

Jurisprudencia

Actuación de la víctima e imputación objetiva:
Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 36.842
del (27) de noviembre de 2013, M.P. María del Rosario González Muñoz
SEBASTIÁN FELIPE SÁNCHEZ ZAPATA

Actuación de la víctima e imputación objetiva: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 36.842 del (27) de noviembre de 2013, M.P. María del Rosario González Muñoz*

SEBASTIÁN FELIPE SÁNCHEZ ZAPATA**

1. Introducción

La sentencia del (27) de noviembre de la Corte Suprema de Justicia –en adelante CSJ– se topa con una de las cuestiones dogmáticas más debatidas en la ciencia penal de los últimos años: el problema de la relevancia de la conducta de la víctima para atribuir responsabilidad penal al autor. Precisamente, tal problemática, ha suscitado la elaboración de valiosas monografías extranjeras¹ y nacionales², que

* El presente artículo hace parte del componente investigativo del autor dentro del proyecto de investigación “Repensando el derecho penal: complejidad social y seguridad como retos de un derecho penal a la vez garantista y eficaz”, grupo de investigación de la Universidad León (España) y la Universidad EAFIT (Colombia).

** Abogado Universidad Eafit. Miembro del grupo de investigación “Justicia y Conflicto” de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Contacto: ssanch@eafit.edu.co

1 LUZÓN PEÑA, “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 *Nuevo Foro Penal*, número 74, 2010, pp. 60; AA.VV, *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de septiembre de 1999 Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater)*, coords. Díaz y García Conlledo/ Paredes Castañón, Universidad de León, 2004; FELIJO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, primera edición, Editora jurídica GRIJLEY-Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2002, pp. 441-521.

2 En la doctrina nacional, sobre el tema: LÓPEZ DÍAZ, *Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad*, Universidad Externado de Colombia, 2006; REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos de la imputación*

han entendido que tal influencia puede, incluso, excluir la responsabilidad penal del sujeto activo de la conducta delictiva.

Desafortunadamente, no es este el espacio para abordar muchos de los problemas relativos a la relevancia de la actuación de la víctima en la atribución de responsabilidad penal al autor. De allí que los propósitos del comentario sean bien modestos: no viene al caso abordar los problemas que genera la “conurrencia de culpas en el Derecho penal”; mucho menos, estudiar los problemas que se derivan de la autoría y participación, de la llamada “victimodogmática” o de la ubicación problemática del asunto en el plano causal; conviene, más bien, ilustrar el estudio de la problemática en sede de la imputación jurídica del resultado -más precisamente- al interior de la teoría de la imputación objetiva del resultado, opción acogida, aunque con reparos, en nuestra doctrina penal nacional. Desde luego, no hay que olvidar que el asunto guarda incidencia con la configuración del principio de autorresponsabilidad en materia penal, en cuyo seno se edifica una de las construcciones dogmáticas más cuestionadas debido a su alta carga de maleabilidad jurídica: me refiero a la discutida categoría de la autopuesta en peligro³.

En este orden de ideas, en absoluto pretendemos realizar una aportación dogmática al tema; el propósito está enfocado, únicamente, a un análisis relativo a la solución propuesta por la sentencia objeto de estudio. Así, en primer lugar, detallaremos los hechos más relevantes de la sentencia, nos centraremos después en la parte resolutive de la misma y finalmente seguirá una valoración crítica sobre los puntos que, al parecer, no parecen estar tan claros, ciñéndonos, eso sí, al hilo argumental propuesto por la CSJ.

2. Hechos relevantes de la sentencia 34.023 de la CSJ del (27) de noviembre de 2013

La sentencia que se comenta analiza el comportamiento del señor (J) quien conduciendo en estado de embriaguez, perdió el control de su vehículo estrellándose contra un andén y ocasionando lesiones considerables a sus compañeros (E), (C), (Y) y (A) quienes se encontraban con él y con los cuales previamente había compartido en una fiesta empresarial en la que, conjuntamente, ingirieron bebidas alcohólicas.

objetiva, ADPCP, tomo XLV, fasc. III, Septiembre-Diciembre 1992, pp. 933-968; MACHADO RODRÍGUEZ, CAMILO. “La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca)”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, número 90, vol. xxxi, enero-junio de 2010, pp. 89-113.

3 Al respecto, por todos, ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. Luzón Peña/ Díaz y García Conlledo/ De Vicente Remesal, Civitas, 1997, pp. 386 y ss.

La sentencia de primera instancia concluyó que (J) era autor penalmente responsable del delito de lesiones personales culposas conforme a los artículos 111, 112 inciso 2, 113 inciso 2 y 114 inciso 2⁴. El *a quo* condenó a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de veintiséis (26) salarios mínimos legales mensuales vigentes a (J) como autor responsable de las lesiones personales culposas causadas a (E) producto de la respectiva querrela y de los 65 días de incapacidad médico legal, secuelas, deformidad física y perturbación funcional que le propinó⁵.

Impugnada la sentencia por el defensor, el *ad quem* confirmó la condena pero modificó la pena reduciéndola en siete (7) meses y seis (6) días de prisión y multa de cinco punto dos (5.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁶, decisión contra la que se interpuso el respectivo recurso extraordinario de casación. Así, aunque se concluyó que (J) era autor de las lesiones personales culposas, ambos falladores arribaron a conclusiones distintas respecto a la tasación de la pena.

3. Problema jurídico

En atención al hilo argumental propuesto por la CSJ se cuenta con el siguiente problema jurídico: definir los presupuestos que configuran una autopuesta en peligro o, en términos más globales, dejar sentado cuándo nos encontramos ante una acción a propio riesgo.

Al respecto, la alta corporación señaló que (J) “al conducir el vehículo bajo el influjo de bebidas embriagantes vulneró el deber objetivo de cuidado, desarrollando una actividad peligrosa sin contar con las condiciones adecuadas para ello” y en consecuencia, “la autopuesta en peligro pregonada en la demanda, con fundamento en la cual se afirma la imposibilidad de imputar al procesado el resultado lesivo, no se configura por cuanto está ausente un presupuesto esencial de dicha figura jurídica, a saber, la capacidad plena de la víctima de entender el alcance del riesgo”⁷.

4 Sentencia de primera instancia, Juzgado Veintinueve Penal Municipal de Medellín, 5 de mayo de 2010. Tanto (E), como (C) y (A) presentaron las respectivas querrelas, más no así (Y) quien manifestó desistir de cualquier acción relacionada con el accidente. Sin embargo, (A) concilió los perjuicios causados y (C) suscribió acuerdo de transacción con la empresa aseguradora.

5 Las lesiones ocasionadas a los demás pasajeros del vehículo fueron de 55 días de incapacidad médico legal, secuelas de carácter permanente, deformidad física y perturbación funcional para (C); 10 días de incapacidad, sin secuelas para (Y); y, 60 días de incapacidad, secuelas y perturbación funcional para (A).

6 Sentencia de segunda instancia, Tribunal superior de Medellín, noviembre 13 de 2009, folio 408, cuaderno 1.

7 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 36.842 del (27) de noviembre de 2013, M.P. María del Rosario González Muñoz, p. 15.

Lo anterior por cuanto (E), según lo declarado en el proceso, “no tenía la capacidad de discernir sobre el riesgo y el posible resultado del mismo, dado que también se encontraba en estado de alicoramiento, situación que, a no dudarlo, le impedía valorar en toda su dimensión el peligro de abordar el vehículo dirigido por el procesado puesto que tenía sensiblemente disminuidas sus facultades intelectivas”⁸.

Con este sustento, la Alta Corporación dejó de lado los argumentos esgrimidos por el censor toda vez que estos no lograron demostrar el cargo formulado, esto es, la violación directa de la ley sustancial por inaplicación del artículo 9 del Código Penal⁹; de esta manera, permaneció incólume la doble presunción de acierto y legalidad que amparó el fallo proferido por el *ad quem*.

4. Parte resolutoria de la sentencia de la Sentencia 34.023 de la CSJ del (27) de noviembre de 2013

En virtud de lo mencionado, para sellar la responsabilidad penal de (J) a título de autor de lesiones personales culposas, la CSJ afirmó que “el resultado lesivo debe ser consecuencia del riesgo aceptado y no de acciones adicionales no consideradas ex ante por la víctima, como ocurrió en este evento, donde (J), además de conducir bajo el influjo del alcohol, lo hizo con exceso de velocidad, circunstancia no conocida con antelación por la víctima y respecto de la cual no puede pregonarse que haya asumido el riesgo”¹⁰, motivo por el cual no caso el fallo confutado.

5. Algunas reflexiones sobre las consideraciones jurídicas de la CSJ

La sentencia objeto de estudio se ocupa de dirimir el problema pregonado por el censor al señalar que en el caso se configura una autopuesta en peligro en cuyo origen contribuye tanto la conducta del autor como la de la víctima.

El argumento central de la defensa –al amparo de la violación sustancial del artículo 9 del Código Penal vigente- gravita en torno a la idea que (J) causó materialmente las lesiones acreditadas en el proceso pero “que las mismas no pueden imputársele porque fueron consecuencia del actuar imprudente de la víctima, quien decidió subirse al vehículo sabiendo que el conductor estaba bajo los

8 Ibíd p. 15.

9 Véase, al respecto de la disposición: SÁNCHEZ ZAPATA, “La conducta punible en el derecho penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal”, en *Nuevo Foro Penal*, número 81, 2013, pp. 13-67.

10 Ibíd, p. 16.

efectos del licor, siendo su imprudencia la que lo colocó en peligro, concretándose una autopuesta en riesgo”¹¹.

Por su parte, la alta corporación cimentó la atribución de responsabilidad penal de (J) sin estimar cuál era la incidencia de la víctima en el juicio de atribución de la responsabilidad al autor, es decir, la CSJ se limitó a afirmar que fueron las circunstancias no conocidas por (E) y motivadas por (J) las que finalmente desencadenaron la producción del resultado, fundamentalmente, el exceso de velocidad, cosa estimable aunque insuficientemente explicada. ¿Por qué la falta de conocimiento de las circunstancias en que se desarrolló la conducción es motivo suficiente para imputar objetivamente el resultado de las lesiones a (J)?.

En primer lugar, debe tenerse presente que en el caso en concreto, si bien se hizo uso de la idea del profesor Roxin al distinguir, a efectos de imputación objetiva, entre la participación en una autopuesta en peligro de la propia víctima (en cuyo caso no existiría imputación objetiva del resultado al autor) y la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste o lo que comúnmente se denomina heteropuesta en peligro (en virtud de la cual el resultado sería imputable al autor, salvo que esa heteropuesta en peligro equivalga a una autopuesta en peligro, lo que sucederá cuando el daño sea consecuencia del riesgo aceptado y no de circunstancias adicionales)¹², todo apunta a que el comportamiento de (E) escasamente guardó notabilidad a efectos de atribuir responsabilidad penal a (J).

Esto es algo para tener en cuenta, no solo por el riesgo de adoptar interpretaciones doctrinales extranjeras al interior de un ordenamiento jurídico como el nuestro, llevando a la apariencia de que la solución conduce al éxito cuando, en realidad, las consecuencias que de allí se derivan no resultan ser tan claras¹³, sino, propiamente, porque el sustento jurídico adoptado por la CSJ debe revestir de total claridad, coherencia y razonabilidad, a efectos de brindar la solución que resulte más adecuada para el caso concreto.

Con ello, no estamos cuestionando, ni mucho menos, el valor científico que reviste la distinción de cada una de las categorías en comento; lo que queremos destacar es que la solución adoptada en la sentencia se limita a comprobar una serie de requisitos cuando una persona se coloca en riesgo o permite, de manera

11 Ibíd, p. 5

12 Precisamente, cuándo el sujeto puesto en peligro tenga la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro y cuando el sujeto puesto en peligro sea consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro. Al respecto, por todos: ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. D.M Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, pp. 190 y ss; también, AA.VV, *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, ob. cit. pp. 60 y ss.

13 Sobre el tema: SÁNCHEZ ZAPATA, “La conducta punible en el derecho penal colombiano”, ob. cit. pp. 13 y ss.

consciente y voluntaria, que un tercero lo ponga en esa situación, concluyendo que resulta viable imputar el resultado lesivo causado, dada la pretermisión del deber objetivo de cuidado, sin enfocar el asunto desde el deber de autoprotección que le asiste a todas las personas. Frente a estas concretas pautas es que resulta inevitable hacer una modesta reflexión.

5.1 ¿Existe autopuesta en peligro?

Es claro que para la CSJ el procesado (J) condujo su automóvil en estado de embriaguez y excediendo la velocidad permitida, circunstancias desencadenantes de la pérdida de control del rodante y, consecuentemente, de las lesiones de los pasajeros, entre ellos (E).

Ahora bien, si en gracia de discusión aceptamos que no estamos en presencia de una heteropuesta en peligro consentida sino de una autopuesta en peligro, se tendría que analizar la existencia de los siguientes requisitos: *i)* que el daño ocasionado sea consecuencia del riesgo aceptado corrido por la víctima y no de fallos adicionales; *ii)* que el sujeto puesto en peligro tenga la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro, es decir, que quien lo pone en peligro no sea garante; y, *iii)* que el sujeto puesto en peligro sea consciente del riesgo en la misma medida que quien lo pone en peligro.

En efecto, las lesiones producidas a los pasajeros del vehículo no fueron consecuencia del riesgo aceptado *ex ante*, pues tanto (E), como (A), (C) y (Y) no consintieron la conducción del automotor mediante exceso de velocidad y menos aún, consintieron un menoscabo de sus propios bienes jurídicos.¹⁴

Igualmente, parece que el comportamiento realizado por (J) se encasilla en un actuar precedentemente ilícito por lo que, en principio, resulta garante de los bienes jurídicos encomendados en concreto. Lo que no parece tan claro es que (E) tuviera capacidad de afrontar, a conciencia, el riesgo al que se iba a someter de la misma forma en que debía tenerlo el sujeto activo de la conducta punible; es decir, la víctima se encontraban en estado de alicoramiento, situación que, en palabras de la CSJ, "le impedía valorar en toda su dimensión el peligro de abordar el vehículo dirigido por el procesado puesto que tenía sensiblemente disminuidas sus facultades intelectivas"; en otras palabras (E) no tenía la capacidad de discernir sobre el riesgo y el posible resultado del mismo. En todo caso, parece que la sentencia se queda corta al momento de examinar esta troika conceptual que, finalmente, es la que permite aseverar la inexistencia de una autopuesta en peligro. Puntualmente, son estos los enfoques que pasamos a detallar.

14 Acerca del consentimiento en materia penal: ROXIN, *Derecho Penal*, ob. cit. pp. 509 y ss.

5.2 Sobre los criterios de configuración de una autopuesta en peligro

Según la doctrina penal nacional calificada¹⁵ son tres los presupuestos señalados para pregonar la configuración de una acción a propio riesgo: 1) En el caso concreto, que la víctima tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado; 2) que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar, con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo; y 3) que el actor no tenga posición de garante respecto de ella.

Desde luego, por más que (E) tuviera la facultad de decidir si asumía el riesgo y el resultado, esto es, tuviera la posibilidad de conocer efectiva –o potencialmente– el peligro que afrontaba con su actuar, (J) era garante de los bienes jurídicos en concreto encomendados –entre otros, vida e integridad personal– de conformidad con la teoría del actuar precedente ilícito; esto significa que no es posible valerse de una autopuesta en peligro con fundamento en la cual se excluyera la imputación jurídica del resultado lesivo al procesado porque, sin lugar a dudas, no se configura uno de sus elementos esenciales: que el actor no sea garante de los bienes jurídicos de la víctima.

No es este el espacio para discutir si el artículo 25 del Código Penal acoge una teoría formal, material o si, en su defecto, acepta una cláusula general o especial de equivalencia. Creemos que esta disposición consagra, por regla general, la existencia de una cláusula global de garantía cuando se encomienda al agente la protección en concreto de determinado bien jurídico protegido o bien, cuando se le encomienda la vigilancia de una determinada fuente de riesgo conforme a la Constitución o a la ley.

En virtud de lo anterior, como (J) tenía a su cargo la protección en concreto de la vida e integridad física de los pasajeros del vehículo, palmario es la existencia de un deber de evitación del resultado producido. Otra cosa es que el legislador haya querido ensanchar la cláusula de equivalencia mediante la consagración tópica –y casi enciclopédica– de los numerales 1, 2, 3 y 4, estados constitutivos de la posición de garantía que cumplen un papel reforzador frente a taxativos bienes jurídicos: vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexual, de manera que el solo actuar precedentemente ilícito configure la posición de garantía.

Por consiguiente, notorio es para la CSJ que el procesado fuera garante conforme al artículo 25 numeral 4 del Código Penal vigente¹⁶, dado que la

15 LÓPEZ DÍAZ, "Acciones a propio riesgo", *Revista Cenipec*, volumen 25, enero-diciembre, 2006, pp. 115-174.

16 Art. 25 Código Penal. (...) Son constitutivas de posiciones de garantías las siguientes situaciones:

denominada cláusula de injerencia ocupa un rol fundamental al momento de imponer al autor la obligación de neutralizar los riesgos que se deriven para otros bienes jurídicos puestos en juego a partir de su comportamiento contrario a la ley.

De manera que, cuando (J) desestabilizó ilícitamente el foco de riesgo –corrido pero no aceptado por (E)- y siendo la persona encargada de garantizar que con su actuación no se generara un resultado lesivo para la integridad personal de los pasajeros, él es autor, en comisión por omisión, de las lesiones causadas ya que ilícitamente desequilibró la fuente de riesgo al conducir en estado de embriaguez y al exceder la velocidad permitida.¹⁷ Es decir, fue su actuar precedentemente ilícito lo que lo hizo garante, sumado al hecho de haber dejado librado de control el riesgo al que estaba obligado neutralizar por esa misma posición.

Ahora bien, frente a los otros presupuestos esenciales para extender la existencia de una autopuesta en peligro, a saber, la capacidad plena de la víctima de entender el alcance del riesgo, previamente habíamos señalado que la disminución de las condiciones intelectivas de (E), a causa de su estado de alicoramiento dieron paso a que no tuviera la posibilidad de conocer el peligro que afrontaría con su actuar, esto es, no pudiera ser autorresponsable, de modo que le fue ajena una de las circunstancias que propiciaron el desenlace lesivo, esto es, el exceso de los límites de velocidad.

Por ende, si bien (E) podía decidir si asumía o no el riesgo y el resultado, su estado de alicoramiento le impedía discernir sobre tal alcance, asunción voluntaria y consciente que expandió (J) cuando incrementó considerablemente el riesgo aceptado por aquella, con una serie de acciones no consentidas.

5.3 Imputación al tipo objetivo y subjetivo

Aunque no es posible, como se quisiera, adentrarse en los problemas que se derivan en sede de imputación al tipo objetivo y subjetivo, sobre todo, respecto a lo atinente a la autoría y participación, al dolo y la culpa o al tratamiento del error, entre otros, creemos que el papel de la víctima, en el caso concreto, puede calificarse también como de “autoría”, en virtud a que las acciones determinantes de las lesiones se produjeron a consecuencia de su actuar negligente e indiferente, aunado al exceso de riesgo creado por el autor, no aceptado y corrido por aquella.

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente (...).

17 Tampoco este es el espacio para discutir cuál es la estructura típica de la conocida injerencia. Creemos que comprende una estructura compleja en la que se superponen comportamientos comisivos y omisivos.

Esto es importante aducirlo porque en la mayoría de las ocasiones se traslapan elementos de autoría y participación en sede de imputación objetiva cuando lo cierto es que competen a un aspecto previo como lo es la calificación del tipo objetivo¹⁸. No significa lo anterior que las categorías penales sean construcciones herméticas, en las que no sea posible encontrar grado alguno de solubilidad entre tipo objetivo y subjetivo por un lado, o la antijuridicidad y culpabilidad por otro. Todo lo contrario: no ignoramos, por ejemplo, la influencia que a efectos de imputación objetiva pueda tener el hecho de que se trate de una acción dolosa o imprudente. Por lo anterior, resulta fundamental en el análisis pendular entre el tipo objetivo y subjetivo.

Prueba de ello es que la CSJ sostuvo que el procesado “vulneró el deber objetivo de cuidado, desarrollando una actividad peligrosa y sin contar con las condiciones adecuadas para ello”. Desde luego, lo que se está afirmando es que las lesiones producidas a los acompañantes del vehículo fueron producto de la infracción al deber objetivo de cuidado porque (J) habiéndolas previsto confió en poder evitarlas o porque debió haberlas previsto por ser previsibles. Este tipo de argumentación, si bien resulta adecuado para fundamentar el aspecto subjetivo del tipo, no lo es para determinar la imputación objetiva del resultado.

Ahora bien, el recurrente sostiene que la víctima “tuvo la posibilidad de elegir cualquier otro medio para dirigirse a su casa” y que si se hubiera antepuesto la conducta debida (no abordar automotor conducido por persona alcohorada), el resultado no se hubiese producido. Lo anterior no es más que la formulación de un típico curso causal hipotético para impedir la imputación objetiva del resultado al procesado, propósito que tropieza con la adopción de la teoría del incremento del riesgo empleada, mas no enunciada por la CSJ.

Con todo, en nuestra opinión, la aplicación al caso de criterios del fin de protección o evitación de la norma, comprendiendo a su vez el de la realización del peligro inherente a la acción inicial y su materialización en el resultado, conduce a imputar objetivamente el resultado producido al comportamiento desplegado por (J) por cuanto, desde una perspectiva *ex ante*, existe un juicio de pronóstico que considera la conducción de vehículos bajo los efectos desmedidos del alcohol como una actividad peligrosa que probablemente¹⁹ acarreará lesiones (e incluso a la propia muerte o la de los demás), adoptando criterios de previsibilidad objetiva, del hombre medio y demás criterios auxiliares empleados en sede de imputación objetiva.

18 Al respecto, en detalle, AA.VV., *Relevancia de la actuación de la víctima*, ob. cit. Comentario de MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN.

19 Esto sin olvidar los problemas que derivan para el principio del *in dubio pro reo* al aplicar la teoría del incremento del riesgo.

6. ¿Es penalmente relevante la conducta de (E)?

Entendemos que (J) es autor de delito de lesiones culposas porque le es imputable objetivamente su actuación al resultado lesivo producido. En efecto, las lesiones producidas son las propias del artículo (120) pues no existen datos que abonen la existencia del dolo, aunque nada impediría se llegue al punto de considerar la existencia del nebuloso dolo eventual²⁰. Empero, lo que sí es cierto es que debe reconocerse la existencia de una atenuación de su responsabilidad por la influencia que propino la propia víctima (E) al acaecimiento de la conducta.

A este propósito, la relevancia de la actuación de la víctima para atribuir responsabilidad penal del autor debe ubicarse en dos momentos: en primer lugar, parece que tal influencia se debe tener en cuenta al momento de emitir el juicio de reproche al autor en sede de culpabilidad; además, en segundo lugar, tal notabilidad se debe tener en cuenta al momento de realizar la individualización de la pena, tal y como señala el artículo 61 del Código Penal vigente²¹.

De suerte que, más allá de las discusiones y discrepancias sobre la relevancia del papel de la víctima a efectos de imputar objetivamente el resultado al autor, llama la atención la escueta referencia de la parte motiva de la sentencia a la incidencia del comportamiento de la víctima frente a la atribución de responsabilidad al autor.

Lo anterior no significa que se llegue al punto de enjuiciar a ambos sujetos de forma paralela, como si el Derecho penal buscara responsabilizar a quien por negligencia deja librado la protección de sus propios bienes jurídicos; sin embargo, de lo que si estamos seguros es que para buscar límites a la responsabilidad penal de los autores son decisivas las intervenciones significativas de las víctimas, siendo esta sentencia una oportunidad adecuada para discutir tal problemática.

Por ende, cuando menos, tuvo que a verse apelado al principio de autorresponsabilidad en materia penal, opción que si bien no es equivalente a un deber de autoprotección (en el sentido de que cada cual es garante de sí mismo) es una solución viable en este tipo de casos. El principio, aunque carece de positivización expresa, reproduce los siguientes axiomas:

20 Al respecto, en Colombia: SOTOMAYOR ACOSTA / GALLEGU GARCÍA “El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales”, en *Nuevo Foro Penal*, número 60, Bogotá, 1999.

21 Artículo 61 Código Penal. Fundamentos para la individualización de la pena:
(...) Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto (...) (Subrayas propias).

1. Que ha de imputarse el riesgo a la víctima cuando ha tomado una decisión sobre el inicio del riesgo o la situación de peligro, aunque pierda el control por causas imputables sólo a ella misma y no al tercero.

2. Que si el riesgo es fruto de la decisión del tercero, aunque la víctima haya perdido el control de la situación, el resultado sólo podrá serle imputable cuando, en todo caso, perdió el control de forma libre y responsable.

Lo anterior quiere decir que, en los tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales (como la vida o la integridad) debe certificarse toda decisión de atribución de responsabilidad al autor teniendo en cuenta el carácter descuidado del comportamiento de la víctima, la inexistencia de deberes especiales de garante del autor, el conocimiento libremente aceptado del riesgo y el conocimiento del peligro que afronta con su actuar la víctima, esto es, que le acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo o se defina su autorresponsabilidad.

7. Análisis crítico de la Sentencia de la CSJ del 27 de noviembre de 2013

De acuerdo a la argumentación que se viene sosteniendo, no parece evidente que se pueda excluir la responsabilidad penal de (J) y menos aún que se pueda encajar el supuesto de hecho como una autopuesta en peligro; empero, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho propinadas por la víctima y el autor, y dado que la situación de peligro no obedeció a una decisión libre, ni a la exposición voluntaria al riesgo, son varios los argumentos al hilo de la argumentación de la CSJ que merecen un disenso en torno a su valoración:

Hemos dicho que debe diferenciarse entre los límites dentro de los cuales resulta posible la intervención de la víctima para excluir la responsabilidad jurídico penal del autor y la cuestión acerca de en qué medida la conducta de ésta, si bien no conduce a una exclusión de la imputación del autor puede, sin embargo, atenuar su responsabilidad. Este es un primer aspecto que brilla por su ausencia en la parte motiva de la sentencia.

La sentencia peca al analizar los criterios que fundamentan la autorresponsabilidad de (E): esto es algo que resulta de fundamental importancia para la existencia de una autopuesta en peligro puesto que la lesión objetivamente imputable a (J) se justificó al privarle a la víctima sus posibilidades de decisión, aunque ésta con su actitud negligente o indiferente condujo a la atenuación de la responsabilidad de aquél. En efecto, se atenúa el grado de responsabilidad de (J) acorde con la incidencia de la actuación de (E) en el concreto juicio de reproche de la conducta o al momento de determinar su punibilidad. Esto es un defecto grave porque dicha determinación representa el problema práctico principal.

En segundo lugar, se echa de menos, como al respecto sostiene FEIJOO SÁNCHEZ, una mayor concreción de cuándo una lesión en la que interviene la víctima es imputable a ésta o a un tercero o, lo que es lo mismo, cuándo el titular de los bienes jurídicos es responsable o instrumento de hecho²². Es más, no se analiza si el resultado producido queda cubierto o no por el fin de protección de la norma y etéreamente se alude a la teoría del incremento del riesgo.

Asimismo, la sentencia peca de claridad al momento de diferenciar entre el tipo objetivo como cuestión previa al problema del tipo subjetivo. Que el resultado de las lesiones se impute objetivamente a (J) es algo independiente a su relación subjetiva con el hecho, esto es, decidir si el resultado se imputa a título doloso o culposo (a pesar que el disenso del defensor fuera argumentado desde la perspectiva del tipo subjetivo, porque, lo cierto, es que la cuestión afecta sobre todo al tipo objetivo ya que la imputación de un hecho típico -doloso o imprudente- sólo es posible si el hecho reúne los requisitos objetivos del tipo). En efecto, el tipo objetivo del delito de lesiones requiere que el resultado producido causalmente sea la realización del peligro generado por la misma acción, es decir, que el resultado producido sólo puede ser imputado al autor en la medida que no hayan concurrido con el riesgo creado por él, otros riesgos que permitan explicar el resultado.

Por último, parece que la sentencia -aunque no lo declare expresamente-, adoptara la teoría del incremento del riesgo en sede de imputación. Esta parece ser la decisión que se deriva cuando la CSJ señala que (J) "además de conducir bajo el influjo del alcohol, lo hizo con exceso de velocidad, circunstancia no conocida con antelación por la víctima y respecto de la cual no puede pregonarse que haya asumido el riesgo". Nótese cómo el operador judicial no renuncia a utilizar todos los datos que tiene a su alcance en momento del juicio, para justificar el exceso de riesgo aceptado por la víctima, es decir, opera con todos los conocimientos ontológicos y nomológicos disponibles, incluyendo datos sobre las representaciones o posibilidades de previsión de los sujetos intervinientes.

Finalmente, desde una perspectiva esquemática, en la sentencia resulta indiferente considerar el alcance del tipo como tercer escalón de la imputación objetiva superada la exigencia de la creación de un riesgo jurídico penalmente desaprobado y la realización o concreción de dicho riesgo en el resultado. Esta es otra de las cuestiones que adolece de claridad. La sentencia parece abordar el problema de la intervención de la víctima como una cuestión relativa a la realización del riesgo creado por el autor cuando en realidad afecta al alcance del riesgo o relación de riesgo, imbricando realización del riesgo con su alcance.

22 AA.VV, *Relevancia de la actuación de la víctima*, ob. cit. pp. 91.

El denominado “alcance del tipo”, “relación de riesgo” o “ámbito del tipo” se edifica como un tercer escalón en virtud del cual se excluye la imputación objetiva de determinados resultados, precisamente, a causa de la diferenciación de ámbitos de responsabilidad; de manera que, no tendrá lugar la imputación cuando la responsabilidad recae exclusivamente en ámbitos de responsabilidad ajenos al autor, bien sea a través de la actuación de la propia víctima o de un tercero. Por consiguiente, pareciera que este momento, en el caso concreto, cumpliera un apócrifo papel no sólo por la trémula aplicación del principio de autorresponsabilidad al momento de imputar a cada cual lo que ha sido su obra, sino además porque en virtud de este momento es como la propia víctima termina siendo la encargada de asegurar la protección de sus propios bienes jurídicos.

Recuérdese que no siempre que la víctima interviene decisivamente en el hecho estamos en presencia de una autopuesta en peligro ni siempre que el autor configure el injusto por sí mismo se le imputará el resultado; pueden existir supuestos en manos del autor que se imputen a la víctima como, viceversa, casos en los que a pesar que la víctima ejecute directamente la actividad constitutiva de peligro, el hecho se presente como una conducta típica del autor. Y, dado que la adopción del principio de autorresponsabilidad en materia penal exige valorar particularmente, la incidencia del comportamiento de la víctima para atribuir responsabilidad penal al autor, puede que la negligencia o total indiferencia de ella frente a la lesión de sus propios bienes jurídicos deba tener asiento en la configuración del tipo objetivo. En consecuencia, la actuación a propio riesgo de la víctima será un elemento que afectará en igual sentido el injusto cometido a título doloso o imprudente.

Para terminar, valga mencionar que este comentario se ciñe a un sistema presidido por estrictas normas rectoras que salvaguardan el ineludible punto de partida garantista del derecho penal²³ y sobre todo, a una preocupación humanitaria y garantizadora que no debe, ni mucho menos, provocar resultados contrarios a los queridos, como pudiera ser, una inútil huida al Derecho penal.²⁴ ¿Cuándo una lesión en la que interviene la víctima es imputable a ésta o al tercero que la cometió? ¿Cuándo la posibilidad fáctica de la víctima para proteger en mejor grado sus propios bienes jurídicos la hace responsable cuando ésta actúa negligentemente? La discusión continúa abierta.

23 Véase, al respecto: SOTOMAYOR ACOSTA, “Garantismo y Derecho penal en Colombia”, en *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 104-121.

24 TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto y garantías penales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 62, 1999, pp. 69.