgo en el resultado

Esta primera opción es defendida por Frisch, Burgstaller, Corcoy Bidasolo, Silva Sánchez, entre otros. Para Frisch, objeto de la teoría de la imputación objetiva sería el nexo que ha de existir entre un comportamiento previamente calificado de típico y el resultado para poder considerar realizado el tipo objetivo

⁴³ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, Editorial Temis, 2ª edición, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1996, p.49.

en cuestión, se limitaría, pues, a la realización del peligro en el menoscabo, es decir, al denominado 'nexo de riesgo' y a la relación de causalidad. Así, cuando, por ejemplo, de la acción causante del resultado no cabía esperar la producción de éste, Frisch no negará la imputabilidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino la existencia de un comportamiento disvalioso, y ello, tanto en los delitos imprudentes como en los dolosos. Esta misma postura es adoptada por Wolter, Burgstaller y Wehrle, entre otros.

Si bien la opinión descrita nos parece perfectamente defendible, también habrá que analizar si lo mencionado por Frisch acerca de las consecuencias que se derivarían de utilizar 'imputación objetiva' para aludir, tanto a la creación de un riesgo típicamente relevante como a su realización, consecuencias estas que consistirían en confundir los diferentes principios y perspectivas que han de guiar el tratamiento de cada uno de estos bloques de problemas. Si el denominar, tanto a la creación como a la realización del riesgo, por ejemplo, 'requisitos de realización del tipo objetivo' no implica el confundir la problemática a la que con ambas expresiones se hace alusión, no entendemos por qué esta confusión ha de ser consecuencia necesaria o probable de hablar de 'exigencias para la imputación objetiva del resultado' refiriéndose a la creación de un peligro típicamente relevante y a su materialización. Realmente la cuestión discutida no tiene, a nuestro parecer, otra trascendencia que la puramente terminológica.

2.1.2 "Imputación objetiva" como conjunto de presupuestos normativos de la tipicidad no exigidos expresamente por la ley

Una postura que no puede considerarse intermedia, sino simplemente distinta es la defendida por Gimbernat. Para este autor el contenido de la teoría de la imputación objetiva está constituido por aquellos requisitos normativos de la tipicidad no expresamente mencionados por la ley: "Imputación objetiva no es la acción, ni la causalidad, ni el resultado típico, porque todos estos elementos

vienen expresamente descritos en las leyes penales..., no es tampoco, en el tipo doloso, el dolo -ni, en su caso, los elementos subjetivos del injusto-, ni, en el tipo imprudente, la infracción del cuidado debido, pues dolo e imprudencia son también presupuestos expresamente mencionados por la Ley”, deduciéndose los verdaderos elementos de la imputación objetiva “del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas”.

Pero, de acuerdo con estas ideas, ¿cuáles serían entonces los elementos de la imputación objetiva? Nuestro Código Penal exige la presencia de dolo o imprudencia para poder castigar una conducta, pero poco específica respecto a estas exigencias. Si entendemos que para que un comportamiento pueda ser calificado de imprudente el autor ha de haber lesionado el deber de cuidado y que para que esto último suceda la conducta ha de ser adecuada para la producción del resultado y su peligrosidad ha de sobrepasar la peligrosidad permitida, entonces ni adecuación, ni riesgo permitido formarán parte del contenido de la doctrina de la imputación objetiva, tan sólo porque la ley exige el carácter culposo del comportamiento. Sin embargo, la ley no menciona expresamente los requisitos que han de concurrir para poder calificar una acción de imprudente, ¿de dónde deduce éstos la doctrina si no es ‘del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas’? Por otra parte, si admitimos, como lo hace Gimbernat, que la infracción del deber de diligencia es también un requisito para la tipicidad de los delitos dolosos, a pesar de que nuestro Código Penal guarde silencio al respecto, el principio de adecuación y el carácter no permitido de la peligrosidad de la conducta deberían considerarse requisitos de imputación objetiva en los delitos dolosos, al no estar mencionado expresamente en la ley la lesión del deber de diligencia en relación con esta modalidad delictiva. Y si en el futuro el legislador tuviese la ‘brillante idea’ de incluir en el Código Penal un precepto como el siguiente: ‘Sólo se responderá por delito consumado cuando el resultado causado sea el que la norma infringida tenía por fin evitar’, ¿tendría automáticamente que dejar de formar parte de la imputación objetiva el denominado principio del fin de protección de la norma?

Por todo ello entendemos que la opción de Gimbernat no contribuye a aclarar la cuestión planteada, por lo que no podemos compartirla.

2.1.3 La creación de un riesgo típicamente relevante y su realización en el resultado como objeto de la teoría de la "imputación objetiva"

La última postura sería la más amplia y utilizaría la expresión imputación objetiva para englobar, tanto el problema de la creación de un riesgo jurídicamente relevante como el de su realización en el resultado.

Esta opción es adoptada expresamente por Roxin, ya que estudia la creación, realización del riesgo y fin de protección de la norma bajo la rúbrica 'imputación al tipo objetivo'.

Nosotros optamos por delimitar de esta manera el contenido de la teoría de la imputación objetiva. La justificación de esta elección podemos encontrarla en la razón del nacimiento de esta doctrina y en cómo se ha ido configurando. En un primer momento con el concepto de imputación objetiva se pretendía la exclusión de las acciones inadecuadas del ámbito de la tipicidad, identificándose en sus comienzos con el requisito de la adecuación, a añadir al de relación de causalidad. La teoría de la imputación objetiva así concebida por Larenz fue retomada por Honig, el cual hablará de 'capacidad objetiva de pretender', entendiendo que 'imputable es... aquel resultado que puede ser contemplado como dispuesto finalmente'. Estas exigencias lo son de lo que posteriormente se ha dado en llamar creación de un riesgo jurídicamente relevante, son, pues, requisitos necesarios para poder hablar del desvalor del comportamiento, no de su realización en el resultado, extremo este último para el cual veíamos antes que autores como Frisch pretendían reservar la denominación imputación objetiva. Por otra parte, esta doctrina rebasa la mera finalidad de ofrecer soluciones

satisfactorias a unos problemas concretos que el sistema clásico era incapaz de resolver para convertirse en el reflejo de una determinada forma de concebir el injusto penal y, en general, el Derecho Penal.

A los problemas que plantea Frisch, arriba citados, cabría destacar que, si bien es cierto que las consideraciones que nos permitan la solución de los dos grandes grupos de problemas mencionados no pueden ser idénticas -como ya hemos apuntado mientras que el problema de la creación de un riesgo jurídicamente relevante tiene que ver con el desvalor de la acción, el de la realización del riesgo parece que afecta al desvalor del resultado-, sin embargo, no se podrán obtener soluciones correctas o coherentes si no tenemos presente que ambas cuestiones encuentran su lugar sistemático en el tipo objetivo y que, por tanto, en su tratamiento no deberán ser olvidados los principios generales que caracterizan esta categoría sistemática.

Nuestra opción, que no tiene necesariamente que repercutir en las soluciones a adoptar, responde fundamentalmente a una razón decretada. Como tendremos ocasión de comprobar, los problemas que se estudian bajo la rúbrica de la realización del riesgo o del ámbito de protección de la norma, son en gran medida reconducibles al tema de la creación de un riesgo típicamente relevante, por lo que, independientemente de que éste desee o no considerarse objeto propio de la doctrina de la imputación objetiva, su análisis, resulta recomendable para facilitar la definición del nexo que ha de existir entre una acción, ya calificada como disvaliosa, y el resultado. Es también por esta íntima dependencia del problema de la realización del riesgo respecto del de su creación por lo que hemos optado por considerar ambos como objeto de la moderna doctrina de la imputación objetiva. De cualquier forma, la cuestión planteada no posee otra trascendencia que la puramente terminológica; el precisar claramente el contenido de la expresión 'imputación objetiva' tiene importancia sobre todo para saber de qué

estamos hablando cuando la utilicemos.⁴⁴

2.2 Bases para una dogmática de la imputación a la víctima

Para dar seguimiento al tema que se plantea en el presente capítulo, en este apartado se propone, en primer lugar, en forma de tesis, una definición de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima o, brevemente, 'imputación a la víctima' como institución dogmática destinada a resolver un sector fundamental de la diversidad de casos que aquí interesan. A continuación, se expresa cuál es el contexto sistemático que se estima adecuado para la solución del problema y, en especial, se intenta fundamentar la necesidad de una construcción dogmática específica. Finalmente, se hace referencia a algunas reflexiones acerca de los límites que imponen al tratamiento general ciertos sectores normativos –limitado hasta cierto punto el principio de autorresponsabilidad y, por lo tanto, también el funcionamiento de la 'imputación a la víctima', sin perder de vista que el ordenamiento legal punitivo impone funciones tuitivas, es decir, de defensa a determinados sujetos frente a los bienes de la víctima.

Por lo anterior, es que se hace evidente la necesidad de establecer una posición dogmática que nos lleve a una verdadera solución de los problemas que se suscitan al momento de definir la responsabilidad penal del autor de una conducta antijurídica, quien según lo hemos visto, no siempre detenta la posibilidad de manipular por completo la situación de hecho de que se trate, sino que también la víctima es capaz de contribuir a la realización del evento, a grado tal que incluso, la responsabilidad del autor quede excluida; de ahí, la importancia de que el estudio dogmático de la imputación a la víctima cobre reconocimiento, para que las consideraciones que giran en torno a ella, sean acogidas por las

⁴⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. La imputación objetiva del resultado, Editorial Edersa, Madrid, 1992, pp. 41-47.

legislaciones penales a fin de lograr el establecimiento de un sistema de penas adecuadas y proporcionales. En ese sentido se hace el análisis siguiente.

2.2.1 Génesis de la imputación a la víctima

En el estudio de este tema la proximidad existente entre la argumentación Victimodogmática y el discurso de la autopuesta en peligro se hace evidente, a pesar de la escasa tendencia de buena parte de la doctrina a subrayarla de modo explícito. Si bien cada una de estas orientaciones de la dogmática surge como respuesta a estímulos diversos, se produce una cierta convergencia en cuanto al contenido argumental y el sentido final de las respectivas conclusiones. Ello podría llevarnos a dirigir contra la doctrina de la autopuesta en peligro similares reproches a los planteados frente a las tesis de origen victimológico, pues ciertamente la introducción de la referida doctrina puede aparecer como un nuevo capítulo del proceso de transferencia al ámbito jurídico-penal de contenidos surgidos en el Derecho privado.

Sin embargo, se cree conveniente destacar un dato que revela una cierta evolución en el tratamiento de las diversas constelaciones de casos hacia una mayor definición de la ubicación sistemática de las soluciones propuestas, en el sentido que si el debate respecto a la Victimodogmática se enfocaba a menudo en torno a la invocación de principios genéricos como el de *subsidiariedad*, o a cuestiones tales como la posibilidad de una interpretación *praeter legem*, las aportaciones doctrinales sobre los supuestos de autopuesta en peligro pueden reconducir el planteamiento del tema hacia un espacio dogmático concreto, cual es el de la teoría de la imputación objetiva. Pero para ello deben ser superados los enfoques doctrinales que pretenden conferir un espacio autónomo a la idea de autopuesta en peligro, así como aquellos que tienden a limitar el espacio de la teoría de la imputación objetiva, reduciendo la operatividad de este concepto a los 'juicios de atribución', separándolos de los 'juicios de valoración'.

El acercamiento entre las dos vías de reflexión se empieza a materializar cuando el argumento de la autopuesta en peligro, nacido en el ámbito del delito imprudente, se hace extensivo al delito doloso, que es el espacio en el que ha operado la Victimodogmática, y se hace más patente cuando, se reconducen al ámbito de la imputación objetiva supuestos que se venían abordando por otras vías al margen de la tipicidad -por ejemplo, para un sector importante de la doctrina, en sede de consentimiento-. Tal reconducción puede ser válida para algunos supuestos estudiados por la Victimodogmática, evitando los peligros de algunas construcciones anteriormente examinadas. Por la misma razón que, por ejemplo, el mero argumento de la adecuación social constituye una vía asistemática en un sistema funcionalista libre de servidumbres metajurídicas y ontológicas que dispone de recursos propios para resolver los problemas. Ahí es donde la imputación objetiva ocupa un lugar destacado, como espacio en el que confluyen toda una serie de criterios normativos para la restricción del tipo. Frente a ello no resulta válido aducir que el método empleado en la resolución de los problemas planteados es el de la interpretación de los diferentes tipos penales, pues la imputación objetiva no es otra cosa que un conjunto de instrumentos conceptuales necesarios para llevar a cabo, sin excesivos precios para la inseguridad jurídica, esa labor hermenéutica. Sin que ello excluya, lo que pueda derivarse del análisis de los diversos tipos en particular.⁴⁵

De este modo, debido a que se trata de analizar en forma general el problema de la imputación a la víctima, no podemos profundizar sobre la naturaleza de la teoría de la imputación objetiva, ni de la victimología, pero sustentamos la postura de ubicar la imputación objetiva a nivel de tipo objetivo, y consideramos que la Victimodogmática nos da el sustento necesario para realizar un análisis profundo del tema de investigación.

⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, Joseph M. La víctima en el derecho penal, De la victimodogmática a una dogmática de la víctima, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998, pp. 100-101.

Aparece en varias construcciones dogmáticas, la necesidad de que la víctima conozca de hecho las circunstancias de su participación, pero sobre todo de su aportación al delito. Así lo hacen los representantes de la postura, según la cual, en el ámbito de la participación en una 'autopuesta en peligro', el comportamiento del autor no queda comprendido dentro del 'fin de protección de la norma', o del 'alcance del tipo', en otras posiciones derivadas de distintos principios de autorresponsabilidad, en algunas aproximaciones realizadas en el marco de la así llamada 'Victimodogmática'.

La consecuencia a esta nueva perspectiva, es la de ofrecer un mayor protagonismo a la víctima a la hora de buscar su satisfacción ante la producción del evento lesivo que el delito supone y, no sólo evitar la victimización secundaria mediante la obtención de una satisfacción del detrimento físico o moral sufrido, sin necesidad de agotar todas las instancias procesales.

La misión de la imputación, radica en precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, porque un suceso puede ser explicado como obra exclusiva de un autor, o como obra exclusiva de la víctima, o como obra de ambos, o como suceso fortuito o accidental. Por tanto, la 'víctima' también puede ser objeto de imputación.⁴⁶

2.2.2 Definición de la imputación a la víctima

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

⁴⁶ DAZA GÓMEZ, Carlos. Imputación a la víctima, *Jurí Polis*, Revista Del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, año 4, número 7, publicación 3, publicación electrónica semestral <http://www.ccm.itesm.mx/dhcs/juripolis/Aart3.htm>, pp. 30-32.

Continuando con lo que establece el Maestro Daza: "En ese sentido, no puede resultar adecuada aquella terminología que implica una perspectiva categóricamente distinta a la aquí sostenida, como la de 'consentimiento' o la de 'principio victimológico'. Pero tampoco se recurre a las denominaciones que han sido propuestas desde sectores doctrinales que han desarrollado un punto de vista próximo al que aquí intenta defenderse. En efecto, podría utilizarse la ya asentada denominación de 'autopuesta en peligro' acuñada sobre todo por Roxin, sin embargo, desaconseja el uso de este término el hecho de que en el presente estudio se propone una solución que no toma como punto de referencia la distinción de conductas de participación de las de autoría, como si hace, hasta cierto punto, el sector doctrinal encabezado por Roxin y la amplia jurisprudencia que le sigue.

Tampoco se opta aquí por hablar por una 'actuación', actuar o 'acción a propio riesgo' como han hecho —si bien con distintos contenidos— trasladando al ámbito penal una figura proveniente del Derecho Civil Alemán, por ejemplo Preub, Jakobs, Bruns, Krey o Derksen, ni de la 'competencia de la víctima' término utilizado por Jakobs. Pues a parte de la indiscutible 'aclimatación' de ambos términos al castellano hay dos aspectos que no parecen positivos a los efectos que aquí se persiguen: en primer lugar, ninguna de las dos expresiones designa con claridad el carácter específico de lo que aquí quiere proponerse. En efecto, puede pensarse, por ejemplo, que 'actúan a su propio riesgo' o es 'competente', también aquella víctima que se expone a un riesgo general de la víctima sin que haya en este caso una imputación en sentido estricto a la víctima, sino meramente una aplicación de la regla casus sentit dominus. Por otro lado, también queda exonerado el autor —y en este sentido, podría decirse que es competente 'la víctima'— cuando el riesgo en cuya generación ha intervenido el autor queda cubierto por un riesgo permitido. Sin embargo, de lo que aquí quiere tratarse al hablar de 'imputación a la víctima' es de los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del tercero está precisamente, en la atribución de lo sucedido al ámbito de responsabilidad a la víctima, es decir, aquellos casos en los

que la exoneración del autor proviene específicamente del carácter responsable de aquélla. Por otro lado, el termino 'competencia de la víctima' parece designar mas bien el resultado del proceso dogmático de atribución de ámbitos de responsabilidad, antes que ese proceso mismo; en conclusión, si lo que se propone es imputar lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima o dicho de modo abreviado, a la víctima, porque no llamar las cosas por su nombre⁴⁷.

En tal tesitura compartimos y nos queda claro que los conceptos dados en relación a la conducta de la víctima, como son: 'autopuesta en peligro', acuñada sobre todo por Roxin, 'actuación', 'actuar' o 'acción a propio riesgo', 'competencia de la víctima', 'actuación a propio riesgo', entre otros, no son los más recomendables, en cambio, desde nuestro punto de vista, consideramos que es más propio utilizar el término 'imputación a la víctima', en virtud de que en la esfera de la autonomía de la víctima se da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad.

"Lo anterior, es así, en razón de que en los últimos años, la ciencia penal ha venido preocupándose por la conducta de la víctima y su responsabilidad penal, siendo que los límites de la responsabilidad de la persona lesionada cobran una especial importancia para poder definir una conducta como un favorecimiento atípico de una auto-lesión o autopuesta en peligro, o bien, como una conducta típica, aun ello tiene ciertas excepciones en las cuales es la propia víctima la que se pone en peligro con la participación de otros (autolesión) u otorga su consentimiento, como puede observarse, por ejemplo en lo dispuesto por el artículo 15, fracción III, del Código Penal Federal, para sea otro quien realice la conducta que le causará daño (heterolesión), respecto de lo cual, según Roxin, la limitación de la responsabilidad mediante la idea de la finalidad de la norma en los casos de autolesión y autopuesta en peligro puede atribuirse a dos raíces, como se explica enseguida.

⁴⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de autor y víctima en actividades arriesgadas, Editorial José María Bosh editor, segunda edición, Colombia. 2001, pp.326-327.

Por un lado, la cadena argumental que puede extraerse de la no punibilidad de la participación en el suicidio, así por ejemplo el artículo 312 del Código Penal Federal, sanciona al que prestare auxilio o indujera a otro que se suicide.

Por otro lado, la idea de que a nadie puede imputársele resultados si no puede hacer frente a la acción desencadenante de los daños y, muy especialmente por su dinámica en dicho contexto, que últimamente se agrupan bajo el rótulo de 'Victimodogmática', concretándose en lo que se refiere a la dogmática en la Parte General, ante todo en el así denominado 'principio victimológico', con las siguientes características: a) pretenden deducir la necesidad de valorar la intervención de la víctima en la imputación penal de los principios limitadores del Derecho Penal de subsidiariedad y fragmentariedad*; y, b) la concreción dogmática básica de estas consideraciones debe lograrse de acuerdo con estas concepciones mediante una interpretación teleológica restrictiva de los tipos penales.⁴⁸*

2.3 Determinación de la imputación objetiva al ámbito de responsabilidad de la víctima

"Para el autor Tamarit Sumalla, en la delimitación de los ámbitos de responsabilidad, la dogmática jurídico-penal da cumplimiento al mandato derivado

* Cfr. En cuanto al principio de subsidiariedad, CANCIO MELIÀ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, op. cit. p. 281. Este autor expresa que ante la falta de necesidad de pena, se acude al principio de subsidiariedad, según el cual, la intervención estatal, debe producirse tan sólo cuando no existen medios sociales de resolución del conflicto, es decir, cuando la víctima hubiera podido protegerse a sí misma, por tanto, este principio no puede fundamentar un principio victimológico.

* Respecto al principio de fragmentariedad, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Edit. José María Bosh Editor, Barcelona, España, 1992, pp. 290 - 292 "... existen ataques contra bienes jurídico-penales que no dan lugar a la punibilidad de la conducta correspondiente. A ello se refiere el principio de fragmentariedad en la protección de los bienes jurídico-penales, según el cual sólo pueden constituir hechos penalmente relevantes las modalidades de ataque más graves contra tales bienes jurídico-penales. Es decir, desde la perspectiva de la fragmentariedad, no podrán inculparse modalidades de ataque a tales bienes que no redunden en peligro grave para los individuos; tal inculparación precisará de una especial fundamentación de las razones que la abonan; asimismo, deberá obrarse con mayores reservas a la hora de fijar el ámbito de la protección penal (punición de la tentativa, de la comisión imprudente, etc.)."

⁴⁸ DAZA GÓMEZ, Carlos. *Imputación a la víctima*, op. cit. pp. 30-32.

del principio de personalidad de la responsabilidad penal o de responsabilidad por el hecho propio. La formulación de este principio dota de un contenido garantista a la parte objetiva del tipo de injusto, concretamente a través de la imputación objetiva, de modo análogo a lo que sucede con el principio de culpabilidad (o de imputación subjetiva) en la vertiente subjetiva. Con ello se introduce un tercer filtro a la hora de seleccionar los comportamientos individuales que objetivamente interesan al Derecho, una vez comprobada la causalidad y la autoría. El Derecho Penal, en tanto que mecanismo de pacificación social y de ordenación de las relaciones intersubjetivas organizado jurídicamente, conduce a una distribución de los efectos y costos de un determinado hecho de trascendencia social entre sus inmediatos protagonistas. Para lograr este objetivo es inherente a la idea de Derecho la previa determinación de los ámbitos de responsabilidad de cada uno de los intervinientes.

Al respecto, señala que habría que partir del principio de responsabilidad de la persona como regla general, con las debidas excepciones en los supuestos que haya motivos para afirmar la no responsabilidad en el caso concreto (de acuerdo con el principio según el cual la persona se presume libre salvo prueba en contrario). Es propio de un sistema anclado en el principio de responsabilidad el reconocimiento de un espacio a la autorresponsabilidad. Consecuencia de ello es que el ámbito de responsabilidad de cada uno se encuentra limitado fundamentalmente a su propio comportamiento y sólo bajo determinadas circunstancias comprende el de otros.

El principio de autorresponsabilidad desempeña un rol en la formación del injusto, ya que contiene un significado interpersonal inmediato, pues constituye un quebrantamiento en la esfera jurídica ajena. El injusto tiene un fundamento material en la coexistencia de una esfera del autor y una esfera de la víctima, de modo que la Ley no tiene existencia independiente de tal fundamento material sino que es una forma general de reconocimiento de esta relación interpersonal.

Señala el autor Tamarit, que en tal situación nos encontramos ante un criterio normativo y, en consecuencia, en la delimitación de los ámbitos de responsabilidad de la víctima y del autor se proyectan los valores de la comunidad jurídica, entre los que desempeña un lugar destacado el principio de libre determinación de la persona. Ciertamente la idea de una 'esfera de responsabilidad' de la víctima ha recorrido los discursos de la Victimodogmática y de la autopuesta en peligro, asociada a conceptos como 'responsabilidad funcional', libre determinación o autonomía de la víctima. Sin que se escape a la consideración que el examen de la imputación objetiva con arreglo a valores puede ser contemplado como la expresión de una excesiva normativización. Pero en cualquier caso hay que mantener la imputación objetiva precisamente como espacio en el que confluye todo un conjunto de contenidos normativos, formulados como lugares comunes (*topoi*) o criterios argumentativos, dotados de una coherencia interna desde la perspectiva de los valores del ordenamiento jurídico.

Por otro lado señala el mencionado autor, que la dogmática jurídico penal se ha desarrollado sobre la figura del autor y es lógico que ello haya sido así, ya que esencialmente de lo que se trata es de establecer los presupuestos de su responsabilidad. Pero ello no excluye la pertinencia de una reflexión sobre tales presupuestos desde la perspectiva del sujeto pasivo, aunque sólo sea porque el Derecho Penal, no sea otra cosa que un sistema de protección generalizada de víctimas.

Así, la determinación de un ámbito de responsabilidad de la víctima con capacidad para excluir la tipicidad de las conductas de terceros exige, entre sus presupuestos básicos, la fijación de las condiciones personales de tal responsabilidad. Y en este cometido los criterios a seguir no pueden ser distintos de los que se sirve el Derecho Penal cuando establece las condiciones personales determinantes de la responsabilidad del autor, ya sea en el ámbito del tipo de injusto o en la culpabilidad. Esta vía se abre ya *ab initio* cuando el planteamiento del problema (tanto en sede Victimodogmática como de autopuesta en peligro)

arranca de la hipótesis de una contribución dolosa o culposa al hecho por parte del sujeto pasivo, y debe seguir hasta negar la existencia de una víctima autorresponsable si ésta ha incurrido en error invencible en la apreciación del peligro aproximado de su conducta (supuesto más o menos paralelo al error sobre los presupuestos objetivos de la justificación), es inimputable o ha obrado en estado de necesidad o miedo insuperable (con lo que se materializa el principio de la exigibilidad de la autotutela). Con ello nos alejamos de los intentos de solucionar el problema buscando las analogías en la teoría del consentimiento.

Cabe preguntarse, sin embargo, qué ocurre en las situaciones intermedias. En el caso del error ya se ha advertido que tan sólo podrá negarse la responsabilidad de la víctima con carácter general si el mismo es invencible, pues en caso contrario puede subsistir una conducta culpable susceptible de integrar una autopuesta en peligro excluyente de la tipicidad. Así, por ejemplo, el alpinista poco experto que en el curso de una escalada, confiando que el material utilizado está en buen estado y sin haberlo revisado antes de iniciar la expedición, efectúa, animado imprudentemente por un compañero, un paso muy difícil, en el curso del cual se rompe una cuerda y cae herido mortalmente. En este caso no actuará típicamente el inductor de la autopuesta en peligro pues de todos modos subsiste la autopuesta en peligro voluntaria y la previsibilidad del suceso. Por el contrario, sí revestiría su actuación un carácter típico en caso de error invencible porque alguien ha sustituido, después de haber sido revisada, una cuerda por otra, sin perjuicio de acudir a las reglas del error de tipo en caso que el autor desconozca el sabotaje. El caso adquiere otro cariz si ha sido el propio autor quien ha inducido el error.

Una de las cuestiones de mayor interés, dando un paso más respecto a la situación anterior, radica en los supuestos en los que es el propio autor quien interviene ilícitamente y de modo relevante en el proceso previo a la decisión de la autopuesta en peligro por parte de la víctima (autopuesta en peligro manipulada por el autor). Claro está que una primera hipótesis a considerar sería aquella en la

que el autor asume de modo exclusivo el dominio del hecho y anula la capacidad de voluntad del sujeto pasivo mediante fuerza, amenaza relevante o engaño, lo cual constituye un supuesto que ofrece escasas dudas respecto a la realización típica en autoría mediata y que por lo tanto no daría ya lugar a hablar de una autopuesta en peligro.

Sin embargo, otras situaciones presentan un mayor grado de complejidad. Así, cabe preguntarse si quien ha incendiado dolosa o culposamente un edificio responde de la muerte de las personas que, presas del pánico, se arrojaron por la ventana. El caso tiene interés sobre todo si se constata que de haber permanecido en la casa probablemente las víctimas habrían sido salvadas. La afirmación de la imputación objetiva depende aquí de una doble exigencia: a) por una parte deben examinarse las condiciones de una autopuesta en peligro responsable, que con toda probabilidad no se darían al obrar los desesperados ocupantes del inmueble bajo miedo insuperable; b) superado el primer obstáculo, y negada por tanto la responsabilidad de la víctima, deberá acudir a los criterios convencionales, básicamente la previsibilidad, que en el caso planteado seguramente concurriría, contando con el conocimiento del autor de la posibilidad racional de la reacción de los afectados.

Especialmente sugerente se muestra un caso de la jurisprudencia anglosajona, en el que una joven accede a que un hombre le acompañe a casa en coche después de una fiesta y durante el trayecto es objeto de una solicitud sexual por parte de su acompañante, que ella rechaza. Al darle a entender él que la habría podido forzar, la muchacha se asusta y salta del vehículo, provocándose lesiones graves en la caída. En realidad el caso admitiría una serie de variables decisivas, entre las cuales ocupa un lugar determinante la previsibilidad de la conducta del sujeto pasivo, ya que faltando la misma es llano, según se ha dicho, que el hecho escaparía por completo de la responsabilidad del autor. Y en el caso contrario parece difícil imaginar una exclusiva competencia de la víctima, pues o la reacción es objetivamente proporcionada al comportamiento del autor o, si no lo

es, seguramente obedecerá a alguna característica psíquica del sujeto pasivo conocida por el autor -en la medida que resulte por él previsible- susceptible de limitar su imputabilidad y por lo tanto la responsabilidad por el hecho cometido".⁴⁹

2.3.1 Concepciones dogmáticas de la autorresponsabilidad de la víctima

En cuanto a las distintas aproximaciones dogmáticas en relación al problema de la intervención de la víctima en los eventos antijurídicos, se puede notar que con cierta frecuencia aparece en la discusión la referencia a que la conducta de ésta debe ser 'auto-responsable' o 'autónoma' para que pueda adquirir relevancia en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor, o se dice que es la 'autorresponsabilidad' o 'autonomía' de la víctima la razón por la que el comportamiento de ésta debe tenerse en cuenta en esta valoración. No obstante, la frecuencia de la invocación de la idea de autorresponsabilidad o autonomía de la víctima como elemento relevante de la solución del problema, sin embargo, contrasta en la mayoría de los casos vivamente con la ausencia de un análisis algo más detenido de este concepto para este contexto. En este sentido, lo cierto es que gran parte de las elaboraciones dogmáticas existentes que incluyen referencias de ésta índole no construyen de modo expreso 'su' concepto de autorresponsabilidad, sino que se limitan a enunciar un 'principio de autorresponsabilidad' como base de la solución dogmática propuesta. En esta medida, es correcto el diagnóstico formulado por W. Frisch, para quien '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 jurídicas', en efecto, respecto del uso dogmático de la idea de autorresponsabilidad de la víctima sólo falta de reflexión a la que acaba de aludirse, o la introducción de unos presupuestos no explicitados, o, en el peor de

⁴⁹ TAMARIT SUMALLA, Joseph M. op. cit., pp. 101-107.

los casos, una utilización como mero eslogan pueden explicar el hecho de que la referencia a la autorresponsabilidad aparezca en soluciones dogmáticas del más variado corte, con consecuencias materiales completamente opuestas.

Sin embargo, ya a primera vista parece evidente que una toma de postura de cierta claridad acerca del concepto de autonomía o autorresponsabilidad que se maneje debe tener repercusiones sobre la solución dogmática. Pues determinará, al menos de modo mediato, tanto el marco sistemático-dogmático del tratamiento del problema como el contenido material que se asigne a la construcción dogmática y, con ello, en última instancia la solución a los supuestos concretos.

Desde un principio hay que señalar, sin embargo, en cuanto a la metodología, que de ningún modo podrá alcanzarse de manera directa una solución dogmática concreta a través del concepto de autorresponsabilidad. En este sentido la falta de reflexión acerca del concepto de autorresponsabilidad a la que se acaba de aludir puede explicarse, hasta cierto punto, porque tal reflexión sólo puede aportar meros puntos de partida para la construcción dogmática. Pues la peculiaridad del presente ámbito de referirse en amplios sectores de las constelaciones de casos a situaciones en las que son dos sujetos distintos –como ya se ha señalado– y, sobre todo, en posiciones distintas respecto de la norma jurídico-penal, los que intervienen en el suceso, exige la realización de varios pasos deductivos. En particular, esta característica del problema impide, como se verá, trasladar sin más al presente ámbito las reflexiones hechas en otros sectores dogmáticos en los que adquiere, igualmente, relevancia la cuestión de la autodeterminación, pero que necesariamente han de estar dominados por una perspectiva más bien unilateral: en última instancia, es decir, la estructura interactiva del problema y la especial cualidad que al interviniente ‘víctima’ corresponde desde el punto de vista normativo exigen un desarrollo conceptual autónomo.

En particular, cabe observar que de modo evidente existen dos acepciones muy distintas que suelen ser atribuidas al término 'autorresponsabilidad'. Por un lado, se utiliza este término para hacer referencia a los fundamentos normativos que están en la base del tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, es decir, para designar las bases fundamentadoras de un ámbito de responsabilidad de ésta. Por otro lado, sin embargo, también se utiliza el término para aludir a una cuestión distinta, de carácter operativo, es decir, la determinación de los criterios concretos para decidir si una víctima concreta en una situación concreta reúne las características personales necesarias para que pueda afirmarse que su conducta ha sido responsable y que debe por ello influir en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor. Por tanto, la cuestión de la autorresponsabilidad en cuanto al fundamento desde la perspectiva aquí adoptada ha de concretarse ante todo en la atribución objetivo-normativa de un ámbito de administración y responsabilidad a la víctima.⁵⁰

Es prudente al respecto señalar la opinión del maestro Daza Gómez cuando alude a que, el criterio de responsabilidad no está totalmente claro con la autopuesta en peligro 'autorresponsable', ya que la autorresponsabilidad de la autopuesta en peligro se hace depender también de otros criterios normativos que casi no se mencionan en la polémica entre 'criterios de responsabilidad y criterios de consentimiento'. Por lo tanto, la autopuesta en peligro consciente de una persona responsable no es, *per se* una autopuesta en peligro autorresponsable, sino que en el caso de existir semejantes razones, el resultado también puede ser la negación de una autopuesta en peligro autorresponsable. Por otro lado, también es recogido el principio según el cual no se puede hablar de una autopuesta en peligro autorresponsable en caso de mayor conocimiento del partícipe. Según algunos autores, en la medida en que la propia víctima sea competente para determinados conocimientos, el eventual déficit de conocimiento no debe oponerse a la calificación de la conducta autopeligrosa como autopuesta en peligro autorresponsable. Todo ello demuestra que la autorresponsabilidad de

⁵⁰ CANCIO MELIÁ MANUEL, Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal, Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de autor y víctima en actividades arriesgadas, op. cit. pp.299-302.

la autopuesta en peligro es un concepto altamente normativo que es utilizado en la actual discusión de una forma encubierta por múltiples facetas y que, por consiguiente, implica un peligro nada desdeñable para la igualdad y la seguridad jurídica.

Así, el punto central está en determinar si estaba o no dentro del ámbito de responsabilidad de quien crea la situación de peligro, informarle a quien asume el riesgo, las consecuencias negativas de su conducta. O visto desde el plano de la 'víctima' si la cognoscibilidad del peligro es un asunto que entre exclusivamente dentro de su competencia, y no de la del tercero.⁵¹

Se dice entonces, que el principio de autorresponsabilidad parte, en primer lugar, de que el ámbito de responsabilidad de un sujeto debe ser delimitado a partir de su propio comportamiento y sólo bajo especiales circunstancias también comprende las de otro. Significa esto que la 'autolesión' o 'autopuesta' en peligro de forma responsable excluye la punibilidad de otro en virtud de una colaboración dolosa o imprudente. Cuando no lo lesiona él pero si autoriza a otro lesionar un bien jurídico de su pertenencia, también opera la exclusión de la responsabilidad si se trata de un bien jurídico disponible. Pero además, aún tratándose de un bien jurídico indisponible, se sostiene que la voluntad aceptante de la víctima produce la consecuencia de disminuir el desvalor de la acción lesiva del tercero, pues el principio de autorresponsabilidad también tiene un significado victimológico, de forma que víctima que no toma medidas de autoprotección puede liberar de responsabilidad al tercero que incide en él, o al menos producir una atenuación de la pena.

En estos casos, como se deja en manos de la víctima el dominio de la decisión sobre el aporte producido por el tercero, no existe dificultad en afirmar que quien se autopone en peligro tiene bajo su control el desarrollo de la situación de riesgo. En consecuencia, el hecho debe atribuirse al ámbito de responsabilidad

⁵¹ DAZA GÓMEZ, Carlos. *op cit.*, pp. 35-36.

de la víctima, porque es ella la que ha organizado, con división de tareas, su propia lesión. Por ejemplo, un médico enfermo le pide a su ama de llaves que, una vez que se encuentre dormido, abra las ventanas de su cuarto. Como consecuencia del intenso frío de invierno, se agrava la salud del paciente. El ama de llaves actuó en último lugar. Sin embargo, dado su rol, la competencia para la evitación de ese riesgo recaía en el médico y no en ella, pues no estaba dentro de su órbita de actuación el deber de informar al galeno sobre las consecuencias nocivas de ese comportamiento. Ella actúa dentro del rol, contexto del hogar, y no dentro del cuidado médico. Se trata de una acción a propio riesgo, porque después de la actuación del tercero, la administración del peligro creado por éste es del exclusivo ámbito de responsabilidad del médico.⁵²

2.3.2 Planteamiento teórico de la imputación a la víctima

En este apartado, trataremos de esclarecer las consecuencias a la que nos lleva la aplicación de las diversas corrientes sobre la teoría de la imputación a la víctima, así como su injerencia en los preceptos legales que regulan la intervención de la víctima en el derecho positivo mexicano.

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, se llevó a cabo en nuestro país una reforma constitucional, a través de la cual se agrega al artículo 20, un apartado 'B' denominado 'De la víctima o del ofendido', con el cual se establecen diversas garantías de protección a la víctima; sin embargo, debemos tomar en cuenta, que en el desenvolvimiento de un evento en el que resulte la afectación de un determinado bien jurídico, no siempre la víctima es víctima, ya que existen supuestos de hecho en los cuales bajo el principio de autorresponsabilidad de la víctima, es ésta la que incrementa el riesgo sobre su propio bien jurídico.

⁵² Ibidem.

Para demostrar lo anterior, exponemos diversos ejemplos, con los cuales podemos determinar cuando una lesión en la que interviene la víctima es imputable a ésta o a un tercero. En este sentido el alcance del tipo depende en gran medida de los criterios utilizados para calificar como 'instrumento' o como 'responsable' a la persona que se lesiona, conforme a lo siguiente:

- a) En una primera hipótesis, se atiende a que la manifestación de la voluntad de la víctima es requisito para la disposición de bienes.
- b) Por otro lado, el consentimiento también puede formar parte de la definición de un riesgo permitido, cuando en el permiso de riesgo esté incluida la voluntariedad de la participación.
- c) Y, finalmente, el supuesto en el que el conocimiento del peligro puede constituir, en casos de comportamientos de por sí no permitidos, un indicio de que el suceso ha de imputarse a la víctima.

Como ejemplo de lo anterior y retomando los citados por el Maestro Daza, puede citarse el caso en el que varios jóvenes estudiantes se reúnen en la casa de un amigo, para ingerir bebidas embriagantes, apostando para ver quien es el que bebe más alcohol, sabiendo que uno de ellos tiene un problema hepático, que posteriormente le causa la muerte. El joven que conoce el problema hepático que tiene y que aún así, ingiere la bebida que le ofrecen, pone en riesgo su vida, en otras palabras, se ubica en una autorresponsabilidad.

Otro ejemplo, lo constituye aquél en que los famosos picaderos que se encuentran en Tijuana, Baja California, lugar en el que los toxicómanos, determinan consumir heroína para ello, así, uno proporciona la droga y otro la jeringa y, después de inyectarse el primero, el segundo que era poseedor de la

heroína, se suministra la heroína, perdiendo el conocimiento, muriendo posteriormente por un paro cardiorrespiratorio.

Los anteriores son claros ejemplos, de la autorresponsabilidad de la víctima, toda vez, que el sujeto que parece voluntariamente lleva a cabo la afectación de su bien jurídico tutelado, que si bien el sujeto que le da la jeringa contribuye con una aportación esencial al hecho, no es menos cierto, que no puede imputársele ese resultado, por el contrario, pensamos que se presenta una causa de atipicidad.

Por ello, la imputación a la víctima opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico, en efecto, se ha llegado a demostrar que en la relación entre bien jurídico y víctima, existe una exaltación de aquél a costa de ésta. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, esto es, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentada por el autor, ya sea, por carecer ésta, de la responsabilidad o de la base cognitiva, necesaria para poder ser considerada autorresponsable y, que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.⁵³

2.3.3 Fundamentos para la imputación a la víctima

Uno de los temas más controvertidos en los últimos años, es sin lugar a dudas, el de la imputación a la víctima, esto, porque al suscitarse un hecho delictivo siempre se ha partido de la idea de que la víctima es quien reciente el actuar antijurídico; sin embargo, no puede dejar de observarse que hay supuestos de hecho en los que tenemos que analizar la relevancia de la conducta de la víctima en la producción de la lesión de sus propios bienes jurídicos, así como de

⁵³ DAZA GÓMEZ, Carlos. Imputación a la víctima, op. cit. pp. 30-32.

su incidencia en la valoración jurídico penal que merece el comportamiento del otro interviniente, es decir, del autor.

El tema central, desde nuestra perspectiva, radica en saber cuál es el sustento para fundamentar el tratamiento jurídico penal de la conducta de la víctima, así encontramos que un sector doctrinal se inclina por criterios específicos del delito culposo, otro se basa en el consentimiento, algunos refieren la diferenciación entre la participación en la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro; y, otros, como el autor Cancio Meliá lo encuentran en la Victimodogmática.

Es, por lo anterior, que consideramos importante saber qué posición doctrinal debemos asumir respecto del método que deba fundamentar la responsabilidad de la víctima.

Sobre el tema, es importante resaltar aquellos ilícitos en los que existe un incremento del riesgo por parte de la víctima, ya que es ésta la que con su propio actuar puede salir del fin de protección de la norma y con ello, asumir una autorresponsabilidad, por lo que, al problema de la imputación de la víctima se le debe ubicar en el nivel de la imputación objetiva, con sus variables de imputación del comportamiento e imputación del resultado.

Al respecto es conveniente señalar, que la teoría de la imputación objetiva, a decir del maestro Roxin, pretende, entre otros objetivos, terminar con la vieja figura del *versari in re illicita*, que hace responder por la producción del resultado; para que de esta manera, la lesión a los bienes jurídicos no fueren imputados siempre en los delitos culposos; es decir, propone excluir la imputación de los acontecimientos causales.⁵⁴

⁵⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima, "imputación de la víctima". Editorial, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998, pp.69-73.

En este sentido, Reyes Alvarado sostiene que, en el fondo, no se trata de que existan en la práctica mas casos de delitos culposos que dolosos, sino de que en estos últimos suele ser tan evidente la creación del riesgo desaprobado que no nos detenemos demasiado a pensar en su existencia, mientras que en los delitos imprudentes este elemento es con frecuencia de difícil determinación y requiere en la práctica un análisis mas detenido⁵⁵.

El problema es definir el limite entre una conducta imprudente y una culpable, se represente o no el resultado.

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al *ámbito de responsabilidad de la víctima* se pone en términos objetivos. Que esto deba ser así viene determinado no sólo por razones de índole general, sino por un rasgo característico de las constelaciones en cuestión, es decir, la interacción entre autor y víctima. En efecto, en el presente ámbito el riesgo para los bienes es creado conjuntamente por un autor y víctima. Desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntar de modo aislado respecto de cada uno de ellos qué representación subjetiva debe tener el autor para poder ser 'autor', ni qué representación subjetiva cabe requerir a la 'víctima' para que no se la considere víctima en sentido estricto -sujeto pasivo de un hecho delictivo-, sino responsable de sus pérdidas. Pues el horizonte relevante para considerar hasta qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa sólo pueden hallarse en el configurado conjuntamente, en este sentido, en un plano no objetivo. Dicho de otro modo, en ninguna de las dos direcciones (autor-víctima) la cuestión puede hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Esto no significa, sin embargo, que la representación de víctima y autor carezca de relevancia a la hora de configurar el marco de la actuación conjunta. Ésta, por el contrario, quedará definida en la mayoría de las ocasiones incluyendo las perspectivas, las representaciones subjetivas de los intervinientes. Lo que quiere decir es que no

⁵⁵ REYES ALVARADO. *Ysid. ob.cit.* p.79.

pueden ser los datos subjetivos 'desnudos', no introducidos en la actuación conjunta de autor y víctima, los que deban decir una u otra calificación. Pues de acuerdo con la estructura interactiva de las constelaciones en cuestión, sólo de un modo relativo, introduciendo la perspectiva común de autor y víctima, puede llegarse a la calificación.

Partiendo de esta perspectiva, puede haber incluso casos en los que ni siquiera exista, en el lado de la víctima, conocimiento del riesgo al que se expone. Así, aunque en alguno de los supuestos de entrega de estupefacientes o en el caso del aguardiente la víctima desconozca la posibilidad de que el consumo de las respectivas sustancias pueda producir diversos daños –digamos, de momento, 'normales', es decir, los que derivan de la organización conjunta- en su persona, el suceso debe imputarse de todos modos a su ámbito de responsabilidad. Pues, las respectivas actividades no pueden ser interpretadas de ningún modo sin el riesgo de esos daños.

En este sentido, es en el plano de la configuración objetiva de la interacción, y en su conexión con el ámbito de responsabilidad preferente que corresponde a la víctima, en el que deben hallarse los límites de la relevancia en la conducta de la víctima.

Sin embargo, el límite ha de encontrarse, en la diferente configuración objetiva de la interacción entre víctima y autor, quedando en unos casos el suceso abarcado por el ámbito de responsabilidad de la víctima y en otros no. Pero esta delimitación puede hacerse de igual modo para delitos dolosos e imprudentes, en su común aspecto objetivo.⁵⁶

⁵⁶ CANCIO MELÍA, Manuel. Conducta de la víctima y responsabilidad penal del autor. Editorial Ángel editor. México, 2001. pp.37-45.

2.4 La doctrina de la autopuesta en peligro

Los casos de autopuesta en peligro se caracterizan por el hecho de que, junto a la persona que participa causalmente en la producción de los resultados típicos a los bienes de la víctima, también la propia víctima contribuye a la producción de los resultados mediante su conducta. La contribución de la víctima al hecho puede ser de índole muy variada, de forma que la víctima puede haber posibilitado al partícipe una acción peligrosa o incluso haberle inducido a ella o el partícipe puede haber hecho posible una conducta autopeligrosa mediante la entrega de objetos o haber motivado a la víctima mediante su actuación a una conducta autopeligrosa. Así, la doctrina recurre a la figura de la autopuesta en peligro en supuestos tan diversos como la entrega de drogas en el caso de producirse posteriormente la muerte del adicto, el mantener relaciones sexuales sin protección con personas infectadas por VIH o SIDA, el montarse en un coche cuyo conductor está visiblemente bebido, etc. A esto debe añadirse que las autopuestas en peligro pueden tener lugar no sólo de forma consciente, sino también de forma inconsciente. En este sentido, Frisch afirma que 'puede hablarse de una autopuesta en peligro -al menos- siempre que la víctima de alguna forma coproduzca el resultado típico a través de su propia conducta'.

Sin embargo, dada la amplitud de estas definiciones y la variedad de supuestos abarcados por el campo de aplicación de esta figura surge el problema de delimitar la autopuesta en peligro de la autolesión y, sobre todo, de la puesta en peligro ajena consentida, ya que el instituto del consentimiento también basa la exclusión de la pena en la conducta de la víctima. A este respecto, en la doctrina existen diversas posiciones. Así, la opinión más estricta estima que sólo se debe hablar de autopuesta en peligro en los casos en los que la conducta de la víctima sea posterior a la conducta del partícipe y que debe limitarse al ámbito de los delitos imprudentes. Por el contrario, otros autores opinan que también es posible la impunidad del partícipe por autopuesta en peligro cuando su conducta sea simultánea o incluso posterior a la conducta de la víctima, si bien mantienen la

limitación a los casos de imprudencia. Por su parte, la opinión dominante ve una autopuesta en peligro en los supuestos de actuación simultánea en los que concurre dolo eventual en la producción del resultado, pero excluye los casos en los que la conducta del otro sea posterior a los de la víctima, de forma que, por ejemplo, el supuesto antes mencionado del que sube al coche de alguien que está visiblemente bebido sería tratado como una puesta en peligro ajena consentida.

No obstante, debemos señalar que en apreciación del autor Jakobs, no se ve la necesidad de distinguir entre autopuesta en peligro y autolesión, sino que solo habla de autolesión, ya sea en relación con acciones lesivas dolosas o culposas. Por otra parte, con razón indica que realmente la necesidad de distinguir entre autopuesta en peligro (o autolesión) y consentimiento sólo se presenta en aquellos casos en los que el derecho positivo establece límites a la efectividad del consentimiento, lo cual sólo sucede en el ámbito de aquellos bienes que en la vida diaria no se consumen o permutan para el desarrollo de la personalidad, sino que, al contrario, constituyen a la persona. Un ejemplo que sirva para poner claramente de manifiesto la problemática a que aquí se alude lo constituye el llamado caso de Kempten recientemente resuelto por el Tribunal Superior de Baviera. Esta sentencia afirma, en principio, el hecho de que un portador del SIDA conocedor de su enfermedad mantenga relaciones sexuales con otra persona sin utilizar medios de protección puede ser punible como lesiones peligrosas. Si no puede determinarse la elección del otro, será punible a modo de tentativa. Sin embargo, en el caso concreto, el acusado no habría realizado el tipo de lesiones en grado de tentativa porque tan sólo había participado en una autopuesta en peligro (querida y auto-responsable) de otro. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán, el que participa en semejante autopuesta en peligro, participa en un suceso que no constituye un hecho en el sentido de la autoría, inducción y complicidad.

A partir de aquí, se introduce la distinción entre la participación en una autopuesta en peligro y una puesta en peligro ajena consentida. Así, hay

autopuesta en peligro cuando alguien efectúa acciones que crean un peligro para sí mismo o se expone a un peligro ya existente. Por el contrario, hay una puesta en peligro ajena consentida cuando alguien se expone con plena conciencia del riesgo a la puesta en peligro tan sólo inminente por parte de otro, de forma que sólo el autor, ejerce el dominio del hecho sobre el hecho provocador de la puesta en peligro y la víctima sólo se expone a las consecuencias de las acciones peligrosas del autor, estando su suerte en manos del autor. Por lo tanto, el Tribunal aplica la teoría del dominio del hecho para llevar a cabo esta distinción.

Además, el Tribunal especifica que la puesta en peligro de la víctima no está causada por el mero hecho de estar infectado el acusado, sino por el hecho de mantener con él relaciones sexuales sin protección. Por tanto, la realización del coito sin protección es el comportamiento peligroso a tener en cuenta desde la perspectiva del dominio del hecho. En el caso del contacto sexual consentido por ambos, ambos participantes dominan el hecho conjuntamente, con lo cual, se trataría de una figura similar a la coautoría. Pero aunque el acusado fue, junto a la víctima, coportador del dominio del hecho, esto no constituye impedimento para que el Tribunal concluya que el acusado sólo ha participado en una autopuesta en peligro autorresponsable y querida, y que la autopuesta en peligro sólo debe imputarse al ámbito de responsabilidad de la víctima. Sin embargo, de la lectura de la sentencia no queda en absoluto claro que se haya adoptado la teoría de que la autopuesta en peligro funciona dentro del ámbito de la tipicidad, excluyendo la imputación objetiva. Más bien parece que se tratase de problemas de subsunción del hecho dentro del tipo objetivo correspondiente y de participación en un hecho atípico, cual es la autopuesta en peligro de la vida y de la integridad física.⁵⁷

⁵⁷ DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Editorial Colex, Madrid, 1995, pp. 133-135.

2.4.1 La diferenciación desarrollada por Roxin en cuanto a la 'puesta en peligro'

Corresponde ahora analizar aquellas aproximaciones dogmáticas que han intentado encontrar –desde distintas premisas sistemáticas- la herramienta central para la solución del problema jurídico-penal de la intervención de la víctima en la actividad arriesgada sobre todo con ayuda de la idea de diferenciar aquellos casos en los que la aportación material de la víctima al acontecer es de mayor entidad (entonces, desde la perspectiva del autor, sólo habría 'participación') de aquellos otros en los que la conducta de la víctima es más pasiva, es decir, cuando ésta mas bien se limita a tolerar el comportamiento generador de riesgo realizada por el autor (casos en los que la conducta del autor sería constitutiva de 'autoría').

Entre estas aproximaciones doctrinales merece un análisis especialmente destacado la concepción que Roxin ha ido desarrollando en esta línea –dentro de la teoría de la imputación objetiva- a lo largo de más de veinte años. Y ello no solo por el temprano momento en que su propuesta fue planteada, sino porque se trata quizá de una de las construcciones dogmáticas que mayor éxito ha tenido en un espacio de tiempo relativamente corto, tanto en la discusión desarrollada en la doctrina como en la aplicación por parte de la jurisprudencia.

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

Roxin emprendió esta elaboración en uno de sus trabajos que más intensos impulsos habría de generar para el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva. Dentro de sus consideraciones sobre diversas cuestiones relativas a la imputación del resultado, y bajo aplicación del criterio del 'fin de protección de la norma' como 'principio metodológico rector', Roxin aborda la problemática de la intervención de la víctima en el acontecer arriesgado. En este sentido, intenta resolver los casos de producción de una 'autopuesta en peligro' con consecuencias lesivas recurriendo a los límites de punibilidad existentes en el ordenamiento alemán en relación con la producción de un suicidio. Respecto de la provocación imprudente de un suicidio (cuasi-doloso) ajeno, Roxin se pronuncia en contra de un esquema estático de interrupción del 'nexo causal' o 'prohibición de regreso' en el sentido desarrollado por la doctrina más antigua bajo estas denominaciones, pues en su opinión no pueden trasladarse sin más los criterios de delimitación de autoría y participación desde el ámbito del delito doloso al imprudente. Sin embargo, siguiendo con su análisis, llega a la conclusión de que el fin de protección de la norma del homicidio imprudente no abarca los casos de favorecimiento o mera intervención secundaria en una autopuesta en peligro. Pues en su opinión, si es impune la producción (por medio de 'participación' dolosa del autor) de una autolesión cuasi-dolosa (en el lado de la víctima), ha de serlo también la producción de una autopuesta en peligro cuasi-dolosa, por lo que '... si ni siquiera la producción dolosa de la lesión del bien jurídico esta abarcada por el fin de protección de la norma del homicidio, mucho menos puede estarlo la participación en una autopuesta en peligro, que respecto del resultado por regla general sólo dará lugar a la imprudencia'.

Roxin distingue de esta participación en una autopuesta en peligro, que, como se ha dicho, ha de ser impune en su opinión, la situación de la heteropuesta en peligro consentida. Existe tal heteropuesta en peligro consentida cuando el sujeto 'se expone al riesgo emanante de otro siendo plenamente consciente del riesgo'.

En opinión de Roxin, son supuestos de participación en una autopuesta en peligro, por ejemplo, los casos de competición de motocicletas o de entrega de estupefacientes, mientras que pertenecen al grupo de las heteropuestas en peligro consentidas, por ejemplo, el caso del barquero o el del copiloto.

Según Roxin, en este último grupo de casos habría que llegar a una valoración normativa distinta a la correspondiente a los supuestos de participación en una autopuesta en peligro, afirmando la responsabilidad del autor que pone en peligro al otro. Pues el acontecer generador del riesgo –a diferencia de lo que sucede en su opinión en el marco de la autopuesta en peligro- no es dirigido o ‘dominado’ por la víctima, estando más ‘indefensa’ ésta frente al riesgo que en el caso de la autopuesta en peligro. En su opinión, no es adecuada desde el punto de vista político-criminal la impunidad general de la heteropuesta en peligro.

Asimismo, sostiene Roxin, que con ayuda de determinados criterios puede llegarse a la conclusión –en ciertos supuestos- de que la heteropuesta en peligro equivale a la autopuesta en peligro y debe ser por ello igualmente impune; y que, para que pueda producirse tal equiparación, deben concurrir los siguientes requisitos; en primer lugar, es necesario que la víctima ‘conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro’, en segundo lugar, la lesión en ‘consecuencia del riesgo asumido’ y, no de otro distinto; finalmente, y, en tercer lugar, quien es puesto en peligro debe ser ‘igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo’.⁵⁸

Con base en lo que se ha establecido en este apartado, se dará explicación a la figura de la ‘autopuesta en peligro de la víctima’, a fin de determinar los alcances de su significado, lo cual es de fundamental importancia en el tratamiento de la Victimología.

⁵⁸ CANCIO MELÍA, Manuel. Conducta de la víctima y responsabilidad penal del autor, op. cit., pp.179-182.

2.4.2 Otras posiciones doctrinales en relación a la autopuesta en peligro

Desde la perspectiva del maestro Carlos Daza, se dice que el movimiento doctrinal contrario a la admisión de la autopuesta en peligro tiene como argumento central la idea de que tal figura solo aporta confusión al razonamiento jurídico para resolver problemas técnicos que pudieran haberse solucionado con una aplicación más flexible de institutos jurídico-penales ya existentes o, en otros términos, más tradicionales. En este sentido, propone el uso de la autoría mediata, la no punibilidad de la participación imprudente o la inexistencia de una posición de garante del tercero para llegar a las mismas soluciones de impunidad de ciertas participaciones consentidas en una autolesión, o ciertas actuaciones lesivas de la víctima en las que se involucra a un tercero.

Menciona también, que en la doctrina, así como en la jurisprudencia, se presentan una serie de casos con la idea de una autopuesta en peligro excluyente de punibilidad o de la imputación del resultado, señalando como ejemplo los casos de inducción de otros a maniobras automovilísticas peligrosas para la propia víctima o, el subirse en un coche cuyo conductor evidentemente está bebido, pasando por la utilización de un vehículo, prestado por el dueño a la víctima a pesar de carecer de permiso de conducir, la participación en excursiones de montaña, expediciones y las más diversas clases de deportes, hasta lesiones recíprocamente inferidas durante riñas privadas mutuamente consentidas.

En resumen, dice el maestro Daza, *el comportamiento de la víctima puede determinar la producción de un resultado lesivo y, por ello, debe tenerse en cuenta en la búsqueda de las causas que lo originaron, puesto que, si todas las causas objetivas no son imputables al autor, es de justicia material que tal circunstancia sea tenida en cuenta en la valoración jurídico-penal de los hechos.*

Continuando con lo anterior, precisa, que de forma paralela a la consolidación del comportamiento de la víctima como posible causa relevante del resultado típico se desarrollan las características que esta conducta de la víctima debe reunir para ser lo suficientemente relevante.

En relación con lo que se ha mencionado con antelación, se puede apreciar que la víctima parece poder participar de tres formas en el delito:

- a) Es consiente, quiere, consiente y, además, se dirige la voluntad hacia la comisión de un delito por parte de otro con la intención de inculparlo: caso de la provocación, que viene explícitamente recogida cuando se dirige a la comisión de un delito amparándose bajo una causa de justificación (por ejemplo el artículo 15, fracción V, del Código Penal Federal).
- b) Es consciente, quiere y consiente la realización de un presunto delito en su persona: este sería el caso de las lesiones consentidas del homicidio a petición. En estos casos, la víctima podría ejecutar la acción lesiva ella misma (nivel este que no plantea ningún problema), o bien solicitar que un tercero ejecute esos actos lesivos (nivel este que presenta demasiadas complicaciones a nivel práctico, como por ejemplo, el artículo 312 del Código Penal Federal, sobre la ayuda al suicidio).
- c) Es consciente, pero no quiere el resultado lesivo o, al menos, no expresa esa voluntad: en este caso intervendría en el curso causal de forma que puede ser relevante en el enjuiciamiento del injusto imputable al autor material. Se trataría de casos que, tal vez, podrían ser resueltos mediante la 'autopuesta en peligro de la víctima' como criterio jurisprudencial. Teniendo en cuenta que se

requieren para admitir su relevancia: conciencia y libertad en la decisión ante el peligro.⁵⁹

Existe también la posición doctrinal de algunos autores, que, a decir del penalista López Díaz, entienden que 'el dominio del hecho que tiene la 'víctima' sobre el suceso, no es el punto de vista decisivo para fundamentar la participación en una autopuesta en peligro, pues para estos autores, el criterio determinante es la renuncia de la víctima a la protección de sus bienes jurídicos.

2.5 El principio de la Victimodogmática

En el tratamiento de este tema resulta relevante aludir al criterio del iuspenalista Roxin, quien señala que la victimología es una teoría criminológica sobre la relevancia de la actuación de la víctima en el delito que, además, da lugar al movimiento victimodogmático. En ese sentido, entiende Roxin que la Victimodogmática, estudia que efectos puede tener en el injusto la existencia de una corresponsabilidad, esto es, si puede llegar a producir una exclusión del tipo o incluso la antijuridicidad. Esto es, que su máxima interpretativa es que sólo puede incluirse en el tipo penal una acción que afecte a la posible o exigible protección para sí misma de una víctima potencial.

Por otro lado, el principio de Victimodogmática que desarrolla el autor Tamarit Sumalla, parte de la existencia de deberes de autodefensa cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela penal por parte del titular del bien jurídico que ha infringido sus deberes. A partir de este principio, se ha favorecido una interpretación teleológico-restrictiva del tipo que no tenga en cuenta como único elemento de interpretación del telos de la norma el bien jurídico protegido.

⁵⁹ DAZA GÓMEZ, Carlos. op cit., pp. 33-35.

Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta implica, al titular de bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Como correlativo de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella.

Por su parte, Schunemann, considera que la llamada Victimodogmática jurídico-penal conceptualiza la corresponsabilidad de la víctima y hace depender una intervención restrictiva del tipo, limitadora de la punibilidad, de la falta de merecimiento y necesidad de protección de la víctima. No obstante, este principio tiene un mero origen fáctico (muy relacionado con una ciencia empírica como la criminología) y no puramente normativo o valorativo como el principio jurídico general de autorresponsabilidad. Sin embargo, la aplicación consecuente de estos principios victimodogmáticos plantea una nueva visión del papel del Derecho penal en la sociedad actual, que va más allá de una interpretación del Derecho positivo.

Cabe destacarse que en México, en los últimos treinta años, ha tenido una gran evolución el estudio de la victimología, guiada principalmente por el doctor Luis Rodríguez Manzanera y la doctora María de la Luz Malvido, pues, derivado de sus grandes aportaciones, la legislación penal mexicana, elevó a rango constitucional (artículo 20, apartado "B") los derechos y beneficios de la víctima.⁶⁰

2.6 Concurrencia de culpas

En lo que a nuestro tema interesa, cabe precisar que en la concurrencia de culpas se examina la aportación causal de cada una de las partes en el delito, sin dejar de observar que esta figura constituye una de las primeras consideraciones en que se reconoce y califica el actuar de la víctima en la comisión de hechos

⁶⁰ Ibidem.

delictivos, no obstante, es importante poner de relieve que la doctrina y jurisprudencia ponen especial énfasis en el campo de la imprudencia.

Así, se dice que cuando la conducta es imprudente, su relevancia estará en relación a su eficacia y su determinación exclusiva del delito. Si se aprecia esa importancia vital en la producción del resultado, deberá tener unas consecuencias que se traducirán por una parte, en una degradación de la culpa el autor; por otra, en la ponderación, el resarcimiento económico derivado de la responsabilidad civil ex delicto, y en casos muy excepcionales, en la exoneración de la responsabilidad del autor. Esto es muy común en los delitos de tránsito terrestre, donde comprobada la comisión imprudencial por el inculpado del delito imputado, el hecho de que los ofendidos hubieren obrado igualmente con imprudencia, no lo releva de responsabilidad, ya que en materia penal no existe compensación de culpas.

Por tanto, cuando concurren las culpas en los delitos imprudenciales, verbigracia, en los provocados por colisión de vehículos, aun cuando en esos casos no hay compensación de aquéllas, no es lógico ni jurídico que sólo uno de los protagonistas de los hechos soporte el daño ocasionado al vehículo propiedad del otro, sino que en éste por su propia conducta imprudente debe también repercutir el daño; esto es, que cada conductor debe responder por la semisuma del total de los daños producidos por su acto imprudencial, independientemente que parte de los referidos daños hayan recaído en bienes de la propiedad de uno de ellos, así la gravedad del daño de uno, en relación con las sanciones, no es determinante para la imposición de la pena pecuniaria en perjuicio del otro, sino que debe estarse al principio de que a igual culpa corresponde igual sanción, aun en caso de que ésta quede absorbida, sin llegar a hacerse efectiva por el propietario afectado, pues el hecho de ser dueño no puede eximirlo del pago del daño que el mismo propicio⁶¹.

⁶¹ DAZA GÓMEZ, Carlos. Imputación a la víctima. *op. cit.*, pp. 32-35

Dentro del estudio científico y jurisprudencial, del comportamiento de la víctima en el delito, se destaca el tema relativo a la concurrencia de culpas, que en el caso de España, ha tenido como sustento el tratamiento jurídico penal de la conducta de la víctima y, en el de México, el tratamiento incide en razón de que existen supuestos de hecho, en los cuales, la jurisprudencia ha resuelto esta problemática con base en criterios en los que se estima que no hay compensación de culpas.

2.7 Compensación de culpas en México.

La compensación según el diccionario de la lengua española significa "*neutralizar el efecto de una cosa con el de otra*"⁶²; así, por ejemplo, en el ámbito del derecho civil se ha entendido que la compensación es una forma de extinguir obligaciones, pues se considera a la compensación como la forma en que puede lograrse un equilibrio entre dos obligaciones que se extinguen recíprocamente si ambas son de igual valor, o sólo hasta donde alcance la menor si son de valores diferentes.

Ahora bien, en el campo del Derecho Penal, -como con antelación se señaló- la compensación de culpas es una figura dogmática que tiene como objetivo examinar cuál es la aportación causal de cada una de las partes en la realización de un ilícito. Asimismo, se estableció que la compensación de culpas constituye un importante avance en cuanto al establecimiento de la sanción a imponer en el caso de que se compruebe la comisión de un delito, considerando no solamente la conducta del sujeto activo, sino también el comportamiento de la víctima a fin de establecer "una adecuada justicia material mediante la individualización judicial de la pena."⁶³

⁶² Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, p. 160.

⁶³ SERRANO MAHLLÓ, Alfonso. Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1995, p. 24.

No obstante lo anterior, en México no se le reconoce validez a la concurrencia de culpas, puesto que puede constatarse que hasta hoy, por un lado, la legislación penal no le ha dado inserción en ninguno de los ordenamientos y, por otro, que la jurisprudencia tajantemente ha establecido que en Derecho Penal no existe compensación de culpas y, sólo de manera incipiente ha dado reconocimiento a la compensación de culpas, pero sólo en cuanto a la individualización de la pena.

Lo que se ha precisado se corrobora con el texto de la tesis aislada y criterio jurisprudencial, que enseguida se exponen:

Quinta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: CXXIII
Página: 710

"IMPRUDENCIA, DELITO DE (CONCURRENCIA DE IMPRUDENCIAS). La compensación de culpas no es aceptable en Derecho penal, que establece la existencia de responsabilidades recíprocas y no de exculpaciones de ambos o de algunos de los intervinientes en el hecho; y tan es así, que la imprudencia de la víctima del delito no excluye de responsabilidad penal al agente del mismo, si se justifica que éste obró con imprudencia, impericia, etc., etc.; por lo que no podía el juzgador hacer ninguna apreciación respecto a la responsabilidad en que pudo haber incurrido el otro conductor con el que se verificó el choque del vehículo que tripulaba el acusado, si aquél no estaba encausado, pues argumentar sobre su culpabilidad equivaldría prejuzgar acerca de su situación jurídica, que no fue materia del proceso."

Amparo penal directo 4659/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 4 de febrero de 1955. Unanimidad de cinco votos. Relator: Luis G. Corona.

Novena Época
Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: I, Junio de 1995
Tesis: VI.2o.J/9
Página: 323

"IMPRUDENCIA, DELITOS POR. CONCURRENCIA DE CULPAS. COLISION DE VEHICULOS. La concurrencia de sendas imprudencias de los tripulantes de los vehículos colisionados no excluye la responsabilidad penal de ninguno de ellos, toda vez que en esta materia no existe compensación de culpas."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 255/88. José Luis Flores Carrillo. 11 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: V. Jorge Núñez Rivera.

Amparo directo 16/89. Modesto Trujillo Huerta. 28 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Guillermo Báez Pérez.

Amparo directo 446/92. Rubén Hernández Ojeda. 27 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo directo 133/95. Eduardo Domínguez Zamora. 29 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 166/95. Raúl Cervantes López. 26 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

La anterior jurisprudencia deriva de la ejecutoria que en lo conducente señala:

"... Además, como quiera que sea, y aun suponiendo sin conceder que efectivamente el ofendido hubiera hecho caso omiso de la luz roja del semáforo, en autos se encuentra acreditado fehacientemente, según se precisó anteriormente, que el hoy quejoso actuó imprudentemente al conducir vehículo de motor con velocidad immoderada y en estado de ebriedad, con violación al reglamento de tránsito; lo cual también lo hace responsable en los hechos delictivos en cuestión, habida cuenta que en materia penal no existe compensación de culpas, y la imprudencia que pudo concurrir a la producción del daño causado conjuntamente con la del sentenciado, no exonera a éste de su participación. Lo anterior encuentra apoyo en las tesis sustentadas por este Tribunal Colegiado, la primera al resolver los juicios de amparo directo números 446/992, 16/989, 255/988 y 133/995 que respectivamente dicen:

"IMPRUDENCIA, DELITOS POR. CONCURRENCIA DE CULPAS. COLISION DE VEHICULOS. La concurrencia de sendas imprudencias de los tripulantes de los vehículos colisionados no excluye la responsabilidad penal de ninguno de ellos, toda vez que en esta materia no existe compensación de culpas", e "IMPRUDENCIA DELITOS POR, Y CULPA AJENA. En los delitos imprudenciales, la culpa ajena que concurre a la producción del daño causado juntamente con la del inculpaado, no exonera a éste de responsabilidad penal!".

De la misma manera debe decirse que el hecho de que la testigo Lucía Pérez Aguilar al ser interrogada por la defensa, hubiese expresado que se percató cuando iba a bordo del vehículo propiedad del agraviado, que en la dirección en que circulaba el semáforo marcaba luz verde y que se hallaban a medio metro del semáforo aludido, no significa que éste no haya respetado la luz roja o el alto del semáforo, ya que la testigo claramente refirió en todo momento que Tomás Solís Romero tenía luz verde y circulaba a velocidad moderada, y para nada señaló que dicho conductor no hubiese respetado la luz roja del semáforo. Además, como se precisó anteriormente, de cualquier forma las pruebas que obran en autos demuestran la responsabilidad del hoy quejoso al conducir con exceso de velocidad y en estado de ebriedad, independientemente de que el agraviado haya o no respetado la luz roja del semáforo, pues como se precisó, en materia penal no existe compensación de culpas."

De lo antes expuesto se puede apreciar que, aun cuando las aportaciones de la doctrina en relación a la compensación de culpas, a fin de mantener una adecuada individualización de la pena, son de gran relevancia, en la jurisprudencia mexicana no se toman en cuenta los criterios dogmáticos recabados en las últimas décadas, pues desde la creación de la tesis aislada que data del año de 1955, citada en primer término, hasta la que se cita en segundo orden, la cual es de reciente creación, se puede estimar que no ha variado la postura en cuanto a afirmar que 'en Derecho Penal no existe compensación de culpas.'

Sin embargo, en relación a la compensación de culpas en materia penal, se cuenta con un criterio jurisprudencial, que aun cuando incipiente, deja ver la manera en que la postura comienza a cambiar, ya que se empieza a poner atención en el comportamiento de la víctima al momento de la realización del

hecho delictivo para ser tomado en cuenta en la individualización judicial de la pena.

El criterio referido puede reflejarse en la tesis siguiente:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Marzo de 1998

Tesis: I.2o.P.24 P

Página: 781

"DAÑO, REPARACIÓN DEL, CUANDO EXISTE CONCURRENCIA DE CULPAS.
Quando en un delito cometido por imprudencia el resultado típico se integra por el concurso de culpas del quejoso y del ofendido, resulta ilegal que la autoridad responsable condene a aquél a pagarle al sujeto pasivo la totalidad de la suma de dinero en la que los peritos estimaron los daños causados, porque lo justo es que la víctima, al tener también intervención culposa activa en el evento delictivo, soporte parte del daño económico que sufrió. De ahí que el sentenciado deba ser condenado al pago de la reparación del daño en la proporción que le corresponde, en atención tanto a las circunstancias de realización del delito como a las peculiares de los sujetos activos protagonistas, entre las que se encuentran su situación económica y la mayor o menor gravedad de sus respectivas culpas."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2946/97. Ricardo Mendoza Pérez. 28 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila. Secretario: Ariel Oliva Pérez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 85, Segunda Parte, página 49, tesis de rubro: "IMPRUDENCIA, DELITOS POR CONCURRENCIA DE CULPAS Y REPARACIÓN DEL DAÑO. COLISIÓN DE VEHÍCULOS."

De lo que se acaba de precisar se desprende que con base en la jurisprudencia, la compensación de culpas sólo tiene injerencia en la individualización de la pena, pero no puede tener como efecto atenuar la sanción o excluir la responsabilidad del sujeto activo del delito, aun cuando su tratamiento se da mayoritariamente en delitos de carácter culposo.

Por otro lado, es preciso señalar que en relación a la compensación de culpas aun no existe de manera específica en los ordenamientos penales la determinación clara de que al momento de individualizar la pena se deba tomar en cuenta la intervención de la víctima en el hecho delictuoso, señalándose únicamente al respecto lo referente a su calidad en relación con el sujeto activo del delito, pues así se desprende la redacción de la fracción IV, de los artículos 52 del Código Penal Federal y 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, las cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.

II.

III.

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;...”

“Artículo 72 (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

I.

II.

III.

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;...”

Por tanto, lo que se ha expuesto nos conduce a determinar que con relación a la figura de la compensación de culpas, no obstante que se han realizado numerosas aportaciones en el ámbito de la dogmática penal, aún es escaso su tratamiento en las legislaciones, pues como puede advertirse en el caso de nuestro país, sólo la jurisprudencia comienza a darle significación a esta figura al considerar que la aportación e intervención de la víctima en los sucesos delictivos

le trae como consecuencia que asuma su parte proporcional de responsabilidad; sin embargo, confiamos en que toda vez que la jurisprudencia ha comenzado a darle importancia a la figura de la compensación de culpas y considera que la misma debe tomarse en cuenta por los juzgadores a la hora de individualizar las sanciones, en breve esta figura se institucionalizara en el plano de la legislación penal.

2.8 Relevancia del consentimiento

En principio, cabe mencionar que el consentimiento, cuya etimología deriva del latín *consensus*, significa el acuerdo de dos o más voluntades sobre una misma cuestión. Se trata de una institución de indiscutible relevancia para la ciencia jurídica, pues en ella se cimientan buena parte de los principios generales que informan al Derecho. Piénsese, por ejemplo, en las obligaciones como base elemental de la convivencia humana y en su primer elemento de existencia: el consentimiento.

Ahora bien, por lo que hace al ámbito del Derecho Penal, se estima que el consentimiento es relevante en tres momentos diversos del evento delictivo; uno, cuando constituye el elemento subjetivo del tipo; otro, cuando tiene lugar como causa de extinción de la responsabilidad o de la pena; y, finalmente, cuando al presentarse puede ser considerado como causa de justificación.

En cuanto a cada uno de los supuestos en que cobra relevancia la figura del consentimiento y tratándose de ilícitos de carácter penal, se realizará un análisis de conformidad con lo que establece nuestro Código Penal Federal, el cual quedará abordado en puntos subsecuentes.

2.8.1 Aspectos substanciales del consentimiento

La idea material de que es necesario sujetar la problemática de la intervención de la víctima aparece en varias construcciones dogmáticas diferentes. No obstante, debe precisarse que tales posturas dogmáticas no sólo difieren entre sí en cuanto a la circunstancia de la utilización o no del concepto de 'consentimiento', sino también en cuanto a la ubicación de la respectiva construcción en la teoría del delito (y las consecuencias que esta ubicación ha de tener respecto del marco teórico de los posibles efectos jurídicos de la intervención del sujeto lesionado que solo conlleva) y, en cuanto a la intensidad de implicación (subjetiva) de la víctima que se estima necesaria para atribuir efecto exoneratorio respecto del autor al comportamiento de la víctima.

En lo que se refiere a la utilización del consentimiento en sentido estricto, se ubica la cuestión –partiendo de una aproximación subjetiva para diferenciar los ámbitos de 'lesión' y 'puesta en peligro', es decir, en función de la actitud subjetiva más frecuente en el campo de la puesta en peligro ('imprudencia') frente al de la lesión ('dolo')- con frecuencia en el marco del consentimiento en los delitos imprudentes como factor que puede excluir la infracción del deber objetivo de cuidado. También se utiliza la institución del consentimiento en el sentido más habitual (bien como causa de justificación, bien como causa de exclusión de la tipicidad) como mecanismos para resolver los problemas que plantea la intervención de la víctima, ya sea desde una perspectiva más 'tradicional' o intentando introducir ulteriores diferenciaciones en la institución a través del establecimiento de un consentimiento 'no final' o cuasi-imprudente. Pero la idea que está detrás del consentimiento, también aparece en cierta medida, por ejemplo, en muchas de las construcciones doctrinales más recientes que han recogido la diferenciación elaborada por Roxin entre la 'participación en una autopuesta en peligro' y 'heteropuesta en peligro consentida', de modo expreso o tácito, cuando se exige que es presupuesto de la aplicación de la mencionada construcción que la víctima 'conociere' o 'abarcase' la situación del riesgo.

Finalmente, la idea base del consentimiento concurre también en numerosas aproximaciones doctrinales al problema concreto de la determinación de los criterios que permiten hablar de una víctima responsable.

Esta exigencia de alguna forma de consentimiento como elemento de la solución dogmática, como se verá, esta conectada con la base normativa –tácita o expresa- de estas concepciones en un principio de 'autorresponsabilidad', entendido de una determinada manera, es decir, en el sentido de concebir tal autorresponsabilidad de la víctima únicamente sobre la base de supuestos en los que de algún modo tiene lugar algún tipo de 'renuncia' consciente por parte del titular del bien que posteriormente se convierte en víctima.⁶⁴

2.8.2 Referencias doctrinales del consentimiento

Básicamente son dos las posiciones que la doctrina ha asumido respecto de la institución del consentimiento como causa de justificación. Quienes la rechazan, entre los que destacan los franceses Vidal y Donnedyeu de Vabres y el español Jiménez De Asua, se fundan en que las voluntades de los particulares no pueden influir en un derecho de carácter público, como lo es el penal. De modo que el consentimiento de la parte lesionada no puede suprimir la antijuridicidad del hecho, porque el derecho penal no tutela derechos individuales sino generales y, por ello, toda afectación al bien jurídico tutelado debe ser sancionada con independencia de que la víctima u ofendido haya consentido en la conducta delictiva. Además, toda causa de justificación es de carácter general a toda especie de delito, lo que no sucede con el consentimiento, pues éste sólo opera tratándose de delitos concretos y contados en los que el bien jurídico tutelado es disponible.

⁶⁴ CANCIO MELÍA, Manuel. Conducta de la víctima y responsabilidad penal del autor, op. cit. pp. 147-148

Quienes aceptan la figura, entre los que se cuenta a los alemanes Franz Von Litz, Hans-Heinrich Jescheck y Edmundo Mezguer, a los italianos Francisco Carrara y Enrique Ferri, a los hispanohablantes Eugenio Cuello Calón, Mariano Jiménez Huerta y Sebastián Soler, y prácticamente la generalidad de la doctrina contemporánea, se basan en el argumento de que el sujeto no actúa antijurídicamente cuando el titular del bien jurídico presta válidamente su consentimiento para la acción, pues en ese momento la conducta se torna lícita. El bien jurídico no queda afectado por una conducta si su titular ha dispuesto de ese derecho público subjetivo y accedido a la conducta afectatoria del agente activo, siempre que su voluntad sea consciente y libre y se trate de bienes jurídicos disponibles. La actuación con el consentimiento del afectado no constituye aquí ningún suceso para la vida normal en la vida social, sino que produce un daño quizá doloroso en extremo, pero que el titular del bien jurídico está dispuesto a aceptar, por unas razones u otras, dentro de su libertad de disposición. Y también se señala que existen situaciones en las que el titular de un bien jurídico renuncia por voluntad a que éste sea protegido jurídicamente, de tal manera que la lesión o puesta en peligro de su bien jurídico no produce consecuencia jurídica alguna.⁶⁵

2.8.3 Naturaleza jurídica

Son diversas las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del consentimiento como causa de justificación. Se piensa que es un signo de la falta de interés del titular del bien jurídico, en virtud de que desaparece parte del objeto de protección de la norma. Hay quienes sostienen que se trata de una renuncia del sujeto pasivo a la protección penal del Estado. Otra teoría sostiene que se trata de un negocio jurídico (entendido bajo la concepción que la escuela alemana atribuye al acto jurídico) y que, en consecuencia, debe ser regulado por las

⁶⁵ DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, op. cit., pp. 145-148.

normas del derecho civil. También se sostiene que se trata de una institución propia del derecho penal que debe valorarse conforme a sus reglas específicas.

De las posiciones anteriores, la doctrina dominante, y a ella nos adherimos, acepta la teoría de que se trata de una institución propia del derecho penal. La teoría del negocio jurídico desconoce las distintas finalidades del derecho penal y del civil. La teoría del abandono del interés no aclara por qué la renuncia subjetiva por motivaciones posiblemente muy opuestas a la moral puede relevar al Estado de su misión de protección objetiva del interés. La teoría de la renuncia a la protección jurídica tampoco explica por qué la dejación privada puede prevalecer sobre el deber fundamental del Estado respecto a la protección pública. En cambio, tomando en cuenta que no sólo se trata de un acuerdo de voluntades sujeto a consideración civilística en cuanto a su validez, sino que se requieren condiciones específicas como la disponibilidad del bien jurídico, la oportunidad en la formación del consentimiento, la posibilidad de presumir la voluntad, y el que la causa de actuación del agente derive precisamente del consentimiento otorgado, es innegable que se trata de una institución propia del derecho penal que debe integrarse y valorarse conforme a sus principios distintivos. Además, el efecto del consentimiento como justificante es propio del derecho penal, ya que el delito queda excluido por licitud en la conducta y no debe pasarse por alto que se trata de una institución de aplicación relativa ya que es unánime el sentir de que sólo es aplicable a ciertos delitos y que su eficacia únicamente puede decidirse analizando los caracteres constitutivos de cada una de las infracciones penales para decidir la disponibilidad del bien jurídico tutelado, lo que no sucede con el negocio jurídico que es de naturaleza general por definición.

2.8.4 Tratamiento del consentimiento en el Código Penal Federal

Es relevante mencionar que antes de la reforma penal mexicana que entró en vigor el 1 de febrero de 1994, las causas de justificación previstas en el Código

Penal Federal, no incluían al consentimiento. En cambio, se reconocían como tales al impedimento legítimo y a la obediencia jerárquica, junto con las tradicionales de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.

Por iniciativa presidencial de 22 de noviembre de 1993, se propuso al Legislativo la reforma del artículo 15 del Código Penal Federal, para que, 'atendiendo a las exigencias del principio de legalidad', se agregara como causa de exclusión del delito 'el consentimiento del titular del bien jurídico' y, operara como causa de justificación siempre y cuando se reunieran determinados requisitos. De esta forma, en virtud del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, que entró en vigor el 1 de febrero siguiente, el artículo 15 del Código Penal Federal, fue reformado y quedó redactado, en lo conducente, de la siguiente forma:

"Art. 15.- El delito se excluye cuando:

... III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiere otorgado el mismo."

Al mismo tiempo, fueron derogadas las justificantes de impedimento legítimo y obediencia jerárquica, sin que la exposición de motivos expresara alguna razón que fundamentara lo anterior. De ahí que se desconozca la *ratio legis* que inspiró la aprobación del proyecto de reformas en esta parte; proyecto que, por lo demás, no fue modificado en forma alguna respecto de su redacción original.

Sin embargo, a pesar de que el consentimiento no era causa de justificación sino hasta 1994, la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo número 4699/58, estableció el siguiente precedente:

"CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO. Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia de consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara a cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse la pena cuando la conducta realizada no es antijurídica."

El criterio, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXII, página 1348, Quinta Época, no llegó a constituir Jurisprudencia definida. Sin embargo, contiene elementos de indiscutible valor que fueron recogidos en la reforma señalada del artículo 15 del Código Penal Federal. De lo que se puede apreciar, que ya desde entonces se admitía que el consentimiento podía constituir una causa de justificación, siempre que se tratara de bienes jurídicos disponibles y mediara la voluntad de su titular. La tesis, por lo demás, sólo conserva valor histórico puesto que a partir del 1 de febrero de 1994, el tema está expresamente regulado en la legislación sustantiva.

Es de hacer notar que en el derecho positivo mexicano, existen diversos preceptos penales en los que el tenor literal de la descripción típica incluye como uno de sus elementos de formación al consentimiento, aun cuando en realidad lo que refieren, es la falta de consentimiento.

Así, en el delito de robo, es preciso que el apoderamiento se realice sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley (artículo 367 del Código Penal Federal). En el allanamiento de morada, es requisito *sine qua non*, en una de sus hipótesis, que la introducción al aposento se realice sin permiso de la persona autorizada para darlo (artículo 285 del Código Penal Federal). En la violación, delito de consentimiento por excelencia, constituye un elemento del tipo que la cópula se imponga por medio de la violencia física o moral, término con significación antónima al consentimiento (artículo 265 del Código Penal Federal) y, lo mismo sucede en los casos de abuso sexual (artículo 260 del Código Penal Federal), violación equiparada (artículo 266 del Código Penal Federal), aborto consentido (artículo 332 del Código Penal Federal), privación ilegal de la libertad en la hipótesis de obligar a que se refiere el artículo 365 fracción I, y otros más. En todos estos casos, es indiscutible que la falta de acreditación del elemento típico subjetivo en cuestión acarrea una causal de atipicidad y, en consecuencia, la exclusión del delito por falta de uno de sus elementos esenciales, según se establece en la fracción II del artículo 115 del Código Penal Federal.

En una siguiente apreciación, el consentimiento puede operar como causa de extinción de la responsabilidad penal o de la pena por perdón del ofendido en aquellos delitos que se persiguen por querrela de parte o por algún otro acto equivalente. En estos casos, no basta con el otorgamiento unilateral del perdón, sino que se requiere la aceptación o conformidad *-consensus-* del perdonado. A diferencia del consentimiento como elemento de tipo, cuya determinación es simultánea a la acción consumatoria, dado que en los casos de perdón el acuerdo de voluntades surge con posterioridad a la ejecución del delito e incluso puede aparecer después del pronunciamiento de la sentencia produciendo entonces la extinción de la pena, tal como lo estipula el artículo 93 del Código Penal Federal.

En verdad se trata de una institución novedosa en la legislación penal nacional, ya que sus orígenes datan de 1980 en que se incluyó en el Código Penal

de Veracruz, y aunque en la actualidad, son varios los códigos del país que ya la regulan, fue en 1994, en que vino a incluirse en el Código Penal Federal, ciertamente bajo una regulación mayormente precisa en relación con la gran mayoría de las normas locales correlativas.

No existe corriente académica que en la actualidad sostenga con seriedad un debate respecto del consentimiento como elemento del tipo; y respecto del consenso como causa de extinción de la responsabilidad penal o de la pena, existen interesantes argumentos que ameritan el desarrollo de un trabajo propio y destacado. Pero como causa de justificación, el debate doctrinal vive interesantes momentos, si no ya en cuanto a la aceptación de la institución, ciertamente respecto de su naturaleza jurídica, sus elementos constitutivos, los casos particulares en que puede operar en su máxima plenitud y su posible regulación.

2.8.5 Elementos característicos

No obstante que la figura del consentimiento puede estudiarse a partir de diversos aspectos, en este apartado se abordará su análisis bajo la consideración de que el consentimiento actúa como causa de exclusión del delito, en virtud de que así se encuentra previsto en el artículo 15, fracción III, del Código Penal Federal, del cual se derivan los siguientes elementos característicos:

2.8.5.1 Titular del bien jurídico

El consentimiento sólo puede ser otorgado por el titular del bien jurídico afectado. Se trata de un acto personalísimo en el que no cabe la posibilidad de consentir a través de representante. Esto es así, porque el objeto de la justificante es permitir un hecho considerado en la ley como delito, y no la realización de actos

jurídicos, objeto éste que es privativo del contrato de mandato en los términos de lo que dispone el artículo 2546 del Código Civil.

Desde luego que es posible que el titular del bien jurídico afectado sea una persona moral. En estos casos, en atención al principio de representación que informa a las personas colectivas, el consentimiento puede ser otorgado por cualquier persona física que tenga facultades de representación, a condición de que cuente con autorización suficiente para la realización de actos de dominio.

2.8.5.2 Capacidad jurídica para disponer

Se exige que el titular del bien jurídico tenga capacidad jurídica para disponer del mismo. Se trata de un requisito de validez que debe acreditarse en todo caso, sea que el consentimiento haya sido otorgado expresa o tácitamente, o bien que pueda presumirse. Esta capacidad, ante la falta de regulación específica, debe apreciarse en los términos de la regla general contenida en el artículo 450 del Código Civil. Así, sólo tienen capacidad jurídica para disponer del bien jurídico tutelado los mayores de edad no disminuidos o perturbados en su inteligencia, ni afectados en sus facultades mentales, de modo que deban ser considerados como incapaces. En cuanto a la posibilidad de confirmar la incapacidad, debe tenerse en cuenta, que el consentimiento tiene que prestarse con anterioridad o por lo menos en forma simultánea a la acción delictiva, de modo que no cabe la convalidación posterior al hecho delictivo. Sin embargo, si el titular del bien jurídico consiente siendo incapaz, y posteriormente recupera su capacidad y confirma su consentimiento antes de la realización del hecho delictivo, la incapacidad original queda revalidada. En todo caso, las mismas razones que fundamentan la naturaleza personalísima del consentimiento son aptas para justificar la exigencia, también personalísima, del acto revalidatorio.

2.8.5.3 Voluntad exenta de vicios

La voluntad del que consiente en forma expresa o tácita -lo que no sucede cuando el consentimiento es presunto- debe encontrarse exenta de vicios. No será válido el consentimiento dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo. Al igual que en el caso de la capacidad, la revalidación sólo es posible si se realiza por el propio titular del bien jurídico antes de la realización del hecho delictivo. En caso contrario, la confirmación no es procedente como justificante, pues ésta debe amparar al agente activo antes o en forma simultánea a la realización de la conducta, pero nunca después.

2.8.5.4 Forma expresa, tácita o presunta

El consentimiento puede ser dado en forma expresa o tácita, o determinado por presunción. Respecto de los dos primeros casos, son aplicables las reglas generales contenidas en el Código Civil. Así, el consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; y el tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan. En lo que toca al presunto, se trata del caso en que el consentimiento que pudiera prestarse eficazmente conforme a la situación, ni existe ni puede tampoco ser recavado a tiempo, porque el titular del bien jurídico, o su representante (en caso de personas morales), no resultan localizables, o porque el enfermo precisado urgentemente de tratamiento ha perdido el conocimiento, pero cuya prestación hubiera sido previsible con seguridad según una consideración objetiva y *ex ante* de todas las circunstancias.

2.8.5.5 Causa determinante de la acción

La causa o motivo determinante en la conducta del agente es precisamente el consentimiento del titular del bien jurídico. Como toda causa de justificación, el

agente debe saber que su conducta es lícita por encontrarse amparada en una norma permisiva. Por eso no es admisible la justificante en los delitos culposos en los que la conducta del agente carece de contenido finalísticamente dirigido a la causación de un resultado delictivo. Sin embargo, nada impide que opere como eximente putativa en la que el agente, por un error esencial de hecho insuperable, crea fundadamente hallarse amparado por la justificante al realizar el hecho delictivo, aunque en tal caso el delito queda excluido por inculpabilidad según lo dispone el artículo 15, fracción VIII, inciso b).

Por otro lado, el consentimiento también puede ser tratado como una causa de justificación. Sin embargo, a diferencia de cuando se le considera causa de exclusión del delito, es necesario que se cubran diversos requisitos en relación al carácter de temporalidad con que debe presentarse.

Se estima que es imperativo que el consentimiento, como justificante, surja con anterioridad, o cuando mucho simultáneamente, a la acción delictiva. El consentimiento posterior no es válido puesto que las causas de justificación, por definición, tornan lícita la conducta del agente al momento de actuar y por ello el delito queda excluido. Por una ficción del derecho, el delito no surgió. Pretender dar a la justificante efectos retroactivos es insostenible y así se pronuncia en forma prácticamente unánime la doctrina. Además, porque así se infiere al analizar la preposición utilizada en el enunciado principal del precepto que lo contiene al señalar: 'se actúe con el consentimiento...'

2.8.5.6 Disponibilidad del bien jurídico

El bien jurídico afectado por la acción del agente debe ser disponible. Sobre la disponibilidad, el debate académico es intenso pues la ley no establece base normativa alguna al respecto. En una parte se sostiene que, un bien jurídico es disponible cuando los actos clasificados por el derecho como perjudiciales al

mismo tienen como resultado un estado de cosas que si fuera realizado por el titular del bien jurídico no sería disvalioso; por el contrario, un bien jurídico no es disponible si los actos que lo lesionan o lo ponen en peligro tienen como resultado un estado de cosas que lo haría disvalioso, aun cuando lo hubiese realizado el titular del bien jurídico. De esto se desprende que hay bienes jurídicos que la sociedad no está dispuesta a permitir que se lesionen o se pongan en peligro, aun cuando lo consienta su propio titular. De otro lado, se dice que en atención a que la sistemática actual admite la existencia de bienes del individuo y de bienes de la comunidad, por las mismas razones debe aceptarse que sólo son disponibles los individuales y no los colectivos. Se señala también, que la solución del problema surge del criterio de la perseguibilidad, conforme al que son bienes jurídicos disponibles aquellos que se encuentran incluidos en una figura delictiva que sólo es perseguible por querrela de parte u otro requisito equivalente, y en cambio no son disponibles los bienes que se encuentran incluidos en delitos que se persiguen de oficio. Se afirma, igualmente, que la solución se encuentra en la determinación de delitos graves y no graves, o en la de delitos de conducta culposa y de dolo necesario. En verdad el problema es de muy difícil solución puesto que las corrientes existentes no parecen tener posibilidades de aplicación absoluta y convincente en todos los casos. El tema se encuentra íntimamente ligado al de la determinación del substrato material del bien jurídico tutelado, que aún no ha podido ser resuelto en forma convincente por la doctrina. Para decidir si un bien es disponible, primero debe determinarse su naturaleza y alcances; actividad de enorme complejidad. Por ello, existen corrientes tan diversas como las que admiten la disponibilidad de la vida y las que rechazan por completo esa posibilidad. No existe, pues, una base suficientemente clara para distinguir particularmente cuáles son los bienes jurídicos disponibles y cuáles no lo son; cuáles lo son bajo determinadas circunstancias y cuáles no lo pueden ser en ciertas situaciones. En este sentido, la jurisprudencia es verdaderamente escasa, aunque tendrá que formarse necesariamente en vista de la positividad y vigencia del artículo 15, fracción III de la que hablamos.

2.8.6 Casos particulares

Si como ya se estableció al analizar los elementos característicos del consentimiento, no existe una base suficientemente objetiva que permita determinar cuáles son bienes jurídicos disponibles, resulta imposible señalar los casos concretos de disponibilidad para hacer realmente efectiva la causa de extinción del delito, en caso de comprobarse que un determinado sujeto consintió en que se realizará una afectación a sus bienes jurídicos. Al respecto existen diversas opiniones entre las que se encuentran aquellas que consideran que son bienes jurídicos de los individuos y, por tanto disponibles, la vida, la vida en gestación, la integridad corporal, la libertad personal, la autodeterminación sexual, el honor, la esfera de la privacidad, el derecho sobre la morada propia, así como el patrimonio en sus diversas manifestaciones y, que, en contraposición, existen bienes jurídicos de la colectividad, los cuales no disponibles como pueden serlo los valores comunitarios supraestatales, la paz interna y externa, el sentimiento de piedad, la humanidad, la obligación de ayuda al prójimo, la seguridad del tráfico jurídico, el aseguramiento ante peligros comunes, y también los valores que concreta el Estado, tales como la subsistencia del Estado en cuanto tal, el poder estatal en sus distintas formas de manifestación, la administración de justicia y la pureza de la actividad funcionaria; por tanto, en esa postura, no es posible establecer con precisión un catálogo de bienes jurídicos susceptibles de disponibilidad y aquéllos que no lo son, ya que en cuanto a ello la opinión puede ser diversa y, en todo caso, atenderá a las diferentes culturas, idiosincrasias, costumbres de cada lugar, surgiendo como consecuencia un catálogo de bienes disponibles diferentes para cada tipo de población, las cuales pueden presentar rasgos característicos de muy variada índole aun cuando formen parte de un mismo estado o país, como sucede en nuestro país.

2.9 La perspectiva subjetiva de la víctima y sus problemas (el consentimiento en sentido estricto)

El tratamiento de la problemática de la intervención de la víctima por completo en el campo del consentimiento 'tradicional' –sea entendido como causa de justificación o como elemento excluyente del tipo- es una de las modalidades más extendidas de tratamiento jurídico-penal de los supuestos de actividades conjuntas peligrosas. Esta aproximación al problema de la intervención conjunta de autor y víctima en actividades arriesgadas se construye sobre la base de la idea de que no existe una diferencia relevante en la configuración objetiva de estos supuestos frente a los casos clásicos de consentimiento, centrados en el plano objetivo en el consentimiento en la lesión-destrucción de un bien. En este sentido, suele considerarse que la diferencia típica entre los casos que aquí interesan y los de consentimiento 'normal' está en la relación psíquica de quien resulta dañado hacia el resultado de lesión. En efecto, ya desde un principio salta a la vista que mientras en el caso del consentimiento 'normal' es precisamente la lesión del bien la que se desea, en este ámbito por regla general se persigue el comportamiento peligroso, pero se confía en que el resultado no tenga lugar. Esta diferencia en lo relativo a la actitud subjetiva de la víctima que se presupone normal plantea considerables dificultades a esta opción en cuanto a la posibilidad de atribuir algún efecto al consentimiento. Como se vera, un análisis de la problemática conduce a la conclusión de que en los supuestos que interesan no existe un consentimiento que merezca ese nombre.

Por otra parte, la existencia de normas limitadoras de la disposición sobre determinados bienes genera un obstáculo esencial para esta aproximación: si se concibe –como sucede en el consentimiento 'normal', que es cuasi-doloso desde el punto de vista de la víctima- el resultado (hipotético), es decir, la entidad y la clase de lesión del objeto del bien jurídico, como objeto del consentimiento, parece que quedan automáticamente excluidos como supuestos relevantes un gran número de comportamientos de puesta en peligro, puesto que frecuentemente se

tratará de riesgos que pueden afectar a bienes jurídicos vedados a un sacrificio por parte de su titular, de modo que parecería, ya desde un principio, que el consentimiento no podría ser más que una figura marginal en este ámbito. En efecto, ello ha llevado a que se afirme que el consentimiento carece de relevancia en este ámbito, al menos cuando el riesgo afecta a bienes –como la vida- sobre cuya lesión no cabe disposición válida.

En consecuencia, el consentimiento expreso en una acción imprudente que ponga en peligro, y ulteriormente lesione, la vida de la víctima carecería jurídicamente de significación. En tal homicidio culposo persistiría la responsabilidad jurídico-penal del autor. De hecho, en la doctrina alemana parece que aún es mayoritaria la posición –dentro de la perspectiva que parte de esta institución- de negar efecto al consentimiento.

Parece, por lo tanto, que una aplicación sin más de la institución del consentimiento, ha de fracasar ya en el obstáculo de la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos.⁶⁶

2.10 Nuestra posición

Una vez que se ha establecido la problemática que implica definir cuándo el consentimiento del titular del bien jurídico afectado puede tornar lícita la conducta delictiva del agente, estando conscientes de que aún no se ha logrado un consenso en cuanto a que, al ser el Derecho Penal de orden público es solamente el Estado quien se encuentra en aptitud de decidir qué condiciones pueden llevar a la despenalización de una conducta ilícita o si también la voluntad de los particulares puede tener injerencia en esta cuestión, se llega a la conclusión de que actualmente está cobrando relevancia el tratamiento de la figura del

⁶⁶ CANCIO MELIÁ MANUEL, Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de autor y víctima en actividades arriesgadas, op. cit. pp.180-181.

consentimiento en la tendencia a reducir los hechos que puedan ser considerados por la ley como delitos.

En esa tesitura, tomando en consideración el caso de nuestra legislación penal actual, podemos deducir que la problemática apuntada se encuentra resuelta, ya que en el Código Penal Federal actual, se contiene la posibilidad de que, en determinados casos, el consentimiento del titular del bien jurídico afectado constituya una causa de justificación excluyente del delito, lo que eleva esta cuestión a rango de orden público.

Sin embargo, no perdemos de vista que aún queda mucho que resolver en cuanto a qué tipo de bienes jurídicos pueden ser disponibles, no obstante, la adopción en el Código Penal del consentimiento como causa excluyente del delito, es un gran avance que con seguridad habrá de contribuir positivamente al momento de decidir sobre la disponibilidad de los bienes jurídicos que, al tiempo dará la pauta para que queden precisados en el ordenamiento legal.

Capítulo III

LA VICTIMODOGMÁTICA

De lo que con anterioridad se ha expuesto, es posible constatar que a últimas fechas se ha dado mayor preferencia al tratamiento de la víctima en el ámbito del Derecho Penal, ello, porque comienza a dejarse de lado la consideración de que por "víctima" debe entenderse aquella que resiente la afectación en sus bienes jurídicos a consecuencia de la conducta de otro, para considerarse también que en muchas ocasiones es la propia "víctima", quien se coloca en la situación de riesgo o incluso desea la afectación en sus bienes jurídicos, razón esta por la que han cobrado mayor relevancia las implicaciones del comportamiento de la víctima en la realización del ilícito penal, pues al ser consideradas en el análisis de la comisión del delito, pueden llegar a tener por efecto una reducción de la pena o incluso, su exclusión.

Además, dado que el estudio del comportamiento de la víctima está orientado a definir, en cierto modo, los alcances de la penalidad a imponerse en la comisión de un determinado ilícito, se dará tratamiento a las diversas teorías que han surgido en relación a la determinación e individualización judicial de la pena, sin dejar de observar los aspectos relativos a los fines de la pena.

Asimismo, debe establecerse que no obstante que diversas teorías como la criminología, la imputación objetiva, el principio de autorresponsabilidad, la doctrina de la autopuesta en peligro, la concurrencia de culpas, entre otras, han dado un lugar a la figura de la víctima en sus propuestas, es indiscutible el reconocimiento que la victimología le otorga a la víctima, pues al hacer ésta un enlace entre el estudio de la víctima y la dogmática jurídico-penal, le da un lugar en el plano científico, situación que pretendemos dejar en claro a fin de determinar

que el alcance de la participación de la víctima en el hecho delictivo, debe ser considerado desde un plano formal y no meramente experimental.

3.1 Victimología y sistema penal

Desde algún tiempo viene produciéndose una evolución científica en los países de nuestro entorno mediante la cual desde la perspectiva de la criminología tiene lugar un redescubrimiento de la *víctima*, naciendo incluso una nueva ciencia llamada victimología que pretende sistematizar los conocimientos empíricos relativos a la víctima. No es muy claro cual es el origen de esta corriente científica. Parece, sin embargo, que su surgimiento no es ajeno a determinadas tendencias de política criminal centradas en demandar una represión más eficaz de los comportamientos desviados y que resaltan la experiencia negativa sufrida por la *víctima*, sobre todo de delitos violentos. Como se verá, el complejo entorno político-criminal, tanto de la victimología como de sus repercusiones en el ámbito del Derecho Penal es uno de los elementos que están determinando en mayor medida la discusión científica. En todo caso, hay que resaltar, ya en este momento, que la investigación victimológica ha sido generada sobre todo en países en los que no hay o no había posibilidades de participación de la *víctima* en el proceso similares a la acción penal del perjudicado. Estas investigaciones criminológicas, por una parte, han empezado a repercutir dentro del ordenamiento penal sobre todo en la propuesta de determinadas medidas de atención a la *víctima*, y, especialmente, en el establecimiento de mecanismos de reparación. Sin embargo, ya desde el inicio de estas investigaciones empíricas, también hubo autores que resaltaron, por otra parte, de algún modo la intervención de la *víctima* como factor determinante de su corresponsabilidad en lo sucedido.⁶⁷

⁶⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. op. cit. P.259.

3.1.1 Derecho Penal y víctima

Los estudios y avances científicos en el ámbito victimológico no pueden ser olvidados o pasar desapercibidos para el Derecho Penal, aunque en este ámbito no se puede operar con el concepto de víctima (sino con el de sujeto pasivo).

Así, en los últimos años se intentan relacionar ambos conceptos (Victimología y Derecho Penal) en lo que se denominaría "dogmática orientada al comportamiento de la víctima" o "Victimodogmática." Desde esta orientación se trata de analizar la intervención de la víctima en la génesis de los fenómenos criminales.

Como hemos señalado la victimología se preocupó mucho por el estudio de la interrelación *víctima-victimario*, con el objetivo primordial de develar el rol y grado de responsabilidad que la primera pudiera tener en el desencadenamiento del delito. En efecto, los ejemplos al respecto abundaron. Las topologías victimales no dejan de lado tal actitud. El típico ejemplo de la estafa o el defraudador defraudado, en los que se resalta la ambición de quien al final resulta victimizado. Pues bien, tales posturas dieron pie a desarrollos posteriores desde la perspectiva dogmática penal que ahora se identifica bajo el rubro de Victimodogmática.⁶⁸

Tales tendencias se han preocupado del análisis interpretativo de la posición de la *víctima* en la ley penal misma y, en general, en el contexto de la dogmática penal. Se pretende encontrar en el comportamiento de la *víctima* una categoría de carácter dogmático a tomar en cuenta en la sistemática del delito.⁶⁹

El problema, por tanto, de la intervención del sujeto lesionado en la génesis del riesgo son hoy habitualmente agrupadas bajo la denominación de

⁶⁸ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema. ¿Qué es la Victimología?, página web www.faverayasociados.net/victimologia.htm

⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Et Al, Victimología: presente y futuro hacia un sistema penal de alternativas, op. cit., p. 23.

Victimodogmática. Por ello, las preocupaciones Victimodogmáticas tienden a determinar en qué medida la corresponsabilidad de la *víctima* en lo sucedido puede tener repercusiones sobre la valoración jurídico penal del comportamiento del autor.⁷⁰

Siguiendo a Manuel Cancio Meliá, las aproximaciones Victimodogmáticas tienen ciertos rasgos característicos que le son comunes, a saber:

1. Se trata de construcciones elaboradas específicamente para el fenómeno de valoración de posible incidencia del comportamiento de la *víctima* en la determinación de la responsabilidad penal del autor.
2. Se trata de un fenómeno cuya amplitud excede con mucho el campo de la dogmática penal (la parte general del Derecho Penal material); esto es, en la actualidad se refiere también a la parte especial del Derecho Penal, a los planteamientos criminológicos y al proceso penal.⁷¹

Para Joseph M. Tamarit, la pretensión de la Victimodogmática consiste en examinar cómo la contribución de la *víctima* al delito afecta la punibilidad del comportamiento del autor. Para este autor la Victimodogmática parte de la constatación de la existencia de *víctimas* corresponsables en el hecho para llegar a establecer un principio de autorresponsabilidad de las mismas; esto es, afirmar la existencia de un deber de autodefensa en relación de ciertos ataques a determinados bienes jurídicos cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela por parte de la *víctima*.⁷²

Así, la limitación de la potestad punitiva estatal procedería no sólo frente a otras ramas del ordenamiento jurídico sino también frente a los medios de autodefensa que estén a disposición del titular del bien jurídico. En palabras de

⁷⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima y responsabilidad penal del autor, op. cit. p. 222.

⁷¹ Ibidem.

⁷² TAMARIT SUMALLA, Joseph M. La víctima en el Derecho Penal, op. cit., p. 20.

Juan Bustos⁷³ "quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes jurídicos no queda protegido en sus bienes jurídicos."

Hablar pues de "autorresponsabilidad" o responsabilidad de la *víctima* como se quiso en un principio desde la Victimodogmática, esto es, pretender que la *víctima* responda por su propio comportamiento al no evitar su propia afectación tiene reminiscencias de corte positivista (pensamiento victimológico positivista). Ello implica buscar en el comportamiento de la *víctima* características antropológicas, biológicas, psicológicas o sociales que lo predisponen a convertirse en *víctima*; una especie de determinismo victimológico.

Los victimólogos coinciden en afirmar que la victimología debe repercutir en el Derecho Penal; sin embargo no se han formulado propuestas concretas de cómo tal repercusión se debe producir.

3.1.2 La posición de la *víctima* en el sistema penal y la Victimodogmática.

Si se toma en consideración la repercusión que puede tener sobre los pilares básicos del sistema penal una redefinición del papel de la *víctima*, no es extraño que aquellas construcciones que quieran modificar de manera global el peso de la *víctima* produzcan verdaderas conmociones en ámbitos tan variados. Pues de hecho en el moderno sistema del Derecho Penal, centrado en fines bien preventivo-especiales y/o preventivo generales, la contraposición de intereses tiene lugar en lo fundamental, entre sociedad (interés de prevención-integración) y sujeto infractor (interés en minimizar los efectos desocializadores de la pena). Los posibles intereses de la *víctima* en el castigo el autor se hallan disueltos en la protección de bienes jurídicos. La *víctima* es, en palabras de García-Pablos de

⁷³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. op. cit., p. 36.

Molina, una figura marginal, una abstracción jurídica, ha perdido su caso, (asumiéndolo) el Estado, está considerada una mera parte de la realidad objetiva y recibe tan sólo una tutela despersonalizada. Este papel marginal parece congeniar de modo especial con una determinada concepción unilateral del injusto y de la norma jurídico-penal, concepción centrada exclusivamente en la relación entre sujeto activo y ordenamiento jurídico. Por ello, parece que el impulso dado por la victimología al mostrar que la *víctima* de hecho no es siempre un mero objeto pasivo sobre el que casualmente recae el delito, sino que en ocasiones este es producto de una cierta interacción entre el autor y ella misma, necesariamente ha de producir algún efecto sobre los fundamentos mismos del sistema penal en su conjunto.

En el campo concreto de la dogmática penal, la tendencia teórica agrupada bajo la denominación de Victimodogmática, en palabras de Silva Sánchez, trata de examinar hasta qué punto (y en qué términos) el reconocimiento de la existencia de víctimas que contribuyen al hecho delictivo puede conducir a afirmar que éstas son corresponsables del mismo (por haber contribuido a él con actos dolosos imprudentes) y, seguidamente, influir —en sentido atenuatorio o incluso eximente— en la responsabilidad criminal del autor. Las concepciones dogmáticas que se agrupan bajo el rótulo de Victimodogmática, como se ha visto, no son las únicas que se ocupan de nuestro problema material. Pero presentan, como se verá, algunos rasgos comunes que las diferencian de otras aproximaciones y que justifican su tratamiento conjunto bajo el rótulo de la Victimodogmática.

Así, el ingreso de la victimología indica necesariamente la incorporación de la víctima al proceso. En esa dirección y como mencionábamos al principio del presente trabajo, en los primeros tiempos se desarrolló una vertiente de victimología (Mendelshon, Von Hentig), que incluyó a la víctima como "responsable" en el sentido de analizar cuál ha sido su actuación como eventual complaciente o aún propiciadora del delito. En definitiva, se buscaba así atenuar la responsabilidad del autor, introduciéndose una suerte de Victimodogmática. En

otra dirección, desde hace algún tiempo, alrededor de los 80 y especialmente en Alemania se ha puesto "de moda" la advertencia de la víctima, como una suerte de "reivindicación" y cuyo ingreso se ve desde dos ángulos:

- Exigir la responsabilidad de la víctima por su intervención en el hecho que condujo a su lesión, posiblemente disminuyendo la reprochabilidad del autor.
- Y resaltando la figura de la víctima y sus intereses olvidados, lo que eventualmente puede conducir a mayor punición.

Resulta muy claro, en definitiva, que el Juez no dirime ningún conflicto. Su función se dirige a establecer si la conducta de un autor se encuadra en un tipo penal y si es así, y es culpable aplicará una pena. Pero el conflicto que subyace en la sustanciación del proceso no solamente no se ha resuelto sino que en ocasiones se acrecienta, por lo que se ha entendido que la víctima no sólo lo es del autor sino también de la dogmática y del proceso penal.

Tal reconocimiento, como se ve, indica alejarse de la concepción más conservadora en cuanto a los objetivos de la pena, que se asienta en los principios legitimadores clásicos: la pena como retribución o prevención general y en las últimas décadas también prevención general positiva y negativa. Interesante es destacar otra vez la posición de Roxin, en cuanto niega que la reparación constituya un nuevo objetivo del sistema penal. En su visión la reparación del daño (tercera vía), no une un objetivo diverso sino que se incluye en la llamada prevención general positiva, más específicamente prevención de integración. En tal dirección, afirma que la reparación permite enfrentar al autor con su víctima, comprender su problemática y en su necesidad de repararla, ingresa al mundo de la legalidad, neutralizando el conflicto causado. Y en tal instancia se pregunta cuál

sería el interés en la retribución, en la medida en que no parece restar un interés social en aplicar una pena "que hiera."⁷⁴

Por lo anterior, diremos que en la actualidad con las modernas teorías funcionalistas, en el ámbito de la política criminal y del sistema penal, la *víctima* es entendida como objeto de protección jurídica tanto en la búsqueda de su satisfacción moral o económica, como en la forma de concluir con esa satisfacción a una manera de mantener la paz social. Razón por la que es estudiada de manera autónoma por la victimología o más propiamente por la Victimodogmática.⁷⁵

3.2 La vuelta a los elementos del tipo penal como criterio de atribución del resultado a la víctima en los casos de disposición cuasidolosa, cuasiculposa o ciega

Entre las posturas expuestas a la hora de analizar la relación existente entre la conducta de la víctima y el perjuicio patrimonial que la agravia, algunos autores, aunque con muy poco desarrollo de su posición, sostuvieron la inexistencia de una relación entre la disposición patrimonial y el error de la víctima cuando ésta era negligente. A nuestro modo de ver, en ese eje debe girar la solución, pero no haciendo hincapié en la existencia o no de una relación causal entre esos dos aspectos, sino, en la propia existencia o no de un error.

Según la definición de Antón Oneca, el error consiste en "una representación mental que no responde a la realidad."⁷⁶ Muñoz Conde, entiende

⁷⁴ A DEVOTO, Eleonora. Conferencia organizada por la Comisión de Arbitraje y Mediación de la Cámara Argentina de Comercio Sobre "La mediación penal. algunas consideraciones relativas a su justificación teórica, CHABANEIX&ASOCIADOS, Abogados-Revista Iberoamericana de Arbitraje, Buenos Aires, 11 de julio de 2001.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, op. cit. p. 48.

⁷⁶ ROMERO, Gladis Nancy. Algunas cuestiones de Derecho Penal, Editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 1999, p.166.

que "se produce un error cuando a consecuencia de una acción engañosa se ha causado una suposición falsa."⁷⁷

Partiendo de esta base, se trata de determinar si en los casos de disposición cuasidolosa, cuasiculposa y ciega, nos hallamos ante un error imputable al autor, o si, por el contrario, debe imputársele el error a la víctima. Ello cobra relevancia porque si el error le es imputable a la víctima, no podrá hablarse de la existencia de un error en los términos del tipo penal que nos ocupa, dado que sólo pueden entenderse como abarcados por la norma aquellos supuestos en que la representación falsa de la realidad por parte de la víctima, sea una consecuencia inevitable del actuar del tercero.

Para definir el contenido de los conceptos referidos, acudiremos al ejemplo del banquero con sus respectivas modificaciones para poder plantear todos los supuestos de disposición.

Supongamos que el banquero quisiera ayudar al cliente y hubiera decidido darle el crédito solicitado más allá de lo que resulte de su declaración de bienes. Si ello es así, no interesa la existencia de un artificio a los efectos de la disposición, dado que la decisión estaba tomada *ex ante* y la posibilidad de no cobrar el dinero prestado formaba parte de las consecuencias del actuar consciente del primero; con lo cual, podemos equiparar este caso al que Pérez Manzano considera como de liberalidad, y aquí será denominado cuasidoloso.

Puede suceder también, que a la hora de recibir la declaración de bienes, un compañero de trabajo le haya advertido al empleado que el cliente carece de bienes, y que su solicitud fue rechazada anteriormente por esta circunstancia, pese a la duda que le suscita esta situación, no efectúa ningún tipo de verificación a fin de descartar lo que su compañero le dijo.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 166.

En tales supuestos, a los fines de determinar si nos hallamos ante otro caso de disposición cuasidolosa, habrá que acudir a los criterios de diferenciación entre dolo eventual y culpa con representación del resultado. Así, si el empleado no tenía ningún dato objetivo que le permitiera descartar la versión dada por su compañero, y aún así otorga el crédito sin efectuar ningún tipo de control, estaremos ante un supuesto equiparable a un dolo eventual, y como tal, nuevamente ante un caso de disposición cuasidolosa.

Ahora, supongamos que el empleado tenía un dato objetivo para no confiar en lo que le dijo su compañero ni creer en la falta de bienes del cliente. El empleado sabía que su compañero era enemigo del cliente, con el cual había discutido en varias oportunidades, y además, vio que el cliente tenía varios automóviles que estacionaba en la puerta del banco cada vez que se hacía presente en él. Si en este caso, el empleado no efectúa la verificación pertinente, sostendremos que nos hallamos ante un caso de disposición cuasicultural, porque la víctima no teniendo razones bastantes para descartar la existencia de un artificio, no cumple con su deber de información a los efectos de evitar resultados lesivos.

Finalmente, puede suceder que la víctima no advierta la situación peligrosa porque ni siquiera está capacitada para hacerse la pregunta acerca de la existencia de un riesgo, es decir, asume el contacto social de modo absolutamente ciego. Ello ocurriría si el empleado comienza su trabajo en el banco ese mismo día y no tiene la más mínima idea de cuáles son los pasos a seguir para otorgar un crédito, dado que no se informó de ese aspecto antes de comenzar a trabajar.

Estos dos últimos casos, es decir, los de disposición negligente y los de disposición ciega son los que suscitan mayores problemas. En relación a ellos, cabe plantear de modo previo a cualquier análisis, las diferencias con el criterio adoptado por el juzgador y parte de la doctrina dominante. En cuanto al supuesto

de disposición negligente, diferimos en cuanto a la fundamentación de la exclusión de la responsabilidad del tercero, basada en cuestiones de política criminal.

Para abordar el análisis de estos tipos de disposición, partiremos de las premisas de las posturas "Victimodogmáticas" en cuanto a que es posible esperar de quien emprende un contacto social en el que puede ver arriesgado su patrimonio, que adopte las medidas de seguridad mínimas que ese contacto requiere. Podría agregarse además, que esa expectativa es válida incluso para afianzar el normal desarrollo de ese tipo de contactos, dado que de lo contrario, cualquier víctima podría invocar -incluso fuera de los supuestos de estafa- el desconocimiento de las medidas de precaución que debía adoptar para dejar sin efecto las consecuencias de la actividad efectuada.

Si ello es así, podemos sostener que existe un deber de información por parte de la víctima acerca de las posibles consecuencias del contacto social que asumirá.

Ahora bien, así como en los casos de error de prohibición, ningún autor puede invocar para que ese error se considere válido, que al realizar el hecho ha estado en una disposición en la que ha sentido ganas de realizar el comportamiento injusto o que ha sentido desinterés por la regulación legal, lo que impidió que apareciera la conciencia del injusto en el momento del hecho, en los casos que nos ocupan, ninguna víctima que pretenda ser protegida por el Estado, podrá decir que cuando decidió negociar con el autor, quería que éste la estafara o no le interesaba la posibilidad de que lo hiciera, por lo que no se informó acerca de las medidas que debía tomar.

La víctima no puede invocar una falta de conocimiento de las medidas de seguridad a adoptar o del alcance de la actividad que asume -cuando éste era plenamente conocido por cualquier persona prudente- si es que pretende que se garantice que no haya que contar en todos los casos con un déficit de esta clase,

es decir, si se protege la confianza en que toda persona responsable va a reconocer la validez de las consecuencias de un contacto social y no va a estar sometida a constantes cuestionamientos que pongan en crisis los efectos de una negociación.

Así, al igual que en el error de prohibición, el que concurra o no la responsabilidad del error por parte de la víctima, cabe averiguarlo comparando la siguiente situación hipotética: si la víctima hubiese desplegado suficiente disposición a observar las reglas de cuidado hubiese hecho presente a su conciencia el engaño desplegado por el tercero y no hubiese efectuado la disposición perjudicial.

En el caso del empleado del banco, si el autor hubiese escuchado las advertencias de su compañero, hubiera pedido el informe pertinente y advertido el engaño.

Queda por resolver el supuesto en que la víctima no representó el peligro de modo alguno o "casos en los que falta un resto latente de conocimiento"⁷⁸ por motivos que le son imputables a la víctima. En estos casos, no se le reprocha a la víctima el no haber adoptado las medidas de seguridad que conocía, sino, el no haberse procurado el conocimiento de los riesgos del contacto que asumía.

Podríamos decir que existe una previa provocación culpable del error motivado en concretas infracciones del cuidado que harían esperar desde un principio infracciones de las reglas de protección como las producidas.

Concretamente, serán imputables a la víctima los errores que se produzcan cuando al propio sujeto espontáneamente o por indicaciones de terceros, propia reflexión o por lectura especializada, le han surgido dudas; cuando el sujeto no tiene dudas pero sabe que se mueve en un sector que está sujeto en particular a

⁷⁸ CANCIO MELIA, Manuel. Conducta de la víctima y responsabilidad penal del autor, op. cit. p. 267.

una regulación específica; cuando es consciente de que su conducta puede perjudicarla y cuando la situación de peligro podría haber sido observada por cualquier hombre prudente.

Resta aclarar finalmente, que para que esta solución pueda ser aplicada, debemos contar con una víctima que esté en condiciones normales de adoptar las medidas de cuidado que se le exigen. Es decir, que pueda pretenderse de ella que detecte la situación peligrosa -para lo que deberá contarse con un normal estado de sociabilización y con parámetros psíquicos normales-, y que haya tenido posibilidades fácticas de adoptar las medidas de seguridad propias de la materia.

A su vez, habrá que determinar también cuáles son los límites a su deber de protección, para lo cual creemos conveniente acudir nuevamente al criterio del hombre prudente; es decir, a la determinación de los medios que cualquier hombre diligente hubiera adoptado en el lugar de la víctima.

También pueden regir aquí, algunos parámetros derivados del principio de confianza de los delitos culposos, dado que, una vez que la víctima acude a un experto en la materia o resuelve las dudas de un modo previsible, no puede esperarse de ella que siga adoptando medidas de seguridad tendentes a ratificar la información que le fuera dada. Ello implica que, si la víctima hizo lo que debía hacer -en el caso del banco consultar el Registro de la Propiedad Inmueble- y dicha actividad no hubiera evacuado correctamente sus dudas porque *vgr.* la información del Registro era incorrecta, el error no deberá imputársele a ella, sino al autor dado que nada hay que reprocharle a la víctima cuando el error es inevitable.

3.3 Consentimiento en el suicidio

Las teorías sobre la victimización se conocen con el término de "victimogénesis" para señalar los factores que predisponen a ciertas personas a devenir en víctimas; lo que se denomina por Ryan en el texto "Culpando a la víctima" como "víctima-precipitación", cuando la víctima pone de manifiesto un comportamiento tan problemático como el autor del delito, o lo que el profesor Landrove Díaz expresa en su libro "Victimología" al referirse a las "víctimas participantes o infungibles", como aquellas que desempeñan un cierto papel en la génesis del delito, integrando los supuestos más evidentes de intervención voluntaria o no, de la víctima en la dinámica del delito, omitiendo las precauciones más elementales para la evitación de aquel, o prestando su consentimiento de manera tácita o expresa a los hechos que dan origen a su victimización, comportamientos que facilitan o incluso generan esta situación. Otras veces las víctimas no son sujetos imprevisores o descuidados, sino que desempeñan un papel más relevante, son víctimas de su propia provocación, o prestan un asentimiento tácito al hecho de su victimización. También -dirá el profesor Landrove- son participantes las víctimas alternativas o voluntarias, es decir aquellas que deliberadamente se colocan en posición de serlo, dependiendo del azar su condición de víctima o de *víctimario*, o de un pacto libremente asumido.

Nos encontramos en el terreno del timador timado, del jugador de un deporte violento al que se le causa lesiones e incluso la muerte por otro jugador en el desarrollo de un partido o un entrenamiento, y el de la situación de las personas que ejercen la prostitución; casos estos que comentaremos en el análisis del consentimiento y la victimización.

La Ley sigue una clara y determinante denegación en unos casos y la limitación en otros, de la ayuda pública, esto es del Estado, cuando el comportamiento de la víctima o del beneficiario de los derechos de ésta, si

hubieran contribuido, directa o indirectamente, a la comisión del delito, o al agravamiento de sus perjuicios.

Y en un segundo supuesto cuando la víctima o el beneficiario de la ayuda tenga una relación con el autor del delito o su pertenencia a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas.

La Ley sigue en la aplicación de su sistema y tratamiento de la víctima la teoría de la "víctima-precipitación"; apoyando este modo de entender el concepto de víctima colaboradora en el principio general del Derecho considerando que el concederle la ayuda sería un acto contrario a la equidad o al orden publico.

No obstante, también creemos que dentro de este principio general de equidad, mantiene una excepción, cuando los beneficiarios a título de víctimas indirectas quedan en situación de desamparo económico, pero hay que interpretar este precepto en relación con el anterior, esto es siempre que el beneficiario (víctima indirecta) no hubiera tenido relación directa con el autor de la victimización directa.

Dentro de la doctrina entendemos por consentimiento la renuncia del titular de un derecho, en nuestro caso la víctima, a la protección penal.

No vamos a entrar en la polémica mantenida por diferentes tratadistas del Derecho Penal, como Suárez Montes, Cobo Del Rosal, Rodríguez Muñoz o Gimbernat y Quintano Ripolles, en determinar si se trata de la renuncia del bien jurídico protegido por la legislación o la inexistencia del bien jurídico protegido como consecuencia del consentimiento. Esto es la de aquellos autores que determinan que el consentimiento en las lesiones no sólo constituye una causa de justificación, sino que excluye la tipicidad del delito. Esto es, el consentimiento elimina no sólo la antijuricidad, sino previamente su tipicidad.

Muñoz Conde, estima que el consentimiento no sólo constituye una causa de justificación, sino que excluye la tipicidad del delito, esto es la no-existencia del mismo.

Esta última posición va a ser la nuestra al estudiar el consentimiento de las víctimas en determinados hechos que pudieran ser tipificados como delitos.

En el debate de los últimos años se observa un nuevo escenario o clima cultural que repudia la retórica del deber, austero, integral, proveniente de la retórica idealista, lo que importa un regreso, en filosofía, a la primacía de los derechos de autonomía personal. Así como el suicidio deja de ser percibido como crimen social o como falta contra los deberes contra uno mismo y contra la sociedad, como lo sostuviera Kant, también la eutanasia, las modificaciones anatómicas para el cambio de sexo, la tenencia de estupefacientes para consumo personal, etc., comenzaron a gozar, desde hace algún tiempo, de una amplia legitimación social por entender que estas manifestaciones de la personalidad son naturales del libre ejercicio de la autonomía e insusceptibles de cualquier interferencia pública.

El suicidio implica una situación de disposición radicalmente extrema de un bien jurídico, y la ley ha rodeado la disposición de garantías cuya validez parece no cuestionable. Tratándose de situaciones en que normalmente es incomprensible la conducta del sujeto, la ley opta por excluir la validez del consentimiento respecto de cualquier otro que no sea su titular; es un consentimiento no operativo para terceros. De allí que no parezca contradictorio la tipificación de la instigación y la ayuda al suicidio, sin que parezcan convincentes las razones de M. Marx en sentido contrario. Esto no significa que en algunos casos donde la conducta del suicida no resulte del todo incomprensible, el consentimiento pueda servir sólo de atenuante para los terceros pero no de eximente. Esto nos conduce a la privación de una vida a requerimiento de quien padece una enfermedad terminal con sufrimientos que no pueden ser

evitados. Nino y Farrel en este punto discuten si la exigente se conforma con el consentimiento o se debe exigir un requerimiento expreso para que opere un permiso. De cualquier forma, sea un caso activo o pasivo de eutanasia, los problemas más graves se presentan cuando el requerimiento o consentimiento no se pueden obtener. En este supuesto parece llevar razón Jakobs cuando se define por la atipicidad con el recurso a la teoría del rol, al sostener que no existe ningún deber del médico para prolongar la vida.

La cuestión de la intervención de terceros en un suicidio y su tratamiento jurídico-penal es para muchos el punto de partida, o al menos un presupuesto necesario para abordar la configuración general de la valoración de la conducta de la víctima cuando queda afectado por el suceso el bien jurídico vida.

Puede decirse que hay dos modelos conforme a los que se sostiene que la regulación de la intervención en un suicidio debe constituirse en un punto de referencia: de modo directo, se afirma que la existencia de normas que incriminan el comportamiento del tercero que auxilia a la víctima demuestra que existe una decisión político-criminal del ordenamiento que debe influir –limitando las posibilidades de exoneración del autor en razón de la conducta de la víctima- en el tratamiento de todos los supuestos en los que quede afectada la vida de la víctima. Por otro lado, y ello sobre todo en la doctrina alemana –pero con repercusiones en la doctrina española-, se afirma que la configuración de las normas penales referidas al suicidio, subdivididas en normas que castigan conductas de participación y normas que incriminan conductas de ejecución, debe prejulgar el tratamiento jurídico-penal de supuestos situados fuera del ámbito del suicidio.

3.3.1 El alcance de los límites a la disposición de la víctima sobre su propia vida. La incriminación de la intervención en un suicidio ajeno como punto de partida

Es necesario hacer referencia a la valoración jurídico-penal del ámbito de la autolesión (sin interacción con otros), puesto que ésta se entiende con frecuencia como base del enjuiciamiento de aquellos casos en los que concurre interacción. Aquí se parte sin más de que una eventual punición de la autolesión constituye una invasión del Estado en la esfera privada de la moral, carente de fundamento en un ordenamiento jurídico moderno, esto no se pone en duda, tampoco en materia de suicidio. Pues lo contrario implicaría establecer un deber a seguir viviendo, ya que la conducta del suicida, como es evidente, no afecta a otro sujeto de modo directo en sus bienes.

El ordenamiento jurídico-penal si incrimina la conducta de quien interviene junto a otro en el suicidio de éste y lo hace en un precepto diferenciado de las formas del homicidio común, como un marco penal inferior. A cerca de la *ratio* de estos preceptos se ha generado una discusión en la que la diversidad de criterios de fundamentación sostenidos y la disparidad de las consecuencias prácticas propuestas es extraordinaria.

De la existencia de esas normas incriminadoras, se han extraído, para el ámbito que aquí interesa, dos consecuencias:

- a) En primer lugar, se ha afirmado que la punición de la intervención en un suicidio ajeno demuestra que la vida es un bien jurídico indisponible, y que como consecuencia de ello, aún en supuestos en los que el titular del bien jurídico no lo quiere sacrificar, sino asume una conducta que lo pone en riesgo, esta conducta carece de relevancia respecto de la valoración del comportamiento de quien interviene en el hecho junto a quien resulta lesionado: en este

sentido, dice por ejemplo, Torio López respecto del consentimiento que: *"...el consentimiento expreso en una acción imprudente que ponga en peligro, y ulteriormente lesione, la vida de la víctima carecería jurídicamente de significación. Tal homicidio culposo persistiría la responsabilidad jurídico-penal del autor."*

También cabe citar una formulación más amplia, en palabras de Cerezo Mir: *"El que el sujeto pasivo haya creado dolosamente el peligro para su vida... no permite excluir la imputación del resultado al sujeto activo... en un Código Penal, como el nuestro, en el que se castiga (a diferencia de lo que sucede en el Código Penal Alemán) la inducción y auxilio (doloso, con dolo directo) al suicidio. Estamos ante una decisión político-criminal implícita en nuestro Código y que obliga a llegar a conclusiones distintas. En los supuestos de creación dolosa del peligro por otra persona, con el consentimiento de la víctima... es difícil admitir que no estén comprendidos en el ámbito de protección de la norma implícita en el homicidio culposo... cuando la vida no es en nuestro Código un bien jurídico disponible."*

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

- b) En segundo lugar, se ha estimado que la estructura de la incriminación de las modalidades de intervención en un suicidio debe ser el punto de partida también en otro plano: en la de ejecución. Esta argumentación ha sido desarrollada en la doctrina alemana –si bien tiene relevancia para la española, ya que a pesar de la diferente situación jurídico-positiva divergente, han sido adoptadas por parte de algún sector sus consecuencias- sobre la base de la limitación de

la punibilidad a la ejecución por parte del tercero: partiendo de la atipicidad de la autolesión/autopuesta en peligro se sostiene que también la participación en ésta ha de ser impune. Por el contrario, cuando la conducta del tercero sea de ejecución-autoría, se tratará, en principio, de un comportamiento punible.

Esta postura se fundamenta en la jurisprudencia alemana, que viene asumiéndola desde hace tiempo, sólo en muy pocas consideraciones de índole material; en la doctrina, este traslado de la solución específica alemana (limitación de la punibilidad a la intervención directa) sirve para relativizar el paso, implícitamente realizado con anterioridad, de suponer la existencia de una prohibición de intervenir en comportamientos no consistentes en un suicidio.

Asimismo, con base en el argumento de la participación surge la necesidad de sistematizar de una determinada manera los grupos de casos fuera del ámbito del suicidio: "autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro consentida." En este sentido, la verdadera obsesión que existe en la doctrina alemana por distinguir entre "autolesión" y "heterolesión", un empeño en el que se han empleado muy grandes energías dogmáticas, se traslada también fuera del ámbito del suicidio.

Algún autor, sin embargo, ha sostenido, a diferencia de la argumentación más bien formal acabada de esbozar, que en realidad la diferenciación en la esfera de la ejecución responde a diferencias cualitativas.

3.3.2 Límites de las normas especiales. La intervención en un suicidio ajeno como regulación específica

Si bien es cierto que las conductas de puesta en peligro pueden afectar al mismo bien jurídico, la vida, de la víctima, lo cierto es que muestran diferencias

esenciales frente a las situaciones de suicidio. A continuación, se exponen algunas reflexiones respecto de los dos “traslados” desde el suicidio al ámbito general de imputación a los que se ha hecho referencia, siguiendo un orden inverso: primero, haciendo referencia a la distinción entre auto y heterolesión como el traslado en el plano de la ejecución, después, a la pretendida decisión político-criminal implícita en la incriminación de ciertas formas de intervención en un suicidio ajeno (traslado cualitativo).

3.3.2.1 Autolesión y heterolesión como punto de partida

En lo que se refiere a la distinción entre formas de auto y heterolesión o – puesta en peligro- como criterio determinante para la construcción de un tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, evidentemente el mero argumento formal *ex* no tiene relevancia alguna en un ordenamiento que, como el español, si incrimina formas de intervención en un suicidio ajeno distintas de la ejecución de la muerte.

Tampoco puede resultar convincente la propuesta de Zaczyk de separar tajantemente ambos sectores por razones normativas. En efecto, en contra de una separación tan radical-fundamental de auto y heterolesión, habla ya el hecho de que múltiples ordenamientos jurídicos en materia de la intervención en un suicidio ajeno precisamente no establecen la frontera de la punibilidad de modo equivalente al del ordenamiento alemán, de modo que no respetarían desde la perspectiva de Zaczyk, la diferencia jurídica fundamental entre auto y heterolesión, al incriminar conductas de mera participación en una autolesión.

No corresponde realizar aquí un análisis exhaustivo de la concepción de Zaczyk. Sin embargo, ya puede decirse que su propuesta de diferenciar auto y heteropuesta en peligro deriva del concepto de autorresponsabilidad del que parte, que es un concepto altamente subjetivo-individual. En este sentido, debe

anticiparse que es dudoso que en el sistema de imputación sea necesario establecer una vinculación tan estrecha con la libertad concreto-subjetiva de quien resulta lesionado. La imputación –y la atribución de un determinado ámbito de responsabilidad- también está en relación con autorepresentación imputable de la víctima como sujeto responsable, comportándose en ese sentido como sujeto libre. Pero este sujeto no existe en un espacio vacío, sino que puede entrar en interacción con otros. Por ello, no parece adecuado llevar a cabo una separación de esferas tan fijadas en aspectos externos: el sujeto puede ejercer su autonomía también en régimen de cooperación con otros.

La diferenciación entre la participación en una autolesión y la heterolesión (la diferenciación en el “plano de la comisión”) no es de índole juridico-fundamental y obtiene su relevancia en Alemania sólo por una decisión un tanto peculiar del legislador.

3.3.2.2 La indisponibilidad de la vida como punto de partida

La regulación de la intervención en un suicidio ajeno, por otro lado, no proyecta el influjo político-criminal que se le atribuye por parte del sector de la doctrina antes mencionada.

En primer lugar, es habitual señalar –adoptando el punto de vista subjetivo de la víctima- que en las situaciones de puesta en peligro “...conforme a los elementos que integran el concepto de suicidio, es evidente que no estamos ante una muerte voluntaria. El que acepta la acción peligrosa no tiene voluntad de morir.” Por otro lado, se dice –respecto del lado subjetivo del autor- que en el caso de las lesiones dolosas (también en la intervención en un suicidio), la “pretensión de respeto” de la vida se ve afectada de modo directo y básico, lo que no puede decirse en igual medida respecto de los “ataques” imprudentes a la

vida." Por lo tanto, parece evidente que –permitase la expresión- las situaciones de no-suicidio no pueden confundirse con las de suicidio ya en este plano.

Sin embargo, el hecho de que las conductas en el ámbito del suicidio muestren una determinada configuración subjetiva que les permita distinguir de aquellos supuestos en los que la posterior *víctima* tan sólo cuenta con la posibilidad de su muerte sin deseársela, o no la prevé siquiera, etc., no implica, en principio, que no pueda decirse que la existencia de las normas incriminadoras demuestra la existencia de la decisión político-criminal de la que habla Cerezo Mir, y que ésta deba trasladarse a otros preceptos, como los delitos de homicidio. Lo que sucede es que, en segundo lugar, la diferencia entre unas y otras situaciones no se agota en el lado subjetivo de la *víctima*. Por el contrario, la intervención en un suicidio muestra características específicas en su significado objetivo, características que son la razón de su tipificación específica y que impiden la extensión de su *ratio* fuera de su ámbito concreto. Dicho de modo sintético, en el ámbito del suicidio se trata de una disposición sobre el bien jurídico vida -en efecto, intervenir en la disposición está tipificado-, mientras que en el contexto de las puestas en peligro (el ámbito del no-suicidio del que antes se hablaba) el significado de la conducta –ya en términos objetivos, con independencia de que los intervinientes se representen la posibilidad de que ese produzca la muerte- es muy distinto. En este otro ámbito, el suceso “viene determinado por la incertidumbre de los acontecimientos”, lo que le priva del significado de constituir una lesión-disposición del bien en el sentido de las normas que incriminan la intervención en un suicidio ajeno. Es por esta razón que la pretensión de deducir “de la imposibilidad de disponer de la propia vida la inadmisibilidad jurídica o moral de exponer a riesgos la propia vida” es “tan equivocada como la equiparación del suicidio a la participación en una escalada alpina arriesgada.” Lo dicho queda expresado con toda claridad en la siguiente argumentación de Mir Puig en relación con los límites del consentimiento: *“En cualquier caso, la ineficacia eximente del consentimiento en la conducta voluntaria de matar no implica lógicamente que deba ser igualmente ineficaz el consentimiento en la conducta que pone en peligro*

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

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

Como ya se habrá advertido, puede presentarse, sin embargo, problemas de delimitación. En efecto ¿cuándo la conducta deja de ser una “puesta en peligro” y empieza a configurarse como un suicidio? Lo cierto es que en este ámbito existe una curiosa “zona gris” en la argumentación, que no se puede despejar sin más con una referencia la perspectiva subjetiva de quien se pone en peligro o de quien interviene junto a él. En efecto, existen supuestos en los que la proximidad de la muerte es clara, y que no son, sin embargo, de modo claro casos de suicidio. Así, mientras Bajo Fernández, por ejemplo, ha afirmado que la negativa a recibir una trasfusión de sangre no constituye una conducta de suicidio, para otros autores ha de llegarse a una calificación positiva en este sentido en supuestos de esta índole. Desde la perspectiva aquí adoptada, como se acaba de decir, el criterio de diferenciación no puede ser el de la actitud subjetiva de los

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

Como conclusión cabe constatar, que la existencia de normas que incriminen la conducta de quien interviene en un suicidio ajeno, por tanto, marca los límites del análisis a llevar a cabo en el presente estudio. Pero su existencia no puede condicionar su desarrollo.

Al respecto, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en tesis el criterio siguiente:

"Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Segunda Parte, XIV
Página: 219

SUICIDIO. HOMICIDIO SOLICITADO. El suicidio, "acto por el que una persona se priva voluntariamente de la vida", no es delito, ni cuando se consuma ni cuando se frustra, pero la participación de otros en el suicidio ajeno, sí lo es. Así pues, analizando la parte final del artículo 312 del Código Penal, en el

sentido de que la participación material tan completa que realiza una persona hasta el punto de causar la muerte de otro, determina la represión penal, a virtud de que nuestra legislación no prevé, como causa que excluye la incriminación, tal participación en el delito, independientemente del consentimiento de la víctima, pues sin desconocer que, con arreglo a la doctrina la que por cierto sustentan otras legislaciones, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés, a virtud de que supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, lo cierto es que, conforme a nuestra legislación, quien presta auxilio o cooperación a la víctima que desea privarse de la vida, hasta el punto de que el agente participe realice materialmente la acción eficiente para la privación de la vida, tal conducta es objeto de represión penal, a virtud de que comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a una persona.

Amparo directo 1926/57. Honorio Ruiz Alba. 22 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne."

3.4 La individualización de la pena

Ya se ha establecido a lo largo de la investigación que nos ocupa, la importancia que reviste la retribución como castigo que debe imponerse a un hecho cuando este resulta lesivo de bienes jurídicos; sin embargo, al momento en que debe imponerse la pena, se observa que son muy pocos los supuestos en que la legislación prevé penas fijas, pues se puede apreciar que lo que generalmente se reglamenta son penalidades que oscilan entre parámetros muy amplios dentro de cuyos límites deben fijarse.

Al respecto, la dogmática penal enseña, que con relación a la pena han surgido diversas teorías que tratan de establecer cuales deben ser los aspectos que deben tomarse en cuenta para fijar la pena adecuada al ilícito cometido; no obstante, con el desarrollo del presente apartado se demostrará que la circunstancia de que las penalidades puedan moverse en un vasto marco, atiende

a la adopción de penas flexibles que permiten a los tribunales considerar los factores que inciden en el establecimiento de la consecuencia del delito.

Dicho lo anterior, conviene precisar que con relación a la individualización de la pena existen infinidad de factores de los que puede hablarse, pues esta figura tiene incidencia en muy variados ámbitos, entre los que se encuentran el legislativo, el judicial y el social, empero, tomando en consideración el tema que nos ocupa, delimitaremos nuestro análisis en el enfoque al tratamiento que se ha dado a la pena por las diversas teorías que han tratado de justificar sus fines.

3.4.1 Determinación judicial de la pena

La determinación de la pena exige como paso previo reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena en el caso concreto. La función de la pena, o "teorías de la pena", es una cuestión que ha ocupado a filósofos y juristas de todos los tiempos sin que se haya logrado nunca una respuesta definitiva al interrogante de cuál es el fin de la pena. Ni siquiera se encuentra satisfactoriamente resuelta la "Justificación" de la pena: qué autoriza a algunos hombres a imponer a otros un mal como respuesta a un acto considerado disvalioso: la secuencia mal por mal. La cuestión compromete problemas éticos fundamentales y resultaría vano pretender del legislador una respuesta que despejara toda sombra. Sólo es posible partir de ciertos principios característicos de un Estado de Derecho y sujetar la imposición de una pena a algunos límites más o menos imprecisos. Esto tiene como consecuencia la imposibilidad de hacer depender excesivamente de la cuestión del fin de la pena a las construcciones dogmáticas sobre su determinación. Ellas deben encontrar el modo de orientar la decisión sin esperar un acuerdo que quizá no llegue nunca.

Puede considerarse que existe una cierta coincidencia en cuanto a que el ilícito culpable constituye la base de la que parte toda determinación de la pena.

Su preexistencia no sólo es el presupuesto *sine qua non* para comenzar a analizar la posibilidad de una pena, sino que es el factor legitimante de la pregunta. Pero su sola existencia no alcanza para concluir, necesariamente, la necesidad de imponer una pena. El principio *nulla poena sine culpa* no puede ser invertido, y transformado en un imperativo: *nulla culpa sine pena*. Una sociedad secularizada no puede justificar la pena sólo en la presencia de un ilícito culpable, sino que requiere algún argumento adicional: la existencia de un fin que autorice la injerencia estatal. En la medida en que es el Estado, y no un ente trascendente, quien tiene a su cargo la actividad de imponer la pena, tal actividad tiene que estar sujeta a los mismos principios que cualquier otra tarea estatal, fundamentalmente, a la necesidad de que la intervención prometa algún beneficio para los integrantes de la comunidad social. Esto torna necesario definir previamente cuál es el beneficio que la sociedad puede alcanzar con una pena. Y justamente éste es el punto sobre el cual no existe acuerdo. Sólo es posible rechazar a la pena como un fin en sí misma y admitirla sólo en tanto pueda lograrse con ella algún fin: no es función del Estado imponer la justicia en la tierra, sino que debe limitarse a satisfacer necesidades sociales.⁷⁹

3.4.2 Teoría absoluta de la pena

“Tradicionalmente, la fundamentación de la pena ha respondido a la idea de retribución, concepto éste que hoy no ha perdido toda significación al construir un importante principio limitativo en cuanto expresa la idea de que la pena debe ajustarse al contenido de injusto y la culpabilidad por el hecho cometido. Por ello, se ha dicho que el principio de culpabilidad, en cuanto tal, no representa un fin de la pena y que su función es más bien de limitar la persecución de los fines de la pena a una medida adecuada a la culpabilidad por el hecho.

⁷⁹ ZIFFER, Patricia. Lincamientos de la determinación de la pena, 2ª edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 45-46.

En el uso tradicional del lenguaje, retribución significa el ocasionar un mal que debe extinguir la culpabilidad del autor. De esta manera el mal ocasionado con la pena -ejemplo, la pérdida de la libertad- tiene sentido de compensación de la lesión jurídica contenida en el delito, esto es, la pena, compensa, extinguiéndola, la culpabilidad da solución de esta manera al conflicto social surgido del hecho punible.

Las teorías absolutas de la pena ven exclusivamente su fundamento jurídico en la justicia o la necesidad moral, quedando al margen la idea de utilidad. En la conocida aportación *kantiana* la pena es retribución justa desprovista de todo fin (*poena absoluta ab effectu*) y representa la causación de un mal como compensación de la infracción jurídica culpablemente cometida (*malum passionis propter malum actionis*). Es decir, el contenido de la pena es el talión (si ha matado debe morir) y la función de la pena es la realización de la justicia. Para Kant la Ley penal obliga incondicionalmente, es un imperativo categórico, pues sólo puede ser aplicada a causa del delito y sólo porque se ha infringido la ley. Teniendo como presupuesto la idea de que el hombre actúa moralmente libre, la capacidad de la persona para autodeterminarse, afirma Kant que "*la lesión de una Ley penal es entonces la lesión del deber exigido de no alterar la libertad externa de los demás. Sólo se pune, como retribución no final, por la infracción de una ley que obliga sin condiciones, es decir, porque el autor ha delinquido, pues, de otro modo, si se persigue la prevención, se trata a la persona meramente como un medio para los propósitos de otro y se la confunde con los objetos de los derechos reales.*" Por tanto, para Kant, el imperativo categórico de la justicia penal explica el fundamento de la punibilidad. Si desaparece la justicia, dice Kant, ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra.

Por tanto, para Kant, la pena es retribución o compensación de la culpabilidad por el hecho cometido, persiguiéndose con ella dar satisfacción a un mandato de justicia, resultando irrelevantes en cuanto a su fundamentación los posibles efectos que queda producir de cara al futuro para el reo o la sociedad. Es

conocido el ejemplo de Kant -disolución de la comunidad en una isla- para negar toda relevancia a la prevención en el sentido de la pena. Dice que "incluso si la colectividad decidiera unánimemente disolverse (porque, por ejemplo, la población isleña resolviera dispersarse en los cuatro puntos cardinales) habría de ejecutarse antes al último asesino que se hallara en prisión, de manera que todos supieran cual es el valor de sus hechos...", pues de lo contrario, el pueblo sería cómplice en la vulneración pública de la justicia.

Con la misma idea de la ley como imperativo categórico, Feuerbach propondrá un sentido de la pena como pena-fin, formulando una teoría pragmática de la prevención general, argumentando que si la pena quiere intimidar realmente ha de derivarse automáticamente del delito cometido (categóricamente). Aunque en la línea iniciada por Feuerbach se suele calificar de retributiva la posición de Hegel cuando fundamenta la pena en el principio dialéctico de que la pena, representa la negación de la voluntad particular del delincuente expresada en la infracción jurídica restableciendo la coincidencia con la voluntad general basada en la superioridad moral de la comunidad mediante la manifestación de la nadería del delito. La pena es una negación a la negación del Derecho y, por tanto, un restablecimiento del Derecho. Como dice Jakobs, en Hegel la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la moderna teoría de la prevención general positiva. En cualquier caso, el paso de Kant a Hegel significaría el adiós definitivo al talión.

También en la Ética Cristiana se defiende la teoría absoluta de la pena con base en la concepción del orden universal como creación divina (doctrina de los dos imperios) y la idea de la correspondencia entre el ser divino y el ser humano (doctrina de la *analogía entis*). Así, se dice que el sentido de la pena se encuentra en ella misma, por cuanto hace valer el orden eterno frente al delincuente.

En la doctrina penal alemana predominó el pensamiento retribucionista, entre otros, Welzel y en las primeras del *Tratado de Maurach*, siempre sometida la

pena a la reserva de su necesidad social. Escribía Maurach que *"la más distinguida característica de la pena retributiva es... su mayestática futilidad tal como se sigue de la formulación kantiana de que, en caso de una disolución voluntaria de una sociedad humana, se debía ejecutar la pena del último asesino... la pena, aun en los casos de una ausente o escasa necesidad de prevención (por ejemplo, dada una satisfactoria prognosis social del agente) no debería quedar por debajo de la medida que estuviera determinada por la necesidad de la adecuada retribución de la culpabilidad manifestada en el hecho."* Por tanto, la pena no se refiere a fines pragmáticos, sino a su majestad desligada de toda finalidad.

En la ciencia penal mexicana acogió el pensamiento retribucionista Cuello Calón. Dice este último que la pena es siempre retribución. *"No importa -dice- que, aún sin pretender conseguirlo, produzca efectos preventivos que alejen del delito a los miembros de la colectividad, por miedo al mal que contiene, como generalmente se admite, ni que aspire directamente a semejante función de prevención general, o que proponga la reforma del penado, no obstante estos benéficos resultados o laudables aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo."* Sin embargo, reconoce Cuello Calón que la pena no limita su función a la realización del fin primordial de la realización de la justicia mediante la retribución del mal del delito, sino que aspira, también, a la obtención de un relevante fin práctico, cual es la prevención de la delincuencia, aun cuando éste quede también, y en gran parte, encomendado a las medidas de seguridad, lo que sitúa su posición, en realidad, en el marco teórico de la concepciones mixtas y unificadoras.

La pena-justa que late en el pensamiento retribucionista no ha perdido toda significación en el Derecho Penal moderno de la mano del principio de culpabilidad. Como expresa Jescheck el concepto de retribución que fue originariamente una pura reacción frente al delito, ha experimentado un profundo cambio de significación desde la Ilustración en el siglo XVIII. Así, retribución significa hoy que la pena deber ser equivalente al injusto culpable conforme al

principio de justicia distributiva (*quia peccatum est*). En consecuencia, la culpabilidad debe cumplir la función de límite y medida de la pena en el sentido de que razones preventivas no pueden determinar la aplicación de la pena por encima del marco penal adecuado todavía a la culpabilidad. Por ello, inmanente a la idea de retribución es el presupuesto de la existencia de una culpabilidad que puede ser medida según su gravedad. Por ello, hoy no se mantiene casi por nadie la idea de una retribución carente de fin, aunque se reconozca a la pena una esencia retributiva. En este sentido el Tribunal Supremo Alemán, por ejemplo, pudo decir que la pena no tiene la misión de realizar en su propia virtud el saldo de la culpabilidad, sino sólo está justificada si ésta se manifiesta al mismo tiempo como medio necesario para el cumplimiento de la misión protectora y preventiva del Derecho Penal. En cualquier caso, la función compensatoria de la pena debe seguir afirmándose en beneficio del individuo: entendida la pena como un mal derivado del delito que extingue la culpabilidad por el hecho, cualquier circunstancia que equivalga funcionalmente a la pena en tanto mal procedente del delito, debe significar precisamente la extinción de la culpabilidad.

La culpabilidad como fundamento de la pena -función de fundamentación dogmática de la pena-, se basa, en consecuencia, en la afirmación de que puede ser reprochado al autor como culpable un determinado injusto típico. Ya se ha visto cómo Kant partía de la idea de que el hombre actúa moralmente libre. Sólo puede ser retributivo un hecho antijurídico que haya sido realizado en base a una libre decisión de voluntad. En este sentido, la causa del delito está en la libertad de la que abusa el delincuente y no en la personalidad humana, por ello, la pena no debe ser un instrumento para intervenir sobre el delincuente, sobre el sujeto mismo, sino que el objeto de la valoración penal es el hecho mismo como manifestación del libre albedrío del individuo. Además, el principio de culpabilidad simple es una función reguladora de la medición de la pena sobre la base de que la culpabilidad es una magnitud básicamente mensurable, debiéndose acomodar la medida de la pena a la gravedad del injusto (desvalor de acción y desvalor de resultado) y culpabilidad (valor o desvalor ético de los motivos que impulsaron al

autor); no debiendo rebasar el marco fijado por la culpabilidad del hecho cometido por el autor. De esta manera, la culpabilidad fundamenta y a la vez limita la pena.⁸⁰

3.4.3 Teoría de la prevención general de la pena

“Se ha señalado que la prevención general subyace a la existencia y a la configuración del Derecho Penal en cuanto institución destinada a la protección de la sociedad y, en este sentido, las reflexiones preventivo generales determinan especialmente la creación de los tipos penales. Cuestión distinta es la incidencia de la prevención general en la medida de la pena particular.

Existen diversas posiciones como la de Gimbernat o Luzón, que partiendo de la puesta en duda de la culpabilidad en sentido normativo, prescinden de toda idea de retribución en la fundamentación de la pena -y prescinden, también, de la culpabilidad-, proponiendo como sustantivo de la tradicional concepción, una pena fundada sólo en razones preventivas. Sin embargo, sólo la pena limitada hacia arriba por la medida de la culpabilidad permite cumplir la función de prevención general, sólo ella opera intimidatoriamente y en sentido pedagógico social. La pena merecida conforme al grado de culpabilidad nunca puede ser agravada atendiendo a razones de prevención general -o especial-. De esta manera, la pena justa sirve tanto con fines de intimidación colectiva como de defensa del orden jurídico mediante una reacción moderada frente al hecho punible, fortaleciendo la conciencia jurídica de la comunidad. Aunque hay que reconocer la imposibilidad de determinar con precisión cuál es la medida de la culpabilidad y la existencia de su mismo presupuesto -la libertad de voluntad-, tampoco la tesis de la prevención puede ofrecer resultados totalmente seguros, pues, por ejemplo, es dudoso poder obtener un pronóstico suficientemente cierto y preciso del futuro comportamiento humano. Desde este punto de vista, de igual manera que se cuestionaba empíricamente el presupuesto de la culpabilidad en sentido

⁸⁰ SANDOVAL DELGADO, Emiliano. Ed Al. Individualización judicial de la pena, Editorial Ángel Editor, México, 2002, pp. 41-56.

normativo, los conocimientos empíricos actuales son insuficientes para explicar los efectos de la prevención general y, en particular, de los efectos preventivos generales positivos.

Ello permite justificar el recurso al instrumento tradicional, a la vez más seguro, del principio jurídico-penal de culpabilidad y su importante función limitadora de la pena. Como escribe Jescheck, a la prevención general le falta, si no es delimitada por el principio de culpabilidad, el baremo para la medida de la pena imposible, porque según la lógica de la intimidación las penas más graves posibles serán también las de mayor efecto en cuanto a la impresión que producen en la colectividad. Sauer pone un ejemplo ilustrativo sobre los riesgos de la prevención entendida como intimidación: el fin de prevención se alcanzaría "cuando se quiere hacer caer al examinado en el examen no por sus trabajos defectuosos sino para enseñar con ello mejor a los otros o para que en el futuro se presenten menos o para que con ello un concurrente situado detrás se sienta satisfecho." Por ello las teorías penales relativas se ven obligadas no sólo a ofrecer una nueva perspectiva de la prevención general -la positiva o integradora-, sino a acudir a recursos externos como el principio de proporcionalidad. La limitación de la prevención por la proporcionalidad es el argumento que se oponía a la tesis que ve en la prevención los riesgos de exasperación de la pena. Rodríguez Mourullo, por ejemplo, hablaba en ese sentido de hipertrofia cuantitativa y cualitativa del Derecho Penal para expresar los excesos a que puede conducir el pensamiento de la prevención. Asimismo, señala Roxin las insuficiencias a que conduce el principio de proporcionalidad como válido sustantivo del de culpabilidad, de modo que es preferible mantener funciones consolidadas del principio de adecuación de la pena a la culpabilidad, denominando el fenómeno en la forma conocida. Pero, como se viene diciendo, las razones de prevención adquieren -junto a la culpabilidad- una notable significación en la fundamentación de la pena.

Cuando se habla de prevención general como fin de la pena se expresa que por medio de la pena se quiere prevenir el delito mediante el influjo que se ejerce sobre la sociedad en general. Sin embargo, la idea preventivo general no se agota en una simple amenaza o temor que se inspira al potencial delincuente para disuadirle a cometer hechos punibles (prevención general negativa), sino, junto a ella, la prevención general ofrece la significación de robustecimiento de la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través de la pena (prevención general positiva o prevención por integración), restableciendo la confianza en el Derecho mediante la contraposición simbólica de la pena. Es decir, la sanción refuerza contrafácticamente la vigilancia de la norma puesta en tela de juicio por la comisión del delito. Como expresa Jescheck, el Estado no sólo pretende con la pena intimidar al presupuesto delincuente mediante la amenaza de un mal cuya imposición depende del hecho, sino que procura, sobre todo, fortalecer a la colectividad en su conciencia jurídica y adecuarla en la obediencia al Derecho, acudiendo para ello a las leyes penales justas y a su aplicación cometida e igualitaria. Con ello se pone de manifiesto el aspecto educativo de esta teoría en el sentido de que la pena contribuye a formar la conciencia ética, valorativa, de la comunidad. En suma, dice Zipf que este modo la prevención general ha perdido su unidimensional orientación hacia la agravación de la pena para pasar a construir una expresión diferenciada acerca de la aceptación de las normas y la disposición al cumplimiento de éstas por parte de la población.

Es claro que la prevención general -al menos en su sentido de prevención positiva- requiere la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y del hecho, pues difícilmente puede obtenerse de la sociedad el respeto por las normas jurídicas y la confianza en el Derecho cuando la sanción penal resulta injusta para la colectividad. De esta manera, la prevención positiva limita la prevención de intimidación o ejemplo. Por ello mismo se prefirió mantener el sentido del principio de culpabilidad como el más claro criterio limitador de las necesidades preventivas

que en modo alguno es incompatible con una función de prevención -limitada- de la pena.

La tesis de la prevención general positiva adquiere importancia a la vez que la pierde la idea de eficiencia preventivo general de la pena a través de la intimidación. Hassemer afirma en este sentido, que las condiciones de la eficiencia preventivo general de la pena merecen dudas razonables: que los destinatarios del Derecho Penal conozcan el Derecho, que se motiven por ese conocimiento y que si no se realizan delitos sea consecuencia del efecto psicológico producido por al intimidación. En efecto, es dudoso que, conocido el Derecho, los ciudadanos se abstengan de cometer delitos por miedo a la pena. En esa omisión de llevar a cabo conductas delictivas inciden otros muchos factores, éticos, morales, sociales, educativos que nada tienen que ver con la amenaza penal y con una intimidación por el aparato estatal. Como dice Zugaldía Espinar, sabemos bastante poco del efecto preventivo real de las penas, y lo poco que sabemos sobre ello suele ser, normalmente, decepcionante, posiblemente no producirá el efecto de que se produjera una ola importante de parricidios, pues normalmente estas conductas resultan frenadas por factores distintos de los penales; por parte, siendo muchas las muertes que se producen en carretera por imprudencia durante los fines de semana y comparativamente pocos asesinatos que se cometen, el hecho de castigar las muertes imprudentes con la pena del asesinato (reclusión mayor) y el delito de asesinato con la pena del homicidio por imprudencia temeraria (prisión menor), muy posiblemente no supondría ni una disminución importante del número de accidentes mortales en carretera, ni un aumento considerable del número de asesinatos. No es posible sobre este extremo emitir un juicio fundado desde una perspectiva empírica. Las dudas que la prevención general enfrenta en cuanto a su eficiencia, comienzan con el efecto de la publicación de las sentencias penales. Dice que la sentencia promedio no tiene de antemano un efecto de difusión suficiente y que encuestas relativas a los acontecimientos jurídicos de la población en general, y de la praxis de los tribunales en lo penal en particular, han puesto de manifiesto una amplia

ignorancia del ciudadano común. Además, como enseña Pérez Manzano, la imagen del delincuente calculador que sopesa el mal de la pena con el beneficio que le reporta el delito, se aviene sólo con tipos de delincuentes específicos -como el asesino a sueldo, gerentes de empresas que realizan fraudes fiscales o delitos ecológicos, pero no con la generalidad de los delincuentes, además de que la ineficacia de la intimidación se muestra en un grupo de delincuentes, los impulsivos ocasionales o los profesionales, que por su propias características no son susceptibles de intimidación.

Entre los autores que pretenden legitimar exclusivamente la pena y el Derecho Penal por la prevención general positiva, merece especial atención la posición de Jakobs. La tesis de Jakobs, como la de Roxin, se enmarca en un intento de interpretar el principio de culpabilidad -sin suprimirlo- a partir de los fines de la pena. En este sentido ha dicho Jakobs que la culpabilidad se fundamenta por la prevención general y se mide de acuerdo con la misma. Jakobs, partiendo de las reflexiones de Luhmann dice que las normas designan expectativas estabilizadas de comportamiento de tipo contrafáctico cuya validez es experimentada como independiente de su cumplimiento fáctico. Con la imputación del hecho como culpable se ratifica el orden... que se mantendrá en el futuro.

Para Jakobs la misión de la pena es la estabilización o confirmación de la validez de la norma, y no el evitar la lesión de bienes jurídicos. La infracción de la norma no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas, ya que el Derecho Penal no puede sanar tales consecuencias. De esta manera, la pena no determina una reparación del daño. Escribe Jakobs que esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena para evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. En resumen: misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos

sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.

Estas posiciones que se basan en la prevención general intimidatoria, y también en la prevención positiva como fin exclusivo de la pena, son de dudosa legitimación en un Estado de Derecho, fundamentalmente por lo que representan de instrumentalización del individuo. Rodríguez Mourullo habla del "hombre degradado y utilizado como simple medio para la intimidación de los demás y que la prevención criminal puede convertirse en un gran mito, y la enajenación de la libertad bajo la seducción de este mito, es el más ruinoso de los negocios desde la perspectiva de los fundamentales valores individuales." La idea según la cual la intimidación eficaz conlleva su propia autolimitación, no es suficiente para despejar toda duda acerca de la utilización del penado con carácter instrumental al servicio de fines comunitarios, precisamente mediante el recurso a una reacción tan grave: la sanción penal.

Con todo, el propio reo, el sujeto que transgrede la norma que permite la aplicación de la consecuencia jurídica, no puede ser olvidado, menos aun utilizando un sistema penal basado en el respeto a la dignidad humana como impone nuestro marco valorativo constitucional. Como dice Stratenwerth, precisamente su calidad de persona prohíbe convertirlo en un objeto demostrativo de la administración de justicia con la única finalidad de alcanzar ciertas metas. Con razón ha caracterizado Silva Sánchez la prevención general positiva como una doctrina de corte autoritario. El principio de humanidad debe constituir fundamento de la moderna política-criminal, y debe afirmarse la responsabilidad social para con los delincuentes. La sociedad no puede obtener provecho para si misma -el reconocimiento y la estabilización de la norma- a costa de un delincuente que en cierta medida ha estado condicionado por factores sociales. Es evidente que la limitación de la intervención estatal por el principio de proporcionalidad es consecuencia inherente al principio del Estado de Derecho, pero no basta con la pena proporcionada para considerar legítima la restricción de

la libertad u otros derechos del individuo que resultan afectados por la reacción penal. La pena debe tener un sentido, una finalidad, para el que la sufre si no se quiere regalar al ciudadano a mero instrumento al servicio de fines generales. Por ello, en primer lugar, debe tener el sentido de compensación de una lesión jurídica previamente cometida por el sujeto responsable. De esta manera el penado no es utilizado con fines ajenos, sino castigado por lo que ha hecho lo que representa un reconocimiento de su personalidad. Además, la pena debe ser orientada hacia la reeducación del delincuente, pues así el sufrimiento que representa se compensa con un beneficio a corto o largo plazo para el propio delincuente. Si, además, ello produce un efecto bienhechor desde el punto de vista de la prevención general, lo que ocurrirá en todo caso en que la pena sea proporcionada a la gravedad del hecho, se habrá completado un cuadro de finalidades que se complementan y limitan, que se compaginan mejor con un Estado de Derecho que tiene como centro el respeto a la dignidad humana.”⁸¹

3.4.4 Teoría de la prevención especial

“Atribuir sentido a la pena sólo desde un punto de vista preventivo-especial es evidentemente inaceptable. Ya se ha sostenido la idea de que toda pena, de alguna manera, mantiene hoy un significado de retribución del hecho cometido, de compensación de la lesión jurídica que produjo el hecho punible, esto es, la pena mira al pasado no pudiendo depender sólo de razones de futuro, de modo que aunque quizá la mejor manera de resocializar al delincuente es no imponerle pena alguna, la idea de la retribución y satisfacción a la víctima determinan la necesidad del castigo. Ello se pone de manifiesto claramente cuando se trata de fundamentar la pena en exclusiva en razones de prevención especial. Dice Stratenweerth, partiendo de la idea expuesta por V. Liszt, que “*sólo la pena necesaria es justa*” que necesaria desde el punto de vista preventivo especial, es decir, solamente aquella pena que se requiere para impedir la reincidencia del

⁸¹ SANDOVAL DELGADO, Emiliano, op cit., pp. 58-69.

autor concreto. De esta manera, los delitos graves podrían permanecer impunes en la medida en que no exista peligro de reincidencia -piénsese en homicidio cometido en estado pasional en situación irrepetible-, y lo que es menos aceptable aún, delitos de escasa lesividad social, podrían determinar una desproporcionada reacción punitiva cuando el autor de los mismos sea multirreincidente y se desarrolle en condiciones sociales que hacen prever en un futuro una tendencia a continuar cometiendo delitos de la misma clase. Es el caso de los delitos contra la propiedad, por ejemplo, respecto de los que la práctica enseña que suele concurrir en su autor la circunstancia de reincidencia. Una vez más puede recordarse que resulta contrario a la dignidad humana, por la instrumentalización del individuo que representa, la imposición de una pena por encima del grado máximo de la culpabilidad por el hecho cometido, por muy útil que sea a la sociedad o al autor de la prolongación de la restricción de derechos que conlleva a la sanción jurídico-penal. En el ejemplo expuesto más arriba, extremo pero clarificador, la castración de un delincuente sexual reincidente indudablemente evitaría la reincidencia, pero tal consecuencia -aparte de su inhumanidad- resultaría desproporcionada la gravedad de la culpabilidad por el hecho.

Además, como dice Stratenwerth, en la mayoría de los casos nuestros conocimientos empíricos son todavía insuficientes para determinar la pena preventiva especial necesaria, y existen fundadas razones para suponer que el cumplimiento de una pena estimula la recaída en el delito.

Lo anterior no quiere decir que no pueda atribuirse una importante función a las razones preventivas especiales en la fundamentación de la pena y en su medición. Se trata de coordinar la culpabilidad por el hecho, la prevención general y la prevención especial para obtener la respuesta punitiva adecuada.

Ya se ha tomado posición acerca de la función del límite máximo de la magnitud penal que está llamado a cumplir el principio jurídico-penal de culpabilidad. Pero la culpabilidad, como también se dijo, no es susceptible de una

determinación fija y precisa, y a la culpabilidad no puede corresponder una pena exactamente determinada, sino en la determinación de cual es la pena adecuada a la culpabilidad el tribunal puede moverse dentro de un mínimo y un máximo - espacio de juego, entre los cuales la pena es ya adecuada a la culpabilidad y todavía adecuada a ella-. Por ello, la prevención especial se erige en el problema central en cuanto se plantea el dogmático de qué incidencia debe tener en la fijación de la pena concreta que merece el culpable.

Además del límite máximo que la culpabilidad determina para la apreciación de las necesidades preventivo-especiales, puede decirse que la prevención general en su aspecto positivo también limita -por abajo- la prevención especial. Al igual que sucede con la culpabilidad no es posible establecer un punto fijo de lo que es suficiente a la defensa del ordenamiento jurídico, de modo que en este caso debe estarse al mínimo de pena todavía válido a la defensa del orden jurídico. Como dice Zipf, "el interés general por una condena eficaz de determinadas formas de conducta, especialmente peligrosas y frecuentes, debe tener preeminencia frente al interés particular por una medición judicial de la pena orientada a la prevención especial, de manera tal que la aplicación de razonamientos preventivo-generales también pueda ser legitimada desde el punto de vista del derecho constitucional."

Sin embargo, respetando ese límite mínimo que representa la defensa del orden jurídico, nuestro vigente Código Penal Federal responde a la idea de la preferencia de la prevención especial sobre la general expresada en la pena adecuada a la culpabilidad cuando beneficia al propio reo, procediéndose a la sustitución de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad por otra menos grave o dejándola en suspenso cuando la ejecución de aquélla pudiera perturbar los fines de reeducación de la condena.⁸²

3.4.5 Teorías mixtas o de la unión

⁸² Ibidem, pp. 71-76.

Se dice que la falta de acuerdo acerca de cuál debe ser el fin de la pena y la existencia de diferentes explicaciones posibles, se refleja en la necesidad de alcanzar una solución de compromiso, que armonice en alguna medida los intereses en juego, muchas veces contradictorios, siguiendo para ello algún procedimiento. Por otro lado, no se trata únicamente de lograr fines reconocidos sólo entre los teóricos, sino que la propia ley revela la intención de alcanzar metas muchas veces incompatibles entre sí, o directamente irrealizables en la práctica.

Esta necesidad de conciliar "varios fines" de la pena y de llegar a una armonización dio origen a las llamadas "teorías de la unión", que más que un esfuerzo teórico representan la búsqueda de un método que concilie los fines de la pena en abstracto. En su versión más conocida, se intenta quebrar el dilema de los fines antitéticos de la pena mediante una distribución de esos fines, diferenciando las etapas de penalización: prevención general en la amenaza de pena, retribución en la sentencia y prevención especial en la ejecución. Esta solución, sin embargo, además de las objeciones teóricas a que se ve expuesta, tampoco alcanza a superar la complejidad del proceso de determinación de la pena.

En la determinación de la pena en concreto, las teorías de la unión se manifestaron en la doctrina alemana dominante del siguiente modo: la pena debe ser medida de tal modo que se garantice su función compensadora en cuanto al contenido de injusto y de la culpabilidad, y a la vez, posibilite, por lo menos, el cumplimiento de la tarea resocializadora para con el autor. Además, se debe proteger a la colectividad frente al delincuente peligroso, lo cual, a causa de la función penalmente limitadora de la culpabilidad, en muchas ocasiones sólo será posible acudiendo a las medidas. Por último, la salvaguarda del ordenamiento jurídico requiere que la pena se mida de manera que logre influir en la colectividad con fuerza pedagógico-social. Muchas veces podrá conseguirse una armonización práctica de los fines penales por la que cada uno de ellos acabe

teniendo virtualidad en la resolución judicial. Sin embargo, cuando los fines de la pena llevan a consideraciones contradictorias e incompatibles en la pena en concreto, fenómeno que tradicionalmente se conoce como la "antinomía de los fines de la pena", la justa retribución no tiene preferencia sin más, sino que todos los criterios concurrentes deben limitarse cuanto sea necesario para permitir que cada uno surta efecto lo mejor posible. El Único límite lo constituye la culpabilidad, que el legislador pone como "directriz" a disposición del juez.

No es sorprendente que una teoría como ésta encuentre eco, pues es sumamente flexible, y de este modo, permite no dejar de lado, al menos en apariencia, ninguno de los fines que se pretende lograr a través de la pena. A esto se suma que en el estado actual de la discusión doctrinaria y de las legislaciones, cuando menos la prevención general positiva, o sus sucedáneos retributivos, y la prevención especial difícilmente puedan ser suprimidas totalmente como finalidades a realizar a través de la pena. Por lo tanto, se debe lograr la coexistencia pacífica entre ambas, y toda teoría que prometa alcanzarla será recibida con tolerancia.⁸³

Se dice que frente a las teorías penales absolutas o puramente retribucionistas para las que la pena es un fin en si misma, las teorías relativas y mixtas, entendiendo el problema del fin como algo distinto a la explicación y conceptual de la pena, le asignan una finalidad utilitaria o social. Por ello, ha podido decir Maurach que las denominadas absolutas constituyen teorías de la pena, pero no teorías de los fines de la pena. Estas distintas concepciones responden al diferente modo de construir el sentido de la pena a partir de los pensamientos básicos de la retribución y la prevención.⁸⁴

⁸³ ZIFFER, Patricia. op. cit. pp. 46.

⁸⁴ SANDOVAL DELGADO, Emiliano. op. cit. pp. 39-40

3.5 Fines de la pena

Cabe comenzar diciéndose que la teoría suele distinguir entre justificación y fin de la pena. Cuando se habla de justificación de la pena se alude a su necesidad para el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia en comunidad, afirmándose por Maurach que una comunidad que renunciara a su imperio penal renunciaría a sí misma. Con esta idea básica, Jescheck distingue entre una justificación político-estatal de la pena, en el sentido de que sin la pena el ordenamiento jurídico dejaría de tener carácter coactivo y se rebajaría hasta convertirse en una recomendación sólo éticamente vinculante y a una justificación psicológico-social, en cuanto la pena es necesaria para satisfacer las demandas de justicia de la colectividad. A tales justificaciones añade todavía la justificación ético-individual aludiendo a la necesidad de la pena, teniendo en cuenta la propia persona del delincuente en el sentido de que la aspiración a liberarse de culpa mediante una prestación expiatoria constituye una experiencia fundamental del hombre como ente moral.

La justificación de la pena con base en su necesidad importa una restricción indispensable de la reacción punitiva. La intervención del Derecho Penal sólo puede tener lugar frente a infracciones jurídicas insoportables, debiendo aparecer la pena como el único medio para defender suficientemente el orden social como recurso ante una mayor necesidad de protección de la sociedad. Es conocido el postulado liberal de que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos sin que la preservación de la norma moral constituya su misión, aunque todavía esté sin resolver la cuestión de si en la teoría del Estado de Derecho es defendible que el legislador penal proteja valores éticos aun cuando su quebrantamiento no conlleve lesión de un bien jurídico, una dañosidad social. En todo caso son constantes las tendencias discriminatorias, de acuerdo con la idea de Derecho Penal como *ultima ratio*, aunque es unánime la opinión de que hoy por hoy no es posible prescindir de la pena que se contempla de esta manera como amarga necesidad. Por ello, en la medida de lo posible debe reaccionarse con sanciones

de carácter no penal, con otras medidas de política social o administrativa, y cuando sea absolutamente necesario responder al hecho antijurídico con una pena, debe ésta limitarse a la mínima necesaria para restaurar el orden jurídico.

La idea de la necesidad de la pena en función del carácter fragmentario que tiene el Derecho Penal, en expresión de Binding, refiere su sentido estático o nivel de la conminación penal abstracta. La justificación de la pena desde el punto de vista de la prevención general conforme a los postulados de la moderna política criminal ha incidido de forma notable en el sistema de sanciones que instauran diversos Códigos. Pero todavía el poder punitivo del Estado debe limitarse en el nivel de la conminación concreta. Aquí inciden las funciones del principio de culpabilidad y de la prevención especial. La función político-criminal del principio de culpabilidad reside en la limitación del poder estatal a la medida de la culpabilidad por el hecho, pues el individuo, en un Estado que se autocalifique del Estado Social y Democrático de Derecho que tenga como centro la persona y su dignidad, no puede utilizar al individuo como instrumento al servicio de los fines de la prevención general. Además, la pena se distingue de la medida de seguridad conforme al sistema de doble vía precisamente por su conexión con el hecho cometido. De otro lado, las exigencias de prevención especial deben presidir la fase de individualización judicial de la pena adecuada a la culpabilidad, de suerte que el sistema de sanciones debe contemplar incluso sustantivos penales que permitan en el caso concreto, una suspensión o sustitución de la pena adecuada a la culpabilidad cuando la imposición de la pena no resulte necesaria atendida la personalidad del sujeto al que ha de ser aplicada y no resienta con ello la defensa del orden jurídico. En suma, como escribe Mapelli Caffarena, el criterio de la necesidad se empleará no sólo para saber si una pena debe o no ser aplicada, sino también para determinar en qué medida, y que la pena que no es necesaria no debe ejecutarse, aunque este autor considera que esta última conclusión no se deduce sin más del criterio de necesidad, sino de un criterio de orientación positiva como el de resocialización.

En todo caso, los principios de subsidiariedad y efectividad de la pena son presupuestos justificativos de la misma.

La cuestión de la necesidad de la pena enlaza directamente con la especial problemática que subyace a una opción acerca del sentido y fin de la pena. Los conceptos de retribución, prevención general y prevención especial que han estado presentes en todas las discusiones dogmáticas acerca de su finalidad y que ha dado lugar a diversas teorías penales en función de la preponderancia que se otorgue a uno u otro elemento en la fundamentación de la pena, aparecen, pues, indisolublemente unidos al problema de la necesidad de la pena, esto es, al de su justificación. Cuando se habla de fin de la pena como algo distinto de su justificación, se alude al sentido que la pena debe tener para el reo y la colectividad. Pero una pena resultará necesaria en la medida que sea adecuada para cumplir los fines a que está destinada. Si la justificación de la utilización de la pena por el Estado reside en su necesidad para proteger los bienes jurídicos más importantes, sólo se justificará aquella pena que sea adecuada para conseguir ese principal objetivo, y, por ello, los fines inmediatos de la pena -intimidación, resocialización, retribución- son instrumentales respecto del fin del Derecho Penal, la protección de bienes jurídicos. En este sentido Pérez Manzano distingue un nivel general de justificación del Derecho Penal y de la pena (la protección de bienes jurídicos), y un nivel concreto de justificación de la pena sobre la base de que no toda pena que sirva al fin de protección de bienes jurídicos estará legitimada dependiendo su justificación de su adecuación a los parámetros valorativos. En este nivel concreto de justificación, la prevención general y especial y la retribución marcarán el sentido de la pena en general, y el tipo y medida de la pena en particular, y por tanto, también ellas han de ser analizadas conforme a valores.

Por tanto, no basta para legitimar la pena su adecuación funcional para cumplir el fin perseguido, esto es, que sea adecuada para la protección de bienes jurídicos y que resulte eficaz desde un punto de vista preventivo general y

especial, sino que es necesario su adecuación a los valores constitucionales. Un sistema de sanciones que se encuentre en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho no puede tolerar cualquiera consecuencia jurídica por útil que resulte en la defensa de los bienes jurídicos. Por ello nuestra constitución, en su artículo 18, prohíbe de forma expresa las penas que representen un trato inhumano o degradante. Es clarificador el ejemplo que expone Rodríguez Mourullo, cuando refiriéndose a medidas como la castración de delincuentes sexuales, dice que desde un punto de vista puramente utilitarista deberían considerarse justificadas por que se muestran como instrumentos eficaces para conseguir la seguridad pública. Así, ninguno de los 2,006 delincuentes sexuales que fueron castrados en Alemania desde el 1 de enero de 1934 hasta el 31 de diciembre de 1940, reincidió.

La prevalencia de la incoización frente a la resolución es abiertamente contraria a los valores constitucionales y por ello, pese a su utilidad, la pena no estaría legitimada en un Estado de Derecho.⁸⁵

Ahora bien, para posibilitar la concordancia de los fines de la pena en el caso concreto, se desarrollaron diferentes construcciones: las llamadas teorías del ámbito de juego, la teoría de la pena puntual y la teoría del valor relativo o de los niveles. Todas ellas parten de la necesidad de determinar la pena a través de la ponderación de la culpabilidad como fundamento de la pena y se diferencian en el modo y amplitud en que este "primer resultado" puede modificarse por razones de prevención especial y general (positiva y negativa).

3.5.1 La teoría del ámbito de juego

La teoría del ámbito de juego parte de la premisa de que no es posible determinar la gravedad de la culpabilidad en un punto cierto del marco penal legal

⁸⁵ Ibidem, pp. 35-39.

y que una pena adecuada a la culpabilidad aún admite un "marco de culpabilidad" cuyos límites están constituidos por un mínimo "ya" adecuado y por un máximo "todavía" adecuado a ella; dentro de este marco o "ámbito de juego" la pena debe ser fijada teniendo en cuenta fines preventivos, en particular, fines de prevención especial.

La teoría del ámbito de juego fue elaborada por la jurisprudencia alemana, y puede ser considerada como claramente dominante. Este predominio tiene su origen no tanto en sus extraordinarios argumentos, sino que es el producto, en todo caso, de la necesidad de la doctrina de hacerse cargo de algún modo de la inseguridad reinante en materia de determinación de la pena. Sus sostenedores reconocen que la teoría no se encuentra en condiciones de expresar un monto determinado, sino que sólo es posible formular un "marco". Todas las construcciones teóricas que se ha intentado contraponerle padecen de los mismos defectos que se advierten en esta propia teoría, pero ella es defendida afirmando que presenta la ventaja respecto de la pena puntual, de concebir a la pena dentro de un marco que si bien se admite impreciso, facilita al juez acertar con la pena correcta. Esto es mucho más sencillo -se afirma- si es posible moverse dentro de un "ámbito" que si se trata de hallar un "punto" preciso.

Una de las críticas que se le ha hecho a esta teoría es la inexistencia, en realidad, del "marco", puesto que no se está en condiciones de decir cuáles son los límites de ese marco. Se trataría de "fronteras fluidas". Esta expresión, utilizada por Zipf, podría ser interpretada como lo que los matemáticos llaman una "barrera". El marco de culpabilidad estaría limitado por barreras, cuya parte superior está limitada de la siguiente manera: existe un punto en la escala penal con la característica de que todas las penas que se encuentran por encima de ese punto son adecuadas a la culpabilidad. Esto no quiere decir ya que el punto que está por debajo de esta barrera sea por eso el adecuado a la culpabilidad -en ese caso sí sería un límite- sino que algún punto en la escala penal tiene esa característica. Lo mismo rige para la escala inferior. La cuestión queda planteada

de este modo como lo que se suele denominar el "problema de los continuos". Como solución sólo resta "cortar" la continuidad con una decisión, pero ni los fines de prevención ni el concepto de culpabilidad se han demostrado capaces de hacerse cargo de esta decisión.

Las evidentes falencias de la teoría del ámbito de juego hacen difícil comprender cómo es posible que se insista tanto en otorgarle alguna entidad científica diferente del "ámbito de discrecionalidad judicial": el ámbito de juego tiene una íntima vinculación con la noción de discrecionalidad.

En realidad, sólo es posible explicar esto si se toman en cuenta los problemas procesales que se encuentran en el trasfondo. La discusión en torno de la teoría del ámbito del juego se encuentra marcada por la cuestión de la revisibilidad de las decisiones en materia de determinación de la pena, los tribunales de casación, conociendo las dificultades en que se encuentra el juez cuando tiene que expresar la pena en un monto determinado, probablemente la tarea más compleja de toda la determinación de la pena, pretendieron señalar, únicamente, que son admisibles las penas que se encuentran dentro de lo razonable. Dicho de otro modo, que sólo es posible la revisión del monto de la pena cuando existe una desproporción evidente e intolerable. La doctrina, sin embargo, distorsionó esta mera "contemplación" de tipo procesal y apoyó en ella la existencia de un "marco de culpabilidad".

3.5.2 Teoría de la pena puntual

La teoría de la pena puntual aparece, a primera vista, como la opuesta a la teoría del ámbito de juego, en cuanto niega la existencia de un "marco de culpabilidad", y afirma, por el contrario, que la pena adecuada a la culpabilidad es sólo una.

La culpabilidad es siempre una medida fija y determinada y, por ello, la pena correcta sólo podría ser una. Pero desde el punto de vista del conocimiento no es posible saber cuál es la medida exacta de culpabilidad de un autor, y dado que la culpabilidad es un fenómeno metafísico, tampoco es posible averiguar a partir de ella una medida de pena determinada matemáticamente. Del mismo modo, sostiene Bruns que "solamente existe una pena adecuada a la culpabilidad, sólo que nuestro conocimiento no está en situación de fijarla con seguridad".

A pesar de la intención de sus sostenedores de separarse de la teoría del ámbito de juego, la similitud de ambas se ve con claridad, por ejemplo, en Jescheck: "el acto de la individualización de la pena debe entenderse (...) de forma que el juez parte de la pena adecuada a la culpabilidad según su parecer (pena puntual) y la modifica, en favor de los otros fines penales, mediante combinaciones de las diversas posibilidades de sanción. En esa actividad sólo puede apartarse de su punto de arranque mientras que la pena siga manteniendo con su fundamento una relación interna que sea aceptada como tal por la comunidad jurídica (individualización de la pena como acto de configuración social).

3.5.3 Teoría del valor relativo

La teoría del valor relativo (o "de posición"), por su parte, sostiene que se debe determinar el valor de cada uno de los fines de la pena en relación con cada etapa del proceso de determinación de la pena. Se debe determinar cuál es el peso de cada uno de esos fines según el momento del proceso de punición de que se trate. Considera que la pena debe ser fijada teniendo en cuenta, en primer lugar, criterios retributivos. El primer paso de determinación de la pena es graduar la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho. Para hacerlo no entra en consideración ningún tipo de reflexión orientada a la prevención, y la culpabilidad queda fijada en un punto *fijo* dentro del marco legal. La prevención sólo será

relevante en una segunda etapa, en la que se toma la decisión relativa a la clase de pena y al modo de ejecución, en las cuales deben estar ausentes las consideraciones retributivas o de culpabilidad: "es incorrecta la suposición de que la decisión acerca de la ejecución tiene algo que ver con la culpabilidad".

La decisión relativa al monto de la pena antecede a toda otra decisión. El monto de la pena es sólo expresión de la medida y gravedad del ilícito culpablemente cometido. La determinación de la pena es la cuantificación de la culpabilidad en unidades de pena, y la unidad a utilizar es la de la pena de prisión: toda culpabilidad debe ser medida como si se tratara, en todos los casos, de una pena de prisión a cumplir. Esto ha sido fuertemente criticado por la doctrina mayoritaria alemana, que considera que el método propuesto por la teoría del valor relativo no es compatible con el § 46, en tanto esta norma ordena al juez tomar en cuenta al fijar la pena las "consecuencias para la vida futura del autor", lo cual necesariamente ha de reflejarse en el monto, pues éste tiene influencia decisiva desde el punto de vista de la prevención especial, en cuanto limita o amplía las posibilidades de ejecución.

Por otro lado, tampoco queda demasiado claro por qué la elección de la pena de prisión como unidad de medida, y no por ejemplo, la pena de multa. Tampoco se brinda un argumento decisivo que permita explicar por qué en la elección de la clase de pena no se debería tomar en cuenta la culpabilidad. Y por qué serían admisibles sólo criterios de prevención especial. Algo similar rige para la elección de la forma de ejecución de la pena. Negar que una ejecución suspensiva pueda tener relevancia para la fijación del monto de la pena, o dicho de otro modo, que la ejecución de la pena no sólo se vincula con la prevención especial, sino, también con la general positiva o con la retribución, conduce necesariamente a distorsionar las decisiones y a restarles transparencia. Pretender valorar un hecho en tres años de prisión, sin distinguir si se está hablando de años en prisión, cumplidos efectivamente, o de una condena suspensiva, es "medir" en unidades de pena diferentes. La "unidad de pena" no es

sólo "tiempo", sino que la "calidad" (en suspenso o no, en dinero o en prisión) tiene una importancia evidente.⁸⁶

3.5.4 Incidencia del principio de culpabilidad en la individualización de la pena

Es de resaltar, en este sentido, la concepción "dialéctica" de la pena propuesta por Roxin que trata de alcanzar una síntesis de los diferentes puntos de vista mediante la diferenciación de distintos momentos de la dinámica de la pena. Para Roxin, en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general: en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, adquiere especial significación el fin de la resocialización. Importa destacar la conclusión obtenida de las anteriores consideraciones en lo que se refiere a las consecuencias del principio de culpabilidad en la individualización de la pena: 1) La pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad; 2) Las necesidades de prevención (general y especial) no pueden legitimar una pena que supere la gravedad de la culpabilidad. De esta manera, la culpabilidad es un principio de proporcionalidad entre la pena y los elementos que fundamentan la reprochabilidad. Esta idea -la culpabilidad por el hecho es la base de la individualización de la pena- deberá servir de criterio rector en la interpretación de las reglas de los artículos 51 y 52 CPF y fundamentalmente en la interpretación del alcance de la agravación por reincidencia.

El principio de culpabilidad está llamado a cumplir una importante función en el actual desarrollo de la dogmática penal que sólo de forma más insatisfactoria podría llegar a cumplir otros principios sustantivos como la prevención general, en la medida en que se pretende erigir en función exclusiva de la pena, pues el principio de la culpabilidad es el instrumento más transparente para garantizar la

⁸⁶ ZIFFER, Patricia. op. cit. pp. 49-53.

proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad del autor manifestada en la gravedad del injusto y en la gravedad de la culpabilidad *strictu sensu*, magnitudes básicamente graduables. La pena tiene aún un sentido retributivo como compensación de la culpabilidad por el hecho cometido y en su fundamento difiere sustancialmente de la medida de seguridad que, aunque también limitada por el principio de proporcionalidad, se basa en la personalidad del autor y no en la gravedad del hecho cometido, de modo que el principio de proporcionalidad, por sí sólo, es insuficiente para limitar las necesidades de prevención en cada caso. De esta manera, no es posible renunciar hoy a las funciones del principio de culpabilidad, fundamentalmente, el efecto limitador de la pena que conlleva, y en su virtud preventiva no pueden determinar la aplicación de la pena por encima del marco penal adecuado todavía a la culpabilidad.

Fijado el marco de pena adecuado a la culpabilidad, ya se habrá dado comienzo a la función de prevención general pues dependiendo la gravedad de la culpabilidad de la gravedad de lesión del bien jurídico -valor del bien para la sociedad- el interés preventivo ya es factor determinante de la magnitud de la culpabilidad ya que produce un efecto de prevención general positiva o integradora en tanto que la sociedad contempla la reacción punitiva o integradora como justa y adecuada, reafirmando de esta manera la vigencia de la norma, del orden jurídico, la estabilización de la conciencia jurídica general. La conciencia jurídica de la comunidad se fortalece imponiendo al autor del delito la pena "merecida", la adecuada a la gravedad de su culpabilidad por el hecho cometido. A su vez, la prevención general a través de la idea de defensa del orden jurídico cumple una función de límite a las exigencias de prevención especial que fundamentalmente deben ser tendidas en cuenta por el juez para contemplar, ya en la fase de determinación judicial de la pena, el marco penal adecuado a la culpabilidad, que podrá sostenerse por abajo cuando así lo requiera las necesidades de reeducación del penado; esto es, cuando el cumplimiento de la pena por la culpabilidad produzca consecuencias desocializadoras, siempre con el límite de la necesaria defensa del orden jurídico establecido, entendiendo como

ese mínimo al que no está dispuesto a renunciar la comunidad jurídica -el mínimo retributivo- como consecuencia de la comisión de un hecho punible. Con todo, la prevención general -salvando ese mínimo- no puede llevar a imponer una sanción penal más allá de lo que se quiere, la prevención especial en cuanto ello supondría una instrumentalización del individuo contraria a la dignidad protegida en el artículo 18 de la Constitución.

3.6 Fundamento constitucional de la pena

El fundamento constitucional de la pena atiende a la fórmula contenida en el artículo 18 de la Constitución.

De ordinario se enlaza la idea del estado liberal con la retribución como fin de la pena, y se ha dicho que la prevención tiene su marco político adecuado en el Estado Social. Ciertamente la idea de retribución responde a la necesidad de limitar el poder punitivo del Estado en garantía de la libertad del ciudadano, y no en vano históricamente constituye una reacción frente a los postulados del Estado Absoluto. Sin embargo, no existe una plena correspondencia entre las concepciones liberal y social del Estado, y las teorías absolutas y relativas de la pena.

Pese a ello, la fórmula sintética que acoge nuestra Constitución al definir el modelo de Estado puede servir de marco adecuado a las conclusiones que se vienen manteniendo en el sentido de la necesidad de una coordinación de los diversos fines de la pena -compensación de la culpabilidad y prevención- en la forma que proponen las teorías unitarias o mixtas. La injerencia estatal con fines utilitarios en la esfera de libertad del individuo se encuentra limitada por la medida de la gravedad de la culpabilidad puesta de manifiesto en el hecho cometido, aunque la pena impuesta debe cumplir la finalidad de reafirmar la vigencia del orden jurídico y evitar la comisión de delitos en el futuro, incidiendo sobre la

generalidad y específicamente sobre el propio penado. Aunque la Constitución se refiere sólo a la prevención especial, en el artículo 18 no excluye como fin de la pena la prevención general, entendida no como puramente intimidatoria pero sí socialmente integradora, siempre limitada por la medida de la culpabilidad como impone la concepción del Estado como Estado Democrático de Derecho que tiene por centro la dignidad de la persona.

En este sentido, la pena debe tener como fin la prevención general, pues así resulta constitucionalmente del principio contenido en el artículo 18 de la Constitución. En cuanto este precepto impone a los poderes públicos la función de promover y remover los obstáculos que impidan que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, se considera que ello conlleva la obligación de prevenir la comisión de hechos delictivos incidiendo sobre la generalidad. En parecidos términos Mir Puig considera que es posible fundar político-constitucionalmente la función de prevención de la pena. Dice que "el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tener a la prevención de delitos (Estado Social)... Un tal Derecho Penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de proporcionalidad."

Es evidente que un Estado moderno debe perseguir a través del instrumento punitivo, la consecución de un fin social. Si funciona del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, no puede discutirse que le corresponde prevenir la lesión de tales bienes, pues así se protegen, de modo que la función preventiva del Derecho Penal a través de la pena constituye un claro mandato constitucional.

En consecuencia, sólo las teorías mixtas que combinen el aspecto de compensación de la culpabilidad (función limitadora del Estado de Derecho) y la función preventiva de la pena (función de utilidad del Estado Social), conviene al

marco político del Estado Social y Democrático de Derecho, pues tratar de fundamentar exclusivamente la pena en la retribución o la prevención supondría eliminar para el Derecho Penal valores propios de una de las concepciones del Estado que combina la Constitución. Una pena entendida como pura retribución carente de fin desconocería la finalidad social de la pena preventiva. Pero la prevención es por si sola insuficiente para garantizar la limitación de la pena y limitar el poder de intervención estatal en la esfera del individuo, debiéndose completar desde fuera con criterios limitadores, de los cuales, la culpabilidad es la que mejor responde a la idea de que la pena no debe superar la gravedad del hecho cometido por el autor.⁸⁷

⁸⁷ SANDOVAL DELGADO, Emiliano. op. cit. pp. 77-83.

CAPÍTULO II

COMPENSACIÓN A LA VÍCTIMA

No resulta novedoso mencionar que la idea de la *compensación*, la cual en materia penal debe ser entendida como “la reconciliación entre el autor y la víctima”⁸⁸ está, como la idea del castigo y la venganza, unida a la historia de la humanidad, si bien no en forma claramente delimitada, ya que se confunde con estos dos conceptos en una amalgama de procedimientos que son a veces impuestos por la comunidad o el Estado, a veces por la familia de la víctima o por la víctima misma y que tienen en la mayoría de los casos el carácter de punición y de advertencia o prevención, más que el de reparación o compensación.

Históricamente hablando, cabe señalar que el concepto de compensación se encuentra ya en la Ley Mosaica, que exigía restituir cuatro ovejas por una oveja robada, cinco bueyes por uno robado, al lado de disposiciones tan severas como aquellas del Talión “ojo por ojo, diente por diente” que eran más de venganza que de compensación, pues la víctima no recibía ningún beneficio. También, el Código de Hammurabi, que data de 2,200 años antes de Cristo, exigía una compensación de 30 veces el valor del objeto robado o dañado, pretendiendo más la severidad de la pena que el beneficio de la víctima.

En la Edad Media, la compensación no era igual sino que variaba de acuerdo con diversas circunstancias; la clase de delito, el promedio de edad de las partes, el rango, el sexo y el prestigio del ofendido; no obstante, cabe destacar que, un paso importante en la evolución de la compensación y como sustitución de la venganza privada, en esta época, fue su monopolización por el Estado. De esta manera se imponía una multa que tenía a veces como finalidad la compensación

⁸⁸ ROXIN, Claus. Pena y reparación, (conferencia dictada en el auditorio Lic. Eduardo Alday Hernández de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la UJAT. Dr. Honoris Causa), Revista *Locus Regis Actum*, publicación bimestral del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, Revista Jurídica número 25, enero - febrero 2001, p. 20.

económica de la víctima, pero en la mayoría de los casos debía ser compartida con la comunidad y con el rey, dada la formación de la sociedad en esa época.

Durante la Edad Media el ofensor era castigado físicamente, por lo regular con la tortura, y también económicamente, pues era despojado de sus pertenencias, las cuales, en vez de pasar a manos de sus víctimas eran aprovechadas por los señores feudales y por el poder eclesiástico. Así, los intereses personales de la víctima del delito fueron por mucho tiempo, después de la Edad Media, subordinados a aquellos de la sociedad, cuyos dirigentes los usufructuaban en su propio beneficio bajo el matiz de una política penal y la víctima se convirtió así, en la cenicienta del derecho penal.

Posteriormente, al tomar el Estado en sus manos el instituto de la pena, surgió la división de los derechos del ofendido en cuanto al resarcimiento de los daños, separándolos del derecho penal y ubicándolos en el derecho civil. El período previo a esta etapa estuvo verdaderamente congestionado de leyes, ya que cada ofensa, cada herida o insulto, tenía sus propias normas de compensación, su tarifa especial de reparación. Fue el período de las famosas "Leyes Barbarorum", las cuales trajeron como consecuencia un resultado negativo en el proceso de composición, ya fuera por la renuencia a pagar la suma señalada o por no tener el ofensor dicha suma, y se daba entonces una declaración de "fuera de ley". Así, la persona declarada fuera de la ley caía en una especie de ostracismo y cualquiera podía matarla impunemente.⁸⁹

Surgen entonces algunas ideas que pretenden vincular los principios de la ciencia penal y los métodos alternativos de solución de conflictos y, se intenta así, la buscada síntesis: la mediación penal.

Una de las primeras aproximaciones es la idea de la primacía de la víctima y ello, como puede sencillamente advertirse, se relaciona con la temática de la

⁸⁹ RAMIREZ GONZALEZ, Rodrigo. La victimología. op. cit. p. 3.

expropiación del conflicto, dirigida especialmente a las eventuales colisiones de intereses entre el Estado y la víctima, ya que muchas veces los derechos y exigencias de los damnificados pasan muy lejos y aún se oponen a los definidos por el Estado en sus decisiones.

En tal sentido pueden situarse los procesos de re-victimización y aquellos en que los autores insolventes o de escasos recursos se ven impedidos para afrontar la reparación y la multa. Se presentan frecuentemente situaciones en las que, quien es encerrado en una cárcel, no puede por ello satisfacer o reparar el daño causado a su víctima.

Por otro lado, surge la cuestión de los objetivos del sistema penal. En las últimas décadas se ha desarrollado en el ámbito de la ciencia penal una corriente que enfatiza dos ideas, por un lado, la reparación del daño junto a la pena y la medida de seguridad, y, por otro, un derecho penal cuyos objetivos no son ya solamente la retribución o la prevención, sino básicamente la reparación del daño causado. En este sentido lo que se busca es una "reformulación punitiva" de conductas vulnerantes de bienes jurídicos. Por ello, cuando se dice "punitiva" nos referimos al encuadre penal, porque en rigor el reconocimiento de la reparación del daño en tal ámbito es la admisión de modelos menos punitivos de respuesta penal.

Ello se puede ver reflejado en las legislaciones penales recientes, por ejemplo, cuando se ha entendido a la compensación como aquella que constituye una facultad del juzgador para exentar de la pena en ciertos delitos, o para atenuarla, como ocurría, en el texto original del artículo 349 del Código Penal Federal de 1931, el cual expresaba literalmente que "cuando las injurias fueren recíprocas, el juez podrá según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o alguna de ellas, o exigirles caución de no ofender", precepto que fue derogado, al igual que el artículo 348 relativo al delito de injurias, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1985.

4.1 La víctima en el ámbito constitucional

Con base en lo que se ha expuesto, se deduce que las víctimas requieren especial atención y, para ello, es necesario que el texto constitucional proteja sus derechos humanos con eficacia y en esta medida avanzar en el combate a la impunidad.

Es por esa razón, que al tiempo que se asegura la protección de los derechos humanos, es necesario también avanzar, dentro del campo del derecho penal, para lograr el equilibrio entre las garantías de que debe gozar el inculpado y aquellas que deben otorgarse a la víctima del delito, así como los instrumentos jurídicos de que precisa la sociedad para combatir la delincuencia y la impunidad.

Sobre este tema, la opinión pública ha venido exigiendo que se atienda a la víctima, a fin de evitar que a los sufrimientos y molestias derivados del delito cometido en su contra, se sumen los provenientes del proceso, el cual se convierte muchas veces en un verdadero suplicio para la víctima, la cual tiene que padecer nuevos inconvenientes e incluso amenazas e intimidaciones de sus victimarios o de las autoridades.

Por otro lado, resulta inequitativo, por ejemplo, que el inculpado tenga el derecho de permanecer callado durante todo el proceso, en tanto que su víctima pueda ser legalmente forzada a comparecer, a declarar ante el Juez y a carearse con su victimario, lo cual en algunos delitos, llega a hacerla parecer como si fuera la delincuente y no quien ha sido objeto de la conducta antisocial.

4.1.1 Reformas al artículo 20 constitucional

Cabe mencionar, que el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha sufrido diversas reformas tendentes a lograr un

equilibrio en relación a la víctima y ofendido del delito, como más adelante se demostrará.

En ese contexto, las demandas sociales han repercutido de gran manera en el ámbito de la administración pública, debiendo realizarse ciertas reformas *Ad-Hoc*, en la misma Carta Magna, especialmente donde se previene lo relativo a la víctima y ofendido por la comisión de algún delito, ya que no han sido pocos los casos en que las víctimas llegan a hacerse justicia por propia mano, ante la desconfianza social de la autoridad respectiva, de que realmente hiciera justicia.

Así, se adicionó el artículo 20 constitucional, con un último párrafo, donde se introdujo a la víctima del delito, pero sólo para que la misma tuviera de manera indirecta participación en el procedimiento penal.

Hasta antes del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre de 1993, por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, y 119, y se deroga la fracción XVIII del artículo 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las víctimas u ofendidos del delito, a nivel constitucional, carecían de garantías fundamentales específicas, de orden tutelar o proteccionista.

En efecto, mediante iniciativa suscrita por integrantes de diversos grupos parlamentarios de la LV Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, por vez primera se elevaron a rango constitucional algunos derechos de las víctimas u ofendidos por el delito, quedando establecida la adición de un párrafo final al artículo 20 constitucional (mismo precepto que antaño, por contener las garantías básicas del inculpado-procesado, se calificaba por algunos juristas como la "Carta Magna del delincuente") y así principia por reconocérseles a los agraviados por el delito ciertas garantías, en los términos siguientes:

“En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalan las leyes.”

Como puede fácilmente apreciarse, los primeros derechos de la víctima-ofendido del delito que son reconocidos como garantías fundamentales, se constriñen a los siguientes: 1) recibir asesoría jurídica, 2) se le satisfaga la reparación del daño, 3) opción de coadyuvar con el Ministerio Público, 4) recibir atención médica de urgencia cuando lo requiera y, 5) las demás prerrogativas que señalen las leyes.

En la exposición de motivos de esta reforma, se destaca el propósito de fortalecer el respeto de los derechos humanos y su inserción al ámbito de justicia penal, por estimarse que en este campo el derecho primordialmente busca el justo equilibrio entre los principios de seguridad con los de libertad, a través de la observancia de la legalidad y el respeto a los derechos fundamentales del ser humano, como aspiración legítima de un pueblo que ha decidido asegurar la paz y la tranquilidad por el camino de la libertad y la justicia; en ese sentido, se estimó necesaria la reforma de cuenta, en beneficio de la propia sociedad, con vista a la protección de los derechos humanos y al fortalecimiento de las garantías individuales, dentro de la legalidad, de modo tal que el Ministerio Público y el Juzgador no pueden ni deben ir más allá de lo que el marco jurídico les permite, en tanto que el marco de libertad de los particulares se extiende a todo aquello que no afecte los derechos de los demás como norma esencial limitante de elemental civilidad.

Ahora bien, debe destacarse que aún cuando esas garantías mínimas, conforme al propio texto constitucional, están expresamente referidas al proceso

penal (pues reza en el sentido de que "en todo proceso penal" tendrá los referidos derechos), lo cierto es que resulta paradójico observar que precisamente dentro del proceso penal, apenas si se le ha reconocido legitimidad como parte interesada a la víctima-ofendido, siempre constriñéndosele rigurosamente a la simple reparación del daño, además de sujetársele a una pesada carga de requisitos condicionantes.

Las nuevas garantías constitucionales de la víctima-ofendido son establecidas en una segunda reforma, que se mantiene en vigor, y que aparece publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de septiembre de 2000, la cual determinó esencialmente la adición de diversas disposiciones al artículo 20 de la Ley Fundamental del País; mismo precepto constitucional que quedo dividido en dos grandes apartados, el Inciso A) en el que se establecen los derechos fundamentales del inculpado; y, otro segundo, el B), en el que se señalan las garantías de la víctima o del ofendido, por lo que puede afirmarse que el artículo 20 constitucional, actualmente constituye la Carta Magna tanto del inculpado, como del ofendido o víctima de aquél.

Las nuevas garantías de la parte agraviada por el delito, las cuales superan significativamente a las primeramente reconocidas, se encuentran previstas en el tenor literal siguiente:

"Art. 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

1.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del

inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

IV.- Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el

delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

B. De la víctima o del ofendido:

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.”

Esta última reforma derivó de dos iniciativas, de diferentes fechas; una de 28 de octubre de 1997 y otra de 27 de abril de 1998, la primera formulada por diputados del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, en la que se establecen las consideraciones siguientes:

“El Estado mexicano, atento al desarrollo de la cultura de los derechos humanos y al interés que diversos sectores de la sociedad han mostrado en la consolidación y la ampliación de las garantías individuales en materia penal, ha venido perfeccionando los mecanismos por los cuales los particulares encuentren en la norma jurídica, tutela y protección respecto a los actos de las autoridades encargadas de la impartición de justicia. Los derechos y objetivos públicos reconocidos en materia procesal penal, que originalmente se referían sólo a los inculcados, se han ampliado progresivamente a la víctima u ofendido del delito tanto en el texto Constitucional Federal como por la legislación secundaria. Esta acción refleja la sensibilidad de los órganos del Estado y de la sociedad frente a los fenómenos de impunidad y a los efectos del delito sobre la víctima, dando lugar a que ésta tenga mayor participación en el procedimiento penal con el fin de ser restituida o compensada. Así, haber elevado a categoría constitucional la protección de los derechos de la víctima u ofendido del delito junto con los del inculcado, fue una expresión genuina de la solidaridad que la sociedad le debe a quien ha sufrido un daño y en este sentido adquiere especial relevancia la reforma que el Constituyente Permanente aprobó en 1993, reforma que vino a modernizar los sistemas de procuración y administración de justicia y que marco una nueva etapa en la defensa de los derechos humanos, por cuanto al proceso penal se refiere. Por esta reforma la víctima del delito adquirió una serie de prerrogativas que lo identifican como sujeto de derecho con mayor presencia en el procedimiento penal. En efecto, como lo establece el último párrafo del artículo 20 constitucional, en todo proceso penal la víctima u ofendido del delito tendrá derecho a recibir asesoría; a que le satisfaga la reparación del daño cuando proceda; a coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le preste atención médica de urgencia y a gozar de las prerrogativas que las leyes secundarias estatuyan a su favor. En base a la disposición mencionada, tanto en el ámbito Federal como en el común, se ha venido legislando para darle vigencia y precisión a la reforma constitucional y en algunos casos se han establecido instituciones y mecanismos para garantizarle a la víctima del delito el ejercicio de sus derechos; Sin embargo, los alcances de los ordenamientos, de las instituciones y servicios tendientes a procurarle una protección integral, como consecuencia de la reforma citada, no han tenido los efectos esperados. El sistema de justicia penal se ha modernizado, pero debemos admitir que el afectado o víctima del delito no está todavía en posibilidad de ejercer plenamente los derechos que

se le han reconocido, por lo que es necesario profundizar la reforma constitucional de 1993, ampliando el dispositivo de tutela a la víctima del delito, modificando la redacción del artículo 20 constitucional, incorporando un catálogo completo de garantías referidas específicamente a los afectados por las autoridades delictivas. Con absoluto respeto a la vigencia de los principios históricos y doctrinales que justifican la naturaleza y actuación del Ministerio Público, la realidad irrefutable de la situación que guarda en el proceso el ofendido, mueve a consideración de la ley y la consecución de los fines de la justicia penal, que la víctima debe intervenir dentro del proceso como parte con una serie de prerrogativas que precisen u amplíen las que actualmente tiene, para lo cual proponemos que el artículo 20 constitucional se forme con dos apartados: el apartado A relativo al inculpado con la redacción actual, a excepción del párrafo quinto de la fracción X, adicionado con una fracción XI que especifique: cuando el inculpado tenga derecho a la libertad provisional bajo caución, en términos de la fracción I, esta deberá ser suficiente para garantizar el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados al ofendido y un apartado B relativo a la víctima del delito que contenga, además de los derechos y garantías que actualmente comprende el último párrafo de la fracción X del citado artículo, los siguientes: que la víctima del delito sea parte del procedimiento penal, proporcionando al Ministerio Público o al Juez directamente, todos los datos o medios de prueba con que cuente para acreditar los elementos del tipo penal o establecer la responsabilidad del inculpado, según sea el caso, así como la procedencia y monto de la reparación del daño; considerar el derecho de la víctima del delito de estar presente en todas las diligencias y actos procesales en los cuales el inculpado tenga ese derecho; que el Juez que conozca del procedimiento penal de oficio inicie el Incidente de Responsabilidad Civil proveniente del delito, para hacer efectiva la reparación del daño en la ejecución de la sentencia y establecer un derecho de la víctima de solicitar, aún cuando no lo haya pedido el inculpado, la diligencia de careo. Las anteriores modificaciones, de ser aprobadas, representarían innovaciones a los conceptos que ha desarrollado la teoría procesal penal; se incorporarían importantes tesis de la VICTIMOLOGIA MODERNA; se tomarían en consideración las recomendaciones que en esta materia han venido haciendo diversos organismos gubernamentales y no gubernamentales conformados para la defensa de los derechos humanos; se atenderían los criterios externados en los foros que para la procuración y administración de justicia se han venido realizando y se cumplirían los

compromisos internacionales que nuestro país ha signado como miembro de la Organización de las Naciones Unidas. Las reformas y adiciones que proponemos y que consideran a la víctima del delito como sujeto procesal, no atentan contra el principio rector que concibe al Estado como monopolizador de la actividad punitiva en el delito y titular único de la acción persecutoria o acusatoria, sino que tratan, en una posición de equilibrio, que la víctima adquiera un peso mayor en la prosecución de todo el procedimiento penal. Tampoco se pretende introducir conceptos de otras teorías que no han probado plenamente su eficacia en otros sistemas penales ni mucho menos alterar o modificar la relación jurídica que el sistema procesal penal mexicano reconoce entre el Ministerio Público, el inculpado y el Juez..."

La segunda iniciativa, de veintisiete de abril de 1988, fue postulada por integrantes del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, en la que medularmente se expresa la exposición de motivos siguiente:

"...La seguridad pública y la justicia deben contemplar la promoción y defensa de los derechos humanos, tanto de los agentes antisociales como de las víctimas. Los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado, por lo tanto, éste debe reconocerlos y garantizarlos plenamente. En el pasado, como consecuencia de los abusos policiacos y la corrupción e incapacidad de los órganos de procuración de justicia, el legislador reconoció y garantizó los derechos del inculpado, convirtiendo al artículo 20 constitucional en la base reguladora del juicio penal y, al mismo tiempo, la víctima del hecho delictivo quedó relegada a un segundo término. La reforma y ampliación de este artículo, en septiembre de 1993, señala por primera vez en un sólo párrafo los derechos de las víctimas, entre ellos: recibir asesoría jurídica, coadyuvar con el Ministerio Público, atención médica de urgencia y la reparación del daño cuando proceda. La desvinculación aquí señalada abrió una brecha en las víctimas sólo quedan como referencias para hacer justicia en nombre del Estado; sobreponiéndose un derecho penal represivo que busca como único fin lograr la paz social y eliminar la inseguridad, olvidándose de la atención a las víctimas. Los derechos de las víctimas forman parte de los derechos humanos llamados de la segunda generación que son los que demandan un hacer por parte del Estado, al igual que los derechos económicos, sociales y

culturales. Estos derechos deben brindarse de manera gratuita, independientemente de que se identifique, aprehenda o condene al delincuente; otorgándoles a las víctimas servicios por parte del Estado y, a falta de destreza, especialidad y oportunidad de éste, sería conveniente que sean grupos de la sociedad quienes los brinden. No debemos olvidar lo que a partir del derecho penal se puede instrumentar, pensemos en nuevas respuestas para las víctimas, rescatando la relación funcional que debe tener el derecho penal, no sólo reprimiendo al delincuente, sino obligando a que en forma preferente responda frente a la víctima, ya sea devolviendo el objeto, poniendo los medios materiales con los que se resarza el daño, o cooperando con lo que este a su alcance, para hacer que la víctima quede con el menor trauma posible. Se debe buscar que los criminólogos y penalistas sean promotores de una nueva relación que de una protección integral a las víctimas del delito. Asimismo, debemos involucrar en esta tarea a otros actores sociales para que complementen y mejoren el auxilio y apoyo a víctimas pues hoy por hoy es muy deficiente. Las necesidades de la víctima son de diversa naturaleza: médica, psicológica, educativa, jurídica, económica, social, afectiva, entre otras, por lo que los diferentes programas deben tomar en cuenta una tensión integral a las víctimas de los delitos. En el marco del artículo 20 constitucional se consagran las garantías procesales de los acusados del delito y menosprecia las garantías y derechos que tienen las víctimas. El respeto a los derechos humanos de las víctimas debe incluir garantías constitucionales, entre otras: Que el Ministerio Público determine si hay o no delito en las averiguaciones. Reparación del daño a la víctima. Que la víctima sea parte del juicio y pueda intervenir y aportar pruebas en los mismos términos que los acusados. Tomando en cuenta lo que tarda en realizarse un procedimiento penal, la víctima tiene que esperar más de un año para poder recibir los beneficios de la reparación, lo que en la mayoría de las veces resulta absurdo, además de que por lo general el delincuente es insolvente. En la reforma ya citada, se avanza para que el Estado pueda parcial o subsidiariamente resarcir el daño de manera inmediata a la víctima, sobre todo en casos de necesidad médica, cuando sufre importantes lesiones corporales, menoscabo en su salud física o mental como consecuencia de delitos violentos. La reforma de septiembre de 1993, aunque fue un gran avance, quedó incompleta, por el olvido y el desinterés hacia la atención a las víctimas del delito. Por tanto, se hace necesaria una actualización de este artículo, para establecer dos apartados, uno que siga especificando las garantías del inculpaado y otro donde se especifiquen

claramente las garantías que tiene la víctima. Se propone suprimir el último párrafo de este artículo y establecer dos apartados: un apartado A donde queden establecidos los derechos, del procesado, tal y como se encuentran después de la reforma de 1996, y un apartado B donde se especifiquen los derechos de las víctimas, para posteriormente legislar su ley reglamentaria. Para que la asesoría jurídica, la reparación del daño, la coadyuvancia con el Ministerio Público y la atención médica cumplan con su función asistencial, se quiere establecer las condiciones de asistencia integral, así como tomar en cuenta las necesidades de la víctima para que pueda aspirar a reestablecerse del daño sufrido. A la víctima se le debe garantizar que la investigación, desde la averiguación previa, sea justa, pronta, expedita, gratuita, eficaz e imparcial, para así darle certidumbre sobre la acción de la justicia en contra de quien cometió el delito. Para todo esto, la víctima siempre requerirá de asesoría jurídica, derecho que hasta hoy solamente se le otorga al inculcado, de acuerdo a lo estipulado en la fracción IX del artículo en cuestión. La asesoría jurídica esta vista como una serie de consejos, opiniones y orientaciones sobre el procedimiento y proceso penal, a efecto de que la víctima comprenda la dinámica y en la medida de sus posibilidades, aporte elementos que ayuden a la integración de la averiguación previa o a establecer la responsabilidad penal del inculcado. En algunas ocasiones la asesoría jurídica se reduce a algunos aspectos de gestoría ante las autoridades, pero no incluye un quehacer directivo del abogado o de la oficina de atención a víctimas que le auxille; como parte del sistema de auxilio a víctimas, debe ser una exigencia que su principal tarea sea efectuar un seguimiento jurídico puntual de la averiguación previa y en su caso, del proceso penal. **LA VÍCTIMA DEBE SER PARTE DEL PROCESO, PODER INTERVENIR Y APORTAR PRUEBAS EN LOS MISMOS TERMINOS QUE LOS ACUSADOS.** Entre las acciones jurídicas que se han instaurado de acuerdo con los derechos víctimales destacan: el análisis de la averiguación previa. Diseño de la estrategia jurídica-víctimal. Auxilio en la aportación de pruebas que acrediten el delito y la presunta responsabilidad. Elaboración de apelaciones en caso de que no se garantice la reparación del daño. Preparación psico-jurídica sobre los casos penales para salvar las deficiencias a favor de las víctimas. Solicitud de excepción de careo en caso de menores de edad. En muchas ocasiones la víctima cuenta con pruebas que ayudan a acreditar el delito y la presunta responsabilidad. Por este motivo es importante que se le reconozca a la víctima el derecho de aportar todas las pruebas con las que cuente en el proceso. En parte, el apoyo

jurídico debe ser encaminado a la obtención de la reparación del daño, ya sea material, que comprende la restitución de la cosa obtenida del delito, o si no fuera posible, el pago del precio de la misma o la indemnización del daño material y moral causado que debe incluir el pago de la atención médica que sea necesaria para la recuperación de la salud física o mental, así como el resarcimiento de los perjuicios ocasionados..."

Es pertinente destacar, que a final de cuentas, las garantías propuestas en ambas iniciativas fueron superadas en el texto último aprobado, y que vino a constituir la adición del Apartado B) del artículo 20 Constitucional. Esta observación entre otros aspectos, se ve corroborada con el contenido de la fracción IV de dicho apartado B), en que se previene categóricamente que el juzgador no podrá absolver al sentenciado de la reparación del daño, si ha emitido una sentencia condenatoria; de manera que, si conforme a lo indicado en alguna de las iniciativas o en ambas, se desprendiera que inicialmente no se tuvo el propósito de beneficiar a la víctima con la suplencia de la queja, ello es irrelevante si finalmente, en el texto definitivo de la reforma aprobada, se entiende implícitamente reconocido tal beneficio, entre otros aspectos, en función de las diversas garantías que expresamente se le conceden a la parte ofendida, particularmente en virtud del tenor incondicionado como estas quedaron establecidas, incluso hasta el punto de que, cuando la víctima u ofendido no haya intervenido en el proceso penal, aún en ese extremo, si recae una sentencia con sentido condenatorio, conforme a lo previsto en la invocada fracción IV del artículo 20 de la Ley Suprema de la Nación, en todo caso, el juzgador estará obligado a condenar a la reparación del daño causado, como ya se dijo, y que habrá de cubrirse a la víctima-ofendido o a sus beneficiarios que acrediten tener derecho a la misma, quienes bien pueden apersonarse a deducir su interés en la fase de ejecución de la sentencia condenatoria, ante la autoridad judicial del conocimiento, a la cual le corresponde la responsabilidad de asegurar el efectivo cumplimiento de la condena pecuniaria en cuestión, incluso de ser necesario, mediante el procedimiento económico-coactivo; y, en caso de no ser posible conocer la

identidad de los afectados, o si estos repudian la reparación, el Tribunal decidirá que el monto a reparar se aplique al fondo de apoyo a las víctimas del delito.

Las nuevas garantías de la víctima-ofendido, después de una *vacatio legis* de seis meses (establecida en el artículo primero transitorio del Decreto de reformas y adiciones de 21 de septiembre de 2000), se entienden vigentes a partir del 22 de marzo del 2001; sin embargo, pese a su meridiana claridad, tan relevante y trascendente reforma lamentablemente ha pasado desapercibida, pues especialmente los Ministerios Públicos, quienes a más de que, con no poca frecuencia, se niegan injustificadamente a llevar a cabo el ejercicio de la acción penal, o inmotivadamente desisten del mismo, todavía parecen aferrarse a la tendencia de desconocer o negar legitimidad a la víctima-ofendido, como parte interesada en el proceso penal.

Asimismo, en la vía de amparo, la inmensa mayoría de los Tribunales Colegiados aún se empeñan en la persistente idea de sujetar rigurosamente, a un esquema de estricto derecho, el ejercicio de las garantías de las víctimas u ofendidos y, en ese tenor severo, se les niega el beneficio de la suplencia en la queja deficiente, a la cual, en cambio, a favor del inculpado, se le da un alcance de una dimensión quizá desmesurada frente a los derechos fundamentales que le asiste a la parte ofendida por el delito, no obstante que los derechos de esta última son igualmente merecedores de una alta estima, como lo son los del presunto victimario y, por ende, a ambos les corresponde un equitativo tratamiento similar; tan es así, que se encuentran regulados, de forma paritaria e integral, dentro un mismo artículo constitucional, con lo que se advierte homologada la importancia reconocida a los mismos por el Constituyente Permanente, al destinarles sendos apartados dentro de una misma norma regulatoria.

4.2 Reparación del daño

El daño equivale al menoscabo o deterioro de una cosa. En el ámbito del Derecho Penal, la reparación del daño constituye una sanción pecuniaria que tiene por objeto el resarcimiento de los daños sufridos por la víctima del delito, entendiéndose por tal, la restitución de la cosa obtenida por el delito y si ello no fuere posible, el pago del precio de la misma, la indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados, según lo establece el artículo 42 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Por tal razón, siempre que en virtud de la infracción cause el agente un tal resultado, deberá pues, presentarse la reparación, es decir, el resarcimiento del mismo, bajo el entendido de que el daño puede ser material o moral.⁹⁰

Ahora bien, de acuerdo a la sociedad actual en que vivimos, ésta se encuentra regulada por lo que se denomina derecho positivo, el cual está encaminado a proteger la persona humana y sus bienes dentro de las múltiples relaciones sociales (civiles, penales, laborales, etc.), para de esta manera lograr la armonía social en el hombre.

Por lo anterior, producir un daño es un acto contrario al Derecho, considerado en su totalidad, pues este protege la integridad de las personas, ya sea en su aspecto físico, espiritual y moral, como también a los bienes que complementan su personalidad. Por lo tanto, a quien ocasione algún tipo de daño, necesariamente se le señalará una sanción.

En esa tesitura, la ley procura hasta donde sea posible que la víctima no quede sin reparación, así, da facultades al juzgador para que, teniendo en cuenta el monto de los daños o perjuicios y la situación económica del sentenciado, pueda fijar plazos para el pago de la reparación del daño, los que en su conjunto

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 388 - 389.

no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Sin embargo, de la observación que puede hacerse a las reformas implementadas en nuestro ordenamiento penal, tiene lugar lo que el autor Reyes Tayabas señala en el sentido de que "la práctica judicial ha revelado, a través de los cincuenta y dos años de vigencia de la legislación de 1931, que la situación del ofendido aún no halla una adecuada protección dentro del proceso penal"⁹¹

4.2.1 Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima a la luz de los fines de la pena

A continuación mencionaremos otros puntos importantes, ya que hasta ahora hemos contemplado, sólo desde el punto de vista de los intereses personales, que la inclusión de la reconciliación y de la compensación de daños en el derecho penal aporta ventajas para todos los implicados. Pero el resultado positivo también se confirma desde el punto de vista de los fines de la pena.

Independientemente de donde se quiera ver el fin determinante de la pena, ya sea en la justa retribución, en la prevención general, en la prevención especial, o en una combinación de todas estas metas; en cualquier caso, la reconciliación y la reparación del daño pueden ser útiles por igual para todos estos fines de la pena.

Al respecto es dable mencionar, que si el Derecho Penal debe ser configurado de una forma más liberal o más represiva, más benévola o más estricta, es una cuestión que en tiempos cambiantes y en numerosos países se

⁹¹ REYES TAYABAS, Jorge, La reparación del daño en procesos penales. Necesidad de una nueva estructura jurídica para que los ofendidos consigan justicia pronta y expedita, Revista Mexicana de Justicia, número 4, volumen I, PGR, PGJDF, INACIPE, México 1983, p. 69.

responde de manera diferente, pues sobre la misma aún no se ha logrado un consenso mundial. En cambio, en los últimos veinte años ha surgido una nueva corriente político-criminal que en casi todos los países ha encontrado interés y un amplio acuerdo sobre la inclusión de la reparación en el sistema penal de sanciones. En la mayoría de los casos ello se vincula al esfuerzo por alcanzar un acuerdo de compensación, es decir, una reconciliación entre el autor y la víctima.

Las propuestas que se hacen para alcanzar un acuerdo de compensación entre autor y víctima son muy diversas en los detalles. Pero la idea fundamental de la misma consiste en que se debe llegar a una atenuación de la pena, o a una suspensión condicional a prueba de la pena, o, incluso, a una renuncia a la pena, si el autor repara los daños producidos y se esfuerza por alcanzar una reconciliación con la víctima.

Como ejemplo de lo anterior podemos citar al Código Penal Alemán, el cual dispone en su parágrafo 46-a, introducido en 1994, que "... el Tribunal puede atenuar la pena, o, incluso, en penas privativas de la libertad de hasta un año de extensión, prescindir de ella, si el autor, en su esfuerzo por llegar a un acuerdo de compensación con la víctima, ha reparado completamente o en su mayor parte el hecho cometido, o, al menos, ha procurado hacerlo seriamente o, si aunque sea sin un acuerdo de compensación autor-víctima ha prestado una reparación del daño que exige de él esfuerzos personales importantes...". También para la suspensión condicional a prueba de la pena se encuentra un precepto contenido en el parágrafo 56, párrafo 2, inciso 2), en el que se dice: "...para llegar a una resolución hay que tomar en cuenta también, sobre todo, el esfuerzo del condenado para reparar los daños causados por el hecho...".

Además, el legislador alemán ha intentado, a finales de 1999 facilitar el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima con preceptos de Derecho Procesal Penal, así en el nuevo parágrafo 55-a, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Alemana, se precisa "...El Ministerio Público y el Tribunal deben, en

cualquier estado del proceso, examinar las posibilidades de alcanzar un acuerdo de compensación entre el imputado y el lesionado...” , y, según el parágrafo 155-b, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Alemana, que asimismo fue introducido en el último año, el Ministerio Público y el Tribunal pueden hacer incluso, que se ocupe del hecho de arbitraje de carácter público y también privado, señalando que esto es “...con la finalidad de alcanzar un acuerdo de compensación entre el autor y la víctima o la reparación del daño...”. Estas instancias deberían llegar a una solución de común acuerdo del conflicto surgido por el hecho punible, solución que las partes implicadas, por sí solas, a menudo no están en situación de conseguir.

También Gunther Kaiser, refiriéndose a la ley alemana de protección de la víctima de delito, indica cómo ha sido distinta su repercusión en la sociedad y en el foro. En la primera, las investigaciones indican que la compensación delincuente-víctima cumple una función conciliadora y que además se disminuye y satisface la necesidad de compensación y de castigo de la población a través de las modalidades de indemnización.⁹²

Aún así, la legislación alemana se encuentra todavía en un estado experimental, pero la idea fundamental de un acuerdo de compensación entre el autor y la víctima dirigido a la reparación se hace claramente reconocible.

El modelo descrito se diferencia de las viejas formas de vinculación entre el derecho penal y el derecho civil, tal como las representan la *action civile francesa* y la *compensation order inglesa* en dos nuevas ideas básicas. En primer lugar, en que no es el perjudicado el que reclama, como en la *action civile francesa*, su indemnización de daños en el proceso penal y, en que tampoco es el Juez, como en la *compensation order inglesa*, el que condena al autor en el proceso penal al pago de la indemnización. Por el contrario, es el autor mismo quien, sin reclamación y sin condena, aporta una prestación reparadora dirigida a la reconciliación, y, en segundo lugar, en que esas aportaciones repercuten

⁹² CREUS Carlos. Reparación del daño producido por el delito, Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 1995. p. 24.

eficazmente sobre la pena, atenuándola o sustituyéndola. La reconciliación y la reparación por consiguiente, se convierten en elementos esenciales del sistema de sanciones.⁹³

Así, nos atrevemos a plantear los siguientes puntos, en donde determinaremos el por qué de la necesidad e importancia de la inclusión de modelos en nuestro sistema penal mexicano, que nos ayuden a atenuar y/o extinguir la pena.

4.2.2 Reparación y reconciliación para la compensación de la culpabilidad

Se dice que el injusto acontecido debe ser retribuido justamente, compensado y, con ello anulado. La pena puede cumplir esa tarea sólo de una forma simbólica y no especialmente convincente, porque es difícil de comprender como puede ser compensado y eliminado del mundo un robo, por ejemplo encerrando al ladrón durante seis meses, ya que con esto tampoco se cambia en nada la realidad, ni el perjuicio de la víctima, de ahí que, una auténtica compensación del hecho, un restablecimiento de la situación originaria, sólo se puede conseguir cuando el daño haya sido remitido y los efectos inmateriales del hecho hayan sido eliminados mediante una reconciliación.

En otra perspectiva, se ha considerado que en el tratamiento sobre la inclusión de la reconciliación y de la reparación en el proceso penal, merecen especial atención aquellos delitos que no han generado ningún daño susceptible de ser reparado. Estos pueden ser los casos de la tentativa fracasada y, también, los delitos de peligro abstracto (como la conducción en estado de embriaguez sin consecuencias lesivas). De igual forma, en relación a muchos delitos contra bienes jurídicos de la comunidad (por ejemplo, el falso testimonio) en los cuales

⁹³ ROXIN, Claus. Pena y reparación, op. cit. p. 21.

falta frecuentemente un daño aprehensible como cuando el Tribunal percibe, desde un principio que la declaración del autor es mentirosa. La cuestión a dilucidar aquí, estriba en determinar qué sucede en estos casos con la idea de la reparación, sería seguramente experimentado por la sociedad como algo desmedido y dañaría la aceptación social de las mencionadas propuestas, si alguien, por ejemplo, a pesar de tratarse de un hecho consumado, alcanza mediante la reparación, atenuaciones de la pena e incluso, una renuncia a ésta, mientras que en la mera tentativa nunca podría conseguir tales beneficios.

Este problema puede solucionarse permitiendo también una "reparación simbólica" en los casos en los que no se ha producido un daño. El autor podría pagar una suma a un fondo de compensación de víctimas que exigiera de él prestaciones o renunciaciones personales considerables. Con los recursos de este fondo podría ayudarse, entonces, a víctimas de delitos necesitadas, que no pudieran percibir otra indemnización y al autor se le podrían otorgar los mismos beneficios previstos para la reparación de un daño real.

También requiere mención el caso en que el autor, a pesar de emplear su mejor voluntad, no está en situación de aportar una reparación en dinero, pues, sería difícilmente soportable socialmente y, por ello, estaría contraindicada esta posición desde la perspectiva de la prevención general, ya que únicamente los autores económicamente solventes podrían disfrutar de los privilegios de la reparación y, así, se estaría frente a una situación en la que sólo sería posible reaccionar con la pena tratándose de autores indigentes. No obstante, en estos casos, se puede prever una reparación mediante aportaciones de carácter laboral, las cuales deberán prestarse, bien, directamente al perjudicado, por ejemplo, reparando las cosas que el autor le ha dañado, o bien, asumiendo el autor voluntariamente otros trabajos cuyos rendimientos se aplicaran al lesionado.

De esta manera, se aplica la idea de la compensación voluntaria ampliamente y sin injusticias sociales, también para delitos que no hayan producido daños materiales y para autores sin recursos económicos.

Si verdaderamente se requiere tomar en serio la idea de la reparación en el derecho penal, hay que tener en cuenta que ello tendría consecuencias de largo alcance para todo el sistema de la administración de justicia penal. En realidad, la integración de la reparación en el derecho penal es un acontecimiento que nos obliga a revisar en muchos puntos las bases tradicionales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal.

Cada uno de los puntos innovadores que se han esbozado, presenta problemas que ponen en cuestión desarrollos jurídicos que durante mucho tiempo parecían seguros. Por ello, no puede sorprender que aún hoy, sea muy fuerte la resistencia contra estas evoluciones jurídicas que, en parte, aparecen como revolucionarias. En cualquier caso, nuestra ciencia todavía tendrá que trabajar muchos años en las reestructuraciones de nuestro sistema sancionador y procesal introducidas por la victimología y por la idea de la reparación.⁹⁴

4.3 Ventajas prácticas de la inclusión de la reparación en el derecho penal

Si la reparación y el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima encuentran una aceptación tan amplia en la más reciente discusión político-criminal, ello se debe, en primer lugar, a las ventajas prácticas que esta novedad trae consigo para todos los afectados por el hecho punible: para la víctima, para el autor y, también, para la Administración de Justicia.

⁹⁴ *Ibidem*, op. cit., pp. 20-28.

4.3.1 Ventajas para la víctima

Resultaría indemnizada rápidamente sin ningún costo ni esfuerzo propio, mientras que el sistema penal vigente, que remite las pretensiones de indemnización por daño al derecho civil, casi siempre perjudica adicionalmente a la víctima. Pues la víctima no sólo tiene que invertir mucho tiempo y dinero para reclamar ante un Juzgado Civil, sino que el proceso penal impide, también casi siempre, que el perjudicado pueda obtener alguna vez su indemnización. Pues, si el autor está encerrado en un establecimiento penitenciario no puede ganar dinero ni tampoco en la mayoría de los casos, indemnizar a la víctima. Aunque el autor sólo hubiera sido condenado a una pena de multa, esta obligación disminuye su capacidad y, casi siempre también su voluntad de tener que pagar algo, adicionalmente, a la víctima. Por consiguiente, la punición del autor no reporta a la víctima ventaja alguna, sino, más bien, ulteriores perjuicios. La vinculación que ahora se propone entre la sanción y la reparación ofrece, en cambio, la mejor posibilidad de ayudar a la víctima a obtener rápidamente sus derechos. Por ello nos sorprende que la idea de la reparación en el derecho penal sea esencialmente fomentada por la victimología, es decir, la teoría de la víctima, la cual en las últimas décadas ha ascendido hasta convertirse en una ciencia independiente.⁹⁵

4.3.2 Ventajas para el autor

También se favorecería, pues tendría la posibilidad, mediante una reparación rápida y voluntaria de salir librado con una importante atenuación de la pena y tal vez incluso con una declaración de culpabilidad sin imposición de la pena. Tanto desde un punto de vista social como personal, ahí se encuentra una gran oportunidad de que se motive al autor para emplear todas sus fuerzas, a fin de alcanzar un acuerdo de compensación que satisfaga a la víctima. Tenemos aquí, pues, la situación poco común en la que convergen los intereses de la

⁹⁵ Ibidem, op. cit., p.21.

víctima y del autor, y precisamente ahí reside la gran fuerza de este modelo y la perspectiva para que de buen resultado en la práctica.⁹⁶

4.3.3 Ventajas para la administración de justicia

También obtendría grandes ventajas de esta regulación. Para empezar, se ahorra un proceso civil o, por lo menos, esfuerzos inútiles de ejecución de sentencias. Si el autor, como prevé el modelo propuesto, otorga por sí mismo la indemnización de perjuicios. Además, la administración de justicia penal se ahorra prácticamente pruebas costosas y que exigen mucho tiempo, si el autor y la víctima se ponen de acuerdo y los hechos sometidos a enjuiciamiento están fuera de discusión. Por consiguiente, cualquier acuerdo de compensación autor-víctima vinculado con la indemnización tiene que ser bienvenido por la administración de justicia.⁹⁷

4.4 La importancia de la reparación y de la reconciliación para la prevención especial

También, un acuerdo de compensación reparador entre autor y víctima puede contribuir en mucho para el cumplimiento del fin preventivo especial de la pena. Es sabido que es muy difícil, y, a menudo, imposible, resocializar a un autor en un establecimiento penitenciario, porque no es fácil corregir actitudes psicosociales deficientes y, porque es doblemente difícil preparar a un delincuente para una vida legal en libertad bajo las condiciones de ausencia de libertad, sin perder de vista que la pena de multa tampoco puede contribuir a un comportamiento futuro irreprochable del autor.

⁹⁶ ROXIN, Claus. Pena y reparación, op. cit. p. 22.

⁹⁷ Ibidem.

La obligación de reparar el daño causado y de esforzarse por una reconciliación con la víctima, puede en cambio influir positivamente, con mayor intensidad, en la actitud social del autor. Pues si el autor se tiene que ocupar personalmente del daño producido –tanto si éste afecta a valores materiales o si consiste en una lesión corporal-, se verá obligado a una confrontación interior con su comportamiento, lo que puede contribuir a una modificación de su deficiente orientación social. El autor puede también fácilmente comprender, que es justo y socialmente conveniente tener que indemnizar a la víctima y buscar un acuerdo de compensación personal con ella. Esta comprensión de tener que hacer algo socialmente constructivo y de remediar las consecuencias de una mala acción mediante buenas acciones, puede ayudarle, en mucho, a llevar en el futuro una vida conforme a la legalidad. Además, no hay que pasar por alto que una supresión de la pena privativa de libertad, como la que se presenta con una renuncia a la pena o con una suspensión condicional a prueba, le evita al autor tanto los efectos desocializadores que suponen arrancarle de su profesión y de sus vínculos sociales, como los peligros de infección criminal en el establecimiento penitenciario.⁹⁸

4.5 La importancia preventivo general de la reparación y de la reconciliación

De igual forma, se ha precisado que a favor de una función reparadora del derecho penal hablan también, finalmente razones de prevención general. Ciertamente que ha de ser considerado escaso el efecto intimidatorio de la reparación sobre la generalidad de los ciudadanos. Pero es que el efecto intimidatorio de las amenazas penales también es escaso, ya que el comportamiento del delincuente va acompañado, en principio, de la optimista premisa de que no va a ser capturado. Por lo general, lo único que tiene efectos intimidatorios es el peligro real de ser descubierto, esto es, el control preventivo.

⁹⁸ Ibidem, op. Cit., p.23.

Pero, es que la prevención general no se agota en la intimidación, sino que es entendida por la política criminal moderna, más bien, como la llamada prevención general positiva. De acuerdo con ella, el efecto socialmente útil del derecho penal reside, en que transmite a la población la confianza en la protección del ordenamiento jurídico y en su fuerza para imponerse.

Para el logro de este efecto de confianza son presupuestos esenciales la reparación y el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima. Pues la generalidad de los ciudadanos no considera que la fractura del Derecho haya sido ya curada con un castigo del autor, entretanto el daño que ha sufrido la víctima no haya sido reparado y la paz jurídica perturbada no haya sido restablecida mediante un acuerdo entre el autor y la víctima.

Investigaciones empíricas llevadas a cabo en distintos países han puesto de manifiesto que, en delitos menos graves, la población esta mayoritariamente dispuesta a considerar suficientes, como sanción única, las prestaciones compensatorias efectivas del autor que le cuesten un esfuerzo y, también, para la víctima es más importante, a menudo, una reparación rápida y plena que el castigo del autor. En cualquier caso se puede decir que la comunidad, cuyo representante destacado es la víctima, considera superada y liquidada la perturbación de la paz jurídica producida por el delito sólo cuando la situación generada por el hecho se haya establecido en la medida de lo posible. Esto, sin dejar de observar que hay hechos que no son susceptibles de ser reparados como el homicidio o delitos violentos brutales.

Por eso, se considera que en esta última hipótesis, un castigo es tan imprescindible como lo es en los delitos patrimoniales graves o en los delincuentes reincidentes. Pero incluso en los delitos más graves los esfuerzos de reparación pueden desarrollar un efecto de atenuación de la pena, por ejemplo, si alguien infiere a otro lesiones corporales de gravedad con daños permanentes, las consecuencias del delito, por muy serios esfuerzos que se haga, no pueden

desaparecer del mundo, pero un eventual arrepentimiento del autor de asumir plenamente los costos hospitalarios y la financiación de otras medidas para hacerle la vida más fácil debe reducir también, en un caso así, la pena. No se tiene ninguna duda de que esto sería aceptado socialmente y favorecería a una verdadera prevención general positiva.

En este sentido, es interesante destacar la posición del iuspenalista Claus Roxin, en cuanto niega que la reparación constituya un nuevo objetivo del sistema penal. En su visión la reparación del daño (tercera vía), no pretende un objetivo diverso sino que se incluye en la llamada prevención general positiva, más específicamente prevención de integración. En esa dirección, afirma que la reparación permite enfrentar al autor con su víctima, comprender su problemática y, en su necesidad de repararla, ingresa al mundo de la legalidad, neutralizando el conflicto causado.⁹⁹

Sin embargo estamos concientes de las opiniones adversas a la mediación penal. Ellas pertenecen a quienes justifican la pena en el castigo y su aplicación en el ejemplo intimidante (prevención general). A ellas puede responderse siempre, que la retribución es irracional y, que un Estado no debería diseñarse sobre la voluntad de castigar, por más que esta resida en el inconsciente colectivo, ya que la instrumentalización del ser humano conlleva a mediatizarlo, cuando no hay opción en el axioma de que constituye un fin en sí mismo.

En nuestra opinión el modelo de compensación delincuente-víctima es el que parece más interesante y positivo, porque bien podría ser incluido en un Plan de Política Criminal como una alternativa más en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades tanto del delincuente como del ofendido.

⁹⁹ Cfr. CREUS, Carlos. Reparación del daño producido por el delito. op. cit., pp. 22-23.

4.6 Aspectos especialmente importantes

De lo que se ha reseñado, puede advertirse que actualmente uno de los objetivos de la política criminal, es buscar medios idóneos que ayuden a satisfacer el derecho de las víctimas y no concentrarse únicamente en la sanción como respuesta a la comisión de un ilícito penal, sino que ambas vertientes deben ser atendidas en forma paralela para que la función del Derecho penal sea completa.

Así, la reparación de los daños causados por el delito se ha incluido como un presupuesto que también interesa a los fines resocializatorios de las penas. Tan importante es la reincorporación social del delincuente como la reparación a las víctimas de los daños materiales y morales. De ahí, que se discuta hoy sobre una nivelación entre los intereses del delincuente y víctimas del delito.

Sin duda la reparación de los daños a la víctima puede funcionar no solo como un medio eficaz sustitutivo de la prisión, sino como una forma de resocialización, resultando de ello, que se cumplen dos objetivos simultáneamente, es decir, por un lado, se toma a la reparación del daño como el cumplimiento de una pena sustitutiva y, por otro, esta situación puede ser aprovechada en beneficio de la víctima para resarcirla del daño sufrido, por lo que puede inferirse que paulatinamente el Derecho Penal se inclina más por la función reparadora que por la idea del castigo, como se expone en los puntos subsecuentes.

4.6.1 De la despenalización al abolicionismo

Como propuesta de esta tendencia, la moderna Victimología considera que la reformulación del sistema de control del delito impone una "civilización" del conflicto, es decir, su tratamiento con mecanismos propios del Derecho Civil, relevando un campo en que la frontera entre el Derecho Penal y el Derecho

Privado se flexibilizan, desde el convencimiento de que al fenómeno del delito no se le puede responder racionalmente sólo con la pena sino que dicha respuesta necesita completarse con la reparación integral de la víctima.

En tal sentido se menciona que se precisaría reformular el sistema bajo el signo de la despenalización. Para algunos se trataría de una despenalización relativa que se concretaría mediante la inserción en el sistema penal de instrumentos no penales. Para otros una despenalización "total" en la que el Derecho Penal sería reemplazado por un Derecho de otra naturaleza con el que se procuraría un control distinto de la conducta desviada permitiendo, al mismo tiempo, atender en forma más completa las necesidades de la víctima, esto es, llegar al abolicionismo de la pena y concentrarse en la reparación del daño.¹⁰⁰

4.6.2 Respuestas sustanciales procesales

La reformulación del sistema penal desde el punto de vista de la victimología importa cambios profundos en la instrumentación jurídica para el tratamiento del delito.

Se trata de ver si la reparación integral de la víctima puede ingresar en la consideración jurídica como una de las finalidades de la pena.

Se insiste en que quien mejor apoyo puede prestar en materia de indemnización a la víctima es el Derecho Penal, el que debe encontrar una "formula para conseguir que sea el propio autor del delito el más interesado en que la víctima sea compensada"¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 23.

¹⁰¹ BERISTAIN, Antonio. La Criminología entre la deontología y la victimología. Revista de derecho penal y criminología, número 1, Facultad de Derecho, Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 1991, p. 15

En ese orden, señala Beristain, que la actual victimología descubre la participación activa de la víctima en el proceso como ingrediente importante de la lucha contra la delincuencia y mencionando al autor Gunther Kaiser, argumenta que "el Derecho Penal debe cambiar radicalmente, debe descolocar del centro al delincuente para sentar en ese sitio a la víctima, con explosivas –pero positivas– consecuencias para la institución policial, fiscal y penitenciaria e incluso para los ciudadanos [...] afirma y confirma que las víctimas con su actitud y su conducta configuran la verdadera nueva imagen de la criminalidad [...] la construcción social de la realidad del delito viene determinada desde el comportamiento de las víctimas. No quizá de forma exclusiva, pero sí al menos decisivamente [...] los ciudadanos asumen y deben asumir cada día más la función de agentes del control social..."¹⁰²

Por su parte, Julio Maier, señala que a la escena del debate penal actual, la víctima ha traído de la mano varios factores positivos como la victimología y las diferentes escuelas que procuran cierta despenalización, es decir, la solución de casos penales por medio de instrumentos culturalmente no penales, y hasta los mismos abolicionistas, quienes lejos de tratar de ingresar la reparación al derecho penal, pretenden desplazarlo, reemplazando a la pena por otras soluciones para el conflicto -entre ellas, la reparación- por mecanismos no penales, distinguiendo por tanto pena de reparación, no deseando edificar derecho penal alguno sobre esta última opción. Así, los abolicionistas ven al sistema penal como expresión de poder y de control social del Estado capitalista. Critican la alineación del conflicto por parte del sistema penal mediante el mecanismo de "robárselo a las partes", y proponen la solución particularizada del caso, por composición entre sus protagonistas principales, víctima y victimario.¹⁰³

Algunos esperan, o cuando menos vaticinan para un futuro más o menos lejano, una privatización del derecho penal, donde la reparación tome el lugar de

¹⁰² MAIER, Julio. Víctimas en el sistema penal. Jueces para la democracia, número 12, 1991, pp. 32 y ss.

¹⁰³ Ibidem, p. 32.

la pena, y desplace no sólo la reacción, sino en general, la aplicación del derecho penal. Es decir, volver a la "composición privada". Las propuestas en este sentido son muy escasas, por un lado los abolicionistas, que como ya vimos, pretenden reemplazar totalmente el derecho penal como forma de solución de los conflictos sociales, y por el otro, unos menos radicales y más acordes con nuestro tiempo y de lo posible culturalmente, colocan cierta clase de delitos o ciertas penas fuera de la acción penal, cuando se logra la composición entre autor y víctima y sobrevenga la reparación, hablando así de la despenalización de ciertos comportamientos.

Ambas posturas son criticables, pues se señala que la solución privada deja un plus de injusto sin remediar, dejándose ver el escaso valor de prevención general de la solución, pues en cuanto el autor sepa que devolviendo la cosa intacta o reparando el daño, conseguirá impunidad, está latente el peligro -en estas posturas- de regresar al imperio de los poderosos, disolviendo el derecho penal en una especie de presiones privadas.

Es evidente que no hemos llegado tan lejos en nuestra forma de asociación política actual como para aspirar a la disolución del derecho penal en modos de administración de justicia privados que dependan fundamentalmente de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y no del poder político central que gobierna la asociación.¹⁰⁴

Se suma a ello que el sistema penal coloca el acento en el imputado y en la pena, y posterga, casi insensiblemente, la búsqueda oficiosa de la reparación del daño, objetivo que hay que priorizar respetando las garantías constitucionales.

Esta realidad determina que una reforma integral del sistema debe dedicarle un capítulo muy importante a esta cuestión.

¹⁰⁴ MAIER, Julio. Los modelos victimológicos, Revista Jurídica, Boletín Mexicano de derecho comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 93, nueva serie. año XXXI, septiembre - diciembre, 1998, UNAM, p. 7.

Desde ese punto de vista, insistimos que el Derecho Penal debe darle una importancia fundamental a obtener que el responsable repare el daño causado como forma de valorizar la angustiante situación de la víctima.

En tal sentido, la conducta del acusado debe ser uno de los extremos a analizar para conocer el beneficio de la suspensión del juicio y su sometimiento a prueba cuando esta posibilidad se incorpore a la legislación nacional.

Asimismo, debe reconocérsele gran importancia a este aspecto para graduar la pena, a tal punto que si para conseguir la reparación es necesario pagar el costo de una pena menor, debe en principio asumirse esa posibilidad como conveniente.

Sin embargo, no perdemos de vista que puede haber resistencias a esta postura, pues se esgrime que de esta forma es fácil delinquir bastando la reparación para quedar impune o al menos limitar la sanción, no obstante que no es lo que se busca, creemos que es mucho más preocupante verificar innumerables casos en los cuales por no presentarse estímulos a la reparación, esta no acontece y, en la hipótesis de una condena, la sociedad seguirá sólo viendo entre rejas –en el mejor de los casos- al delincuente, pero la víctima seguirá dañada y nada se habrá hecho oficiosamente para resarcirla.

Desde la perspectiva anterior, la vía procesal e institucional, a nuestro juicio debe realizar propuestas de cambio que apunten fundamentalmente a lo siguiente:

- a) Debe reconocérsele a la víctima la posibilidad de participar en el procedimiento como parte actora, no sólo si pretende una reparación del daño, sino también si busca que se condene al culpable a una justa pena.

Este tema conocido técnicamente como del "querellante conjunto", ha generado muchas discusiones entre los especialistas y legisladores, pero es innegable que si se impide al ciudadano realizar justicia por mano propia –pues el Estado monopoliza para sí esa función- no puede menos que permitirse al ofendido por el delito que participe activamente en el juicio.

Esta actuación en el procedimiento debe ser subordinada al accionar del Ministerio Público, quien debe actuar como verdadero representante de la sociedad y lo mismo en el juicio originado por el delito.

- b) Para el supuesto que el interesado no quiera una participación como la referida, es recomendable permitirle estar enterado al detalle de las actuaciones que se han desencadenado con motivo del hecho sufrido, así como también debe ser notificado expresamente de la sentencia que se dicte como acto respetable y responsable del Estado frente a él, en su carácter de víctima.

- c) Por otra parte, debe existir un organismo Público predispuesto que le permita a la víctima, recibir de inmediato una asistencia integral en lo jurídico, en lo psicológico, e incluso en lo material, lo cual representaría un aporte que excede la reparación puntual del daño por parte del causante, ya que colaboraría a que dicha reparación realmente se actualizara.

En este aspecto pensamos por ejemplo en la víctima que ha sido sujeto pasivo en una violación, o en el padre de familia que pierde su única vivienda por haber sido víctima de un fraude y advertimos cuan necesario e imprescindible es el otorgamiento de una sentencia que, por lo menos, le garantice una adecuada reparación del daño.

Consideramos que desarrollar estas ideas básicas tendrán como efecto exhibir un aspecto del sistema penal y procesal penal, que sólo podrá alcanzarse postulando posibles soluciones a los problemas suscitados en relación a la reparación de daño, ya que imaginar un nuevo sistema penal y de enjuiciamiento penal, olvidándose de la víctima, es marginar una vez más a aquel con quien la sociedad está en deuda, pues así como se sostiene que el delito nos afecta a todos, colaborar con quien sufrió particularmente sus consecuencias, es también responsabilidad de la sociedad en su totalidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La relación de los conceptos Derecho Penal y victimología dan como resultado la dogmática orientada al conocimiento de la víctima o "victimodogmática", y desde esta orientación se trata de analizar el comportamiento de la víctima en la génesis del delito.

De los antecedentes históricos se advierte que existe una evolución en el tratamiento jurídico de la víctima en la propia comisión del delito, no se ha dado intervención jurídica a la víctima, ya que la ley, por lo general, trata de eliminar la participación de la víctima en el delito, pero la doctrina en su evolución ha aceptado cada vez más la participación de la víctima en los ilícitos penales.

A pesar de que la victimología se ocupó en sus orígenes, fundamentalmente, de estudiar las relaciones entre el delincuente y la víctima, muy pronto habría de alcanzarse una ampliación de sus objetivos.

SEGUNDA. La victimodogmática tiene como objetivo demostrar que en muchos casos la contribución de la víctima en el hecho delictivo puede afectar la punibilidad del comportamiento del autor, incluso, al grado de excluirla. El estudio del papel desempeñado por la víctima en el desencadenamiento del hecho criminal, "Victimodogmática". Recordemos que algunas víctimas contribuyen dolosa o culposamente a su propia victimización, lo que puede influir en la responsabilidad penal del victimario, incluso hasta erradicarla.

TERCERA. Actualmente, uno de los objetivos de la política criminal, es buscar medios idóneos que ayuden a satisfacer el derecho de las víctimas y no concentrarse únicamente en la sanción como respuesta a la comisión de un ilícito penal, sino que ambas vertientes deben ser atendidas en forma paralela para que

la función del Derecho Penal sea completa y paulatinamente se opte más por la función reparadora que por la idea del castigo, pues al fenómeno del delito no se le puede responder racionalmente sólo con la pena sino que dicha respuesta necesita completarse con la reparación integral de la víctima.

En las últimas décadas se ha desarrollado en el ámbito de la ciencia penal una corriente que enfatiza dos ideas, por un lado, la reparación del daño junto a la pena y la medida de seguridad, y, por otro, un derecho penal cuyos objetivos no son ya solamente la retribución o la prevención, sino básicamente la reparación del daño causado.

CUARTA: Así la instalación de la reconciliación y de la compensación de daños en el derecho penal aporta ventajas para todos los implicados del delito, es decir, para la víctima, el autor y la administración de justicia. Pero el resultado positivo también se confirma desde el punto de vista de los fines de la pena, pues se busca llegar a una atenuación de la pena, o a una suspensión condicional a prueba de la pena, o, incluso, a una renuncia a la pena, si el autor repara los daños producidos y se esfuerza por alcanzar una reconciliación con la víctima.

La importancia de la reparación y de la reconciliación para la prevención especial, estriba en que la obligación de reparar el daño causado y de esforzarse por una reconciliación con la víctima, puede influir positivamente en la actitud social del autor y, la importancia preventivo general de la reparación y de la reconciliación, se precisa en el efecto intimidatorio de la reparación sobre la generalidad de los ciudadanos.

QUINTA. La víctima es capaz de contribuir a la realización del evento, a grado tal que incluso, la responsabilidad del autor quede excluida; de ahí, la importancia de que el estudio dogmático de la imputación a la víctima cobre reconocimiento, para que las consideraciones que giran en torno a ella, sean acogidas por las legislaciones penales a fin de lograr el establecimiento de un

sistema de penas adecuadas y proporcionales. La misión de la imputación, radica en precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, porque un suceso puede ser explicado como obra exclusiva de un autor, o como obra exclusiva de la víctima, o como obra de ambos, o como suceso fortuito o accidental. Por tanto, la víctima también puede ser objeto de imputación.

Por imputación se entiende la existencia en el sujeto, de las condiciones mínimas necesarias para determinar la posibilidad abstracta de que le sea atribuido un hecho punible. La teoría de la imputación objetiva sería el nexo que ha de existir entre un comportamiento previamente calificado de típico y el resultado para poder considerar realizado el tipo objetivo en cuestión.

En palabras de CANCIO MELIA: "Cuando el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que: la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima; la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para ser considerada autorresponsable; el autor no tenga un deber de protección específicos frente a los bienes de la víctima."

Dado lo anterior, nos permitimos demostrar básicamente las siguientes cuestiones.

Una de ellas es que pensar el derecho penal siempre condujo a analizar la conducta del autor del hecho, dejando en un segundo o tercer plano la conducta realizada por la víctima, consideramos que existe un vacío de análisis ya que no son tomados en consideración los aportes efectuados por todos los intervinientes en el conflicto penal.

De lo que se trata es establecer si un determinado comportamiento de la víctima repercute favorablemente en la valoración jurídicopenal del comportamiento del autor.

El presente trabajo tiene sentido, precisamente, como consecuencia de entender que no es del todo justo, a la hora de efectuar la imputación penal, que se haga sin el análisis de la conducta desplegada por la víctima en el delito de que se trate. En este orden, resulta interesante tanto el análisis de los casos en los que ésta efectúa su aporte simultáneamente con el autor del hecho; aquellos en los que dicho aporte al resultado se produce posteriormente; como así también los supuestos donde la víctima realiza un aporte que, en principio, podría significar la determinación del autor, De lo que se trata, es de establecer si un determinado comportamiento de la víctima repercute favorablemente en la valoración jurídicopenal del comportamiento del autor.

SEXTA. El principio de autorresponsabilidad estriba en que el ámbito de responsabilidad de un sujeto debe ser delimitado a partir de su propio comportamiento y, sólo bajo especiales circunstancias también comprende las de otro, lo que quiere decir que la 'autolesión' o 'autopuesta' en peligro de forma responsable excluye la punibilidad de otro en virtud de una colaboración dolosa o imprudente.

La voluntad de la víctima en que se lesionen sus bienes jurídicos produce como consecuencia disminuir el desvalor de la acción lesiva del tercero, dado que el principio de autorresponsabilidad tiene un significado victimológico, de forma que víctima que no toma medidas de autoprotección puede liberar de responsabilidad al tercero que incide en él, cuando el bien jurídico es disponible, o al menos producir una atenuación de la pena, cuando se trata de bienes jurídicos no disponibles.

SÉPTIMA. Sobre el tema, es importante resaltar aquellos ilícitos en los que existe un incremento del riesgo por parte de la víctima, ya que es ésta la que con su propio actuar puede salir del fin de protección de la norma y con ello, asumir una autorresponsabilidad, por lo que, al problema de la imputación de la víctima se le debe ubicar en el nivel de la imputación objetiva, con sus variables de imputación del comportamiento e imputación del resultado.

OCTAVA. Se habla de "autopuesta" en peligro cuando la víctima de alguna forma coproduce el resultado típico a través de su propia conducta y de "heteropuesta en peligro ajena consentida" cuando alguien se expone con plena conciencia del riesgo a la puesta en peligro tan sólo inminente por parte de otro.

La Victimodogmática estudia que efectos puede tener en el injusto la existencia de una corresponsabilidad, esto es, si puede llegar a producir una exclusión del tipo o incluso la antijuridicidad. Esto es, que su máxima interpretativa es que sólo puede incluirse en el tipo penal una acción que afecte a la posible o exigible protección para sí misma de una víctima potencial. Por otro lado, el principio de Victimodogmática parte de la existencia de deberes de autodefensa cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela penal por parte del titular del bien jurídico que ha infringido sus deberes.

En la concurrencia de culpas se examina la aportación causal de cada una de las partes en el delito, por ello esta figura constituye una de las primeras consideraciones en que se reconoce y califica el actuar de la víctima en la comisión de hechos delictivos, no obstante, es importante poner de relieve que la doctrina y jurisprudencia ponen especial énfasis en el campo de la imprudencia.

NOVENA. Ahora bien, por lo que hace al ámbito del Derecho Penal, se estima que el consentimiento es relevante en tres momentos diversos del evento delictivo; uno, cuando constituye el elemento subjetivo del tipo; otro, cuando tiene

lugar como causa de extinción de la responsabilidad o de la pena; y, finalmente, cuando al presentarse puede ser considerado como causa de justificación.

La pretensión de la Victimodogmática consiste en examinar cómo la contribución de la víctima al delito afecta la punibilidad del comportamiento del autor, partiendo de la premisa de que existen víctimas corresponsables en el hecho con lo que se llega a establecer un principio de autorresponsabilidad de las mismas.

DÉCIMA. La cuestión de la intervención de terceros en un suicidio y su tratamiento jurídico-penal es para muchos el punto de partida, o al menos un presupuesto necesario para abordar la configuración general de la valoración de la conducta de la víctima cuando queda afectado por el suceso el bien jurídico vida. De modo directo, se afirma que la existencia de normas que incriminan el comportamiento del tercero que auxilia a la víctima demuestra que existe una decisión político-criminal, limitando las posibilidades de exoneración del autor y, por otro lado, se afirma que la configuración de las normas penales referidas al suicidio, subdivididas en normas que castigan conductas de participación y normas que incriminan conductas de ejecución, debe prejuzgar el tratamiento jurídico-penal de supuestos situados fuera del ámbito del suicidio.

En relación al suicidio existe la discusión sobre considerar al bien jurídico vida como un bien susceptible de disponibilidad, y con ello la interrogante de aplicar o no una sanción en casos de auxilio al suicidio o en los casos de muerte cuando la víctima se ha colocado por voluntad propia junto con otra persona en una situación de riesgo que le ha llevado a perder la vida, pues en ocasiones se trata de acciones que al tener un alto contenido de riesgo para quien las realiza, puede considerarse como actos suicidas, sin que ello implique la voluntad de la víctima de quitarse la vida, sino que al emprender cierta actividad peligrosa se lleva implícito el riesgo de lesión a sus bienes jurídicos.

DÉCIMA PRIMERA. No puede dejar de observarse la importancia que reviste la retribución como castigo que debe imponerse a un hecho cuando este resulta lesivo de bienes jurídicos; sin embargo, al momento en que debe imponerse la pena, se observa que son muy pocos los supuestos en que la legislación prevé penas fijas, pues se puede apreciar que lo que generalmente se reglamenta son penalidades que oscilan entre parámetros muy amplios dentro de cuyos límites deben fijarse.

La determinación de la pena exige precisar qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena en el caso concreto, bajo el presupuesto de que el ilícito culpable constituye la base de la que parte toda determinación de la pena y que la pena debe ser rechazada como un fin en sí misma y admitirla sólo en tanto pueda lograrse con ella algún fin.

Las teorías absolutas de la pena ven exclusivamente su fundamento jurídico en la justicia o la necesidad moral, quedando al margen la idea de utilidad, sólo reconocen el carácter retributivo de la pena. Las teorías de la unión pretenden conciliar los fines de la pena con un método que utilice prevención general en la amenaza de pena, retribución en la sentencia y prevención especial en la ejecución.

DÉCIMA SEGUNDA. La prevención general como fin de la pena expresa que por medio de la pena se quiere prevenir el delito mediante la amenaza de castigo que se ejerce sobre la sociedad en general y el sentido de la pena desde un punto de vista preventivo-especial es evidentemente inaceptable, porque mantiene un significado de retribución al hecho cometido y es contraria a la dignidad humana, por la instrumentalización del individuo que representa, pues puede generar la imposición de una pena por encima del grado máximo de la culpabilidad.

El principio de culpabilidad es el instrumento más transparente para garantizar la proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad del autor manifestada en la gravedad del injusto y en la gravedad de la culpabilidad, así constituye el límite y medida de la pena en el sentido de que razones preventivas no pueden determinar la aplicación de la pena por encima del marco penal adecuado todavía a la culpabilidad. Por ello, inmanente a la idea de retribución es el presupuesto de la existencia de una culpabilidad que puede ser medida según su gravedad.

DÉCIMA TERCERA. Nuestro vigente Código Penal Federal responde a la idea de la preferencia de la prevención especial sobre la general, expresada en la pena adecuada a la culpabilidad cuando beneficia al propio reo, procediéndose a la sustitución de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad por otra menos grave o dejándola en suspenso cuando la ejecución de aquélla pudiera perturbar los fines de reeducación de la condena.

Si la justificación de la utilización de la pena por el Estado reside en su necesidad para proteger los bienes jurídicos más importantes, sólo se justificará aquella pena que sea adecuada para conseguir ese principal objetivo, y, por ello, los fines inmediatos de la pena -intimidación, resocialización, retribución- son instrumentales respecto del fin del Derecho Penal, la protección de bienes jurídicos.

Para posibilitar la concordancia de los fines de la pena en el caso concreto, se desarrollaron diferentes construcciones, las llamadas teorías del ámbito de juego, la teoría de la pena puntual y la teoría del valor relativo o de los niveles. Todas ellas parten de la necesidad de determinar la pena a través de la ponderación de la culpabilidad como fundamento de la pena y se diferencian en el modo y amplitud en que este primer resultado puede modificarse por razones de prevención especial y general.

La teoría del ámbito de juego parte de la premisa de que no es posible determinar la gravedad de la culpabilidad en un punto cierto del marco penal legal, sino que debe oscilar entre un mínimo y un máximo, de manera discrecional. La teoría de la pena puntual marco de culpabilidad, y afirma, por el contrario, que la pena adecuada a la culpabilidad es sólo una. La teoría del valor relativo sostiene que se debe determinar el valor de cada uno de los fines de la pena en relación con cada etapa del proceso de determinación de la pena.

DÉCIMA CUARTA. En conclusión, las consecuencias del principio de culpabilidad en la individualización de la pena son que, la pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad; las necesidades de prevención, ya sea general o especial, no pueden legitimar una pena que supere la gravedad de la culpabilidad.

Una pena entendida como pura retribución carente de fin desconocería la finalidad social de la pena preventiva. Pero la prevención es por sí sola insuficiente para garantizar la limitación de la pena y limitar el poder de intervención estatal en la esfera del individuo, debiéndose completar desde fuera con criterios limitadores, de los cuales, la culpabilidad es la que mejor responde a la idea de que la pena no debe superar la gravedad del hecho cometido por el autor.

De esta manera, al definirse el rol que debe jugar un ciudadano, éste estará en mejores condiciones para defenderse de ataques antijurídicos a sus derechos, o anticiparse a los mismos e, igualmente, el ciudadano común conociendo sus derechos puede exigir un apoyo más eficiente de la autoridad encargada de perseguir los delitos, la que podrá cumplir su función de mejor manera, sustentando su labor en denuncias más fundamentales.

A que podríamos señalar ya los lineamientos sobre los cuales establecer y estructurar, dentro del marco jurídico, diversas disposiciones legales para que sea

directamente la sociedad y las potenciales víctimas la que coadyuven a la prevención del delito. Esto sería mediante la obligación de cada ciudadano de asumir ciertas actitudes preventivas de acuerdo al rol que les corresponde dentro de la sociedad.

Estos pasos podemos advirtiéndolo en diversos ordenamientos jurídicos penales, en los cuales se formarían por disposiciones que atenúan la responsabilidad de los autores de hechos ilícitos, cuando la víctima no ha observado una conducta diligente en los hechos contra ella cometidos.

LA VICTIMODOGMÁTICA

PROPUESTA

A fin de estar en posibilidad de realizar una propuesta, debemos partir de las siguientes premisas, las cuales se infieren del presente trabajo de investigación:

- Mediante el estudio de la victimodogmática, se puede inferir que no es sino hasta fechas muy recientes que se toma en cuenta a la víctima en el desenvolvimiento del Derecho Penal, ya que, por lo general, se pone mucho mayor énfasis en el delincuente y su entorno.
- La situación anterior también se ve reflejada en la legislación penal, pues tanto en el Código Penal Federal, como en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal –que son los ordenamientos que para nuestro estudio se tomaron en cuenta–, se observa que ambos, en el apartado respectivo, sólo consideran a la víctima al momento de determinar la pena y, ello, sólo en el aspecto relativo a su calidad frente al sujeto activo.
- Asimismo, no puede pasar desapercibida la circunstancia de que, en la actualidad, hablar de víctima en el ámbito del derecho penal, implica que se hable de sus prerrogativas, puesto que antes de considerar su posible participación en el delito, lo que se trata es de salvaguardar las garantías que la ley le concede, ya que desde antaño, se ha optado por ver a la víctima desde la óptica que la coloca como un ser desvalido y susceptible de peligro, sin considerar que en muchas ocasiones es la propia víctima la que de forma

imprudente o intencional se coloca en la posición de peligro o de lesión a sus bienes jurídicos tutelados.

Por lo anterior, es que en el trabajo de investigación que elaboramos, llegamos a la conclusión de que los jueces, al analizar la comisión de los diversos eventos delictivos, no sólo deben tomar en cuenta la actuación del agente, sino también la participación de la víctima, pues se ha demostrado que su actuar puede producir una atenuación de la pena o incluso excluirla; sin embargo, y de ello estamos ciertos, es que para lograr ese cometido resulta necesario que la legislación penal regule tales supuestos.

En atención a lo anterior, resulta conveniente citar el contenido de los artículos 52, fracción IV, del Código Penal Federal, y 72, fracciones IV, VII y último párrafo, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que, como ya se mencionó, prevén lo relativo a la determinación de la pena y, en lo que a la víctima atañe, son del tenor siguiente:

“Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

... IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;...”

“Artículo 72 (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así

como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.”

Al respecto, debe decirse que no obstante que ambos ordenamientos penales señalan de qué forma se debe apreciar la figura de la víctima al momento de determinar la pena, los mismos resultan insuficientes, ya que no consideran la actuación y participación de la víctima en la comisión de los ilícitos penales, ni que tampoco esa circunstancia puede provocar la atenuación o, incluso, la exclusión del delito y, por tanto, de la pena aplicable.

Por lo anterior, proponemos las siguientes adiciones a los Códigos Penales, Federal y del Distrito Federal, en los términos siguientes:

- a) Considerando la conducta de la víctima como una atenuante del delito, la redacción sería la siguiente:

... cuando la víctima con su propio actuar imprudente haga posible la realización del ilícito.

... cuando de los hechos se pueda probar que la víctima tenía plena intención de que se causara lesión a sus bienes jurídicos.

Debemos precisar que para que la adición de estas sugerencias pueda ser viable, tienen que analizarse, en específico, los supuestos con posibilidad de admitir esta modalidad, ya que, por ejemplo, en un delito de fraude sería difícil que alguien desee que se lesione el bien jurídico que protege ese tipo penal, no obstante, lo mismo no ocurre cuando lo que la víctima desea es que se le prive de la vida y, al no cometer suicidio, se vale de otro para conseguir su muerte.

b) En el apartado de excluyentes del delito, se podría agregar una fracción en los siguientes términos:

... cuando la víctima haya utilizado a un tercero para que lesionara su bien jurídico afectado y se pruebe que éste último desconocía la ilicitud de los hechos.

Esto, siempre que de igual forma que en el inciso anterior, el tipo penal admita en su comisión esta modalidad, ya que por ejemplo, este supuesto no podría darse en el caso de un tipo de lenocinio.

Así también, para efectos de determinar la punibilidad, en los artículos 52 y 72, de los Códigos Penales, Federal y del Distrito Federal, respectivamente, se deberá adicionar una fracción en la que se señale que el juez al fijar la pena (en la sentencia respectiva), deberá atender a lo siguiente:

... la actuación y participación de la víctima en la comisión del hecho delictivo y si está puede traer como resultado una atenuación o la exclusión de la sanción penal.

La propuesta que en este caso nos ocupa, surge de la necesidad de que la conducta de la víctima, al igual que la conducta del sujeto activo del delito, sea valorada al momento de juzgarse sobre la comisión de un ilícito, para estar en aptitud de decidir si tal delito realmente existe, o bien, si existe en su forma agravada o atenuada y, de esa forma, emitir una condena bajo los lineamientos de la certeza.

Lo que acabamos de exponer encuentra su fundamento en la consideración de que, en tanto nuestras leyes sean más precisas y exactas, podremos coadyuvar a que el Derecho cumpla con sus fines de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. DEVOTO, Eleonora. Conferencia organizada por la Comisión de Arbitraje y Mediación de la Cámara Argentina de Comercio Sobre "La mediación penal. algunas consideraciones relativas a su justificación teórica, CHABANEIX&ASOCIADOS, Abogados-Revista Iberoamericana de Arbitraje, Buenos Aires, 11 de julio de 2001.
2. BERISTAIN, Antonio. La Criminología entre la deontología y la victimología, Revista de derecho penal y criminología, número 1, Facultad de Derecho, Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 1991.
3. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Et Al. Victimología: presente y futuro hacia un sistema penal de alternativas, Editorial promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993.
4. CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal, 41ª edición, Editorial Porrúa, México 2000.
5. CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal, Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de autor y víctima en actividades arriesgadas, Editorial José María Bosh editor, segunda edición, Colombia, 2001.
6. CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima, "imputación de la víctima", Editorial, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998.
7. CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima y responsabilidad penal del autor, Editorial Ángel editor, México, 2001.
8. CANCIO MELIÁ, Manuel. Los orígenes de la teoría de la adecuación social: teoría final de acción e imputación objetiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1994.
9. CREUS Carlos. Reparación del daño producido por el delito, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995.
10. DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Editorial Colex, Madrid, 1995.
11. DRAPKIN S, Israel. El derecho de las víctimas, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid 1980.
12. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. El redescubrimiento de la víctima, victimización secundaria y programas de reparación del daño, Cuadernos de derecho judicial, La victimología, Editado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

13. KUHN, Thomas. La estructura de las relaciones científicas, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
14. GÜNTHER JAKOBS. Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados, Editorial Porrúa, México 2002
15. GÜNTHER JAKOBS. Imputación jurídico-penal, en: Problemas del Derecho Penal moderno, trs. Marcelo Sancinetti y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Argentina, Ed. Hamurabi,
16. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. La moderna victimología, Editorial Tirant lo blanch Libros, Valencia, 1998.
17. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al derecho penal; 8ª edición, Editorial Porrúa; México 2000.
18. MAIER, Julio. La víctima y el sistema penal en de los delitos y las víctimas, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.
19. MAIER, Julio. Los modelos victimológicos, Revista Jurídica, Boletín Mexicano de derecho comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 93, nueva serie, año XXXI, septiembre – diciembre, UNAM, México, 1998.
20. MAIER, Julio. Víctimas en el sistema penal, Jueces para la democracia, número 12, 1991.
21. MARCHIORI, Hilda. Criminología, La víctima del delito, Editorial Porrúa, México, 1998.
22. MARCHIORI, Hilda. Delito y personalidad, Editorial Lerner, México, 1984.
23. MARCHIORI, Hilda. ¿Conoce el Juez las consecuencias del delito?, Colección de Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, Ed. Lerner, México, 1988.
24. MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Criminología, Editorial Trillas, México, 1991.
25. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. La imputación objetiva del resultado, Editorial Edersa, Madrid, 1992.
26. MATTEWS, Roger y Young, Jock. Reflexiones sobre el realismo criminológico, Delito y sociedad, Buenos Aires, CINAP, año II, núm. 3, 1993.
27. RAMÍREZ GONZÁLEZ, Rodrigo. La victimología, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983.
28. REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, Editorial Temis, 2ª edición, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1996.
29. REYES CALDERON, José A. Et Al, Victimología, 2ª edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998.

30. REYES TAYABAS, Jorge, La reparación del daño en procesos penales. Necesidad de una nueva estructura jurídica para que los ofendidos consigan justicia pronta y expedita, Revista Mexicana de Justicia, número 4, volumen I, PGR, PGJDF, INACIPE, México 1983.
31. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología, Editorial Porrúa, México, 1979.
32. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología, Estudio de la víctima, 7ª edición, Editorial Porrúa, México 2002.
33. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Revista Mexicana de Justicia, Número 2, volumen II, 1984.
34. ROMERO, Gladis Nancy. Algunas cuestiones de Derecho Penal, Editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 1999.
35. ROXIN, Claus. Pena y reparación, (conferencia dictada en el auditorio Lic. Eduardo Alday Hernández de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la UJAT. Dr. Honoris Causa), Revista Locus Regis Actum, publicación bimestral del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, Revista Jurídica número 25, enero - febrero 2001.
36. SANDOVAL DELGADO, Emiliano. Ed Al. Individualización judicial de la pena, Editorial Ángel Editor, México, 2002.
37. SANCINETTI MARCELO, Ilícito personal y participación, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1997.
38. SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena, Editorial _Dykinson, S.L., Madrid, 1995.
39. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo, Edit. José María Bosh Editor, Barcelona, España, 1992.
40. TAMARIT SUMALLA, Joseph M. La víctima en el derecho penal, De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima, Editorial Arazandi, Pamplona, 1998.
41. ZAITCH, Damián, y Sagarduy, Ramiro. La criminología crítica y la construcción del delito, Delito y sociedad, Buenos Aires, CINAP, año I, núm. 2, 1992.
42. ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

1. DAZA GÓMEZ, Carlos. Imputación a la víctima, *JuríPolis*, Revista Del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, año 4, número 7, publicación 3, publicación electrónica semestral <http://www.ccm.itesm.mx/dhcs/dcienciapol/archivos/art33.pdf>, pp. 30-32.
2. DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema, ¿Qué es la Victimología?, página web www.taverayasociados.net/victimologia.htm
3. IRIBARREN R, Ezequiel. Introducción a la imputación objetiva, al citar a CÓRDOBA, Fernando. En Consideraciones en torno a la teoría de la imputación objetiva en el sistema de Claus Roxin, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, números 1 y 2, *EIDial.com*, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento 25, año 2003, <http://www.eldial.com.ar/doctri/notas/nt011109.html>.

DICCIONARIOS

1. GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Austria, Buenos Aires, Argentina 1978.
2. Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, Editorial Rotapapel, Madrid, 2001, p. 462.
3. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI, Editorial Ws.Dreskill, S.A., Buenos Aires, 1979.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Compilación de Leyes CD –ROM. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
2. Código Penal Federal. Compilación de Leyes CD – ROM. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
3. Código Penal para el Distrito Federal. Compilación de Leyes CD – ROM. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
4. IUS 2000. CD - ROM. Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917 – 2004. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.