

02

REVISTA DE
**DERECHO DE
SEGUROS**
JURISPRUDENCIA
Y DOCTRINA

Publicación editada por AUDEA,
con la colaboración del Banco de Seguros del Estado.

Distribución exclusiva:
FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA.

EDITADA POR A.U.D.E.A.
Con la colaboración del BANCO DE SEGUROS DEL ESTADO

Directora:
Dra. Andrea Signorino

Consejo de Redacción:
Dr. Alvaro Méndez
Dr. Christian De Souza
Dra. Eloisa Cerdano
Dra. Geraldine Ifrán
Dra. Mercedes Regueiro
Dra. Marianela Melgar
Dr. Nicolás Echarte

REVISTA DE DERECHO DE SEGUROS JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

REVISTA DE DERECHO DE SEGUROS

Nº 2, noviembre de 2007

La dirección no se responsabiliza por las opiniones vertidas por los colaboradores de la Revista

La correspondencia y el canje de la Revista deben ser dirigidos a
A.U.D.E.A. -

Juncal 1305 ofic. 1901
Montevideo - Uruguay

© A.U.D.E.A.

FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA

25 de MAYO 568 - Teléfono 916 11 52 - MONTEVIDEO

Correo electrónico: ventas@fcu.com.uy

DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización del editor.

Con p
prologar e
recepción

En est
temática
como con
al seguro.

De est
profundiz
presentar

Solo a
seguros y
cio para r

El con
que sabid
rima bu
convirti
ciones ex

Desea
tantes. N
les causa
tencias c

Con e
en nuest
quedand
revista q

Atent

DOGMÁTICA PENAL APLICADA AL TRÁNSITO

Dr. Jorge Barrera

Con fecha 10 de agosto del año 2007, el Juzgado Penal de 15° turno, procesa sin prisión al conductor de un vehículo y le impone en carácter de medida sustitutiva la prohibición de conducir por el término de dos años cualquier tipo de vehículo automotor, procediéndose al retiro de la libreta habilitante, la que deberá agregarse al expediente y se comunicará al Congreso de Intendentes, a los efectos de tomar los recaudos en las respectivas comunas y juntas locales.

Surge del expediente penal que una mañana de mayo de 2006 un joven circulaba por una avenida capitalina y embiste a un peatón que cruza la calle en un lugar inhabilitado para realizar dicha acción.

Realizadas las correspondientes actuaciones periciales se demuestra que el procesado circulaba a una velocidad de 81 km/hora, cuando existía un cartel indicador de velocidad máxima de 60 km/hora.

El Juez interviniente consideró que atento a lo expuesto *ut supra* la conducta del conductor del vehículo se adecua *prima facie* a la figura penal tipificada por los artículos 60 y 314 del Código Penal y por ende debe responder como autor responsable del delito de homicidio culpable.

En la sentencia el Magistrado afirma, que aún cuando el informe pericial sostiene que en el lugar donde cruza la víctima no existen elementos que indiquen habilitación para el cruce, entiende que ese hecho si bien pudo haber incrementado el riesgo del insuceso, no fue factor determinante en el acaecimiento del mismo.

En el desarrollo del fallo judicial se expresa que aún considerando la eventual incidencia de la víctima, el hecho igualmente se hubiera producido y el magistra-

do determina el procesamiento del conductor del vehículo basándose en el Art. 59 del Código Penal que consagra: "En los delitos culpables, cada uno responde de su propio hecho".

Teniendo presente que según el Cuerpo de Policía de Tránsito, en la ciudad de Montevideo durante el año 2006, se produjeron 6.648 siniestros con lesionados o víctimas fatales y que en el primer semestre de este año estos datos no vienen en descenso, el tema de la responsabilidad penal en el tránsito adquiere cada día un debate dogmático cada vez mas profundo, que esté basado en el rigor científico de una adecuada teoría del delito a efectos de dar una respuesta adecuada a estos sucesos.

A nuestro entender el tema de la culpa de la víctima y su influencia en los resultados lesivos poseen una trascendencia en el ámbito penal que debe ser debatida y re-examinada a través de la teoría de la imputación objetiva de resultado desarrollada por el maestro alemán Claus Roxin.

Teoría de la imputación objetiva de resultado

Tal como lo señalara en otra ocasión de analizar este tema¹, la teoría de la imputación objetiva del resultado viene a tratar sobre uno de los temas que más problemáticas suscita dentro de la Teoría del delito: la relación que debe de determinarse (sea ésta empírica, normativa, o bien de ambas especies) entre un resultado típico y una acción típica. Lo que la Teoría de marras viene a tratar de regular es cuándo podemos decir que determinado resultado que

¹ BARRERA, Jorge y otros: "Responsabilidad penal y accidentes de tránsito." Edit. AMF. 2da. Edición. 2007.

irrumpe en el mundo fenomenológico es producto directo de una determinado curso causal producido éste por una determinada voluntad final -esto es: una conducta humana.²

De hecho, se puede decir que el fenómeno que describiéramos anteriormente se encuentra ya en el propio nacimiento de la dogmática jurídico penal.

Desde el planteo positivista de VON LISZT, para quien la dogmática se distinguía de la Política Criminal, fundándose únicamente en la existencia de un dato empírico (un hecho natural) que no era otro más que la propia Ley Positiva, más concretamente: el Código Penal. Para este planteo Positivista Naturalista, el delito no es otra cosa más que una exteriorización de una causalidad lesiva, siendo la culpabilidad el aporte doloso o culposo del autor. Asimismo, siendo la realidad un hecho determinado, resultaba partidario de la causalidad (causalismo), lo que por otra parte, no podía ser de otra manera atendiendo a su afiliación a las Ciencias Naturales.

Dentro del esquema del Causalismo, la acción era descrita como todo movimiento corporal humano que causa un resultado; de allí que la configuración de éste último era necesario a los efectos de que pudiéramos señalar que estábamos frente a una acción típica.

Conforme tales parámetros, se desdibujaban los límites entre dos aspectos importantísimos dentro de la mentada Teoría: por un lado la determinación de la existencia de una acción típica; y por el otro lado la relación de causalidad entre la conducta típica y el resultado acaecido. Esto ya que al considerarse la acción como todo movimiento corporal voluntario que causa un resultado, de por sí implica que la averiguación de cuándo se ha causado un resultado constituya un requisito indispensable para determinar cuándo se está en presencia de una acción típica.³

Por todo lo expuesto es que la relación de causalidad resultaba examinada sistemáticamente previamente al tipo penal, ya que aquella era parte de la teoría de la acción, y a su vez, guardaba una naturaleza prejurídica (como concepto de causa).⁴

Véase que entonces, el determinar la existencia de la relación causal, era a su vez, determinar la presencia de una acción típica; lo que generaba que se tuviera configurada en tal ejercicio, además de los extremos señalados, al propio juicio de tipicidad que quedaba reducido a la descripción de un mero proceso causal.⁵

Posteriormente, surgió el movimiento NeoKantiano, encabezado por MEZGER y por Max Ernst MAYER, quienes, siguiendo los postulados de la filosofía Kantiana, entendieron que el Derecho Penal no debía ser analizado dentro de la óptica de las Ciencias Naturales, sino de las Ciencias Sociales o culturales. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Culpabilidad, ya no será suficiente verificar ese nexo psicológico entre el actor y el evento, consistente el mismo en la verificación del dolo o de la culpa. Por el contrario, comenzaran a aparecer -al lado del dolo o la culpa- ciertos extremos de corte normativo/valorativo tales como las "circunstancias concomitantes" de FRANK, hasta llegar al propio concepto de capacidad conocimiento de la antijuridicidad, así como el de la exigibilidad de verificar un comportamiento acorde con tal conocimiento de la antijuridicidad (propios de la obra de FREUDENTHAL).

Lo mismo ocurrió en el tema que nos convoca, esto es, acorde con esta concepción valorativa que se acopla a la concepción puramente natural del positivismo causal, emergen ciertos correctivos de corte normativo respecto de la teoría de la conditio sine qua non, como ser la prohibición de regreso (THYREN); hasta llegar a la llamada Teoría de la causalidad adecuada, según la cual, será causa del resultado no cualquiera que integre -desde un punto naturalista- la línea causal que desemboca

² Op cit., pág. 65.

³ Conforme LARRAURI, Elena. En "La imputación objetiva", edit. Temis, Colombia, 1998; pág. 42 - 43.

⁴ Conforme RODRÍGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal. Parte General". Madrid, 1978, pág. 290.

⁵ BARRERA, Jorge: Op cit., pág. 67.

en el mente
(acciones u
tos estadíst
cial- cultur
de causar d
fica en la
como ser e
nera es qu
nidad: "Pue
quema caus
ramos, la d
dad de una
en el estudi

Tal com
GIMBERN.
modo: si lla
resultado y
ambos, ten
salidad per
minar A -p
existencia
las dos cue
dad, solo lo
existencia
marco del
elegir de au
ces -cuande
minar (aqu
un papel)
resultado o

Como se
de GIMBE
nación de i
de la teorí
cance exten
a la detern
que solame
minarse an
de las acci
ría de la e
la de la cau

Ahora b
tado anteri
lo más gra
dicho esqu
fiesto LAR

⁶ Cfe. LA

⁷ Extraíd
"La causalida
pág. 544 y 54'

⁸ BARRE

en el mentado resultado, sino sólo aquellas (acciones u omisiones) que conforme a datos estadísticos o por considerarse así social-culturalmente, sean pasibles (ex ante) de causar dichos resultados (lo que se verifica en la aparición de ciertos conceptos como ser el de "previsibilidad"). De tal manera es que dijéramos en anterior oportunidad: "Pues bien, véase que dentro del esquema causalista, y tal como ya manifestáramos, la determinación acerca de la tipicidad de una determinada conducta se agota en el estudio de la causalidad."⁶

Tal como manifestara sobre la especie GIMBERNAT ORDEIG: "Dicho de otro modo: si llamamos A a la acción típica, R al resultado y U a la unión material entre ambos, tendremos que las teorías de la causalidad persiguen un doble objetivo: determinar A -primera cuestión- y comprobar la existencia de U -segunda cuestión. (...) De las dos cuestiones atribuidas a la causalidad, sólo la segunda -la constatación de la existencia de U- ha de ser decidida en el marco del problema causal (...) hay que elegir de algún modo, una acción, y entonces -cuando ello se consiga- habrá que examinar (aquí empieza la causalidad a jugar un papel) si esta acción ha producido el resultado o no."⁷

Como se desprende de las apreciaciones de GIMBERNAT, es claro que la determinación de la relación de causalidad dentro de la teoría causalista, pasa a tener un alcance extensísimo, alcanzando así también a la determinación de la acción típica a la que solamente se atiende en caso de determinarse anteriormente, sobre la causalidad de las acciones (de conformidad con la teoría de la equivalencia de las condiciones o la de la causalidad adecuada).⁸

Ahora bien, sin perjuicio de lo manifestado anteriormente, sin lugar a dudas que lo más grave consiste, de conformidad con dicho esquema, y tal como pusiera de manifiesto LARRAURI, el que se relega la de-

terminación de la acción típica a ciencias extrajurídicas, que con sus diversas teorías de la causalidad debían de establecer la presencia o no de una acción típica, aspecto este que solo al Derecho correspondía.⁹

Con posterioridad, y de la mano de Hans WELZEL emerge la Teoría Final de la acción, que diere nacimiento al sistema dogmático que se diera en llamar Finalismo. Dicho sistema se funda en la consideración de que la naturaleza humana es portadora (intrínsecamente) de sentido, esto es, de finalidad. Conforme a la teoría de la acción final, que reconoce su origen en la filosofía Aristotélica, nunca puede ser presupuesto del delito un hecho que no tenga presente los datos de sentido referidos al autor. Conforme este criterio, es que el dolo y la culpa se importa por la Teoría del Tipo de la Teoría de la Culpabilidad, dejando como único contenido de la misma criterios o institutos normativos (imputabilidad, capacidad de conocer la antijuridicidad del comportamiento, y exigibilidad de un comportamiento acorde con lo preceptuado por la norma).

Conforme esta nueva dogmática, cuya matriz empirista y naturalista es incuestionable, sólo será el autor de la conducta responsable penalmente por un resultado típico, en la medida que el mismo haya sido el producto de una conducta dirigida al mismo (tanto por dolo, como por culpa) y respecto a cuyo curso causal, observe su dominio el referido agente.

Ahora bien, no pasó mucho tiempo sin que se tardase en advertir que esta concepción empirista no era suficiente para resolver ciertos casos como por ejemplo el clásico del sobrino quien, para heredar a su tío rico, le convence de que salga a observar desde lo alto de la torre de una fortaleza en ruinas el espectáculo de una tormenta eléctrica, y todo ello a sabiendas que suelen caer rayos en dicho lugar; cosa; ésta última que viene a ocurrir, privándole al tío de su vida.

En el caso expuesto, no cabe dudas de que el sobrino tuvo dolo (conocimiento y voluntad) respecto del curso causal que

⁶ Cfe. LARRAURI, Elena, op. cit., pág. 40.

⁷ Extraído de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en "La causalidad en Derecho Penal", ADP, año 1962, pág. 544 y 547.

⁸ BARRERA, Jorge: Op. cit., págs. 70-72.

⁹ LARRAURI, Elena, op. cit., pág. 41.

acabó quitando la vida a su tío. Asimismo, tuvo en su poder la posibilidad de fomentar tal curso, o bien evitarlo (advirtiéndole por ejemplo a su tío de lo que podía llegar a ocurrir). Ahora bien, los autores finalistas entendían que el dolo no podía entenderse configurado en tales circunstancias y ello ya que el dominio sobre el curso de una tormenta eléctrica se halla fuera del ámbito de previsión, así como de dominabilidad propia de cualquier ser humano.¹⁰

Pero desde tal momento se verifica que, tanto el concepto de previsibilidad /previsión, así como el de dominio, adquieren una sustancia esencialmente normativa o valorativa; y ni qué hablar ello dentro del ámbito de los tipos culposos en donde emerge el concepto de violación del deber de cuidado.¹¹

Dentro de este panorama sistemático que pretendía ser empírico, pero que sin embargo convivía con un sinfín de extremos valorativos normativos a los efectos de limitar su alcance; es que emerge la sistemática creada por el catedrático de Munich, Claus ROXIN.

ROXIN se propone retornar a los extremos valorativos representados por los neokantianos; sin desmerecer por ello los aportes del Finalismo respecto de la acción final, de la teoría del error, del tipo subjetivo, así como del concepto de culpabilidad enteramente normativizado o valorativo -habiendo el dolo y la culpa emigrado al Tipo Subjetivo-.

Para ello propone vincular la dogmática penal con la Política Criminal: los conceptos de la dogmática jurídico penal requieren de cierta normativización, consistiendo esto último en tomar un dato de la natura-

¹⁰ Sobre este tema y su crítica respecto del tratamiento del finalismo ortodoxo, véase: ROBLES PLANAS, Ricardo en: "Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal". Ed. Atelier, Barcelona, 2004; así como en la más novel edición de editorial BdeF, año 2006. Asimismo en prólogo de la obra "Imputación Objetiva" de DAMÁSIO DE JESÚS, realizado por CERVINI, ADRIASOLA y PEREIRA GARMENDÍA.

¹¹ Así lo ha puesto claramente de manifiesto Miguel LANGÓN al analizar los arts. 3 y 4 de nuestro Código Penal, en su "Curso de Derecho Penal y Procesal Penal", pág. 219 y ss., editorial Del Foro, Montevideo, 2003.

leza y aplicarlo conforme a una norma y su finalidad (siendo ésta política criminal). De allí que la culpabilidad pase a ser en el esquema ROXINIANO, Responsabilidad, ya que a la categoría culpabilidad -idéntica a la del finalismo- le agrega la categoría "necesidad de pena" que medirá el quantum (siempre dentro del techo que determine la culpabilidad propiamente dicha) atendiendo a las razones de prevención general negativa y especial negativa y positiva.

Ahora bien, en lo que hace al tema de este trabajo, ROXIN comprende que no cabe un análisis positivista ni empírico a los efectos de determinar si cabe imputar un determinado resultado -penalmente relevante- a una determinada conducta. Para ello se requiere determinar tales extremos desde una óptica normativista, atendiendo a la finalidad de la norma penal. Veamos esto con un claro ejemplo que aporta el Maestro mejicano Enrique DÍAZ-ARANDA:

"(...) existen conductas que objetivamente son exactamente las descritas en el texto de la ley y algo nos dice que no deben ser consideradas como prohibidas porque al hacerlo contravendría el principio de justicia material...".

Por ello, es necesario determinar cuáles son las conductas que pretende prevenir y sancionar el legislador penal y ello sólo se consigue a través de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y los alcances de la prohibición; dicha tarea se realiza atendiendo a los elementos valorativos implícitos en la conducta típica, los cuales son una serie de criterios normativos que se agrupan en lo que he denominado como "teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta" o, como la llama la reciente doctrina mayoritaria, teoría de la imputación objetiva del resultado."¹²

Para verificar esto, debe entenderse que en el esquema de ROXIN, lo que se castiga

¹² DÍAZ ARANDA, Enrique. "Imputación normativa del resultado a la conducta." en "La imputación normativa del resultado a la conducta" AA.VV., editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

en el tipo del F del CP), no es conducta del agente, parte de ésta, víctima más allado. Con ROXIN la relación causal ba naturales, sino valorativos y j aumento de un tido por parte con referencia penalmente tut

Ubicada la T tiva del resulta funcionalista, e la relación entr considerándose de la acción de lante para el le ne el contenido sino que, bien nacido de cons dicas y orienta de significado, ducta es final cunstancias ha jetivo.¹⁴ Tal FELJÓO: "Fre lógicas del tip finalismo, la " tiva" otorga al te valorativo. una es que ni del sujeto nos lizado un tipo ción desde el Una conducta típica de acue tipos de la

¹³ Señala al r en la actualidad diversas teorías incapaces de deli rarse típicas. Er mente normative que utilizara cri ser causal, y un en condiciones + producir limitac acciones que deb

¹⁴ Cfe. RO: PARTE GENER 1993.

en el tipo del Homicidio (nuestro art. 310 del CP), no es el causar la muerte por la conducta del agente; sino el aumento por parte de ésta, del riesgo de muerte de la víctima más allá de lo jurídicamente tolerado. Con ROXIN no hablamos de una relación causal basada en datos ontológicos o naturales, sino por el contrario, de datos valorativos y jurídicos, concretamente: el aumento de un riesgo más allá de lo admitido por parte del orden normativo y ello con referencia siempre a un bien jurídico penalmente tutelado.¹³

Ubicada la Teoría de la imputación objetiva del resultado dentro de una concepción funcionalista, es que se procede a invertir la relación entre acción, finalidad y tipo; no considerándose correcto que una estructura de la acción de carácter prejurídico y vinculante para el legislador sea la que determine el contenido de la finalidad y del tipo, sino que, bien por el contrario, es un tipo nacido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado, el que determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo.¹⁴ Tal como sostiene Bernardo FEIJÓO: "Frente a las concepciones ontológicas del tipo, como el causalismo y el finalismo, la "teoría de la imputación objetiva" otorga al tipo un contenido claramente valorativo. Ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal. Es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma. Una conducta se ve así seleccionada como típica de acuerdo con el fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretados

teleológicamente. La otra consecuencia tiene mayor importancia práctica: a pesar de que una conducta se pueda subsumir formalmente en un tipo penal, sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el "fin de protección de la norma penal". Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el derecho penal. El tipo objetivo pasa a cobrar una especial relevancia dentro de la teoría del tipo, desplazando la importancia que había tenido para el finalismo la finalidad del sujeto. La relevancia que para el finalismo tenía la perspectiva ex ante pasa a ser compensada mediante una perspectiva objetiva ex post (vaticinatio post eventum) complementaria. Todo proceso de imputación supone un juicio retrospectivo por parte del Juzgador. No nos olvidemos que la doctrina mayoritaria es partidaria de un injusto dualista que tenga en cuenta tanto una perspectiva ex ante como una perspectiva ex post. Lo decisivo para el derecho Penal no es únicamente el sentido que el autor quería darle a su conducta, sino también el ámbito de protección de cada tipo penal. Pero la imputación de resultados ya no se entiende cómo la mera constatación de un proceso causal, sino que es fruto de una interpretación teleológico-funcional de los distintos tipos de la parte especial y del fin de protección de cada norma penal."¹⁵

Esta teoría de ROXIN, tal como sostuviéramos oportunamente,¹⁶ parte de cuatro postulados que necesariamente han de verificarse en el caso analizado a los efectos de poder imputar un determinado resultado que acontece en el mundo fenoménico como -justamente, el resultado de una conducta típica. Dichos postulados son:

- 1º) Relación de causalidad entre una persona y el resultado.
- 2º) Disvalor de acción: consistente en la existencia de un riesgo jurídicamente relevante, y que el mismo haya sido creado o

¹³ Señala al respecto LARRAURI: "(...) nadie duda en la actualidad, tras largos años de discusión de diversas teorías causales, que las teorías causales son incapaces de delimitar qué actividades deben considerarse típicas. En efecto, este es un juicio eminentemente normativo; por consiguiente, una teoría causal que utilizara criterios valorativos dejaría por ello de ser causal, y una teoría puramente causal no estaría en condiciones -como analizaremos más adelante- de producir limitación alguna respecto del número de acciones que deben tomarse en consideración."

¹⁴ Cfe. ROXIN, CLAUS. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. T. 1º; Ediciones Civitas, Madrid, 1993.

¹⁵ BERNARDO FEIJÓO, en "Resultado lesivo e imprudencia"; J.M. Bosch editor y Universidad Externado de Colombia ediciones; año 2003; Bogotá, Colombia. Pág. 174 y 175.-

¹⁶ BARRERA, Jorge, et Al., Op. cit., pág. 73 y ss.

aumentado por la conducta (activa u omisiva) del agente.

3º) Disvalor de resultado: consistente en que sea efectivamente tal riesgo creado o aumentado por la conducta del agente y a su vez, jurídicamente relevante, el que se materialice, se realice, en el resultado típico.

4º) Alcance del tipo o fin de protección del tipo: consistente en que el fin de protección de la norma típica, abarque resultados de la clase de los producidos o realizados por el disvalor de acción. En otras palabras: verificar si el tipo penal en análisis está destinado -o no- a impedir tales sucesos.

Queda claro que según esta teoría se excluye de la imputación cuando se disminuye un riesgo, así como si falta la creación o realización de un peligro o en los casos de riesgo permitido.

Competencia de la víctima

La participación de la víctima en el proceso penal ha sufrido una constante pérdida de trascendencia; hasta haber llegado en pleno siglo XX a una situación en donde pasó a ser considerada una parte accesorio, insignificante dentro de dicho procedimiento. De hecho, el proceso penal es considerado una contienda que ocurre entre la Sociedad (o el Pueblo) representado por el Ministerio Público y Fiscal por un lado, y el denunciado -indagado por el otro. Si bien también cabe señalar, de un breve tiempo a esta parte, se han venido sosteniendo (principalmente en la Europa continental) fuertes y encendidos debates acerca de la participación de la víctima en el proceso penal; buscando de tal modo una mayor participación de ésta en tal instancia procesal, evitando así lo que ha dado en llamarse "el convertir a la víctima del delito en también víctima de la dogmática de la teoría del delito".¹⁷

Este verdadero "redescubrimiento" de la víctima por parte del Derecho Penal y Pro-

cesal Penal se ha venido manifestando en varias áreas tal como son claros ejemplos en nuestro país el nuevo Código del Procedimiento Penal (que nunca entrara en vigencia) que ubicaba a la víctima desde el punto de vista de la instrucción, en posición mucho más trascendente; así como la reciente Ley Nº 17.897 de 14 de Septiembre de 2005, en donde se proyecta la creación de un Centro de Atención a las Víctimas (cuya efectividad y accionamiento resultan desde su arranque, muy cuestionables¹⁸).

Pero también ha influido (desgraciadamente con poca o nula incidencia en nuestra doctrina y jurisprudencia) dentro de la dogmática de la teoría del delito, hallándose al respecto tendencias dirigidas a una mayor tutela a la víctima en lo que a su relación de disponibilidad de derechos refiere, por parte del ordenamiento jurídico penal; a aquellas que, bien por el contrario, atienden a una conducción teleológica dirigida a disminuir la responsabilidad que le cabe a quien lesiona bienes jurídicos de terceros -víctimas-, cuando éstos últimos se muestran particularmente "descuidados" en el cuidado de dichos bienes.¹⁹

Véase que esto último, hace referencia a la posibilidad de valorar (desde un punto de vista estrictamente valorativo jurídico penal, o normativo penal) el quehacer de la "víctima" (entendida por ésta a la persona que sufre un menoscabo en algún bien jurídico penalmente tutelado, y debido ello a la

¹⁸ Ha señalado al respecto el Dr. Miguel LANGÓN: "La creación de un Centro de Asistencia a las Víctimas, que puede verse como un hecho coyuntural, para responder a las críticas surgidas respecto de la empatía evidente que esta ley supone para con el sector criminal privado de su libertad, y para compensar de algún modo al pánico social que pudo originarse con el auspicio de la liberación masiva de encausados, es sin embargo, un hecho auspicioso, que no deja por ello de integrarse entre las normas programáticas incorporadas en la ley. La ubicación dentro del Ministerio del Interior denota el apresuramiento de su creación, y la falta de recursos propios y de personal especializado que requiere un Centro de este tipo, pero ello tal vez pueda corregirse en el futuro". Extraído de "Ley Nº 17.897 de 14.9.05. Primeras reflexiones. Ediciones "Del Foro", Montevideo, Uruguay, 2005.

¹⁹ Conforme: CANCIO MELIÁ, Manuel. En "La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. ("Imputación a la víctima"); editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, 1998.

conducta de un tercero, relevancia de tal conducta de la producción de la víctima se está ante una doble norma: por un lado el autor (sujeto interviniendo víctima), y por el otro la víctima. Y dicha valoración efectúa orientada a la relevancia de dichas conductas y lesión sufrida.

Es cierto que, y comparando, surgirá la duda que la conducta del autor, resulta irrelevante para la producción del resultado que, desde el punto de vista de la víctima (y vaya si ello ocurre en los accidentes de tránsito), la contribución de la víctima, lo que es intrascendente, lo que es una oportunidad respecto de la conducta del agente (prima facie) agente como ejemplo de ello es el hecho de hallarse en un espacio y tiempo no controlado por el autor, hasta supuestos de la víctima, respecto de la cual la víctima actúa mediante un determinado grado (como ser la víctima en grado de gran abanico de conductas que la víctima pueden cumplir dentro en tales supuestos) también es claro que en estos casos se podrá vislumbrar una carencia de relevancia de tales conductas (o la conducta del autor o agente) que el tercero interviniente.

Ahora bien, no es un hecho manifestado, tal como en pocos casos, tal como en la relevancia jurídica del agente y de la conducta del autor, tales conductas contundentes. Ello se debe a que en donde tal distinción

¹⁷ ESER, ALVIN. En "Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen", en ULRICH IMMENGA, et al. (ed.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag; Baden-Baden, 1996, p. 1020.

conducta de un tercero), atendiendo a la relevancia de tal comportamiento respecto de la producción de la lesión referida. Ergo, se está ante una doble valoración de corte normativo: por un lado, la conducta del autor (sujeto interviniente distinto de la víctima), y por el otro, la conducta de la víctima. Y dicha valoración normativa se efectúa orientada a determinar la relevancia de dichas conductas con relación a la lesión sufrida.

Es cierto que, varias veces, de dicho comparendo, surgirá con meridiana claridad que la conducta de la víctima, o bien la del autor, resulta irrelevante respecto de la producción del resultado lesivo; ello se debe a que, desde el punto de vista de la casuística (y vaya si ello ocurre en materia de accidentes de tránsito), en numerosos casos, la contribución de la víctima resultará intrascendente, lo mismo que en varias otras oportunidades ello se podrá decir respecto de la conducta de (quien parece prima facie) agente de tal conducta. Señala como ejemplo de ello CANCIO MELIÁ, que el hecho de hallarse la víctima en determinado espacio y tiempo, resultando allí lesionada por el autor o agente de la conducta, hasta supuestos como la ejecución por parte de la víctima de una autolesión respecto de la cual el tercero interviniente actúa mediante una colaboración de segundo grado (como sería un caso de coparticipación en grado de complicidad); en tal gran abanico de casos, tanto autor como víctima pueden cumplir muchos roles dentro en tales supuestos de hecho; así como también es claro que asimismo en muchos casos se podrá visualizar con claridad la carencia de relevancia jurídico penal de tales conductas (o bien de la víctima, o bien del autor o agente -también llamado aquí tercero interviniente).

Ahora bien, no obstante lo anteriormente manifestado, también es verdad que en no pocos casos, tal valoración acerca de la relevancia jurídico penal de las conductas del agente y de la víctima, no arroja resultados contundentes y claros, esto es: unívocos. Ello se debe a circunstancias de hecho en donde tal distinción no se logra con faci-

lidad; veamos el siguiente ejemplo expuesto por el mencionado autor español: dos sujetos emprenden conjuntamente una competencia irregular de motocicletas (generalmente conocidas como "picadas"), circunstancia en la que uno de ellos sufre una caída, causándole tal extremo la muerte.

De manera que, y siguiendo con el planteo efectuado por la más moderna doctrina germano-española, podemos señalar que, conforme a un criterio seleccionador de la casuística que abarca estos casos, cabe distinguir dos grandes "grupos":

1° aquellos casos en que **existe una participación o intervención conjunta de parte de la víctima y del autor**; intervención ésta que genera o aumenta un riesgo más allá de lo jurídicamente tolerado, y que se termina realizando en un resultado lesivo para un bien jurídico (de la víctima). Ejemplo de ello son los casos que emergen justamente de los accidentes de tránsito, donde quien resulta lesionado por una colisión ha observado una conducta que no atendió a los propios deberes de cuidado.

2° casos en que es la propia conducta descuidada de la víctima, la que crea o aumenta un riesgo jurídicamente trascendente, que se viene a realizar en un resultado típico respecto de un bien jurídico de aquella; y ello siempre a posteriori de un comportamiento del autor que -a su vez, y en forma previa- lesiona o pone en peligro a dichos bienes. Como ejemplo a los efectos de clarificar lo antedicho podemos citar el de la víctima lesionada por un ataque con arma blanca por parte del autor, y que, por descuidar sus heridas o por negarse a recibir atención médica, muere.

II) Ahora bien, cabe hacer siquiera una breve referencia, antes de incursionar en detalle respecto de esta institución de la competencia de la víctima, respecto de los motivos que han llevado a desconocer por parte de nuestros operadores jurídico penales, a la misma. Básicamente, se los puede agrupar en tres grandes motivos:

1° la mala lectura que siempre se ha hecho del art. 59 del CPU, que refiere a la institución dogmática del mecanismo am-

plificador del tipo del concurso de delinquentes. Dicho artículo dice algo absolutamente lógico dentro de tal supuesto (el del régimen de coparticipación), y ello es que, en el caso de los delitos culposos, cada agente responde por el hecho propio. Esto, como se señaló es lógico, ya que, dada la propia estructura subjetiva del tipo culposo inconsciente como consciente (ya estudiadas en el Cap. II°), no puede existir coparticipación. Ahora, de allí sacar un argumento para impedir analizar la relevancia que, en el hecho real ha observado la conducta de la víctima, respecto de la del autor, y ello a los efectos de verificar cual fue la generadora del aumento o creación del riesgo típico que se realizó en el resultado típico; resulta a todas luces un exceso que fragmenta toda construcción dogmática que se precie de ser lógico sistémica.

2° se ha argumentado, asimismo, que en nuestro derecho penal no cabe hacer valoraciones respecto de la competencia de la víctima, cuando el resultado típico de marras refiera a la vida de tal víctima. Ello se funda en que, a diferencia del Derecho Penal Alemán, la colaboración o determinación al suicidio, no es una conducta atípica, sino antes bien, una conducta tipificada como delito doloso en el art. 315 del C.P.U.; amén que el homicidio piadoso se recoge en dicho cuerpo legal como causal de impunidad pero de perdón judicial (no es excusa absolutoria) y siempre que se observen densos requisitos establecido en la normativa de marras. Respecto de la crítica de la que este argumento es pasible, me remito a lo expuesto en ocasión de analizar en el Capítulo anterior la "auto puesta en peligro dolosa" de la víctima (dentro del "alcance del tipo penal", como cuarto elemento de la Teoría de la Imputación Objetiva de Roxin).

3° otros autores que han llegado a escribir sobre este tema en el Uruguay, han sostenido que, si bien entienden que del punto de vista dogmático sería recomendable aplicar los criterios propios de la competencia de la víctima, sostienen (se cita SIC) "El fundamento de la posición adoptada no está dado por un texto legal expreso, sino que adquiere vigencia a partir de con-

sideraciones sistemáticas de política criminal, que permeabilizan el sistema legal concreto. Se considera el fenómeno penal como estatal y orientado a fines".²⁰ esta concepción (si bien se le reconoce el mérito de aceptar los postulados de la competencia de la víctima y distinguirlos de la "compensación de culpas" -extremo éste que hemos de atender ad infra-); merece una profunda crítica por desatender una vez más, a la hora de determinar los extremos que conforman el "contorno" del sistema penal, a las normas constitucionales, así como a las normas de derecho Internacional Público en materia de Derechos Humanos (que guardan el mismo rango que las normas constitucionales de la parte dogmática de la Carta Magna, por virtud del juego del art. 72 que establece expresamente que la enumeración de derechos y garantías efectuada explícitamente en la Carta, no excluye aquellos inherentes al hombre y a la forma republicana de gobierno). Tal como se manifestará más adelante, es claro que el sustrato que da forma a esta institución integrante de la teoría de la imputación objetiva, que hemos dado en llamar -siguiendo a JAKOBS- "competencia de la víctima"; no es otro más que el principio de auto responsabilidad de la víctima, y este se encuentra insito en los arts. 7°, 8°, 10° explícitamente, y 72°²¹ implícitamente (en la medida que la Carta Magna reconoce su

²⁰ SCAPUSIO, Beatriz; y FERNÁNDEZ, Lina. En "Concurrencia de culpas o concurrencia de riesgos", R.C.P. T. IV°, editorial Carlos Álvarez, Montevideo-Uruguay, año 1998.

²¹ art. 7° Constitución Nacional: "Los habitantes de la República tienen el derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general." Art. 8° Constitución Nacional: "Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes." Art. 10° Constitución Nacional: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe." Art. 72° Constitución Nacional: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno."

espíritu iusn emerge de la organizado el mente el Gob cia. Este mode como presupu hombres y liba elegir y seguir

Se señaló referencia al i de culpas" a l máticamente víctima" aquí

Primerame conclusión ad propio del de guna manera diado; y men de su distinc la víctima) pu dogmática ju hallar suster para sostene vo).

Muy breve como lo ha n dencia Carlos sólo la existen elementos del tos impruden lidad en el a los demás e delito. De al tales extrem dicha conduc prudente por tima es impo la gravedad d dado objective autor de la ende, acudir pensación de concurrentes admite el De el ámbito de derivada de t

²² Conforme En "Conducta p de riesgos". Ed España, año 200

espíritu iusnaturalista). Pero asimismo, emerge de la propia forma en que se ha organizado el Estado, y más particularmente el Gobierno: esto es, una democracia. Este modelo de asociación política exige como presupuesto fundador la existencia de hombres y libres y responsables, capaces de elegir y seguir elegidos.

Se señaló anteriormente, que se haría referencia al instituto de la "compensación de culpas" a los efectos de delimitarlo dogmáticamente del de la "competencia de la víctima" aquí en estudio.

Primeramente cabe señalar y a modo de conclusión adelantada, que dicho instituto, propio del derecho civil, no puede de ninguna manera confundirse con el aquí estudiado; y menos aún (independientemente de su distinción para con la competencia de la víctima) puede ser de recibo dentro de la dogmática jurídico penal (amén de no hallar sustento normativo alguno como para sostenerle en dicho ámbito normativo).

Muy brevemente, se agregará que, tal como lo ha manifestado con total contundencia Carlos María ROMEO CASABONA, sólo la existencia de todos y cada uno de los elementos del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes puede generar responsabilidad en el autor, y si, además, concurren los demás elementos con figurativos del delito. De allí que resulte indiferente a tales extremos el que también concorra con dicha conducta ilícita, una conducta imprudente por parte de la víctima. Esta última es impotente a los efectos de degradar la gravedad de la infracción al debido cuidado objetivo realizado por el agente o el autor de la conducta. No es posible, por ende, acudir en Derecho Penal a la compensación de las culpas o imprudencias concurrentes de autor y víctima, lo que sí admite el Derecho Civil (concretamente en el ámbito de la responsabilidad aquiliana derivada de un accidente de tránsito).²²

²² Conforme ROMEO CASABONA, Carlos María. En "Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgos". Editorial Comares, Granada, Reino de España, año 2005.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe puntualizar que autores de la talla de CANCIO MELIÁ, han sostenido la posibilidad de que, en casos de que el resultado sea consecuencia tanto de la conducta típica del autor como de una conducta inadecuada de la víctima -confluencia de conductas de autor y víctima-, y atendiendo al principio de auto responsabilidad de la víctima; podría introducirse en esos casos como "regla específica" la disminución de la responsabilidad del autor o agente de la conducta.²³

De nuestra parte, no nos parece aceptable dicha conclusión, ya que tales subespecies fácticas, se ubican dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva en el elemento de la realización del riesgo en el resultado (disvalor de resultado) en donde no cabe -conforme a los postulados normativos ya analizados de la misma- concluir que en dichas situaciones, se deban de determinar atenuantes de la responsabilidad del agente de la conducta. Esto a nuestro modo de entender admite una única lectura: o el resultado se imputa a la conducta del agente o no se le imputa - y ello independientemente de la responsabilidad que respecto del mismo hecho típicamente relevante le quepa a la víctima, tal como lo analizaremos ad infra.

Uno de los temas que conviene también analizar en forma previa al análisis de la "competencia de la víctima", es el que refiere a la denominación del mentado instituto. Si bien autores de gran prestigio han ubicado a dicho instituto dentro de la categoría del "consentimiento" o dentro de determinados principios "victimológicos"; lo cierto es que su correcta ubicación es en sede de la Teoría de la Imputación Objetiva.

De hecho, dentro de la concepción Roxiniana, analizada anteriormente, hallan su sede natural los extremos que se analizarán en el presente, dentro del instituto de la "auto puesta en peligro dolosa" de la víctima -o titular del bien

²³ CANCIO MELIÁ, Manuel, en "Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas." Editorial J.M. Bosch, Barcelona- Reino de España; año 2001.

jurídico lesionado-, sito ello dentro del "alcance del tipo penal".

Autores de la talla de CANCIO MELIÁ, y del genial WOLFGANG FRISCH, han llamado a esta institución dogmática "imputación a la víctima", ubicando a la misma dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva, pero a diferencia de ROXIN, la ubican tanto dentro del disvalor de acción, como del disvalor de resultado, y no dentro del alcance del tipo penal (cuestión ésta que se comparte en el presente trabajo, y que será objeto de análisis a continuación).

Pero lo cierto es que, a los efectos del presente trabajo, se considera más efectista la terminología de "competencia de la víctima", que refiere a los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del "autor" o agente de la conducta o tercero interviniente, halla su ratio en la atribución de lo acontecido (resultado típico de lesividad) al ámbito de responsabilidad de la víctima.

CANCIO MELIÁ, siguiendo a FRISCH, critica esta denominación de "competencia de la víctima", fundamentalmente porque: "parece designar más bien el resultado del proceso dogmático de atribución de ámbitos de responsabilidad, antes que el proceso mismo". Y bien, puede que así sea; pero lo cierto es que, desde el momento que aquí se manifiesta el más ferviente deseo de que ello ocurra en el Uruguay; esto es, que se determinen con precisión las responsabilidades penales que le caben al autor y a la víctima, exonerando al autor de responsabilidad cuando ha sido la víctima la principal responsable del resultado lesivo (por resultarle imputable tal resultado al ámbito de auto responsabilidad de la misma); y ello particularmente en materia de siniestros en el tráfico; no nos molesta que se identifique el Instituto más con las consecuencias que con el derrotero dogmático que hay que seguir para alcanzar aquellas. Se quiere expresar, concretamente, que no vendría nada mal que los Jueces y distintos operadores del derecho penal vernáculo, comiencen a tener presente que hay situaciones en las que, desde un punto de vista normativo, propio de la Teoría de la Imputación Obj-

tiva; si bien puede aparecer un tercero interviniente en el curso causal, llámesele "tercero", "autor", o "agente"; *bien puede éste no resultar el responsable del suceso lesivo, y resultar serlo la propia "víctima"; o "titular del bien jurídico afectado"; y que sea a partir de dicha toma de conciencia, que se instruya debidamente del "camino" o "procedimiento" que se deba de tomar para resolver tal atribución de responsabilidad.*

Tal como señala CANCIO MELIÁ: "La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima introduce en la construcción dogmática de la teoría del tipo un dato -la responsabilidad preferente del titular del bien jurídico- adicional sobre otros mecanismos de distribución de responsabilidad más genérico. Por ello, dentro del primer nivel de la imputación objetiva, la imputación a la víctima debe ser distinguida de otras instituciones, respecto de las cuales mantiene una relación de especialidad."²⁴

Se desprende de lo citado que, el motivo por el cual una conducta en principio típica; resulte en definitiva atípica, siempre que se trate de una contribución de la víctima, se explica únicamente por el hecho de que, y tal como lo ha señalado PUPPE: hay casos en que la intervención del autor en el emprendimiento en el que se ponen en peligro los bienes de la víctima, precisamente resulta impune porque el otro interviniente es idéntico con el titular del bien jurídico lesionado. De tal manera es que se configura en el plano dogmático la existencia del ya referido *ámbito de responsabilidad preferente del titular del bien jurídico* de marras.

Luego de haber compartido estas reflexiones, entiendo que la mera inobservancia del límite de velocidad establecido, no debe ser considerado en todos los casos como el nexa causal de un evento lesivo, sino que debe estar sometido al riguroso análisis dogmático de una adecuada teoría del delito.

²⁴ CANCIO MELIÁ. Op. cit., pág. 68.

1. Introducc

Muchas ve tuación en la dado en virtu pudo haber c: sito.

Paralelam inició el juic estando ampi con cobertur: demnización seguro, por lo lo.

En virtud Compañía de cho del asegu juicio de recu a que el otr accidente le daños que le

Ante ese ¿puede la Co da en garan diente en q contra el act reconvenir? y luego ped Como juega sal? Y el de en dos juici falle distint primero, el sentencia p

Todas es que, en la en la práct cios en que

Como m demos que