

# Teoría del tipo penal intersubjetivo: la víctima

~Prof. Dr. German Aller Maisonnave<sup>1</sup>~

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.  
Socio FICP

## SUMARIO

1. La teoría del tipo de Beling. 2. La víctima. 3. Hacia una teoría del tipo penal intersubjetivo. 4. Conclusión.

### 1. TEORÍA DEL TIPO DE BELING

Ernst Ludwig BELING fue discípulo directo de BINDING y partidario de la Escuela clásica. Su gran aporte se concretó en una idea central que causaría una verdadera revolución en la Ciencia penal de su tiempo: su concepto de *Tatbestand* o “delito-tipo” para SOLER y al que JIMÉNEZ DE ASÚA tradujo como “tipicidad”. Previamente a BELING el tipo era concebido como el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se ligaba una consecuencia jurídica. Esto en Derecho penal era la pena o la medida de seguridad. También se lo concebía como un tipo general abarcativo de las características propias de cada delito. BELING fracturó estas concepciones plagadas de aspectos valorativos e instaló una nueva noción del tipo, por la cual jurídico-penalmente significa *el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos preceptos y a cuya realización va ligada la sanción penal*. Con ello le quitó un fuerte peso valorativo, por más que no en forma absoluta, pero sí notoriamente despejado del valorativismo excesivo de antaño<sup>2</sup>.

Ha de consignarse que ya antes otros autores, concretamente STÜBEL en su *Ueber den Thatsbestand der Verbrechen, die Urheber ders* (1805), LUDEN en *Thatsbestand* (1840), GLASER en *Ueber strafbare Unterlassungen* (1858) y KARCHER (1873) habían empleado similar expresión, pero en otro sentido (*Thatsbestand*), porque el “tipo” era el delito específico en la totalidad de sus elementos, incluyendo el dolo y la culpa, mientras que BELING le da un sentido formal acotado a una descripción legal

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Montevideo) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Catedrático de Derecho Penal y Profesor de Criminología de la Universidad de la República. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay.

<sup>2</sup> BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., Verlag von J. C. B. Mohr, Tubinga, 1930, p. 22. *Strafbare Handlung ist nur die typisch rechtswidrige Schuldhaftige Handlung*. Versión en español, *Esquema de Derecho penal*, trad. Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 38.

desprovista de carácter valorativo, siendo entonces una abstracción, aunque concreta, trazada por el legislador y, en virtud de eso, una expresión cabal del principio de legalidad (*Tatsbestand*)<sup>3</sup>. Es una abstracción porque el tipo no tiene necesidad de describir casuísticamente todas las conductas reprochables, sino especificar los elementos integrantes del tipo que lleven a la definición de culpabilidad, expresando que *una acción 'típicamente' antijurídica y culpable es una acción punible (delito)*<sup>4</sup>. En este sentido, descarta los detalles innecesarios para la definición del hecho que la ley define como delito. Esto se corrobora con el pensamiento de CEREZO MIR al expresar que: *El principio de legalidad de los delitos y las penas es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Esto exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos*<sup>5</sup>.

BELING debió desenvolverse en medio de una gran disputa entre diversas teorías causalistas de la acción, las cuales partían de que ésta proviene de un concepto filosófico compatible tanto por las mal llamadas ciencias exactas, como por la ciencia jurídica. Obsérvese que BINDING siguió la Teoría de la preponderancia, MAYER primeramente la Teoría de la causa eficiente y luego la equivalencia de las condiciones, von BAR y el fisiólogo von KRIES la de la causalidad adecuada, von LISZT, RADBRUCH, von BURI, HÄLSCHNER, GLASER, STOOS, (Paul) MERKEL, etc., la equivalencia de las condiciones, y así muchos otros desperdigados por cerca de una decena de orientaciones causalistas. Todos se criticaron recíprocamente y BELING cuestionó la *conditio sine qua non* por incurrir en el grave defecto de servirse de un concepto de causa de valor general y apriorístico que ni siquiera se basa en un ordenamiento jurídico. Propuso solucionar esto mediante tipos penales delimitados por imágenes rectoras. Es decir, la contemplación de cada verbo activo o nuclear que el legislador dio al tipo. Por ejemplo: matar, lesionar, sustraer, etc.

Sin embargo, la historia de la teoría del tipo pasó por tres nítidas etapas. Las cuales reflejan la ebullición de las teorías reinantes y la fuerte discusión académica. La primera de ellas se caracterizó por la mencionada *función descriptiva* del tipo o tipicidad, totalmente separada de la antijuricidad y la culpabilidad. Este momento

---

<sup>3</sup> BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., p. 31. Versión en español, *Esquema de Derecho penal*, p. 55.

<sup>4</sup> BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., p. 11. Versión en español, *Esquema de Derecho penal*, p. 56.

<sup>5</sup> CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. I, 5.ª ed., 4.ª reimp., Tecnos, Madrid, 2001, p. 169.

estuvo dado por su *Die Lehre vom Verbrechen*<sup>6</sup> y *Grundzüge des Strafrechts*<sup>7</sup> (ambos en 1906), pero no recibió buena acogida por parte de los tratadistas alemanes por considerar a la teoría como *inútil complicación*; con lo cual, desde el extranjero la noción del tipo fue ignorada casi en absoluto.

La segunda etapa se vio signada por el gran cambio a partir del *Lehrbuch des Strafrechts* (Parte General) de Max Ernst MAYER en 1915. Con esa trascendente obra resurge (o realmente nace) la doctrina penal del tipo de BELING, porque para el citado autor neokantiano el tipo no solo es descriptivo, sino también tiene *valor indiciario*. Ello no es óbice a mantener la independencia de la tipicidad respecto de la antijuricidad y de la culpabilidad, pero —afirma MAYER— *es ya un indicio de antijuricidad*, principalmente respecto de los elementos normativos tales como la cualidad de *cosa ajena, justa causa*, etc<sup>8</sup>.

Por último, hubo una tercera fase en la cual se generó la antítesis de la teoría de BELING y estuvo liderada por Edmund MEZGER, quien ya en 1926 esbozó la cuestión, pero concretó su posición en su *Lehrbuch* (1931) al definir al delito como “acción típicamente antijurídica y culpable” (*rechtswidrig-tatbestandmässige*)<sup>9</sup>. El delito para MEZGER no es un conjunto de características independientes (acción, típica, antijurídica y culpable), sino que la antijuricidad es tratada primero como “injusto objetivo” y luego como “injusto tipificado”. Vale decir que la tipicidad sería para él mucho más que un indicio o *ratio cognoscendi*, para ser llanamente la *ratio essendi* de la antijuricidad: *La antijuricidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo*, porque pueden existir acciones que no sean antijurídicas, pero la tipicidad es indispensable a la antijuricidad. Es una visión desmesurada por llevar a la tesis de crear una antijuricidad penal frente a una antijuricidad general<sup>10</sup>.

Si bien no se pudo hablar de una cuarta fase, sí viene al punto destacar que en 1930 Ernst BELING publicó su breve manuscrito *Die Lehre vom Tatbestand*, en el que acusó recibo de la antedicha pugna entorno a su teoría del tipo e introdujo cambios. En

---

<sup>6</sup> BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1903, pp. 113-262.

<sup>7</sup> BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed, pp. 24-29.

<sup>8</sup> MAYER, Max Ernst, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1915, pp. 9 y 182-185. Versión en español, *Derecho penal. Parte General*, trad. Sergio Politoff, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007, pp. 13 y 227-230.

<sup>9</sup> MEZGER, Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1931, p. 90. Versión en español, *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 163.

<sup>10</sup> MEZGER, Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, p. 179. Versión en español, *Tratado de Derecho penal*, t. I, 1935, p. 306.

él establece que el *Tatsbestand* legal es un concepto puramente funcional, porque no existe especie alguna de conducta humana que *a priori* pueda decirse que pertenezca al Derecho positivo. En este breve ensayo definió al delito como: *La acción típicamente antijurídica y típicamente culpable, en tanto no exista una causa legal (objetiva) de exclusión de la pena*<sup>11</sup>.

Eliminó del tipo las características subjetivas de la culpabilidad y esto motivó el manifiesto rechazo de James GOLDSCHMIDT en su *Normativer Schuldbegriff* publicado en el libro-homenaje a Reinhart FRANK (1930). El punto sería nuevamente abordado por BELING en su manuscrito de 1930, titulado *Die Lehre vom Tatbestand* (“El rector del delito-tipo”), en el que distinguió al “tipo” del “tipo de delito”. En efecto, el “tipo” o *Leitbild* es una simple imagen o figura rectora jurídico-penal. Es decir, una representación conceptual y no una realización fáctica, porque es estrictamente función, ya que ejerce una función caracterizadora en vez de normativa. En definitiva, es un concepto medular para la ordenación metódica. En tanto que el “delito-tipo” o *Tatbestand* es la manifestación de una valoración jurídica y de rango puramente normativo, puesto que integra la definición de delito. En suma, el *Tatsbestand* no tiene vida propia, ni es universal y su validez está básicamente determinada por un sistema al que ha de serle funcional y entonces aceptarlo o, en caso contrario, rechazarlo.

Con este caudal de nuevos aportes, el autor estudiado demostró la necesidad de acuñar a los delitos en tipos, en vez de supeditarlos a definiciones vagas y genéricas que deterioran el principio de legalidad. Su calibre se constata incluso en las diversas ediciones del *Lehrbuch* de von LISZT, quien no efectuó una extensa alusión a BELING, aunque igualmente hizo eco de la construcción dogmática de referencia y la trató como “adecuación al tipo” o “tipicidad” (*Tatbestandmässigkeit*)<sup>12</sup>.

Ha de señalarse que la definición de delito conocida del llamado “sistema Liszt-Beling”, en realidad no fue una elaboración conjunta, sino el fruto interpretativo de la noción de delito conforme al estadio de evolución del pensamiento de ambos científicos, pero no significa que haya habido una elaboración en común de ambos ni

---

<sup>11</sup> BELING, Ernst, *El rector de los tipos de delito*, trad. L. Prieto Castro y J. Aguerre Cárdenas, Reus S. A., Madrid, 1936, pp. 32-33. Hay otra versión: *La doctrina del delito-tipo*, trad. Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 29-30. *Delito es la acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, siempre que no se dé una causa legal (objetiva) de exclusión de pena*. Esta edición se anexó a la publicación en español de su *Esquema de Derecho penal*.

<sup>12</sup> LISZT, Franz von; y SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1927, p. 146. Versión en español, *Tratado de Derecho penal*, t. II, trad. de la 20.ª ed. alemana y adicionado por Quintiliano Saldaña, Hijos de Reus, Madrid, 1916, pp. 253-254.

tan siquiera que hayan mantenido una plena concordancia de ideas. Mientras von LISZT se esforzaba por realizar una *gesamte Strafrechtswissenschaft* (“Ciencia global del Derecho penal”)<sup>13</sup>, BELING hacía lo propio por alcanzar la máxima expresión del *nullum crimen sine lege praevia, scripta et stricta* mediante su concepto de *Tatbestand*, habiendo cambiado varias veces su noción de delito desde su *Grundzüge...* de 1889, en que era similar a la de von LISZT (*acción punible [hecho penal, delito, delito en sentido amplio], es la acción antijurídica y culpable, conminada por una pena*)<sup>14</sup>, hasta la de su *Die Lehre vom Tatbestand* de 1930, ya citada textualmente *supra*.

El autor de referencia puede ser fácilmente ubicado en forma más que próxima al Positivismo jurídico, no solo por la vinculación a BINDING, sino también por su inclinación a construir el *Tatbestand* con parámetros nítidamente jurídicos y de basamento en el ordenamiento positivo. Sin embargo, cuando en 1906 publicó BELING la primera edición de su *Grundzüge...* —en la que presentó su teoría sobre el tipo— no encontró en BINDING el apoyo anhelado y con el cual contaba. En su *Grundriß des deutschen Strafrechts* BINDING despreció la construcción de su discípulo y se lamentó de la enorme cavilación que para él suponía la teoría de BELING y la audacia de defenderla, puesto que —en su opinión— no podía rendir ningún provecho a los juristas<sup>15</sup>.

Asimismo, en honor a la historia cabe señalar que la elaboración teórica de BELING no tuvo andamio en los primeros años y que recién alcanzó el suceso que ahora es conocido merced a otro gran filósofo-penalista de su época: Max Ernst MAYER, quien en 1915 publicó la primera edición de su *Strafrecht*, libro de los mejores hasta esos tiempos, y allí elevó al máximo pedestal la teoría del delito-tipo de BELING. Con el tremendo peso a favor que MAYER dio a BELING, a pesar de tratarse de un neokantiano y un positivista jurídico, éste último vio a su construcción ubicada en el más alto nivel de la literatura penal entonces reinante. Aspecto que se pudo percibir a lo largo de las sucesivas ediciones de su *Grundzüge...*, puesto que en la undécima y última, publicada

---

<sup>13</sup> LISZT, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6.<sup>a</sup> ed., J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlín, 1894, pp. 2-3. También junto a SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.<sup>a</sup> ed., pp. 2-3. Versión en español, *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. de la 18.<sup>a</sup> ed. alemana y adicionado por Quintiliano Saldaña, Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 3.

<sup>14</sup> Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6.<sup>a</sup> ed., p. 93. También junto a Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.<sup>a</sup> ed., pp. 144-145. Versión en español, *Tratado de Derecho penal*, t. II, p. 252.

<sup>15</sup> BINDING, Karl, *Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8.<sup>a</sup> ed., Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1913, § 30, cita 1, p. 86.

en 1930, renovó de gran manera la construcción del libro, coincidentemente con la publicación de su breve manuscrito *Lehre vom Tatbestand* del mismo año, aunque éste ha sido casi barroco en la forma de expresión y lleva más a confundir que a avanzar. Seguramente, las variaciones de BELING puestas de manifiesto en ese panfleto en homenaje a FRANK, se deban al peso de las críticas recibidas por parte de sus colegas.

Como destaca expresamente MEZGER en el prólogo a la 2.<sup>a</sup> edición de su *Lehrbuch* (1933), la teoría del tipo de BELING se elevó a la calidad de *piedra angular de la dogmática jurídico-penal y a lazo de unión entre la Parte General y Especial de nuestra disciplina*<sup>16</sup>.

La precisa concreción de los tipos penales exigida por BELING con el concepto de *Tatbestand*, pone de manifiesto la indispensable distinción entre los tipos penales, así como estrecha la relación entre las Partes General y Especial del Derecho penal, dado que los tipos consagrados en la Parte Especial no pueden ya ser mirados sin considerar finamente la Parte General, que es donde naturalmente se hallan los principios rectores que brindan los elementos interpretativos para los tipos. A partir de su mentada Teoría no sería posible analizar un tipo determinado sin considerar la arquitectura jurídica fundada en la Parte General. Al punto que esto motivó a Erik WOLF a planificar la elaboración de una Parte General de la Parte Especial. Cuestión que aun se sigue discutiendo. Volviendo sobre BELING, éste afirmaba que si se suprimiera toda la Parte Especial no habría Derecho penal, salvo que —cuestión fundamental— no se mantuviera en pie el principio penal básico *nullum poena sine lege*, porque en tal caso la Parte General podría deducirse de la casuística. Ambas hipótesis resultan rechazables, tanto la eliminación de cualquiera de las partes así como la del caro principio de legalidad. En este sentido, se concluye —siguiendo a BELING— que no se puede separar a la Parte General del resto del contexto, porque sería relegar al *Tatsbestand* a una masa unitaria y aislada. Pero de ello deviene también la importancia del tipo al establecer los conceptos generales de autor y coautor, puesto que quedan bajo el imperio del *Tatbestand*, dado que solo puede ser autor de homicidio quien haya matado a una persona. Coherente con este pensamiento, su *Grundzüge...* consta de una Parte General y seguidamente una Especial, plasmando así en su literatura la concepción antedicha.

Para BELING el *Deliktstypus* (tipo de delito) sería lo que para nosotros la figura del delito en la vieja concepción española hoy superada. El *Unrechtstypus* (tipo de lo

---

<sup>16</sup> MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, t. I, p. 12.

injusto) es la conducta antijurídica. El *Schuldtypus* (tipo de culpabilidad) es interno y consiste en el dolo específico de cada caso. El *Litbild* (tipo rector) es el antiguo *Tatbestand*, al que designa de otra manera para supuestamente evitar confusiones con viejas acepciones. El *Tatbestandmässigkeit* (adecuación típica) sería el tipo rector independiente en absoluto y con contenido propio. Por último, *Typicität* (tipicidad) sería el clásico elemento del delito<sup>17</sup>.

## 2. ACTUACIÓN A PROPIO RIESGO POR PARTE DE LA VÍCTIMA Y TIPO PENAL SUBJETIVO.

La víctima es de suma importancia en relación al tipo penal y la realización fáctica del delito, repercutiendo al momento el elemento subjetivo del delito y de definir la culpabilidad del agente, llevando a atenuar su responsabilidad según las alteratorias de la pena y también el grado de reproche. El tema a estudio encuentra antecedente en Georg KLEINFELLER (1917) y Hans SCHULTZ (1956) en cuanto a revisar la actuación de la víctima para establecer la medición de la pena<sup>18</sup> y ha sido tratado por muchos autores, como Horst SCHÜLER-SPRINGORUM (1970), Gunther ARZT, Peter FRISCH (1973), Knut AMELUNG (1977), Bernd SCHÜNEMANN (1978 y 1982), Raimund HASSEMER (1981), Thomas HILLENKAMP (1983), Wolfgang FRISCH (1988). Antes que todos ellos lo abordaron los padres de la Victimología: Hans von HENTIG (1941 y 1948)<sup>19</sup> y Benjamin MENDELSON (1947)<sup>20</sup>. Pero desde el punto de vista dogmático-penal, el momento clave es indiscutiblemente el artículo de Claus ROXIN en homenaje a Wilhelm GALLAS (1973)<sup>21</sup>. En términos generales, estos académicos estiman que la conducta de la víctima gestando su *autopuesta en peligro* resulta determinante en múltiples circunstancias, no sólo al dictaminar la agravación y atenuación de la pena, sino al sopesar la eventual entrega parcial o total del bien jurídico por parte de su titular, ubicado en el tipo penal objetivo, dado que esto tiene obvia incidencia al momento de establecer la tipicidad, luego la culpabilidad y pena del infractor, al punto de —en ciertas hipótesis— llegarse al extremo de la atipicidad y la exculpación, así como a establecer que la propia víctima

---

<sup>17</sup> BELING, Ernst, *El rector de los tipos de delito*, p. 32.

<sup>18</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e Imputación Objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 257.

<sup>19</sup> HENTIG, Hans von, "Remarks on the Interaction of Perpetrator and Victim" [1941], en DRAPKIN, Israel, y VIANO, Emilio, *Victimology*, Lexington Books, Massachusetts, 1974, p. 51. También, *The Criminal and his Victim*, Archon Books, Nueva York, 1948, pp. 383-389.

<sup>20</sup> MENDELSON, Benjamin, "La Victimologie", en *Revue Française de Psychanalyse*, t. XXII, n.º 1, Presses Universitaires de France, enero-febrero, París, 1958, pp. 113-115.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus, „Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten“, en AA.VV., *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, 1973, pp. 241-259. Versión en español, "Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes", en *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 181-199.

haya podido delinquir, en cuyo caso cesa de ser realmente víctima<sup>22</sup>. Si bien esta última situación no resulta más que una excepción, la Ciencia penal no debe descartar *a priori* tal posibilidad. Todo esto conduce a redefinir el rol dogmático de la víctima y revisar su repercusión respecto del tipo subjetivo. No en vano muchos de los científicos que se han abocado al estudio de la Victimodogmática son renombrados autores<sup>23</sup>.

En este aspecto, resaltan las aportaciones de los primeros victimólogos, como sin duda fueron MENDELSON y von HENTIG, para quienes la interacción entre víctima y victimario era de superlativa importancia, al punto de hablar —el primero— de una *couple pénal* en la que el culpable no tiene necesariamente que ser cien por ciento culpable ni la víctima cien por ciento inocente<sup>24</sup>; y —el segundo— del *duet frame* en virtud de la contribución de la víctima a la génesis del crimen o, asimismo, el *Doer-Sufferer* como la combinación en los casos de asistencia al suicidio, porque, siguiendo a von HENTIG y a STANCIU, en ciertas oportunidades la víctima cumple una función provocadora del delito, y esto debiera ser seriamente contemplado a efectos de la prevención criminal<sup>25</sup>. Además, sus seguidores inmediatos, cual el caso de WOLFGANG respecto de los homicidios<sup>26</sup> y ELLENBERGER refiriéndose a las *relaciones psicológicas entre el criminal y su víctima*<sup>27</sup>, así como la valiosa obra de SCHAFER<sup>28</sup>. Por su parte, ANIYAR DE CASTRO en su tesis doctoral de 1969 manifestó que: *El delincuente ya no es siempre el único responsable del hecho antijurídico: puede concurrir la actitud de la víctima, actitud que puede o no ser consciente. La víctima puede ser portadora de una carga de peligrosidad que debe ser igualmente relevante a los ojos de la ley y de la*

---

<sup>22</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La víctima en Derecho penal. De la victimo-dogmática a la dogmática de la víctima*, Arazandi, Pamplona, 1998, pp. 20-25, 42 y 225-228.

<sup>23</sup> ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y 'praxis' penal*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2009, pp. 149-152.

<sup>24</sup> MENDELSON, Beniamin, "La Victimologie", en *Revue Française de Psychanalyse*, t. XXII, pp. 113-115.

<sup>25</sup> HENTIG, Hans von, *The Criminal and his Victim*, pp. 383, 389 y 450. También, STANCIU, Vasile V., "Les victimes", en AA.VV., *Réflexions sur la Victimologie*, Bailliage, París, 1992, pp. 122-123. Asimismo, de este último, *Les droits de la Victime*, Presses Universitaires de France, París, 1985, p. 11.

<sup>26</sup> WOLFGANG, Marvin E., "Victim-Precipitated Criminal Homicide", en AA.VV., *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Northwestern University Press, Chicago, 1957, pp. 1-11. También publicado en AA.VV., *Criminal Behavior Systems. A Typology*, Holt, Rinehart and Winston Inc., Nueva York, 1967, pp. 33-43. Luego publicado en AA.VV., *Delinquency, Crime, and Social Process*, Harper & Row, Publishers, Nueva York, 1969, pp. 1029-1042.

<sup>27</sup> ELLENBERGER, Henri F., "Relations Psychologiques entre criminel et victime", en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Petit-Lancy, Ginebra, 1954, pp. 163 y ss. Versión en inglés: "Psychological Relationships between Criminal and Victim", en *Archives of Criminal Psychodynamics*, vol. I, n.º 2, Spring, Washington, 1955, pp. 257-290.

<sup>28</sup> SCHAFER, Stephen, *The Victim and his Criminal. A Study in Functional Responsibility*, Random House, Nueva York, 1968, pp. 58-103. Del mismo autor, *Victimology: The Victim and his Criminal*, Reston Publishing Company, Reston, 1977, pp. 54-105.

*jurisprudencia penal. Puede disminuir la responsabilidad del agente, modificar el juicio de reproche o de peligrosidad que se hace*<sup>29</sup>. Con esto, la autora venezolana apuntaba a demostrar la *participación culpable* de la víctima y la menor *participación punitiva* del victimario<sup>30</sup>. Esta suerte de entremezcla de roles en el evento criminal pone al descubierto una cierta hipocresía sistémica, porque el Estado tan sólo pretende estigmatizar al delincuente al descartar la actuación típica (subjetiva) de la víctima en situaciones en que ésta ha sido decisiva para el desenlace en virtud de su conducta imprudente o indiferente. El fenómeno criminal debe ser visto en toda su dimensión, sin retacear el sesgo de la víctima y su relación con el criminal, porque al dejarla dentro de un *cono de sombra*, además de no tratarla ni aportarle resarcimiento alguno, también se concentra el poder punitivo del Estado en contra del delincuente, seguramente exagerando muchas expresiones de castigo que, a la luz de la interacción entre aquella y aquél, posiblemente se hubiera aminorado, así como apuntado a la reparación a la víctima y a restañar el tejido social afectado por el hecho delictivo.

Al dejar totalmente de lado a la víctima se corrobora una vez más que el delincuente es definido como un enemigo y en la guerra no se mira mayormente a las víctimas, sino las batallas. La interacción entre ambos se percibe claramente en delitos pasionales, sexuales, de tráfico vehicular y económicos<sup>31</sup>. En todos éstos la víctima puede ser alternativamente también autora<sup>32</sup>. Sin embargo, contrariamente a lo sostenido por ANIYAR DE CASTRO y otros científicos, no corresponde reclamar que la víctima sea culpabilizada en el sentido penal de la expresión<sup>33</sup>, porque acarrearía una sanción de ese orden y ello no incumbe a quien —sea por su imprudencia o indiferencia— igualmente no puede responder penalmente por su daño, dado que coinciden total o parcialmente el rol de víctima y de victimario<sup>34</sup>. En ese caso no se amerita su sanción, salvo que ocasione la afectación a bienes jurídicos ajenos, extremo en el que puede ser pertinente la sanción penal. Empero, sí compete la eventual atipicidad o abatir la punición del delincuente y llegar hasta la exculpación de su conducta, porque así el sistema penal sería más ecuánime en cuanto a la distribución de la Justicia y la disminución del

---

<sup>29</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Victimología*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1969, p. 14.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> GAROFALO, James, *Public Opinion about Crime. The Attitudes of Victims and Nonvictims in Selected Cities*, Criminal Justice Research Center, Nueva York, 1977, p. 19.

<sup>32</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Victimología*, p. 62.

<sup>33</sup> *Idem*, pp. 110 y 112.

<sup>34</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, p. 71.

castigo, haciendo prevalecer la compensación y concurrencia de culpas, la autopuesta en peligro, la actuación a propio riesgo y el principio de injerencia penal. En todos estos supuestos lo que en realidad se abate es la tipicidad, dado que decae el tipo penal en mérito a la actuación relevante de la víctima (tipo penal intersubjetivo: victimario-víctima)<sup>35</sup>. Además, la víctima por definición legal no puede ser penalmente culpable por su propia conducta, pues es la titular del bien jurídico. Por lo tanto, la actuación imprudente suya no tiene posibilidad de acarrear reproche penal, pero sí conlleva la eventual renuncia total o parcial a la tutela del bien jurídico en juego y, por supuesto, habrá que estarse a si ese bien jurídico es disponible y, en tal caso, en qué medida lo sea. A mayor clarificación, viene al punto la acertada conclusión de CANCIO MELIÁ al afirmar que la imprudencia de la víctima no es tal en un sentido jurídico-penal y que *esta idea no cuadra con el modelo establecido de Derecho penal*<sup>36</sup>, porque al disponer ésta de sus propios bienes no es penalmente imputable por el menoscabo que les acaezca, pero si ha actuado imprudentemente le competen ciertos deberes de autoprotección respecto de los mismos y esto sí es relevante para determinar la responsabilidad penal del autor, pudiendo establecerse desde la degradación hasta la exoneración de la culpa<sup>37</sup>, debiéndose añadir la importancia del aspecto subjetivo de la víctima.

Verbigracia, cuando el propietario de un automóvil aprovecha la casual imprudencia de otro conductor, de manera que su vehículo colisione con el del otro y aquél reciba alguna leve lesión con el objeto de que el Seguro costee los desperfectos propios de la colisión, así como los anteriores de su maltrecho automotor y también reclamar por su dañada integridad física, se puede concluir que la actuación imprudente del segundo conductor no es penalmente relevante, dado que la supuesta víctima ha actuado intencionalmente con la finalidad de que su automóvil fuese chocado por el otro y así inducir en error a la empresa aseguradora, obteniendo con ello un provecho ilegítimo. A lo cual, se adiciona su propósito de resultar lesionado físicamente. En suma, se configura el tipo penal de estafa contra la empresa aseguradora y eventualmente contra el conductor del otro automóvil por parte de quien, en una primera mirada excluyente de la conducta de la aparente víctima, parecía ser el perjudicado por

---

<sup>35</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e Imputación Objetiva en Derecho penal*, pp. 118-122.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 269.

<sup>37</sup> *Idem*, pp. 147 y 154.

la impericia o imprudencia del desprevenido conductor que embiste, cuando en realidad este último fue la verdadera víctima y el victimario ha sido la víctima inicialmente aparente. Asimismo, en este caso cabría también la imputación de estafa y simulación de delito, mientras que la lesión personal no sería imputable, puesto que él generó su propio riesgo y consintió la lesión, justificando con ello la conducta del otro automovilista.

Otra situación interesante es la del peatón que en la oscuridad de la noche se oculta detrás de un árbol con el propósito de repentinamente arrojarle delante de un automóvil cuyo conductor no respeta la señal de cruce peatonal o la luz roja de un semáforo que inhibe el paso vehicular. El peatón sabe que el conductor estará entonces en situación de infracción y, aprovechando esta circunstancia, rápidamente se abalanza delante del vehículo con el propósito de ser lesionado y así reclamarle una indemnización, sabiendo que el conductor ya no podrá impedir embestirlo y, a la vez, confía en no perder la vida. Se concluye que el automovilista no respetó la cebra o el semáforo que le impedía el paso y que esto da mérito a la pertinente sanción administrativa, pero no cabe atisbo de duda que su actuación fue penalmente irrelevante, dado que la supuesta víctima actuó con la finalidad de recibir una lesión y así cobrar la indemnización. La imprudencia del conductor no incide —en este caso— en el resultado lesivo del peatón, quien en realidad buscó y obtuvo la lesión sobre sí mismo al arrojarle intencionalmente frente al curso del automóvil. Éste ya no pudo evitar el desenlace lesivo y tampoco hubiera podido hacerlo si el peatón se hubiera comportado similarmente ante un semáforo con luz verde para el conductor. Entonces, no tiene penalmente aquí importancia la infracción estrictamente administrativa de quien viola la ley de tránsito vehicular, ya que el titular puso voluntariamente en riesgo y consintió la lesión a su bien jurídico.

Por otra parte, cabe revisar alguna situación en la que la actuación de la víctima se rija por actos imprudentes. Tal el caso de la persona que se halla en un bar junto a otra, la cual se halla en ostensible estado de ebriedad y aun así le pide insistentemente que la lleve a su casa en su vehículo, sabiendo que el conductor está muy ebrio y que no discierne debidamente la dimensión de los hechos. En efecto, disuade al ebrio y juntos se van en el automotor de este último hasta que pasa lo previsible; es decir, que a los pocos metros el automóvil se estrella frontalmente con un árbol, porque en su estado de falta de lucidez y limitación motriz, el conductor alcoholizado no atinó a doblar en la

curva y culminó su conducción vehicular frente al primer obstáculo que se le presentó. El resultado fue que el acompañante, que estaba sobrio, resultó lesionado. El conductor no debió conducir, porque no estaba en condiciones de ello, pero lo hizo arengado por quien, a la postre, resultó el único lesionado. La conducción del automóvil fue un acto indiscutiblemente imprudente por parte del ebrio y su conducta amerita una grave sanción administrativa por tal hecho. Sin perjuicio de lo cual, al revisar el comportamiento de la supuesta víctima que culminó lesionada al chocar el vehículo contra el árbol, se observa que ésta estaba sobria y sabía cabalmente que se colocaba en situación de alto riesgo y, empero, generó la actuación imprudente del conductor. Quizá hasta pueda decirse que la persona lesionada ha sido más imprudente que el conductor, puesto que éste actuaba inhibido total o parcialmente de su capacidad de culpabilidad merced a la incidencia del alcohol. En definitiva, el hombre lesionado puso imprudentemente en peligro su bien jurídico integridad física y, sin estar en absoluto obligado a ello, se concretó el riesgo que él mismo engendró (la conducción vehicular)<sup>38</sup>, siendo el automovilista ebrio casi un mero instrumento del comportamiento imprudente del al fin lesionado. En tales circunstancias, parece sensato que no se impute tipo penal alguno al conductor ebrio, salvo las graves sanciones de índole puramente administrativa que correspondan y, en su defecto, se estime que la supuesta víctima no es tal, sino alguien que entregó su bien jurídico sin ejercer sobre él la más mínima ni racional defensa, puesto que no tenía obligación ni necesidad alguna de convencer al ebrio de que lo transportase, sino que —muy por el contrario— debió procurar que no condujera el automóvil y, cuando menos, retirarse a pie, en taxi, en autobús o pedirle a otro parroquiano del bar —que estuviera en condiciones de conducir— que lo llevase a su casa, pero jamás recurrir al que está notoriamente alcoholizado para disuadirlo de que éste lo transportase, ya que es un acto imprudente de su parte.

Otro supuesto de imprudencia o puesta en riesgo del bien jurídico por parte de la víctima sería la hipótesis de quien efectúa inversiones de dinero en empresas de alto riesgo, motivándose en que los beneficios económicos a obtener serán mucho mayores que colocando esa misma cifra dineraria en reconocidos bancos, los cuales exigen ciertas prebendas al cliente y ofrecen menores tasas de interés por el capital. El interesado, expectante de lograr una importante cantidad de dinero por concepto de

---

<sup>38</sup> STRATENWERTH, Günter, „Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung“, en AA.VV., *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, 1973, pp. 227-239.

interés, en realidad, ha dejado fácticamente de ser el cliente de una entidad bancaria, la cual tiene que cumplir ciertos parámetros estrictamente pautadas por el sistema bancario imperante y controlado por el Estado, para transformarse en inversor en relación a una actividad de orden financiero caracterizada por lo aleatorio del resultado, dado que el beneficio está supeditado al éxito de esa empresa y a la seriedad de la misma. Si bien suelen establecerse reglas entre las partes, por las que el empresario se obliga a reintegrar el capital invertido por terceros, queda también habitualmente estipulado que existe un considerable margen de riesgo que es compartido por todos. Seguramente, esto se pase fácilmente por alto al momento de promocionar la supuesta colocación (que es una inversión de riesgo) y se efectúen manifestaciones en el sentido de justificar la seguridad del capital, así como las pingües ganancias a obtener. En puridad, no se ha inducido en error al inversor ni se ha efectuado una espuria puesta en escena con el propósito de engañarlo, sino que se ha exhibido la expectativa de un también posible fructífero negocio, dejando en segundo plano los eventuales riesgos a correr, y es sabido que en el mundo del comercio y de los negocios se procuran destacar más las probables bondades que los perjuicios. En el caso aludido, tratándose de personas inteligentes, que manejan capital a conciencia de la existencia de riesgos, que saben acerca de lo desmesurado que es dar un interés del estilo antedicho, que además conocen las colocaciones bancarias y que especulan con la supuesta improbabilidad de que el riesgo se concrete en desmedro de su inversión, no debe atribuirse al empresario reproche penal alguno, en la medida que no oculte dolosamente los riesgos a correr ni engañe al inversor, pues —de lo contrario— no sería ésta la situación y sí se trataría de un ardid. Por ende, si se concreta el riesgo en ciernes y por ello no se logra el beneficio esperado, así como tampoco se recupera la totalidad del capital o, aún más, ni siquiera se reintegra el monto invertido, no cabe otra conclusión que la supuesta víctima puso en voluntario y consciente riesgo su bien jurídico propiedad, relevando de reproche penal al empresario en lo concerniente al riesgo específicamente asumido y, dentro del mismo, inhibiéndole de culpabilidad y careciendo de tipicidad. Es una hipótesis de autopuesta en peligro por parte de la víctima, en la que debe excluirse al sujeto que tuvo cierto dominio del hecho, porque esta facultad ha sido compartida por ambos. La víctima ha asumido un riesgo previsible en el ámbito de su legítima disponibilidad en relación al bien jurídico en cuestión, y eso conlleva que al producirse el perjuicio se ha cumplido un tramo del alea previsible, aunque no fuese lo anhelado por el inversor ni el empresario. Sólo resta entonces la eventual reclamación civil, si es que ésta fuere pertinente.

Se pueden ejemplificar otras múltiples situaciones relevantes al respecto, como en la usura, porque en ella alguien quiere obtener un préstamo para realizar un negocio especulando con el mercado, mientras que el prestamista especula con la ambición del otro y ambos anhelan obtener una pingüe ganancia, salvo que uno lo hace respecto del mercado de valores (el prestatario) y otro poniendo precio al dinero (el prestamista usurero). Las condiciones del acuerdo son claras, se sabe que es un préstamo usurario, pero igual ambos arriesgan. Si el usurero no cobra se considerará estafado y si lo hace será un delincuente. En cambio, el otro actor se satisfará si obtiene la ganancia al salirle bien su especulación financiera y pagará gustoso el precio por el dinero (interés usurario), al punto de insistir en un futuro próximo en similar negocio, pero si pierde dinero considerará que ha sido victimizado por un usurero.

En la casuística de la estafa se pueden hallar una gran cantidad de ejemplos de sumo interés<sup>39</sup>. Sin lugar a duda, en muchas maniobras tendientes a inducir en error a la víctima y así obtener un provecho injusto —normativamente desaprobado— el pasible del engaño es una persona inocente que actúa correctamente y de buena fe. Sin perjuicio de ello, existen otras tantas en que la conducta de la víctima se torna esencial al momento de obtener de ella ese espurio beneficio, porque su actuación debe ser la de una persona que aprovecha la supuesta inferioridad del otro, que termina siendo su victimario, aunque no sea esto sabido por la víctima<sup>40</sup>. Verbigracia, el hombre mal entrazado que convence a otro de que ha ganado un premio en la lotería, pero que no tiene tiempo ni forma de cobrarlo y entonces se lo vende a un valor inferior al que establece el billete en cuestión. Este último realiza el supuesto favor de comprárselo inspirado en que pagará una cifra menor a la que obtendrá por el premio y así, honrando su ciega ambición, cae en la trampa de quien no es un ignorante ni ajeno a la ciudad, sino un estafador que vende un billete falso o vencido, haciendo caer en su red a un frustrado abusador mediante un ardid únicamente idóneo para quien desea perjudicar a un presunto campesino inculto. Ése es el tipo de víctima que busca. En estos “cuentos del tío”, tan frecuentes en estaciones de ferrocarriles, aeropuertos y terminales de

---

<sup>39</sup> Acerca del delito de estafa, ver KINDHÄUSER, Urs, *La estafa como autoría mediata tipificada*, trad. José Fernando Perdomo Torres, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 7-40. También, “La estafa como autoría mediata”, en *Estudios de Derecho penal económico*, trad. Jorge Fernando Perdomo Torres, Grijley, Lima, 2002, pp. 83-122. Al respecto, SPOLANSKY, Norberto Eduardo, *La estafa y el silencio*, Jorge Álvarez, Buenos Aires, 1967, pp. 45-95. Asimismo, ROMERO, Gladys Nancy, *Los elementos del tipo de estafa*, Lerner Editores, Buenos Aires, 1985, pp. 107-189. De la misma autora, *Delito de estafa*, 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 125-217. También, IRURETA GOYENA, José, *Delito de falsificación documentaria y estafa*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1922, pp. 133 y ss.

<sup>40</sup> ROMERO, Gladys Nancy, *Delito de estafa*, 2.ª ed., pp. 346 y 352.

autobuses, el estafador necesita una víctima motivable en obtener para sí un beneficio injusto a costa de otro, siendo algo así como un estafador en potencia que deviene estafado, pero lógicamente no delinque, porque sería un delito imposible. Entonces, mediante una lectura dogmática que pondere el aspecto subjetivo de la víctima en función del tipo penal en cuestión y en relación al caso, se concluye que la conducta del estafador verdadero es típica y, por tanto, punible, pero lo es en menor medida que la realizada a una persona plenamente inocente engañada en su buena fe y, merced a ello, es dable concluir que corresponde una menor pena, porque se toma en cuenta la interacción entre victimario y víctima según el tipo subjetivo. Esto trae a colación al famoso estafador turco Sulún Osman, quien vendió el puente de Galata, la torre de Estambul y los trenes del Expreso de Oriente mediante ardides sólo posibles frente a grandes ambiciosos prontos para ser estafados. Decía Osman: *No hay ley para castigar a los imbéciles, Dios me envió a mí para encargarme de ello*. Lo citado corrobora que la criminalidad comprende una increíble cantidad de acontecimientos delictivos que ponen a la luz incontestablemente la proximidad y relación entre los protagonistas del crimen, es decir, el delincuente y la víctima<sup>41</sup>.

Un Derecho penal de personas libres es también un campo de asunción de riesgos y de responsabilidad por el acto propio, tanto al conculcar disposiciones jurídicas como al renunciar total o parcialmente a la relación entre el sujeto y su objeto de Derecho. Cuanto mayor es la libertad humana, mayor es su responsabilidad por ella y por respetar la de los demás. Según SCHMIDHÄUSER, la relación *erga omnes* respecto del sujeto y el objeto de Derecho es el fundamento del bien jurídico y así se consagra en la norma (que contiene al bien jurídico)<sup>42</sup>. Y, dado que el Derecho penal tiene como una de sus misiones fundamentales —aunque no la única— la justa protección de bienes jurídicos, cuando éstos no son mínimamente celados por su titular en el margen admisible de su disponibilidad, puesto que no todo bien jurídico es renunciable o disponible su lesión<sup>43</sup>, debe concluirse que el titular ha liberado su afectación, al punto que pierde total o parcialmente relevancia penal el menoscabo ocasionado a su bien

---

<sup>41</sup> RADBRUCH, Gustav; y GWINNER, Enrique, *Historia de la criminalidad*, Bosch, Barcelona, 1955, pp. 177 y ss.

<sup>42</sup> SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, J. C. B. Mohr, Tubinga, 1980, pp. 24 y ss. Cfr. ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 29-34.

<sup>43</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e Imputación Objetiva en Derecho penal*, pp. 182-185.

jurídico disponible<sup>44</sup>. Es decir, no podrá objetiva ni subjetivamente imputarse delito al respecto y, en caso de hacerse, deberá abatirse el grado de la culpabilidad tomando en especial consideración el tipo penal subjetivo en cuanto a la víctima, llevándose la pena a guarismos mínimos. Nótese que en esta situación ha operado un consentimiento válido, legítimo y respecto de un ámbito de disponibilidad del bien jurídico, que se halla en el tipo penal. Este comprende al bien jurídico objeto de tutela y, en la medida que éste desaparezca o decaiga, podrá asimismo concluirse que la conducta deja de ser típica en tanto no ofende relevantemente el bien jurídico en cuestión. Se produce así la atipicidad de la conducta y, en consecuencia, se carecerá de tipo objetivo y subjetivo aplicable al punto. Aquí se torna importante la correcta ponderación de los principios penales de lesividad, tipicidad, significancia, injerencia y, en definitiva, de tutela de bienes jurídicos. En efecto, no hay tipicidad cuando una conducta no afecta en forma relevante y significativa a un bien jurídico sujeto a protección penal y contemplado en la norma, la que a su vez —siguiendo a WELZEL<sup>45</sup> y BETTIOL<sup>46</sup>— debe consagrar valores trascendentes que el Derecho penal ha de proteger.

Mediante el principio victimodogmático se analiza la incidencia de la víctima en el hecho criminal a efectos de establecer la pertinencia de la culpabilidad y del *quantum* de la pena<sup>47</sup>. Para esto, se toma como referencia la subsidiariedad del Derecho penal, la proporcionalidad de la pena y el principio de mínima intervención penal o *ultima ratio legis*. En tal sentido, según SCHÜNEMANN (1978), la intervención del Estado sólo se justifica cuando no quedan otros instrumentos sociales para tratar el conflicto y la víctima ha agotado sus medios para autotutelar su bien jurídico<sup>48</sup>. Esto implica un retiro casi total de la intervención estatal que lógicamente no es compatible, porque el ciudadano ha delegado en el Estado el uso de la violencia y de la resolución de

---

<sup>44</sup> PIERANGELI, José Enrique, *El consentimiento del ofendido. Una teoría del delito*, trads. Luis Fernando Niño y Stella Maris Martínez, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 103-104 y 106.

<sup>45</sup> WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 1.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1947, p. 1 (también en la 11.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, p. 1). Versión en español, *Derecho penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 1.

<sup>46</sup> BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale. Parte Generale*, 1.ª ed., Priulla, Palermo, 1945, p. 115. También en la 2.ª ed., Priulla, Palermo, 1950, p. 126. Versión en español, *Derecho penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1965, p. 149. Del mismo autor, “Bene giuridico e reato”, en *Scritti giuridici*, t. I, Cedam, Padua, 1966, p. 322. *Il bene giuridico di per sè stesso rappresenta un superamento di una concezione formale dell’antigiuridicità, in quanto costituisce un richiamo agli interessi e valori della vita sociale.*

<sup>47</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, pp. 38-40 y 91-92. ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y ‘praxis’ penal*, pp. 164-169.

<sup>48</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, “El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal”, en AA.VV., *La víctima en el sistema penal. Dogmática, Proceso y Política criminal*, trad., Luis Miguel Reyna Alfaro, Grijley, Lima, 2006, p. 25.

conflictos; por tanto, sería una interpretación discutible del principio de subsidiariedad penal <sup>49</sup>. Como observa CANCIO MELIÁ, el principio de proporcionalidad, empleado en sujeción a la conducta de la víctima, ante una primera mirada no plantearía objeciones, sino que, por el contrario, resultaría compartible, pero entrando en detalle se observa que no existen criterios normativos para establecer la proporcionalidad de la pena en términos de actuación de la víctima para llegar a determinar el momento en que se traspasa la legitimidad de la criminalización <sup>50</sup>. Ante este vacío, tampoco es útil recurrir al principio de proporcionalidad en relación a la conducta de la víctima. Así, siguiendo a CANCIO MELIÁ en su cuidada tesis doctoral, resta el Derecho penal de *ultima ratio legis* como única posible fuente de *cierto contenido material*, pero a sabiendas de que tampoco existe una co-relatividad precisa entre el concepto penal de víctima y el asumido por la Victimología <sup>51</sup>.

Obsérvese que la intervención punitiva no corresponde cuando el titular del bien jurídico ha consentido la creación o aumento de riesgo sobre éste; y con ello se confirma el respeto jurídico a la libertad y autonomía de las personas, pero ha de tenerse cuidado al establecer ciertos parámetros, porque al respecto cabría concluir, si no, que los objetos expuestos en las góndolas de los autoservicios están en mayor riesgo consciente por parte del propietario que los guardados en vitrinas y por ello podría despenalizarse el delito, pero obviamente no es así y, a lo sumo, casuísticamente podría decaer la pena de quien los hurtase <sup>52</sup>, ya que también están bajo sistemas de vigilancia, aunque al alcance de la mano.

### 3. HACIA UNA TEORÍA DEL TIPO PENAL INTERSUBJETIVO

Puede acontecer que el grado de imprudencia sea más grave en una lesión personal que en una muerte. Esto lleva a revisar con cuidado que, desde que WELZEL (1931) <sup>53</sup> completó la teoría del tipo de BELING (1906) <sup>54</sup>, instalando definitivamente al

---

<sup>49</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e Imputación Objetiva en Derecho penal*, p. 281.

<sup>50</sup> *Idem*, pp. 282-283.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 283.

<sup>52</sup> *Idem*, pp. 23 y 31.

<sup>53</sup> WELZEL, Hans, „Kausalität und Handlung“, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (“Revista para la Ciencia conjunta del Derecho penal“ o *ZStW*), n.º 51, 1931, pp. 703-720. También publicado en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín, 1975, pp. 7-22. Versión en español, “Causalidad y acción”, en *Estudios de Derecho penal*, trads. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pp. 121-145.

<sup>54</sup> BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., p. 22. Versión en español, *Esquema de Derecho penal*, p. 38. Cfr. ALLER, Germán, “Ernst Beling”, en *Criminología y Derecho penal*, t. III, libro en coautoría con LANGON, Miguel, Del Foro, Montevideo, 2007, pp. 319-325.

elemento subjetivo dentro del tipo penal, dando así lugar al tipo objetivo por un lado y al tipo subjetivo por otro, hoy se ha de dar un paso más y sostener que el tipo subjetivo se integra por dos tramos: el del agente de la conducta o victimario y el de la víctima, demostrándose así la existencia de un tipo penal intersubjetivo o bímembre, puesto que se han de tomar en cuenta integradamente ambos elementos de subjetivismo<sup>55</sup>. Así como existe el rasgo objetivo en la imprudencia consistente en la infracción a la norma de cuidado, y el subjetivo, dado por querer la conducta imprudente y no querer el resultado lesivo, igualmente debe estimarse el referente subjetivo victimal, en el cual ella ponga indebidamente su bien jurídico en riesgo y tampoco cumpla sus deberes básicos de autocuidado, atinentes a la autotutela de su bien jurídico en lo esencial y decisivo u otorgar un consentimiento válido<sup>56</sup>. De similar manera que este criterio es aplicable a los delitos imprudentes, lo es también para los dolosos, sin perjuicio de que en aquellos sea más nítido que en estos últimos.

Cobra esencial relieve la conducta de la víctima, dando pie a frondosa literatura dogmática en esta línea de pensamiento<sup>57</sup>. Esto es, según el caso, abatir la punición del delincuente o llegar hasta la exculpación de su conducta, haciendo primar la autopuesta en peligro, la actuación a propio riesgo por parte de la víctima y el principio de injerencia penal<sup>58</sup>. En todos estos supuestos lo que decae es la tipicidad, dado que se relaciona al tipo penal en mérito a la actuación relevante de la víctima. Debe tomarse en cuenta la conducta de la víctima, porque ella también integra el tipo penal subjetivo según su comportamiento. Mi tesis, en ese punto, es que el último paso en la teoría del tipo es que el elemento subjetivo del mismo se conforma con dos subjetivismos: el del victimario y el de la víctima.

Ha destacado WELZEL que el consentimiento excluye el tipo (*tatbestandsausschließende Einwilligung*)<sup>59</sup> y luego ROXIN indicó que se torna atípico el resultado supuestamente lesivo que recaiga sobre el bien jurídico de quien ha consentido válidamente, salvo que —como comenta WELZEL— sea un consentimiento justificante

---

<sup>55</sup> ALLER, Germán, *El Derecho penal y la víctima*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015, pp. 163-178.

<sup>56</sup> *Idem*, pp. 176-178 y 183-198.

<sup>57</sup> ALLER, Germán, *Dogmática y praxis de la acción penal*, pp. 149-159.

<sup>58</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e Imputación Objetiva en Derecho penal*, pp. 118-122. También, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., pp. 555-559.

<sup>59</sup> WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª, p. 95. Versión en español, *Derecho penal alemán. Parte General*, p. 137.

de la víctima (*rechtfertigenden Einwilligung des Verletzten*)<sup>60</sup>, en cuya hipótesis no hay delito porque desaparece la antijuridicidad.

Los ejemplos son más ilustrativos que los términos técnicos, éstos a veces no del todo bien expresados o mal interpretados. Cuando alguien atropella y mata a un peatón con su vehículo, teniendo éste luz verde para cruzar, y el automóvil lo hace inhibido por la luz roja ante sí, pareciera el caso palmariamente de un homicidio por imprudencia. Pero no siempre los hechos son como se ven en la primera mirada. Revisando esa situación, se puede llegar a constatar que el conductor cometió indudablemente una infracción al trasgredir la disposición de tránsito, puesto que avanzó cuando tenía la prohibición mediante la luz roja del semáforo frente a sí. Hemos de analizar por qué razón siguió pese a tener luz roja frente suyo. Puede haber sido por su decisión consciente de infringir la norma administrativa o porque teme detener la marcha y quedar esperando la luz verde habilitante en una zona de peligro durante la madrugada. No cabe el menor reparo a que igualmente infringió la disposición de tránsito, pero no podemos aún concluir que hubiera delito. Pudo ocurrir que tomase los debidos recaudos cuando llegó al semáforo, viendo desde lejos que no había nadie en la zona ni menos aún por cruzar la calzada y que por eso prosiguió la marcha.

Ahora revisemos la actuación de la víctima. Quizá cruzó la calle confiando en la luz verde del semáforo que la autorizaba a continuar su desplazamiento. En cuyo caso, regresamos al victimario y posiblemente le sea imputable el delito de homicidio imprudente. En cambio, si la víctima no hizo eso, sino que estaba oculta detrás de un árbol esperando que pasara un automóvil para cruzarse frente a él y así suicidarse, entonces da igual que el conductor avanzara con luz roja o verde, porque pasa a ser un hecho irrelevante desde el punto de vista penal (no del administrativo) y no corresponde en tal extremo imputar el delito de homicidio imprudente al conductor independientemente de que haya violentado la norma de tránsito<sup>61</sup>. No importaría tampoco que fuera a exceso de velocidad ni otras circunstancias similares de trasgresiones administrativas. En un caso como este, además de otros diversos que pudieran plantearse, el aspecto subjetivo de la víctima es esencial y demuestra que también ha de ser contemplada en el tipo subjetivo.

---

<sup>60</sup> WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª, p. 95. Versión en español, *Derecho penal alemán. Parte General*, p. 138. También, REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 3.ª ed., Temis, Bogotá, 2005, pp. 173-174.

<sup>61</sup> ALLER, Germán, *Criminalidad del poder económico. Ciencia y praxis*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 337 -350.

Aparte de ello, sin llegar a extremos como el del pasado ejemplo, en otras situaciones la conducta de la víctima implicará no la exculpación, sino la atenuación del reproche al victimario, como eventualmente más grado de culpabilidad por la mayor vulnerabilidad de la víctima<sup>62</sup>.

El avance sistemático de la teoría del tipo guarda estrecha relación con, a su vez, la mejor concreción del principio de legalidad, porque es en la descripción de la conducta punible donde se puede alcanzar la máxima expresión de este cardinal principio de raigambre constitucional y plasmado en el Derecho penal<sup>63</sup>. Representa un importante progreso científico y pragmático que el aspecto subjetivo de la víctima se incluya en el tramo subjetivo del tipo penal —actualmente integrado por el dolo, la culpa y la ultraintención y las bases psíquicas del injusto atinentes al victimario— para así propender a la mejor y más justa imputación delictual<sup>64</sup>. No hay razón para negar que el conflicto penal concierne al delincuente y a la víctima como *pareja penal*, pese a que el Derecho penal los ha separado artificialmente y, de esa forma, excluyó a la víctima de la dilucidación del conflicto<sup>65</sup>. No se trata de acotar las propuestas victimales al campo procesal (formal), sino que se debe, asimismo, ir a lo sustantivo (material). Pues bien, una de las herramientas para personalizar el conflicto, que en suma es una deficiente interacción (de rango delictual), es integrar a la víctima a la teoría del delito<sup>66</sup>. Estimo pertinente que acontezca esa incorporación a partir de la Dogmática y se plasme en el ordenamiento jurídico, precisamente dentro del tipo penal subjetivo. De *lege ferenda*, los códigos deberán estratificar el elemento subjetivo del tipo conformándose éste con lo atinente al delincuente y a la víctima del delito.

#### 4. CONCLUSIÓN

Se pensó que la teoría del tipo se cerraba con el propio BELING, pero no fue así, pues MAYER la elevó y MEZGER la prosiguió a su manera. Luego llegaría WELZEL retomando el eje de la teoría del delito en la acción típica, basándose en la finalidad del autor y centró el elemento subjetivo en el tipo penal. Con ello, dio otra dinámica a la teoría del tipo, consolidándola en función de la subjetividad retirada acertadamente de la culpabilidad.

---

<sup>62</sup> ALLER, Germán, *El Derecho penal y la víctima*, pp. 195-198.

<sup>63</sup> CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. I, p. 169.

<sup>64</sup> ALLER, Germán, *El Derecho penal y la víctima*, pp. 16-17.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>66</sup> *Idem*, pp. 157 y 336-341.

Empero, mucha agua ha corrido bajo el puente. El suceso de la consideración de la autopuesta en peligro de la víctima, la revisión de ciertos niveles del principio de subsidiariedad en función del interés de ésta en tutelar su bien jurídico, la ubicación del consentimiento del ofendido en el tipo —pues allí se halla el bien jurídico en juego— y el desarrollo de la Dogmática en el campo de la interacción humana, llevan a afirmar que la teoría del tipo se encuentra en el momento de receptar que, a la ya predominante estratificación del tipo en objetivo y subjetivo, le sigue que el propio elemento subjetivo del tipo ha de integrarse abarcando a la víctima y, por ende, puede hablarse de un verdadero elemento intersubjetivo autor-víctima dentro del tipo penal.

Esto no contraría la originaria teoría de BELING, sin perjuicio de que indudablemente introduce innovaciones trascendentes, pero se asemeja en cierta medida a la variación efectuada por MAYER que, a fin de cuentas, proyectó a la teoría del tipo a su justa ubicación en la evolución de la Ciencia penal.

Resulta pertinente señalar que la propia división del tipo en el elemento objetivo y el subjetivo es, en definitiva, una cuestión fundamentalmente metodológica, pues no son estancos aislados, sino —por el contrario— están estrechamente relacionados. No se trata de ínsulas. Son ángulos diferentes de una misma estructura lógica fruto del intelecto en cuanto a su descripción, pero de la realidad en lo empírico, pues el tipo describe una conducta humana que se integra de aspectos objetivos y subjetivos, estando dentro de estos últimos lo atinente al agente de la conducta y a quien la sufre indebidamente. Y el Derecho penal ha de prohiar la realidad.

Puede dejarse todo como está y continuar relegando a la víctima injustamente o a lo sumo propender una justicia restaurativa que produzca cierto éxito, pero también se puede dar un salto cualitativo desde la Dogmática continuando el sendero de WELZEL en cuanto a lo subjetivo que se halla en el tipo, dándole ahora la impronta lógica y racional de que la subjetividad de la víctima existe y está también en el tipo, como surge nítidamente en los casos de error de tipo, de consentimiento del ofendido, en las alteratorias del reproche atenuando o agravando la conducta típica y, en consecuencia, la pena en mérito a la situación de la víctima.

El Derecho penal científico se rige por dogmas, que no son verdades reveladas, sino eslabones que constituyen las cadenas argumentales del Derecho en función de principios cardinales. Queda mucho por descubrir y crear, siendo precisamente este

aspecto de la intersubjetividad del tipo uno de los desafíos a afrontar en estos tiempos para construir no más, sino mejor Derecho penal.