

VÍCTIMA E IMPUTACIÓN OBJETIVA*

DUVI ALFREDO TEIXIDOR VINJOY**

Resumen

Se ofrece una aproximación a la teoría de la imputación a la víctima, desde la imputación objetiva de comportamiento, con énfasis en el giro interpretativo que significó la asunción del finalismo, re-ubicación sistemática del dolo, la imprudencia, e incidencia de la teoría de imputación objetiva, en la expresión de sentido y significado de la tipicidad. El enfoque discurre desde la evolución histórica de la concepción de imputación, hasta el estado actual de la discusión en materia de: a) determinación del ámbito y contenido concreto de sentido en la norma, esto es, la *imputación objetiva*, y b) la incidencia del principio de autoresponsabilidad de la víctima en la imputación al tipo objetivo, como “experiencia normativa recalitrante”. Con ello, se pretende: a) poner el énfasis en la normativización de la tipicidad objetiva y subjetiva, como presupuesto del juicio de referibilidad del comportamiento al desvalor, y b) jerarquizar el principio fundamental de proporcionalidad en el ámbito de atribución del comportamiento a su autor, en situaciones de organización conjunta. A partir de su evolución dogmática, se analizan casos concretos, identificando criterios de imputación a la víctima aplicados por los Tribunales; visión pragmática de la dogmática penal que justifica una *propuesta de estructuración de la infracción al debido cuidado como instituto organizacional normativo, a partir de una re-interpretación de los arts. 18 y 59 inc. 2 del CP*. Con ella, se procura: a) evitar que la imprudencia se considere con independencia del principio de auto-responsabilidad de la víctima, y b) facilitar una solución finalística-normativa de *tipicidad conglobante*, a los problemas que plantea la adscripción objetiva y subjetiva del comportamiento, y su expresión de sentido desde el desvalor de acto.

Palabras clave: Tipicidad – Autor – Víctima – Causalismo – Finalismo normativista – Principio de autorresponsabilidad – Desvalor de acto – Imputación objetiva – Proporcionalidad.

Abstract

An approximation to the theory of victim blaming, from the objective accusation of a behavior, with emphasis on the interpretation of the finalism, systematic relocation of maliciousness, recklessness and the importance of the theory of the objective accusation in the expression of the meaning and sense of the typical identity. The approach ranges from the historical evolution of the conception of the accusation to the current condition of the discussion on the subject: a) establishment of the scope and the specific content of the norm, in other words the objective accusation; and b) the importance of the principle of self-responsibility of the victim

* El texto refleja la exposición en las VIII nacionales y VI Jornadas internacionales de Victimología en Punta del Este, los días 25 y 26 de noviembre de 2011, reformulada para esta publicación. Su carácter coloquial excusa la omisión de citas precisas y suficientes del material bibliográfico que lo informa.

**Asistente (Grado 2) de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay.

in the accusation, as a “recalcitrating normative experience”, in an attempt to a) place emphasis on the standardization of the objective and subjective identity as an assumed reference of disvalue and b) rank the fundamental principle of proportionality upon attributing a behavior to its perpetrator, in situations of joint organization. Based on its dogmatic evolution, specific cases are analyzed, identifying the criteria used by the Courts to accuse the victim; a pragmatic vision of the criminal dogma that justifies the structuring of the violation of due care as a normative organizational institution, based on the reinterpretation of Articles 18 and 59, paragraph 2 of the Criminal Code, with the purpose of a) preventing the separation of recklessness from the victim’s self-responsibility and b) facilitating a normative solution of a comprehensive tipicity to address the problems of the objective and subjective ascription of the behavior and its expression based on the disvalue of the act.

Key words: Tipicity – Perpetrator – Victim – Causal – Finalistic Normativism – Principle of self-responsibility – Disvalue of the act – Objective Accusation – Proportionality.

Sumario

1. Introducción. 2. Concepciones de la imputación. “*Nihil novum sub sole*”. 2.1. La imputación como atribución de una obra a su autor. 2.2. La imputación como determinación del sentido del desvalor (expresión de sentido típico). 3. Ubicación sistemática de la imputación a la víctima. 4. Modelos dogmáticos. 4.1. En el causalismo. 4.2. En el funcionalismo teleológico. 4.3. En el funcionalismo sistémico. 4.4. En la victimo-dogmática. 4.5. En el principio fundamental de auto-responsabilidad. 5. La imputación subjetiva en torno a la víctima. Un “*fuzzy logic*”. 6. En la jurisprudencia. 7. Propuesta de re-estructuración categorial y giro hermenéutico. 8. Conclusiones provisionarias.

1. INTRODUCCIÓN

La imputación a la víctima, en el ámbito más amplio de la imputación objetiva de comportamientos, implica una toma de posición en torno a su ubicación sistemática, modelo dogmático al que se adscribe, y consecuencias argumentativas que importa sustentar el principio de auto-protección de raigambre constitucional, en la determinación de la responsabilidad jurídico penal.

Si bien la tesis que se asumirá, implica afiliarse a la doctrina normativista, ello no importa soslayar la evolución dogmática que precede, y las concepciones que aún hoy, conviven en el ámbito académico. De allí que el análisis no solo se circunscribirá a la descripción de doctrinas confluentes, sino que pretende además, realizar una evaluación crítica, que permita re-estructurar categorías de Derecho Positivo vigente, armonizándolas con los principios constitucionales y convencionales en juego.

En auxilio de la tarea propuesta, se recurrirá a la teoría de la argumentación, transparencia y opacidad de las normas que reclaman adscripción del comportamiento al ámbito de la responsabilidad, y la solución de lo que Frederick Schauer ha denominado “experiencias recalcitrantes”, en la zona de institutos que incorporan conceptos borrosos, como el que es objetivo de este trabajo.

Se procurará con estas herramientas, construir una dogmática analítica, compleja, que se contraponga a la dogmática “botánica”, en feliz expresión de Dubbel, que ha dominado –en buena parte de nuestra historia académica– el enfoque intuitivo-causalista de la cuestión.

Y finalmente, en este entendido, las conclusiones a las que se arribe, serán provisionarias, dejando abierto el tema, por sus aspectos controversiales, a la discusión dogmática penal.

2. CONCEPCIONES DE LA IMPUTACIÓN. “NIHIL NOVUM SUB SOLE”

2.1. La imputación como atribución de una obra a su autor

Partiendo de las ideas de Pufendorf (“Elementa...” 1660), un primer acercamiento a la imputación implicó “poner una obra en la cuenta de alguien”, tanto en lo fáctico (*imputatio facti*) como en el ámbito jurídico (*imputatio iuris*). La misma idea fue desarrollada por Kant (1797), Feuerbach (1799), Mayer (1901), Liepmann (1915), y los autores que se ubican en el origen de la segunda concepción: Larenz (1927, para el Derecho Civil) y Hönl (1930). Modernamente, es asumida por Hruschka (1974), quien distingue las *actio libera in se* (imputación ordinaria) y las *actio in sua causa* (imputación extraordinaria), y utiliza para la imputación de primer (injusto) y segundo nivel (culpabilidad), reglas de comportamiento e imputación al *urheber*¹.

2.2. La imputación como determinación del sentido del desvalor (expresión de sentido típico)

La segunda concepción, tiene como punto de partida –señala Cancio– en los años 70, a partir de Roxin, con una primera aproximación en 1962 y su desarrollo en 1970. La idea ya no será la mera “atribución de obra”, sino antes bien, el “contenido o expresión de sentido del desvalor”, de tal suerte que el

¹ ALLER, Germán. *Dogmática de la acción y praxis penal*. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F, 2009, pp. 122-124.

cambio de “*horizonte*” de la imputación, conducirá a nutrir la imputación de criterios fundamentales de la tipicidad. Este entendimiento, será el de Jakobs y Frisch con matices que Cancio desarrolla (imputación “*de resultado*”, o “*al tipo objetivo*” en Roxin), y “*de comportamiento*” o conducta en Jakobs y Frisch².

3. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA

Si la imputación objetiva se ubica en la categoría de la tipicidad, la imputación a la víctima habrá de ocupar el mismo lugar por ser uno de los criterios para la determinación del desvalor de comportamiento, sin perjuicio de que funcionalmente también disminuirá la responsabilidad en casos en que no elimine la tipicidad de la conducta del autor.

Por el contrario, quienes focalizan el instituto desde el consentimiento del ofendido, serán proclives a plantear su funcionalidad como justificante, y por tanto, enervante de la antijuricidad, dejando un margen para la atenuación, por vía de justificación incompleta.

Y en la postura de quienes entienden al consentimiento como causa de impunidad (doctrina minoritaria atribuible a la ubicación de la lesión consensual en nuestro Código Penal ex art. 44), será una excluyente de punibilidad.

Este análisis, nos deja en condiciones de valorar los distintos fundamentos que se han estructurado, para dar carta de ciudadanía penal a la imputación a la víctima.

4. MODELOS DOGMÁTICOS

4.1. En el causalismo

Desde el método óntico (sistema clásico: List-Beling, y neo-clásico de Mezger), propio de las ciencias naturales, atiende a la observación y experimentación. De este modo, el causalismo (físico-biologicista e intuitivo), consideró que la víctima se inserta en ámbito de la culpa (a la que concibe como un elemento de la culpabilidad), incidiendo en la actitud psicológica del agente. Cancio, descarta el criterio por subjetivista y equívoco.

En Uruguay –desde esta óptica– se sostuvo que el inc. 2 del art. 59 del Código Penal prohíbe la “*compensación de culpas*”.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Tiempos del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2009, pp. 46-49.

4.2. En el funcionalismo teleológico

Roxin introdujo la imputación a la víctima en su idea de “*autopuesta en peligro*”, generalmente impune, y “*heteropuesta en peligro*”, punible.

Sin embargo, la tesis presenta insuficiencias, ya que resulta artificial la referida separación. En efecto, como se examinará *infra*, pueden concebirse en la praxis, supuestos en que la heteropuesta en peligro, según los datos cognitivos de la víctima (subjetividad de la imputación objetiva), al igual que la autopuesta en peligro, puede resultar impune (caso de aceptación por la víctima de transporte benévolo de conductor que –sabe– se encuentra ebrio).

4.3. En el funcionalismo sistémico

Jakobs aludió a la imputación de la víctima desde su idea de “*competencia*”, status o rol que –por organización– determina si el sujeto competente frustra las expectativas cognitivas atribuidas por la norma, y entonces, adscribe responsabilidad por su comportamiento. Y ese comportamiento fuera del rol, que concierne a la víctima, tendrá por efecto, el desplazamiento de la posición de garante del autor (que según el autor rige tanto para la comisión como la omisión), y determinará la atipicidad de la conducta.

Este planteo, tiene el mérito de consolidar el aporte victimal al ámbito de la imputación. Sin embargo, resulta extremadamente riguroso y propio de un punto de partida contractualista a ultranza, desconociendo el conflicto (pragma conflictivo que está en la génesis del delito).

4.4. En la victimo-dogmática

Schünemann ubica a la imputación a la víctima en el ámbito específico de la victimodogmática a partir de la idea de “*descuido en la protección de bienes jurídicos*”, atribuyéndole situaciones de “*grave imprudencia*”. Cancio critica esta posición, ya que focaliza exageradamente la cuestión desde la óptica victimal, separándose de la teoría del delito en general, donde debería ubicarse.

4.5. En el principio fundamental de auto-responsabilidad

Finalmente, si bien la idea del consentimiento puede ser atractiva para localizar la imputación a la víctima –tal como lo entiende Cancio– no es suficiente.

En efecto, la solución de Derecho Positivo en materia de ayuda al suicidio (como el art. 315 Código Penal Uruguayo) o autolesión (como el art. 44 de dicho cuerpo legal), no es decisiva para la postura dogmática sobre imputación a la víctima.

Por tal razón, la idea central de imputación a la víctima, debe encontrarse en el **principio de autorresponsabilidad**, que tiene raigambre constitucional (art. 10 de la Constitución española, 10 y 44 inc. 2 de la uruguayana y 19 de la argentina), el cual es corolario del libre desarrollo de la personalidad (autonomía moral o auto-determinación)³.

La víctima en el sistema de imputación objetiva. Una experiencia recalcitrante

La reconstrucción del tratamiento dogmático de la víctima desde el principio de auto-responsabilidad implica reconocer que:

- a) El ámbito de lo prohibido pertenece a la tipicidad, lugar en que habrá de focalizarse el aporte victimal.
- b) El referido principio de autorresponsabilidad tiene como límites la imposibilidad de instrumentalizar a la víctima y la intangibilidad del régimen tuitivo de orden público (régimen laboral, ámbito de libertad, zonas en las que existe un deber de protección específico del autor, etc.).

La perspectiva entonces no será del autor (implícita en las concepciones causalista, de autopuesta en peligro, etc.), sino la de *“organización conjunta”* entre autor y víctima, emprendimiento de una actividad en común, que puede producir una lesión al bien jurídico.

Por tanto, el presupuesto de imputación a la víctima es que la actividad arriesgada se corresponda con la organización conjunta de autor y víctima.

En este ámbito, corresponde distinguir entre:

- a) la imputación objetiva de resultado (rectius: al tipo objetivo-*Die Zurechnung zum Objektiven tatbestand*) en la doctrina de Roxin, y
- b) la imputación objetiva de adscripción al comportamiento (Jakobs y Frisch), donde la *“imputación a la víctima”*, se ubicará predominantemente en la imputación de la conducta típica, y solo residualmente en el *“nexo de imputación del comportamiento al resultado”* (supuestos de riesgo vital o intervención de terceros).

³ CANCIO MELIÁ, Manuel y DÍAZ-ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Santa Fe: Editorial Rubinzal-Colzoni, 2007, pp. 15-47.

Desde la imputación de comportamiento, que –entre otros autores– Cancio asume como válida, el criterio del riesgo permitido (más propiamente: “*principio de permisión del riesgo*”), combinado con el “*principio de prohibición de regreso* (en cuanto no retroceso o ascensión), y el “*principio de confianza*”, ensamblarán perfectamente con el “*principio fundamental de auto-responsabilidad*”, inherente a la imputación a la víctima.

En este estadio del análisis, conviene destacar que el requisito de que el comportamiento se encuentre “dentro del *ámbito de protección de la norma*”, que –en la postura de Roxin– se ubicaba en el tercer escalón del análisis adscriptivo (luego del riesgo no permitido y su concreción (*nexo con*) en el resultado), se incluirá en este primer (y predominantemente único) estrato de imputación de la conducta.

Y a partir de esta idea, la prohibición de regreso (*rectius: principio*), no tendrá el sentido que le daba Frank (1907) para la exclusión de la incidencia dolosa de un tercero (óptica causalista, tributaria de la doctrina Hegeliana). En efecto, desde la óptica de imputación objetiva, el principio de prohibición de retroceso o ascensión en el ilícito consolidado (completo en su *iter*), tendrá la virtualidad de desplazar de la expresión de sentido del desvalor, el *comportamiento estandarizado*, desvinculándolo de posteriores conductas auto-lesivas.

Por tanto, la *regla* de infracción al debido cuidado, o acción planificada final exigible normativamente (art. 18 del CP), resulta infra-incluyente, de modo que su alcance y significado, debe determinarse mediante la armonización (*rectius: ponderación*), de acuerdo con los *principios y compromisos* subyacentes a la referida regla.

En otros términos, el eje axial de nuestros arts. 18 30 del CP, nos colocan en lo que Schauer denomina “*experiencia recalcitrante*”, en relación a la imputación a la víctima. Y solo pueden resolverse las cuestiones de la praxis, mediante la combinación de los cuatro principios rectores de la imputación objetiva (permisión del riesgo, prohibición de regreso, confianza y auto-responsabilidad), desde una óptica funcional.

5. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN TORNO A LA VÍCTIMA. UN “FUZZY LOGIC”

En este plano, Cancio distingue la subjetividad (es decir, el plano de la conciencia) de los datos del *contexto general* de actuación propios de la imputación objetiva de comportamiento, así como del conocimiento o la cognoscibilidad de datos del *contexto concreto* del comportamiento inherentes

a la imputación subjetiva (rectius: al tipo subjetivo-*Die Zurechnung zum subjektiven tatbestand*).

Ambas categorías, inciden en la imputación a la víctima, desde que –por ejemplo– pueden excluir de la tipicidad comportamientos victimales de hetero-puesta en peligro, a los que –en principio– la tesis de Roxin en su versión originaria, incluía dentro del ámbito de protección normativa (considerándoles punibles). Y nuevamente, la solución implicará la “fusión de horizontes”, finalista y normativista, que encontrará su ensamble pragmático, en la concepción de imputación de comportamiento sustentada por Frisch.

Con esta distinción necesaria, se evita la crítica de Hans Joachim Hirsch, Armin Kaufmann, Eberhard Struensee y Marcelo Sancinetti, quienes sostuvieron que la imputación objetiva cruzaba y confundía el ámbito de lo objetivo y subjetivo, convirtiéndose en un “*Fuzzy Thinking*” o “*Fuzzy Logic*” (pensamiento o concepto borroso, confuso explicado por Bart Kosko⁴) y que, en el extremo del finalismo ortodoxo, Hirsch calificó de “*parricidio*”.

6. EN LA JURISPRUDENCIA

En el ámbito continental-europeo, son paradigmáticos los siguientes ejemplos:

- a) Caso de la *jeringuilla*. Fue fallado por el Supremo Tribunal Federal de Alemania, considerando que una sobre-dosis de droga prohibida auto-suministrada por la víctima, excluía el homicidio, de quien había proporcionado la jeringuilla con la que se inyectó (Sentencia de 14 de febrero de 1984).
- b) Caso del *juego de puntería*. Fue fallado por el Tribunal Supremo Español, sentencia redactada por Enrique BACIGALUPO ZAPATER, quien condenó por homicidio culposo, atendiendo a la organización conjunta del juego, participación voluntaria, y auto-responsabilidad victimal (Sentencia 17 de julio de 1990).
- c) El caso de la *picada o carrera de motos*. La organización conjunta y principio de auto-responsabilidad victimal, ha llevado a los Tribunales Provinciales, Regionales, y Supremo Federal de Alemania, considerar atípico el comportamiento de quien asumiendo el marco consensuado de la competencia, resulta lesionado o aún fallece.

⁴ ALLER, Germán. *Cuestiones Dogmáticas, político-criminales y criminológicas*. Montevideo: Editorial Carlos Alvarez, 2011, pp. 24-25. Vid también: CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva*. Trabajo inédito presentado en Congreso de Derecho Penal celebrado en Córdoba, setiembre de 2011.

- d) El caso de la *transmisión de enfermedades sexuales como el SIDA*. La jurisprudencia ha oscilado entre la atipicidad, y la tipificación de lesiones culposas, siendo predominante en el ámbito continental europeo, la exclusión del desvalor de acto, ya que su expresión de sentido se desvanece con el consentimiento.

En nuestra jurisprudencia, resultan de interés:

- a) El caso de la *riña* en espectáculo público (art. 323 bis del CP), que considera autores tanto a lesionados (*víctimas*) como indemnes, por el solo hecho de la participación. La diferencia de tratamiento, se reconducirá en autoría de lesiones en concurrencia fuera de la reiteración con riña simple para quien las provoca, y riña agravada por el resultado, para los partícipes restantes. Prevalece la organización conjunta, auto-responsabilidad del padeciente, y desvalor de acto (comportamiento).
- b) El caso de la estafa (art. 347 del CP), en que la organización conjunta, puede llevar a la atipicidad, atendiendo a la subjetividad del comportamiento victimal. Es un ejemplo, el supuesto del *billete premiado*, que releva plásticamente la dogmática en examen. Se trata de quien se aprovecha de una simulada necesidad del tenedor del billete falso, lo adquiere aun precio vil con la esperanza fundada (luego de verificar el listado de Lotería), y acude a cobrarlo.
- c) El caso del lesionado ebrio imprudente en accidente de tránsito. Si el accidente es provocado por quien conduce –por ejemplo– una bicicleta, en estado de ebriedad y provoca el accidente al chocar con un automóvil en marcha, el automovilista no será garante por omisión de asistencia (criterio sustentado expresamente por JAKOBS⁵).

En definitiva, en la jurisprudencia glosada, predomina la argumentación de que la organización conjunta de la actividad arriesgada requiere la aplicación del principio de autorresponsabilidad, sin el cual (que implica imputación a la víctima), la praxis no será “*normativo-garantista*”, sino “*intuitivo-naturalística*”.

Y finalmente, del análisis dogmático y de la praxis, emerge que no se asiste –desde la óptica victimal inserta en el área de la tipicidad– a un “*neo-punitivismo*”, pre-anunciado por Daniel PASTOR. Solo podría arribarse a esa disfunción, desde un enfoque que se resista a desplazar a la imputación a la víctima

⁵ JAKOBS, Günther. *La imputación. Fundamentos y determinación de la conducta no prohibida*. Conferencia dictada en la Universidad de Göttingen (Alemania), durante Post-Grado de Especialización en Derecho Penal, en setiembre de 2011, trabajo inédito.

desde la culpabilidad entendida como actitud psicológica (causalismo), hacia la tipicidad (finalismo normativista).

7. PROPUESTA DE RE-ESTRUCTURACIÓN CATEGORIAL Y GIRO HERMENÉUTICO

El art. 18 del CP, y en especial el art. 59 inc. 2 del CP, tal como lo han entendido –en nuestro país– Beatriz Scapucio y Lina Fernández, a la luz de la imputación objetiva, solo pueden entenderse como receptores de la neutralización de riesgos, desplazando la antigua tesis de la prohibición de compensación de culpas.

Y ello es así, por cuanto la infracción del deber de cuidado que define la imprudencia que regla nuestro art. 18, solo puede adscribirse normativamente, por negligencia, impericia, violación de leyes o reglamentos. Y si este fue el entendido de nuestro Legislador, permeable al avance dogmático, el art. 59 inc. 2, que refiere a la participación delictual, y no a la tipicidad subjetiva, de ninguna manera puede ser obstáculo a la imputación a la víctima como excluyente de tipicidad.

Es que –como lo ha entendido Germán Aller– el eje axial normativista, se encuentra consagrado constitucionalmente (en especial: arts. 10, 8, 72, 332 de la Carta: programa de Derecho Penal), y reglado por los arts. 18 y 30 del CP, que reciben la imputación subjetiva y culpabilidad normativa (capacidad de auto-determinación o libre apreciación del desvalor, y poder individual de actuación arreglada a esa apreciación, en otros términos: exigibilidad normativa)⁶.

El giro hermenéutico, que implica fusionar horizontes (Gadamer), conlleva entonces, interpretar la Ley en correspondencia con la norma (Carta Magna), y desplazar la tipicidad, por déficit en el comportamiento auto-responsable victimal, para supuestos que generan inevitabilidad del evento, y atenuación, o tipicidad culposa (rectius: imprudencia, vgr. caso del juego de puntería citado) para casos en que ese mismo déficit se vincule a un comportamiento evitable.

8. CONCLUSIONES PROVISORIAS

1. El origen de la “*imputación objetiva*”, como giro hermenéutico de la expresión de sentido concreto del desvalor, está la idea de “*fusión de*

⁶ ALLER, Germán. *Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*. Montevideo: Editorial Carlos Alvarez, 2011, pp. 80-81.

horizontes” sustentada en Alemania (1960) por Hans Georg Gadamer⁷. En este entendido, la imputación como atribución de una obra a su autor, muta en expresión de sentido del desvalor de la conducta o comportamiento (aspecto funcional de la vieja “imputatio”), y permite plásticamente, la imputación a la víctima.

2. Desde este punto de vista, la “imputación a la víctima”, constituye una experiencia recalcitrante –en la terminología de Frederick Schauer–, que solo puede resolverse hermenéuticamente, consultando los principios y compromisos subyacentes a la regla infra-incluyente.
3. La tesis que se sustenta se separa de la originaria de JAKOBS, acercándose a la de FRISCH (y en buena medida a la de HRUSCHKA), quien dulcifica los planteos de un normativismo extremo, haciéndolos compatibles con el finalismo. En otros términos, al fusionar horizontes, *traduce* adecuadamente el avance del finalismo y el normativismo, complejizando analíticamente la imputación objetiva de comportamiento.
4. Y en este entendido, la imputación en su significación original (*genealogía* de PUFENDORF), puede ensamblar con el moderno criterio de imputación objetiva, más cercano al desvalor (ROXIN y otros) que a la atribución libre de una obra a su autor (HRUSCHKA).
5. La ubicación sistemática de la imputación a la víctima en el ámbito de la tipicidad excluye su inserción en la culpabilidad, en especial, respecto del dolo e imprudencia. Sin embargo, puede ser compatible con la categoría de “*inexigibilidad de un comportamiento alternativo*”, en el entendido de HENKEL como principio jurídico regulativo (poder general de actuación alternativa).
6. Nuestro Código Penal, si bien históricamente, no pudo registrar el actual avance dogmático, fue lo suficientemente dúctil en su eje axial de responsabilidad (arts. 18 y 30), como para dar cabida a la imputación objetiva en la categoría del desvalor (rectius: tipicidad), y culpabilidad normativa. Asimismo, en la parte especial, el art. 323 CP, que tipifica la riña, es un ejemplo de aplicación del programa constitucional de auto-responsabilidad, al considerar “autores” del delito, tanto a lesionados como indemnes, por el solo hecho de la participación.

⁷ GADAMER, Hans Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Editorial Cátedra, 1998, *passim*.

7. De esta manera –como lo señala CANCIO– la repercusión dogmática de la imputación a la víctima, como cualquier otra doctrina, no implica ni hace la revolución pero puede dar razones [discurso] para el cambio cultural y jurídico.
8. Ese es el mérito de una dogmática analítica o compleja, opuesta a una “botánica” al decir de DUBBEL, basada en un código binario, incapaz de brindar herramientas para la interpretación de los “casos difíciles”.
9. Por tanto, el baremo para el juicio de referibilidad normativa al autor y la víctima, será el principio fundamental de *proporcionalidad*. Y ello, por cuanto las reglas (arts. 18 y 30 CP) y principios en juego, no son ni completamente opacas, ni absolutamente transparentes, requieren de ponderación en sentido amplio y estricto, para resolver los problemas que plantea la praxis penal.
10. De este modo, será posible una graduación del déficit de auto-responsabilidad de la víctima, con consecuencias jurídico-penales proporcionales, a saber: a) un déficit *máximo* en la auto-responsabilidad de la víctima, determinará la *atipicidad* del comportamiento “auctoris” inevitable, b) un déficit *intermedio*, que plasme en un comportamiento “auctoris” evitable, se reconducirá en *imprudencia* (caso del juego de puntería), c) y un déficit *mínimo*, aunque relevante, se traducirá en mitigación del comportamiento “auctoris”, esto es, *atenuación*, ya sea por la vía de eximentes incompletas, o afectación grave de la conciencia (intensa emoción, etc.).
11. Y finalmente, como corolario del análisis precedente, a fuer de ser sinceros, emerge que la etiqueta “*imputación objetiva de comportamiento o de resultado*”, puede contribuir a hacer “borroso” el concepto de imputación (polisémico, por las distintas concepciones que sugiere).

En consecuencia, por la subjetividad que se reconduce en la necesaria cognoscibilidad contextual por parte de la víctima, como requisito para excluir la tipicidad, sería preferible hablar derechamente de “*imputación jurídico-penal*” como comprensiva tanto de la imputación objetiva cuanto de la subjetiva.