

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N° 30 / 2012



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2012**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 30
2012

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones de comisiones de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

¿AUTORRESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA?:
CRÍTICA A LA TEORÍA PENAL DE GÜNTHER JAKOBS
SOBRE EL EFECTO DE «INVISIBILIDAD DEL OTRO»
EN LA IMPUTACIÓN DEL PROPIO RIESGO *

JORGE TORO MUÑOZ **

1. Introducción

Las principales críticas que la teoría penal de Günther Jakobs ha recibido en doctrina se asientan en una comprensión del fenómeno delictivo y su sistema de imputación al sujeto, que prescinde de consideraciones ajenas a la estricta función del derecho penal para la estabilización de la convivencia social sobre la base de la vigencia de las normas jurídicas establecidas en el sistema. El asunto en referencia se

* Agradezco los valiosos comentarios y sugerencias a una versión parcial y preliminar de esta ponencia realizados por los profesores Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn) y Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo (Universidad de Chile), leída en el marco del seminario "*Problemas del Delito y el Proceso Penal: Encuentro internacional en honor a la presencia del profesor Dr. Urs Kindhäuser en Punta Arenas*", celebrado los días 15 y 16 de septiembre de 2011 en la ciudad de Punta Arenas, organizado por el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Magallanes con el apoyo de la Defensoría Penal Pública de la Región de Magallanes y Antártica Chilena.

** Abogado, Magister en Derecho Penal de la Universidad de Chile. Profesor instructor de Derecho Penal y Derechos Humanos del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Magallanes (Punta Arenas, Chile). Av. Bulnes N° 01855, Casilla 113-D. E-mail: jorge.toro@umag.cl

inscribe en una perspectiva que Jakobs ha sostenido sobre la propuesta de entender un ámbito de preferencia del titular de los intereses expuestos a un riesgo de lesión, cuestión que para un partícipe en el mismo hecho, podría constituir la comisión de un delito imprudente. La eventual renuncia que la víctima realizaría en favor del otro que ha lesionado al sujeto, provoca un efecto de invisibilidad para el sistema penal respecto de la responsabilidad del actor. Esto significa que la actuación a propio riesgo del sujeto dispensaría al otro de la atribución del hecho punible (delito imprudente, en esta oportunidad) en atención a que tal conducta de riesgo habría sido aceptada por el titular de los intereses lesionados (vida o integridad física) cuestión que convierte en inocua la intervención del derecho penal en estos sucesos, al no implicar la conducta del otro, una contravención o quebrantamiento a la fidelidad del derecho vigente que se comuniquen a la sociedad, circunstancia que hace improcedente la aplicación de una pena con fines de prevención general positiva.

Para evidenciar las tesis que se proponen en torno al argumento central en discusión, parece necesario comenzar mencionando algunos aspectos que permiten ilustrar la posición de nuestro autor respecto de la estructura que el delito imprudente representa en la teoría del delito, ejercicio que puede expresar una consecuencia coherente con lo propuesto en este sistema, para los casos de acción a propio riesgo e imputación a la víctima. A continuación, se presenta un esquema para la comprensión del fenómeno de la autolesión, en relación a la posibilidad de concebir esta conducta en referencia a la noción de autonomía de organización y libertad de acción del sujeto responsable. Tal consideración permite enfrentar el juicio consecutivo al planteamiento de Jakobs, en atención al principio de responsabilidad jurídica fundado en normas de derecho público.

En lo referente, la idea de Jakobs sobre el tratamiento de los casos de acción a propio riesgo, la existencia de un rol de víctima y un principio de autorresponsabilidad de rango constitucional en el sistema alemán, es en sistemas jurídicos comparados aceptada por alguna doctrina. De esta revisión al pensamiento jakobsiano se enfrenta el problema de la invisibilidad propuesto, planteando algunas tesis que pretenden someter a evaluación el objeto en comento.

2. Aproximación al delito imprudente en la perspectiva de «Jakobs»

Jakobs concentra su atención en la confrontación entre realidad y la representación que de la misma posee el sujeto al momento de la ejecución del hecho. En este sentido, señala que “el autor en la imprudencia yerra al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar”¹. La responsabilidad penal se deriva por que el hecho de la realidad no concuerda con la configuración interna del suceso supuesta por el actor, comportamiento que se encuentra comprendido en el tipo.

Uno de los elementos importantes para entender su posición, es la base de distinción respecto al actuar doloso e imprudente penalmente relevante. En primer lugar, para constatar la existencia de un hecho delictivo contrario a la vigencia de la norma (según el sistema penal de Jakobs) es necesario que en el aspecto subjetivo del delito se concretice alguna de las posibilidades mínimas de imputación. Para ser merecedor de pena un determinado comportamiento del sujeto imputable, es preciso que exista por un lado: en forma positiva, la posibilidad de conocer la norma y la realidad, es decir la existencia de un saber o cognoscibilidad respecto de ambas prestaciones². Y, en el otro extremo, en forma negativa, es necesario que exista una falta o ausencia de motivación para adecuar su conducta en favor del cumplimiento de la norma jurídica, se requiere la inexistencia de un querer o voluntad en el sentido impuesto por el contenido de la norma penal, en este caso el autor dirige su conducta en sentido diverso a lo preceptuado por la norma de comportamiento³.

1. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis. Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Madrid, España. 1995. pág. 381.

2. Cfr. JAKOBS, Günther. “Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas”. (trad. María del Mar Díaz Pita). En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLV, Fasc. I. Enero-Abril, 1992, pág. 220.

3. Aclaremos que Jakobs entiende que en el ámbito de las reglas jurídicas (emanadas de un tercero legislador) no se puede dar una equivalencia obligatoria entre el saber y querer propuesto, como se puede concebir en el caso de las

En el funcionalismo de Jakobs, el tratamiento disímil entre dolo e imprudencia radica en el distinto déficit subjetivo que atañe a cada título de imputación⁴. Como la existencia de un injusto requiere la ruptura de esta equivalencia entre lo cognoscible y lo volitivo, en estricto rigor, ambos estados los denomina “alteraciones psicológicas” que afectan el orden de vigencia jurídica con diversa valoración punible⁵.

reglas naturales aprehendidas por la experiencia (ej. es evidente la conjunción de saber y querer cuando se actúa en base a las reglas básicas de la aritmética, cuando se señala que dos más dos es igual a cuatro, así un contador no podría invocar su falta de conocimiento y motivación para aceptar tal axioma, al momento de registrar los balances finales de la empresa y el resultado es distinto al que tal evidencia matemática supone). En las normas jurídicas ocurre que existe la presunción de conocimiento de la ley y con ella se establece esta ficción de saber o conocimiento de la norma (ej. la norma que sanciona con una pena el matar a otro con dolo, puede ser imputada al infractor porque esta se presume conocida (saber o cognoscibilidad) y además porque en lo tocante a lo volitivo, su actitud contraria la vigencia de la norma debe ser reconducida por el derecho mediante la función de prevención general positiva de la pena, que Jakobs asume, para que el resto de la sociedad entienda vigente la norma que sanciona el homicidio y que tal conducta voluntaria es socialmente reprochable para cualquiera). Un ejercicio análogo entre ambos tipos de reglas en Jakobs. “Sobre el tratamiento...”, pág. 222: asevera que: “Con la promulgación y publicación de las reglas jurídicas no se produce, pues, la conexión entre el querer y el saber. Pero si se fingiera esta conexión, ¿cuál sería la consecuencia?, ¿qué tendría que ocurrir, por tanto, con el acusado que infringiera una norma jurídica tan evidente como la más simple regla matemática? La respuesta es obvia: el acusado hubiese podido realizar la infracción normativa solo si hubiera desconocido la evidencia —no se puede calcular falsamente, cuando se sabe actualmente como hacerlo de forma correcta, y por desconocimiento sería tratado como alguien que hubiera infringido la evidencia de las reglas matemáticas más simples, es decir, como alguien que hubiera pensado que es correcto decir que dos más dos son cinco”.

4. Jakobs sostiene en forma extrema que como el autor imprudente no se opone a la configuración de la realidad establecida por la norma vigente, ni siquiera es necesaria la pena estatal, sino que solo se justifica por motivos de política-criminal. Es decir, la negación de la norma en el delito doloso por parte del autor no sólo justifica una mayor pena, sino que en propiedad teórica fundamentaría la exclusividad de la pena, por el contrario, la imprudencia al no negar la norma, solo es punible en la práctica por otros motivos distintos a los propios de la función de la pena.

5. En el caso de los delitos dolosos, el tipo se centra en la existencia de conocimiento respecto de la realización del tipo, el déficit no se encuentra en el contenido de la norma o en las circunstancias de la realidad fáctica de actuación (conoce ambas prestaciones) sino que en el aspecto volitivo de motivación, su conducta es contraria al contenido normativo porque así lo ha querido.

Respecto de la imprudencia, el déficit se encuentra en lo cognoscible, pero no respecto de la norma (ficción de conocimiento) sino respecto de las circunstancias de la realidad al momento de ejecutar la conducta. No existe una contravención en el aspecto volitivo, porque precisamente el autor no ha conocido en concreto la configuración de los hechos, por lo mismo, su intención no ha sido revelarse frente a la vigencia fáctica de la norma. Ejemplifica Jakobs: “La norma, por ejemplo, declara: la integridad ajena ha de ser observada. El sujeto, que conduce borracho, responde: exacto, yo no voy a lesionar la integridad ajena —y entonces— se produce un accidente provocado por el estado de embriaguez. El delincuente imprudente no se pronuncia contra la propia norma pero sí contra sus condiciones cognitivas de aplicación”⁶.

De este modo comienza por caracterizar a la imprudencia, en primer lugar: como un supuesto de «error» (entre la realidad y su propia representación de la misma) que estima realizable de dos formas a saber: “El autor puede que ni siquiera piense en que algo es real o no, o bien puede imaginarse positivamente que algo es no real cuando de hecho lo es”⁷⁻⁸.

En segundo lugar: Se trata sobre todo de un error siempre «evitable», este elemento es sustancial para el entendimiento de la radicación de efectos penales en la persona del autor, ya que la referencia al ámbito interno del mismo, vincula lo objetivo del hecho típico con lo subjetivo atribuido al autor. Se trata —señala Jakobs— de que “el autor no realiza el juicio consistente en considerar que la producción del resultado es probable, pero podría realizar este juicio si ello le interesase.

6. JAKOBS, Günther. “Sobre el tratamiento...”, pág. 227.

7. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, pág. 381.

8. Creemos que el autor en comento intenta realizar con esta forma de concebir a la imprudencia como error, unificar la imprudencia consciente e inconsciente en un concepto omnicompreensivo. Así estimamos que se desprende del ejemplo que ofrece: Jakobs. Günther. *Derecho penal...*, pág. 381: “Quien conduce un automóvil con los frenos averiados puede no pensar en la posibilidad de un accidente o suponer positivamente que no se va a llegar a un accidente; en todo caso, concurre un error si en realidad acaece un accidente”.

Ello no significa que esté obligado a realizar ese juicio (isi lo hiciese actuaría con dolo!) sino que está obligado a evitar comportamientos que de modo cognoscible producirán un daño”⁹.

Entendemos que en esta posición, el deber no se encuentra en la evaluación perfecta de las condiciones de actuación¹⁰, sino que lo exigible es todo aquello que de algún modo se presenta como cognoscible en la realidad concreta y por tanto evitable en la realización del tipo. Jakobs renuncia a la noción de deber de cuidado, porque si el reproche objetivo para la comisión del delito se concentra en un eventual conjunto de obligaciones que emanan de la actividad de riesgo que el sujeto ha infringido, la determinación del injusto no encuentra respuesta para distinguir, sobre ese deber, un presupuesto objetivo para concebir este error evitable sobre el cuidado, como un fundamento superior a la evidente prohibición de causar (lesión)¹¹.

3. Autolesión: Libertad, autonomía y responsabilidad

Por regla general, los eventos de autolesión, son supuestos en los que el titular de los bienes afectados, renuncia a la protección que el derecho le confiere a esos intereses (vida, integridad corporal, propiedad, etc.) actuando de propia mano en la lesión de estos: la autolesión se agota en el menoscabo de los propios bienes jurídicos. El paradigma de este fenómeno lo constituye el acometimiento absoluto en contra de la propia vida: el suicidio¹². Por otro lado, existen disposiciones parciales

9. JAKOBS, Günther. “El delito imprudente”. (trad. Manuel Cancio Meliá). En: *Estudios de derecho penal*. Ed. Civitas. Madrid, España, 1997, pág. 172.

10. Sobre el alcance para el baremo diferenciado sobre un deber objetivo o subjetivo de cuidado en la evaluación de la acción imprudente, véase entre nosotros Van Weezel, Alex. “Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26. N° 2, 1999, págs. 323-336.

11. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, pág. 388: “Hay tantas modalidades de actuar imprudente como de actuar doloso, y ese empaquetamiento, de lo imprudente en el concepto de lo contrario a cuidado no da por resultado ninguna precisión de lo prohibido (...)”.

12. Véanse referencias en Jakobs, Günther. *Suicidio, eutanasia y derecho*. Tirant lo blanch, Valencia, España. 1999. pág. 70. Roxin, Claus. (et al). *Suicidio y*

o relativas de la integridad física, como es el caso de las autolesiones corporales o mutilaciones (ej. quien de propia mano se infiere lesiones mediante el uso de un silicio en una pierna por motivos religiosos, o quién se cercena parte del dedo meñique para simbolizar su pertenencia la mafia nipona).

Para el derecho penal, estos supuestos no representan objeto de reproche en su ejecución individual¹³. Estas actividades constituyen conductas desprovistas de reproche penal (en forma excepcional podrían resultar punibles, los casos en que quien se autolesiona lo realiza para eludir el cumplimiento de cargas públicas, como el servicio militar, pero el bien jurídico en cuestión sería nuevamente uno distinto a la integridad física del sujeto).

La situación varía en cierto modo, cuando en la autolesión de la vida o integridad física, participa un tercero que colabora o contribuye con el primero, suministrando medios o propiciando contextos para la ejecución de esta conducta autolesiva. En Chile se tipifica en forma autónoma el delito de auxilio al suicidio (artículo 393 del Código Penal) para el caso de quien con conocimiento de causa auxilie a otros en su propio suicidio, a condición de que el suicida pierda la vida (condición objetiva de punibilidad). En España, en el Código Penal de 1995 (artículo 143.2.) se sanciona idéntica conducta, pero sin la exigencia exclusiva de la muerte del suicida, que constituye una agravante de la pena. En Alemania el auxilio o participación en un suicidio ajeno es impune¹⁴.

eutanasia. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Editorial Comares, Granada, España. 2001. pág. 211. Mendes de Carvalho, Gisele. *Suicidio, eutanasia y derecho penal*. Editorial Comares, Granada, España, 2001, págs. 223 y ss.

13. Por ejemplo, a quien se lesiona o mutila a vista y paciencia de los demás, no será procesado por ningún delito contra la integridad física (a lo sumo podrá ser enjuiciado por una falta al orden público o a las buenas costumbres) pero en ningún caso significan una conducta atentatoria al orden social que constituya una infracción a la fidelidad del derecho digna de ser neutralizada mediante la aplicación de una pena por el solo mérito de la autolesión en protección de esos bienes lesionados.

14. Una caracterización sobre los límites y supuestos básicos de la conducta suicida en el derecho penal español (antes de la vigencia del Código Penal de 1995),

La regla general que significa la conducta autolesiva como un asunto extraño a las prescripciones del derecho penal, se demuestra ante la excepción de que en esa conducta personal, intervenga un tercero participando de manera relevante en el suceso. Esta regla se explica sobre una imperecedera discusión sobre los límites y alcances de las nociones de libertad, autonomía y responsabilidad frente a las normas jurídicas¹⁵.

Para entender la decisión voluntaria de autolesión parece necesario excluir toda deficiencia cognitiva respecto del sentido de la actividad emprendida (saber lo que se hace). Este antecedente no comprende la existencia de un motivo o razón en el sujeto distinto al resultado querido¹⁶. Tampoco se trata de explicar el estado emocional o el desarrollo cultural de la persona que decide atentar contra sus intereses¹⁷. Lo importante para contener esta conducta en el ámbito de

en Silva Sánchez, Jesús María. "Causación de la propia muerte y responsabilidad de terceros". En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, España, Tomo XL, Fascículo II, 1987, pág. 454: "Por un lado, (A) si el suicidio se reduce a los supuestos de causación de la propia muerte por el suicida o abarca también los casos en que el sujeto se deja o «morir» o «matar». Por otro lado, (B) en qué medida es elemento del concepto de suicidio el dominio del hecho, es decir, la autoría del sujeto respecto al proceso de producción de su muerte. En tercer lugar, (C) cuáles de las modalidades de dolo resultan abarcadas por las exigencias de que la muerte del sujeto sea querida por este. Por último, (D) y puesto que es generalmente compartido que el suicidio implica la responsabilidad del sujeto que decide sobre su muerte, se trata de determinar conforme a que criterios y en qué términos queda fijada la mencionada «responsabilidad»".

15. En este breve inciso, podemos solo anotar algunas ideas en referencia a esta debida coordinación conceptual, sin formular reflexiones que pretendan argumentar una posición decisoria sobre la relevancia filosófica que para el sistema de normas importa.

16. La decisión precipitada o el meditado plan para el suicidio, no afectan la comprensión sobre los actos que pueden dar lugar a la muerte de acuerdo a las reglas de la experiencia.

17. Es irrelevante que se trate de un joven atormentado por un quiebre sentimental o del matemático que no pudo resolver la conjetura propuesta por la hipótesis de Riemann.

lo permitido, es que aquel que autolesiona sus bienes jurídicos, esté en ejercicio de su libertad de acción. En términos de fenomenología ontológica, la libertad siempre implica el deber de elegirse, en cada selección de cursos en la existencia, el hombre se elige a sí mismo: "El hombre está condenado a la libertad"¹⁸.

Ahora, esa libertad del hombre para decidir cursos de acción, requiere definir como organizar los medios para tales efectos: autonomía. Esta noción concretiza el ejercicio de la libertad para seleccionar las conductas tendientes al fin querido. Se ha denominado autonomía al "derecho del individuo de autodeterminarse, o, lo que es lo mismo, de elegir el propio comportamiento"¹⁹. Supuesto el estado de entendimiento general sobre las consecuencias del acto lesivo, y en uso de la libertad intrínseca a través de la autonomía de elección, la autolesión se inscribe en lo permitido.

A esta relación se impone la noción de responsabilidad jurídica, que determina la solución del problema frente a la intervención un tercero en el suceso. La pregunta por la responsabilidad, parece suponer un otro frente a quien se debe una prestación. La conjetura que presenta esta idea frente al de autolesión, es que parece impropio en derecho establecer un principio de responder frente a sí mismo. La idea de (auto) responsabilidad jurídica es extraña al fundamento de estar en posición de cumplir con la legítima expectativa de otro. La responsabilidad jurídica es el efecto de un incumplimiento de deber normativo frente al requerimiento de un tercero (interés individual: ej. derecho privado) o frente al Estado (interés social: ej. derecho penal). En esa línea, la tensión entre el contenido de libertad y autonomía de la autolesión frente a los fines de la pena, la solución para su ubicación en el lado del riesgo permitido, supone la ausencia de intervención prohibida de un tercero.

18. Cfr. SARTRE, Jean-Paul. *El ser y la nada. Ensayo de ontología y fenomenología*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Losada, 2004, pág. 747: "... el hombre, al estar condenado a ser libre lleva sobre sus hombros el peso íntegro del mundo; es responsable del mundo y de sí mismo en tanto que manera de ser".

19. MENDES. *Suicidio...*, pág. 18. Véase la crítica sobre la noción de auto-legislación en la configuración de esta noción en Sieckmann, Jan. "El concepto de autonomía". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, 2008, págs. 465-484.

Las decisiones del Estado frente a esta coordinación de principios, se comunican con la concepción de "paternalismo"²⁰ que en cualquiera de sus versiones y contenidos²¹, significa una propuesta para interpretar los ámbitos de disposición del propio interés, aun cuando causen un daño para el titular²².

Como se observa, frente a la configuración de estos eventos de autolesión quien actúa es responsable por su propia conducta y resultado, siéndole imputable este daño personal sin que el derecho penal prescriba sanción para tal actividad de disposición de propia mano. En los casos de intervención de terceros en la autolesión, la situación constituye un delito autónomo (de peligro concreto) en ciertos derechos, bajo la prevención de que, en todo caso, la autolesión sigue siendo imputable al sujeto disponente, la sanción para el auxiliador es una conducta ajena a la autolesión: una suerte de participación criminal impropia tipificada en forma independiente. Se trata de una

20. MENDES. *Suicidio...*, pág. 6: "El paternalismo surge exactamente cuando el Estado asume el lugar ocupado en esta relación por el sujeto beneficiante, imponiendo a los ciudadanos sus valores y su concepción de lo que se entiende por bien individual".

21. Sobre las bases de esta idea, señala Mendes. *Suicidio...*, pág. 9: "1) La limitación de la autonomía de una persona por parte de otra y 2) que esta limitación ocurra por motivos de beneficencia hacia la persona cuya autonomía está limitada". Véase un caso paradigmático de objeción de conciencia en tratamientos médicos, en Pérez Triviño, José Luis. "Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado". En: *Indret. Revista para el análisis del derecho*, N° 2, 2001, págs. 1-24.

22. ATIENZA, Manuel. "Discutamos sobre paternalismo". En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 5, 1988, pág. 203: "Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece): a) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma). En referencia a la perspectiva bioética, véase Alemany, Macario. "Las estrategias de la benevolencia. (Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética)". En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 26, 2003, págs. 769-796. El mismo en: "Concepto y fundamentación del paternalismo jurídico". En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, 2005, págs. 265-303.

responsabilidad penal por un hecho (suicidio) pero de diversa fuente (autolesión-delito). Existen dos sujetos responsables, uno por el propio hecho (autolesión), y otro por el hecho de auxiliar (participar).

En la sociedad moderna se conciben contactos sociales anónimos, en atención a la diversificación de roles y la relevancia de las estructuras, por sobre la función personal de los individuos que las ejecutan²³. La autonomía para disponer de atributos personales, cuya manifestación evidente es la autolesión impune para el disponente, es una consecuencia de la posibilidad de autodeterminación en un Estado dispuesto para proteger en lugar de determinar²⁴. En esta línea, el ciudadano puede exponer sus bienes a actividades que engendran riesgo de lesión en ejercicio de la libertad de acción. La categoría del riesgo permitido ingresa a la determinación del injusto para satisfacer la tensión entre autonomía y responsabilidad en casos de imprudencia²⁵. Estas opciones representan el argumento principal para entender problemático el asunto de revisar el alcance de la conducta de la víctima en la imputación de delitos imprudentes a terceros partícipes en actividades de riesgo.

23. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda edición revisada y ampliada., Editorial Civitas, Madrid, España, 2001, pág. 29. Jakobs, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Recopilación de Jacobo López Barja de Quiroga, Editorial Civitas, Madrid, España, 2004, págs. 28-29.

24. Véase MAÑALICH, Juan Pablo. "Determinismo, autonomía y responsabilidad penal". En: Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Ara Editores, Lima, Perú, 2009, pág. 197: "Para la designación de una acción como libremente querida resulta crucial, por ende, establecer qué preferencias pueden ser tenidas por constitutivas para la identidad de la persona, de modo tal que una decisión eficaz de ejecutar una acción en la cual se expresen las preferencias personales del agente pueda ser vista como auto-determinada".

25. Quien asiste a un espectáculo deportivo masivo, de una u otra forma, expone su integridad a eventuales afectaciones. Del mismo modo, quien permite que un tercero en estado de ebriedad lo conduzca hasta su hogar, asume el riesgo de lesión de un accidente de tránsito. El resultado de lesión para quien actuó a propio riesgo puede constituir una conducta relevante para el derecho penal por la participación de un tercero, o de plano, exenta de imputación criminal.

4. Acción a propio riesgo: La posición de «Jakobs»

Esta postura significa una visión extrema del esquema normativo de imputación penal²⁶. Considera que el principal responsable de los efectos perjudiciales a sus bienes jurídicos, es el titular. Parte de la premisa de que existe una preponderancia de la conducta de la víctima, señalado que existe una «competencia de la víctima» en los resultados lesivos o una «incumbencia de la víctima» en la protección personal de su integridad: "...puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio, «Existe, por tanto, una competencia de la víctima»²⁷⁻²⁸.

26. Véase en detalle JAKOBS, Günther. "La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte". En: *Estudios de Derecho penal*. Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1997, págs. 395 y ss. El mismo autor en: *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, José Luis. Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Madrid, España, 1995, págs. 288 y ss.

27. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1996, pág. 109. Agrega con particular claridad sobre estos casos, pág. 110: "... que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la "desgracia", sino la "lesión de un deber de autoprotección" o incluso la "propia voluntad"; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan (...) bajo el rótulo de "acción a propio riesgo".

28. JAKOBS, Günther. *La imputación...*, págs. 92-93. Señala Jakobs con un ejemplo ilustrativo su posición respecto al juicio de imputación de la conducta: "Un agricultor incorpora a su finca una nueva máquina; uno de sus peones la toca lleno de curiosidad y resulta herido (...) Todos los participantes —partamos de esta base— tenían la misma posibilidad de conocer el curso lesivo (...) La primera de las posibilidades consiste en imputar el curso lesivo a la propia víctima, esto es, explicarlo a través de su propia competencia; por ejemplo: quien manosea una nueva máquina, crea, por medio de la lesión de sus deberes de autoprotección, el riesgo de sufrir un daño. La segunda explicación considera que lo decisivo es el comportamiento del

Para Jakobs el ámbito de coherencia entre «lo propio» y «lo ajeno» en el contacto social supone el máximo nivel de objetivización: el establecimiento de «roles sociales»: "No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol. Refiriéndose la denominación «rol» a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta en atención a personas"²⁹.

Jakobs fundamenta parte de su teoría penal en la concepción funcionalista de sistemas de Luhmann³⁰, que significa una

autor que ha colocado la máquina: quien pone en funcionamiento máquinas nuevas debe ocuparse de que ningún curioso se lesione".

29. JAKOBS, Günther. *La imputación...*, pág. 97. Entre nosotros, en esta línea de pensamiento sobre el rendimiento del concepto de «rol social», véase Piña Rochefort, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Bosch Editor, Barcelona, España, 2005, págs. 352-353: "La evolución social se caracteriza por la especialización de las funciones que han de desarrollar aquellos que forman parte del mundo en común. Con el proceso de diferenciación funcional (...) ha habido una importante reducción de complejidad. La complejidad se ha reducido porque ya se sabe que no todo se puede esperar de todos (...) sino que sólo algunas cosas competen a algunos. Cuando este principio (...) se tiene a la vista, la relevancia del rol social en la maquinaria de la imputación se hace evidente (...)". El mismo autor en: *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad*. Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, págs. 135-152.

30. Una serie de ponencias destinadas a destacar el aspecto sociológico del funcionalismo penal y la figura de Luhmann en esta tesis: García Amado, Juan Antonio. "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, 2000, págs. 233-264. Prieto Navarro, Evaristo. "Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, 2000, págs. 265-288. Peñaranda Ramos, Enrique. "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, 2000, págs. 289-320. Este último autor señala: "Funcionalismo equivaldría [...] a orientaciones a fines (sociales) y se opone básicamente a las dogmáticas ontologicistas y, en particular, a la concepción de Welzel y su Escuela. Bajo esta perspectiva es desde luego funcionalista Jakobs, pero también los son destacadamente, entre otros Roxín y sus numerosos seguidores". Giménez Alcover, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Editorial Bosch S.A., Barcelona, España, 1993, passim.

interpretación respecto del contenido del concepto de rol social, para la función del derecho penal como «subsistema», que para la solución de la problemática se colma de importancia, ya que en esta propuesta se resuelve el asunto, no tanto por la valencia del dominio del hecho entre víctima y autor, sino por la relación «cumplimiento/incumplimiento» frente a la expectativa normativa que integra el rol de los partícipes en el hecho³¹⁻³².

Se ha señalado para discernir entre lo que resulta atribuible al aspecto objetivo del delito, lo que consideramos un modelo estrictamente funcional que recalca la prestación del rol como base normativa básica en imputación del riesgo creado y su resultado: «El injusto del delito contra las personas consiste en arrogarse un ámbito de organización, por consiguiente, es imposible que haya injusto cuando la persona que tiene derecho a actuar en ese ámbito de organización participa de manera imputable en la organización: en este caso, ningún otro participante se arroga nada frente a él»³³.

En Jakobs se presenta el mentado «principio de autorresponsabilidad» que compone la base de imputación al ámbito de la víctima en oposición al delito imprudente. Quien organiza sus bienes (vida o integridad física) frente a un riesgo de lesión, consiente en el riesgo, no en el efectivo resultado lesivo frente al autor. Si en una organización conjunta de actuación, la víctima organiza su conducta frente al riesgo lesivo en forma imprudente, vulnera su rol social en el hecho, por tanto se trata de una «autolesión de la víctima impune para el autor». Si el autor del hecho organiza en forma imprudente sus bienes

31. Cfr. JAKOBS, Günther. *La imputación...*, págs. 92-101.

32. JAKOBS, Günther. *Derecho penal...*, pág. 307.

33. JAKOBS, Günther. «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”». En: *Estudios de derecho penal*. Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1997, pág. 220: «Una víctima con una tendencia inusualmente fuerte a resultar dañada no puede pretender siempre que las aportaciones ajenas que afluyen en su favor continúen siendo efectuadas, sino que puede incumbirle la compensación de sus propias debilidades, especialmente cuando tal afluencia sólo se produce por casualidad».

frente a la conducta de la víctima, este incumple su rol social en el evento lesivo, radicándose en su competencia la imputación de las consecuencias penales del ilícito, se trata de una «heterolesión imputable al autor»³⁴.

En España, Feijóo Sánchez se manifiesta conteste con la solución de Jakobs³⁵ en especial en lo relativo a la existencia de un «principio de autoprotección en el riesgo». Señala el autor: «Sólo existe un injusto cuando alguien interviene en el ámbito de organización de otra persona arrogándose la preferencia normativa que ese otro disfruta en ese ámbito»³⁶. Aborda la temática desde la idea de que la autopuesta en peligro o la autolesión de la víctima es por «regla general» una situación de naturaleza impune en el derecho penal español, aludiendo a que los casos establecidos en los artículos 143 y 155 del Código Penal hispano, consagran casos «excepcionales» de sobreprotección de la víctima, en los que interviene un tercero en la disponibilidad voluntaria de la vida

34. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. «Acciones a propio riesgo». En: *Revista CENIPEC*, N° 25, Enero-Diciembre, 2006, pág. 136. Esta autora colombiana sigue el modelo funcionalista-estructural en materia penal propuesto por Jakobs, y realiza un estudio para justificar los casos en que la conducta de la víctima se enfrenta a riesgos creados en forma conjunta con un tercero, para concluir que en virtud del principio de autorresponsabilidad que se derivaría de normas constitucionales (para el caso de Colombia, principalmente en el artículo 16 de su Constitución Política) se debe reconocer como «acciones a propio riesgo de la víctima», por tanto, imputables al ámbito de competencia exclusivo de la misma, todas aquellas que signifiquen una defraudación a los deberes de autoprotección que el rol que le incumbe le asigna en el medio social. El principio de autoprotección sólo es válido en referencia al contexto normativo de la legislación vigente, cuando esta última ofrezca mayores o menores ámbitos de libertad en la organización de la personalidad en la actuación de la persona en actividades de riesgo. Cfr. en detalle sobre esta posición, la tesis doctoral de esta autora: López Díaz, Claudia. *Acciones a propio riesgo*. Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2006, *passim*.

35. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. «Actuación de la víctima e imputación objetiva: Comentario de la STS de 17 de Septiembre de 1999». En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, N° 5, 2000, págs. 291-317.

36. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Actuación...*, pág. 392.

o integridad física de la víctima, ya que en ellos la posibilidad de concretarse el riesgo de lesión al bien jurídico es altamente probable y tal condición justifica la decisión político-criminal de penalizar esos favorecimientos al resultado lesivo. De esta penalización expresa —deduce Feijóo— que la vida y la integridad física sólo son indisponibles bajo ciertas circunstancias objetivas y subjetivas³⁷. De este modo aclara este autor que “la problemática del favorecimiento o motivación de autolesiones y autopuestas en peligro es un problema ya de la imputación del riesgo creado por la persona dañada o puesta en peligro y no una cuestión de la imputación del resultado”³⁸.

Si bien adhiere a la existencia de un ámbito preferente de la víctima en la imputación a su esfera de custodia, señala que este mentado principio de autorresponsabilidad debe ser morigerado en sus postulados y ser objeto de mayores precisiones por la dogmática, ya que aún responde y deriva de nociones fenomenológicas más que normativas. Se hace parte más bien de la existencia de un principio general normativo de «autodeterminación»³⁹. Al mismo punto, el autor español demuestra la vigencia de este principio guía en el estudio de esta cuestión, señalando que la formulación de tal axioma de autodeterminación deriva de la interpretación conforme a valores del derecho vigente, resultado de la propia dignidad humana y que implican el «reverso» de la libertad de

37. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Actuación...*, págs. 293-298, del mismo autor en: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “Fin de protección de la norma de cuidado”*. Editorial Bosch, Barcelona, España, 2001, pág. 345.

38. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Resultado...*, págs. 343-344.

39. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Actuación...*, págs. 308-309: “...considero que ha de imputarse el riesgo a la víctima que ha tomado una decisión libre sobre el inicio del riesgo o la situación de peligro, aunque ésta pierda posteriormente el control por causas imputables solo a ella misma y no al tercero”. Más adelante precisa Feijóo: “En general, hay que afirmar que una decisión de la víctima consciente de la peligrosidad de lo que asume o que se puede considerar como descuidada con sus propios bienes jurídicos debe tener como consecuencia normativa que el hecho sólo se le pueda imputar a ésta, salvo que el derecho positivo disponga lo contrario con normas especiales (por ejemplo, el art. 143 CP)”.

la persona en su propia organización de vida, y que procede de todo el ordenamiento jurídico⁴⁰.

Cancio Meliá fundamenta su aproximación dogmática en el esquema funcionalista tributario de Jakobs. Inicia su estudio definiendo los alcances del principio de autorresponsabilidad sentando las bases de su contenido, el cual coincide en cierta forma con lo diseñado por Feijóo, al respecto anota: “...en principio, el ordenamiento jurídico parece partir de modo implícito de que todos han de responder tan sólo de sus propios actos (...) Si el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho Penal; y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es inculpada de modo excepcional por normas especiales, parece entonces claro, en primer lugar, que queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes”⁴¹.

Sobre estas bases delinea su sistema de «imputación a la víctima» en el esquema de imputación objetiva. Somete a crítica todos los modelos de solución para fundamentar su tesis en torno a las posibilidades de

40. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Actuación...*, pág. 310: “...estos casos límite de autolesión sólo se pueden solucionar de forma satisfactoria si se realiza una interpretación sistemática que no tenga sólo en cuenta normas penales, sino también normas de rango constitucional y en la que se tomen en consideración ciertos principios jurídicos de nuestro sistema constitucional como los de autonomía y autodeterminación”.

41. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas*. Segunda edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 2001, págs. 275-277: “La imagen del ser humano que delinea la Constitución parte, en todo caso, de que éste tiene capacidad de autodeterminarse (...) Especialmente el contenido del art. 10.1 CE (Constitución Española), que consagra el libre desarrollo de la personalidad como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que no esté consagrado implícitamente tal noción del ciudadano como sujeto autónomo (...) El núcleo de la idea de autorresponsabilidad quedaría delineado, entonces, del siguiente modo: a) a todo ciudadano corresponde un ámbito de organización propia de su ámbito vital, b) en principio, también corresponde a quien es titular de tal ámbito de autoorganización la responsabilidad por los daños que puedan derivar de esa organización propia”.

atribución, objeto de las actividades, y limitaciones viables al criterio. Comienza señalando que la atribución a un ámbito preferente a la víctima supone: "a) la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima; b) 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 poder ser considerada (auto) responsable; c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima"⁴².

Señala que lo importante para determinar si se trata de una actividad de "organización conjunta" en la cual es posible distinguir ámbitos competentes de víctima y autor debe alejarse de juicios de orden subjetivo que provengan de nociones como consentimiento o consciencia del riesgo, sino sobre premisas objetivas como corolario del principio de autonomía y responsabilidad de la víctima en un contexto común, lo que Cancio Meliá denomina «significado objetivo»⁴³.

5. ¿«Autorresponsabilidad de la víctima»? El efecto de «invisibilidad del otro»

El Estado configurado del modo en que se ha instalado en las sociedades occidentales, presenta la necesidad de responder ante los

42. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta...*, pág. 284.

43. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima...*, págs. 290-291. Este «significado objetivo» se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son «conjuntos» que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima, y ello como función de su autonomía (...). El criterio decisivo está, por tanto, en determinar hasta qué punto el contacto social en cuestión puede ser definido de modo unilateral por la víctima como inocuo y a partir de qué momento la organización conjunta abandona esa esfera y adquiere una definición objetiva propia que no depende del arbitrio de los intervinientes". Agrega en términos más propicios para el caso concreto como limitación intrínseca de la actividad conjunta e imputación respectiva, p. 295: "En suma: la delimitación de los ámbitos de responsabilidad de autor y víctima puede verse influida por la configuración concreta de la actividad conjunta. Pues cuando ésta implique la asunción de una función especial de control de riesgos frente a los bienes de la víctima, ello modifica los contornos del ámbito de responsabilidad de ésta".

ciudadanos respecto del programa eficaz para la consecución del bien común. A esta idea se acoge el modelo democrático de gobierno, en el cual se promueve la representación política sobre las decisiones generales que afectan el desarrollo y bienestar de la comunidad. En este sentido, el Estado democrático se pronuncia a través de sus poderes sobre la distribución de tres principales derechos o bienes de interés colectivo: vida, libertad y propiedad.

Para el Derecho frente al Estado y la Democracia, así entendida, su función social está vinculada a satisfacer ideales políticos mediante la identificación de normas jurídicas coherentes y su institucionalización frente a los sujetos destinatarios. Esta tarea se le imputa al derecho como instrumento político para la consecución del bien común a través de la estabilización de las relaciones públicas y privadas. En este contexto, el orden jurídico posee el atributo de la coacción para conseguir la fidelidad al derecho y mantener su vigencia frente a eventuales atentados a su supremacía.

En el derecho penal se practica este paradigma de estabilización social con especial rigurosidad, sobre la selección de conductas contrarias al ideal del Estado democrático, en normas de comportamiento (desvaloradas). Por otro lado, la identificación de esas conductas con el contenido de la norma de conducta (relación tipo/tipicidad) activa el dispositivo de estabilización situado en las reglas de imputación (abstracción de la conducta) comprendiendo la consecuencia material del hecho imputable, contenido en la norma de sanción (concreción de la conducta)⁴⁴.

La norma de sanción contiene la pena asignada a la conducta desvalorada por el derecho penal, como respuesta a la propuesta

44. Véase KINDHÄUSER, Urs. "La lógica en la construcción del delito". (Traducción a cargo de Juan Pablo Mañalich Raffo). En: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Tomo 14, agosto, 2009, págs. 499-509. En este sentido Mañalich, Juan Pablo. "Norma e imputación como categorías del hecho punible". En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010, pág. 169: "Lo que justifica entender la imposición de la pena como respuesta jurídica a la realización imputable del supuesto de hecho de la norma de sanción es, entonces, que el comportamiento que satisface esa descripción típica contraviene una norma categórica que ha debido ser reconocida como razón eficaz para la acción por parte de su respectivo destinatario".

“contrafáctica” del infractor (sujeto imputable) que representa la negación al programa del Estado democrático de derecho que ha determinado que el actuar del autor (ej. matar a otro sin causa de justificación) se encuentre reprobada. La pena es la negación de la negación.

La relación «Estado-autor» que se resuelve en la pena, comprende un tercer partícipe del hecho, el cual no siempre es posible de observar en su materialidad, especialmente cuando el objeto jurídico lesionado no se encuentra contenido en cosas o entes corporales (seguridad interior del estado, fe pública, constitución de la familia, etc.) más bien se hace ostensible cuando la lesión de bienes jurídicos se encuentra precisamente asilada en la posibilidad de ser observada en la realidad tangible, es decir, cuando existe una víctima portadora: ente-persona.

Entonces, «Estado-autor-víctima» es la relación triádica que se presenta evidente en los delitos contra las personas, en especial, tratándose de injustos que afectan la vida e integridad física del ofendido. En los delitos de resultado, la comisión de un homicidio o lesiones significa la alteración de un ámbito personal del afectado cuyos efectos parecen significar un atentado grave a la convivencia social que el derecho penal neutraliza con la pena (retributiva-comunicativa para nosotros)⁴⁵.

En determinados contactos sociales la conducta de la víctima en la lesión de sus intereses, es relevante para la determinación del hecho

45. Entre nosotros MAÑALICH, Juan Pablo. “La pena como retribución”. En: *Estudios Públicos*, N° 108, 2007, pág. 184: “La pretensión de legitimidad de las normas jurídicas de comportamiento, de conformidad con la cual cabe fundamentar una expectativa de fidelidad al derecho, no puede depender de su contenido, sino sólo de la identificación de una razón por la cual, independientemente de su contenido, la norma pueda ser entendida como una norma del sujeto a quien se reprocha su quebrantamiento”. Sobre los fundamentos democráticos de la pena Mañalich, Juan Pablo. “Pena y ciudadanía”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, 2005, págs. 63-83. Otro tanto en Bascañán Rodríguez, Antonio. “Derechos fundamentales y derecho penal”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, 2007, pág. 58: “Todo establecimiento de una norma sancionatoria implica una nueva afectación de derechos fundamentales. La sanción estatal es un reproche que al hacerse efectivo que conlleva una afectación de derechos fundamentales distinta y adicional a la restricción de libertad que se deriva de una norma de comportamiento”.

punible y la eventual imputación de la conducta a la norma de comportamiento desvalorada. En síntesis, existen determinadas circunstancias fácticas en que la víctima se expone a contingencias de riesgo en que sus propios intereses se encuentran en una potencial vulneración a propósito de la aportación relevante de su propio actuar en forma más o menos conjunta con la del autor o hechor material del evento (sea en forma anterior, simultánea o posterior). De esta manera, la cuestión de “la imputación del propio riesgo” significa incluir en el análisis del delito, la situación del titular de los intereses afectados, cuando la actividad de este se encuentra en un contexto de vinculación “significativa” con la conducta del agente o hechor: se trata de definir los límites entre la eventual posibilidad de reducir la conducta de propia mano ejecutada por un sujeto (autor) en la actividad de otro, titular de los intereses afectados (víctima).

Jakobs postula que en los casos de consentimiento y actuación a propio riesgo con resultado de lesión, en que la víctima contribuye con su actividad en la lesión que ejecuta un tercero de propia mano, la posibilidad del derecho penal para resolver en favor del afectado la conducta lesiva (sancionar a título de autor de un delito imprudente al tercero) es injustificada y carece de relevancia para sistema penal (eficacia excluyente del tipo). Esto sería válido en la existencia de una asunción del riesgo por parte de la víctima que ha desembocado finalmente en la lesión (ej. muerte o lesión corporal) y que significa entregar al riesgo de la actividad parte de la protección de sus bienes jurídicos en juego.

En esta concepción las relaciones sociales que el derecho penal comprende relevantes para disponer el reproche sobre un sujeto, se plantea fundamental la diferenciación de roles entre los partícipes de un hecho: el desvalor social de la conducta se reduce a una constatación de cumplimiento/incumplimiento del contenido de los roles asumidos (tácita o expresamente) que ingresan en la determinación del eventual injusto (ej. un delito imprudente de homicidio o lesiones corporales).

Acá se produce el denominado efecto de «invisibilidad el otro». Significa que, en el sistema de Jakobs para estos supuestos, el derecho penal no observa a quien efectivamente ha realizado la conducta lesiva (como error evitable) trasladando la responsabilidad concreta que pudiera engendrar el hecho hacia el sujeto lesionado, en atención a

una organización de intereses de este último, calificable de arriesgada o descuidada frente a sus propios bienes. La invisibilidad se observa cuando al analizar el hecho, se pronuncia un veredicto de valoración comunicativa de la conducta, estimándose tal actividad como no defraudatoria, en la sola consideración de la anuencia de la víctima en el riesgo, provocando un efecto en el juicio de imputación de dudosa aceptación: en estas hipótesis quien ejecutaría de propia mano la lesión (el otro) actúa en nombre de quien ha asumido el riesgo de la eventual lesión (víctima) y de ese modo, sobre quien recae la responsabilidad, es el que ha consentido o aceptado el acontecer de potencial lesivo (autorresponsabilidad de la víctima). Por esta capital consideración, en estos casos de imputación del propio riesgo, el «otro» se convierte en invisible para el derecho penal, respecto del juicio de imputación objetiva. La responsabilidad como categoría normativa de imputación desaparece en el hecho para trasladarse a quien actuó a propio riesgo (rol de víctima).

Una consecuencia de este efecto, es definir en la producción de la lesión, que es la víctima quien se lesiona y el actor de propia mano quien sería mediatizado por aquel que asumió el riesgo de lesión. Para el caso del consentimiento, en un ejemplo propuesto por Kindhäuser, sería el caso de que fuese el propio paciente quien se lesione el diente a través del dentista⁴⁶. Pero sabemos que esto no es así, debido a que el dentista es siempre responsable por el hecho (recibe un pago por esa lesión dental) lo que sucede es que el dentista actúa en forma justificada por el derecho a ejercer su profesión. Del mismo modo, cuando el requerido ultima a quien le ha solicitado su propia muerte, no es mediatizado por el requirente, sino que conserva su responsabilidad frente al Estado. La razón de su privilegio en la pena (Alemania-España) es una valoración que el orden jurídico establece en atención a los intereses sociales, no en miras del interés particular del ofendido. La conducta prohibida no desaparece por el consentimiento del ofendido.

La responsabilidad, en el caso de la imputación del propio riesgo, no es posible de ser eliminada o absorbida por la conducta del otro: Si

46. KINDHÄUSER, Urs. "El consentimiento en el derecho penal. Reflexiones desde la teoría de las normas". En: *Ars Iudicandi. Estudios en homenaje al profesor Doctor Jorge Figueredo Díaz*. Vol. 2, 2009, pág. 570.

dos personas son responsables de un hecho, esta se distribuye entre ambas (ej. coautoría y participación) pero la ejecución del hecho por una, no elimina la responsabilidad de las otras. La responsabilidad es una categoría distinta al injusto, esta es la fuente de aquella. A la sazón, Jakobs termina por reducir los supuestos antes explicados a una especie de "autoría mediata impropia".

Quiérase o no (estamos en la negativa) nuestro sistema jurídico vigente mantiene un «excesivo y paternalista» refuerzo sobre los bienes jurídicos relacionados con la órbita material del hombre, y en especial sobre la vida e integridad física de la persona⁴⁷, limitando la capacidad

47. En un sistema penal democrático como el nuestro, se encuentra en sus bases dogmáticas el reconocimiento del ser humano en sociedad. Luego, para poder hacer posible la concreción de esta primera declaración, los textos constitucionales proclaman que tal contenido de carácter programático, se traduce en una serie de garantías fundamentales que toda persona es titular. En este sentido, el artículo 19 N° 1° inciso 1° de la Constitución de la Política de República Chile (CPR), asegura este aspecto: "El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona". Esta garantía fundamental que nuestra Carta Fundamental consagra, es sin duda el bien jurídico individual por excelencia desde la organización civilizada del hombre en sociedad, trascendiendo la labor tutelar del derecho penal, y que gravita en la preponderante defensa de la persona en todas las sedes de responsabilidad jurídica del derecho moderno. Nos encontramos ante una declaración tan substancial para la existencia pacífica de la sociedad, que su observancia se ha consagrado en múltiples declaraciones e instrumentos internacionales, desde finales del siglo XVIII, hasta nuestros días, la mayoría de los textos plenamente vinculantes para la estructura de nuestro derecho interno respetuoso de este axioma. Pero la posibilidad de protección material de la persona en el ámbito de su individualidad física, en la estructura institucional que el Estado puede plasmar y propender en la realidad social, se ve necesariamente morigerada por otra condición de las bases programáticas que la propia Carta Fundamental consagra en el artículo 1° inciso 3°: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Pensamos que si el Estado debe promover la institucionalidad necesaria para que las personas logren desenvolverse en un tramado social que ofrezca las posibilidades de bienestar individual y colectivo, la existencia de innumerables actividades que implican riesgo de lesión material, concede un importante espacio de discrecionalidad para los intervinientes en tales ámbitos de realización personal, riesgos que son tácitamente asumidos por los mismos y que implican un reducto intangible para el Estado, sino se

de disposición sobre tales bienes. En un marco normativo como el vigente, la circunstancia de que sea atípica la «automuerte» (suicidio) o la «autolesión», no envuelve el efecto de permitir que en una situación de riesgo en la cual intervienen terceros que puedan afectar en forma imprudente el ámbito de libertad de elección de la víctima, se presuma la competencia preferente de esta última con efectos en la determinación del injusto. Es función del Estado velar por el hecho de que ese ámbito de autonomía en el desarrollo de actividades que engendran riesgo de lesión, no impliquen un «abuso» en tal configuración social. En este contexto, la autonomía de la persona conlleva la posibilidad de verse afectada por su propia actividad de riesgo, pero esto no implica que renuncie al derecho (a diferencia de la autolesión) solo dispone del ejercicio de sus facultades en contextos de riesgo.

La eventual aceptación de un principio de autorresponsabilidad como el esbozado en las soluciones tributarias de Jakobs, implica un elemento ajeno al sistema jurídico chileno en su actual interpretación. Como en nuestro derecho penal, derivado del artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política que prescribe: “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, consagrando el

quiere llevar su haz de protección social institucional, hasta niveles de anulación del potencial bienestar que estas actividades pueden ofrecer. La existencia de actividades de riesgo en la búsqueda del bienestar, se refuerza con el texto del artículo 1° inciso 2° segunda parte que estatuye: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Este precepto base de la organización social de nuestra nación, termina por respaldar toda decisión individual de acogerse a un colectivo o grupo que logre crear las condiciones necesarias para satisfacer sus expectativas materiales y espirituales, aunque esta decisión conlleve una desprotección tácita de la vida e integridad física, que es la más importante de las garantías, y por lo mismo, el bien jurídico máspreciado en el ordenamiento jurídico. Por ello si nuestra Constitución ofrece un amplio marco individual y colectivo para propiciar el bienestar de aquellos que quieren o deben someterse a resultados peligrosos por motivos materiales o espirituales, las posibilidades de resguardar la vida e integridad física como bien jurídico fundamental se encuentran cada vez más restringidas, por la observancia de esta autonomía del bienestar individual que tiende a desplazar los deberes de protección material de la persona, desde el Estado hacia los mismos sujetos, que como miembros de la sociedad, “entienden” los riesgos que la mayoría de las actividades modernas suponen.

«principio de la responsabilidad por el hecho» como garantía para el imputado en el proceso penal, de este modo, igualmente la conducta de la víctima debe ser analizada conforme al suceso acaecido, y no se debe presumir su competencia o incumbencia preferente por la lesión derivada del riesgo, en especial porque en nuestro medio no rige el mentado principio de autorresponsabilidad⁴⁸.

Esta configuración de la funcionalidad sistémica del derecho en Jakobs, permite señalar que su concepto de imputación penal ofrece una apertura hacia la privatización de las relaciones sociales, en que los partícipes de las actividades en que resultan lesionados, se neutralizan en base a este presunto principio de autorresponsabilidad, que permitiría hacer abstracción de la realidad concreta del suceso⁴⁹. La imputación del hecho al autor, se omite por no constituir esa lesión

48. Referencias sobre los modelos de solución de Roxin y Jakobs en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad: participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia, el criterio del control del riesgo”. En: *Revista General de Derecho Penal*. N° 5, 2011: “La no imputación objetiva de una lesión a la conducta del tercero en algunos de aquellos supuestos en los que la propia víctima acepta o consiente el riesgo de lesión, no se puede fundamentar satisfactoriamente con la mera argumentación desde la impunidad de la participación en el suicidio (que rige en Derecho alemán, pero no en otros Códigos Penales) o con el pretendido principio de autorresponsabilidad; sino que dicha no imputación ha de basarse en el principio de alteridad o no identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro. La distinción de Roxin entre participación impune en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro o puesta en peligro ajena consentida, que es punible con la excepción de ciertos casos de equiparación de ésta a la participación en una autopuesta en peligro, es correcta en principio; pero tal equiparación no puede depender del mero conocimiento común y exacto del riesgo por parte de la víctima y el agente, sino de que haya un control compartido del riesgo por la víctima y el tercero”.

49. Otras referencias en MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Navarra, España, Thomson Reuters-Civitas, 2009, págs. 253 y ss. Feijóo Sánchez, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Universidad Externado de Colombia, 2000, vol. 21, N° 69, passim.

a la víctima un evento defraudatorio a las normas que proscriben el lesionar a otro injustamente, ya que el otro no se irrogaría un ámbito ajeno de organización en la actividad de riesgo (el de la víctima) ya que no incumple ningún rol prevalente en ese contexto respecto de quien se ha organizado de manera arriesgada y resulta lesionada.

Para terminar, se puede esgrimir, en primer término que Jakobs entrega a los sujetos del tráfico social una potestad que es privativa del derecho público: el establecimiento normativo de supuestos que representan un atentado al seguimiento del derecho vigente. Y en segundo lugar, se olvida que el derecho penal es una relación entre tres sujetos (Estado-autor-víctima) y no se trata de una relación bilateral (autor-víctima) al modo de un contrato o convención en la cual se puede eximir de responsabilidad en caso de daños por incumplimiento de obligaciones (en la nomenclatura de nuestro autor, del incumplimiento de roles sociales).

¿EL DELITO PAGA O NO PAGA? CONTRIBUCIONES A PARTIR DE LA TEORÍA DE INTERCAMBIO

EDUARDO MUÑOZ RAMÍREZ *

Imaginemos un hecho ilícito de común ocurrencia: un robo con violencia o intimidación en la persona de la víctima. Al hechor se le presentará el dilema: "el delito paga o el delito no paga" y el delincuente se ve expuesto a esta segunda hipótesis porque la víctima puede defenderse en forma letal para él mismo o pueden hacerse presente testigos, la policía y por consiguiente, pagar un altísimo precio por su intento delictivo que se traducirá en años de encarcelamiento, los malos tratos y vejámenes consiguientes, la pérdida de su trabajo, la eventual prostitución de su mujer y el desamparo de sus hijos.

Específicamente el trabajo de George C. Homans (artículos: "Social Behavior as Exchange" y "Bringing man back in" y obras "Social Behavior, its elementary forms" y "The Human Groups") formulador de esta teoría, se basa en las contribuciones hechas anteriormente por los teóricos del aprendizaje, especialmente la rama interesada en los procesos de condicionamiento operante o instrumental, los cuales manipulaban la aplicación de castigos o recompensas para obtener una respuesta específica y positiva del sujeto sometido a experimentación (Miller y Dollard, Skinner, Hovland). De esta tradición teórica y de

* Abogado y Sociólogo. (U. de Chile. Diplomado en Sociología en FLACSO. M.A. y Ph.D. en Sociología, Washington University St. Louis Missouri, USA.