

## **ACCIONES A PROPIO RIESGO EN EL DELITO DE ESTAFA: UN ANÁLISIS DESDE EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO<sup>1</sup>**

### **RESUMEN**

En la actualidad, en la ciencia del derecho penal, producto de esquemas de pensamiento normativistas, se vienen desarrollando una serie de instituciones dogmáticas que han generado profundos cambios en la forma como debe entenderse el fenómeno criminal. Dentro de las anteriores, por ejemplo, se encuentra la denominada victimodogmática. A partir de esta, a su vez, se ha desarrollado el concepto de acciones a propio riesgo. El estudio de esta particular institución, en el marco normativo propio del delito de estafa, genera, a nuestro juicio, un complejo cuestionamiento: ¿será posible excluir la responsabilidad penal del autor de verificarse, normativamente, la existencia de acciones a propio riesgo? El presente artículo buscará dar respuesta a tal interrogante teniendo como marco teórico el pensamiento funcionalista que desde la sociología desarrolló Niklas Luhmann y, de forma consecuente, la particular teoría de imputación objetiva que bajo este horizonte nace para el derecho penal. Para cumplir tal cometido se relacionarán, primero, algunos sustentos conceptuales del funcionalismo y la exposición de la categoría dogmática de las acciones a propio riesgo y, segundo, se reflexionará sobre la posibilidad de excluir la responsabilidad jurídico penal en virtud de tal figura en el delito mencionado. Finalmente, con todo, se concluirá que se trata de un problema de tipicidad que afecta la imputación objetiva del comportamiento y, como consecuencia de ello, se podrá atribuir, jurídicamente, el resultado al comportamiento de la víctima.

### **PALABRAS CLAVES**

---

<sup>1</sup> Artículo resultado de investigación y producto de la participación en el semillero en Derecho penal del estudiante Nicolás Ortega Tamayo. El autor es estudiante de último semestre de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana; monitor del área penal del Consultorio Jurídico Pío XII y del Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal. Este artículo se desarrolla en el marco del proyecto de investigación “Economía, empresa y derecho penal”, aprobado y financiado por el CIDI/UPB.

Responsabilidad penal, acciones a propio riesgo, estafa, tipicidad, victimodogmática.

## INTRODUCCIÓN

Desde hace ya varios años, en la ciencia del derecho penal se ha planteado una discusión de carácter metodológico que afecta, en todo, la comprensión del delito: ¿qué es lo que dota de sentido concreto las valoraciones que se hacen en la dogmática penal? Así, pues, para unos, el sentido será prejurídico; mientras que para otros vendrá dado por el derecho, con total independencia de estructuras previas a éste. Se trata de la pugna que se suele plantear entre el ontologismo y el normativismo jurídico. El primero defiende la tesis según la cual el derecho penal reconoce la existencia de valoraciones previas de tipo ontológico y se limita a su reconocimiento positivo. El segundo, negará cualquier consideración ontológica que guíe al derecho penal. Dentro de este último existe un particular esquema que dota de sentido al derecho penal en atención a la función que cumple en virtud de la protección de la vigencia la vigencia de la norma. Comencemos por decir que el concepto de bien jurídico fue creado por Birbaum, quien, en 1834, lo definió con la finalidad de diferenciarlo de los derechos subjetivos. Según los iusnaturalistas, el bien jurídico no es creado por el derecho, ya que el ordenamiento jurídico sólo los reconoce. Contrario a estos, Karl Binding, partidario de la escuela positivista, plantea que el derecho sí crea los bienes jurídicos. Siguiendo las palabras del profesor Solano Vélez:

*“Bienes jurídicos son, por tanto, los objetos valiosos protegidos por el derecho. Así, un objeto es valioso en tanto es representativo de una situación de ventaja para quien lo posee, consistente en que quien lo posee se halla en una posición favorable a la satisfacción de una necesidad; en un sentido amplio, pues, bienes son todos los medios, de contenido económico o no, con los que cuenta el hombre para la satisfacción de sus necesidades”* (Solano Vélez, 2016, p. 277).

Ahora bien, como partidarios del ontologismo se encontrará la escuela finalista alemana. Este planteamiento se caracteriza por *“la existencia de una estructuras ontológicas,*

*lógico-objetivas o lógico-materiales, prejurídicas, que anteceden o preexisten a los conceptos jurídicos” (Polaino Orts, 2003).*

De lo anterior se deriva que los partidarios de la primera corriente buscaban la protección de estos valores que existían antes de la configuración realizada por el legislador. En oposición, se encuentran los partidarios del normativismo funcionalista, con autores como Günther Jakobs, quienes afirman que el Derecho penal no busca la protección de bienes jurídicos sino la vigencia de la norma. En palabras del profesor Miguel Polaino Orts *“el objeto de tutela penal no puede ser la lesión o puesta en peligro empíricamente constatable de un bien jurídico, sino la garantía del mantenimiento de las expectativas normativas con independencia de su eventual lesión. En otras palabras, bien jurídico-penal es, consecuencia, para Jakobs, “la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación”, y esta firmeza no es otra cosa que la vigencia de la norma” (Polaino Orts, 2003, pág. 76).*

Una vez planteado lo anterior se ha decidido estudiar la institución de las acciones propio riesgo en relación con delitos patrimoniales. Por ello se ha trazado la siguiente pregunta ¿es posible excluir de responsabilidad penal por acciones a propio riesgo en el delito de estafa? Para dar respuesta a esta inquietud se hace necesario iniciar con los que, pensamos, son los fundamentos de esta teoría: el funcionalismo sociológico de Niklas Luhmann y la teoría de la imputación objetiva.

## **1. FUNCIONALISMO SISTÉMICO**

### **1.1 ANTECEDENTES**

Para hablar del funcionalismo sistémico propuesto por Niklas Luhmann se hace necesario dedicar unas líneas generales previas de mayor abstracción. Así, será menester iniciar afirmando que los antecedentes del funcionalismo se pueden encontrar en Aristóteles y Émile Durkheim o incluso desde el mismo concepto de eticidad propuesto por Hegel. Al respecto, Aristóteles establece el concepto según el cual es posible explicar el

comportamiento de los seres humanos relacionándolo con la forma de comportamiento adoptada por los demás seres vivos. Lo anterior, puede evidenciarse en los pensamientos de Truyol y Serra<sup>2</sup> (citado por Molina Arrubla, 2010) al decir que:

*En consonancia con la inteligibilidad de la realidad está la concepción teológica, finalista, del mundo. El mundo, para ARISTÓTELES, no es producto del acaso ciego ni de fuerzas o causas puramente mecánicas, como sostuviera la escuela atomística de LEUCIPO y DEMÓCRITO, sino que es un orden en el que cada ser tiene actividad determinada por su fin. Todas las cosas existen para un fin y a él se enderezan, alcanzando su perfección en cuanto cumplen su fin. La concepción teleológica de ARISTÓTELES se resume en el principio de que el todo es antes que las partes. El todo es antes que las partes, no en el plano temporal y genético, sino en el lógico y metafísico, por cuanto cada objeto singular solo es comprensible en función del todo y presupone a este. (Truyol y Serra, 1956, pág. 131).*

Por su parte, Durkheim, al dedicar unas líneas en una de sus obras a buscar el significado de un hecho social, y como se verá más adelante desde la teoría de los roles, este autor plantea que todo hecho social no puede ser aisladamente considerado. Lo anterior significa que no puede analizarse desde una óptica individualista, sino que, por el contrario, debe analizarse como parte de un todo, y así encontraría su significación, su importancia, cual fuere el estar dirigido hacia un fin social, o en términos sistémicos, a la consecución de la permanencia del sistema.

Entonces, llegamos a la regla siguiente: la causa determinante de un hecho social debe buscarse entre los hechos sociales antecedentes y no entre los estados de la consciencia individual. Por otra parte, se concibe que todo lo que precede se aplica a la determinación de la función, así como a la determinación de la causa. La función de un hecho social no puede ser más que social, es decir, que consiste en la producción de efectos socialmente útiles. Sin duda, puede ocurrir, y sucede en la realidad, que el rechazo

---

<sup>2</sup> Truyol y Serra, Antonio. Historia de la filosofía del derecho y del Estado, Madrid, Manuales de la revista de occidente, 1956, 2ª ed, pág. 131.

sirva también al individuo. Pero este resultado feliz no es su razón de ser inmediata. Por tanto, podemos complementar la proposición anterior diciendo: la función de un hecho social debe buscarse siempre en la relación que tiene con algún fin social. (Durkheim, 1982, págs. 133-135).

Finalmente, la teoría de la eticidad constituye un fundamento conceptual al proponer que el individuo al ser sujeto de derechos y deberes y por tanto se incrusta y comienza a ser parte de la complejidad (Molina Arrubla, 2010) y como consecuencia de ello adquiere un rol que deberá desempeñar del cual se desprenden unas expectativas de comportamiento. Ahora bien, Talcott Parsons desarrolla una teoría definida por él cómo el estructural funcionalismo, en la cual establece el concepto de función diciendo que son *“las series de acciones cuyo objeto es satisfacer las necesidades de las que pende la subsistencia del sistema”* (Molina Arrubla, 2010, pág. 50), de lo anterior es constatable que las palabras sistema y función se vuelven constantes, ello porque todo este desarrollo teórico lo que ha pretendido encontrar es una definición del sistema y por ende el funcionamiento de los elementos integrantes del mismo.

*“suele señalarse que el enfoque funcionalista clásico de la sociedad considera que ésta es –analogamente a lo que sucede con el cuerpo humano– como un organismo vivo que se encuentra, a su vez, dotado de diversos órganos o estructuras que se complementan entre sí. El buen funcionamiento de la sociedad, y la perdurabilidad de la misma, se determinan por la cohesión, sincronización y correcto funcionamiento entre sus estructuras u órganos. En este sentido, en el estudio y el análisis de cualquier sociedad y con la vista puesta en la perdurabilidad de la misma, es preciso determinar de qué forma o cómo se interrelacionan y combinan sus partes o instituciones”* (Molina Arrubla, 2010, pág. 50).

Pues bien, se ha considerado por parte de la doctrina que el pensamiento de Talcott Parsons se puede dividir en tres etapas, en las que en las dos primeras buscó hablar de la cohesión del sistema, y en la última, superando las críticas, buscó darle una solución al conflicto presentado. En la primera etapa, el autor se ocupa del análisis del concepto de acción social, entendido este, citando al profesor Molina Arrubla, como: *“la conducta*

*humana motivada y orientada por la significación que el sujeto descubre en el mundo exterior*” (Molina Arrubla, 2010, pág. 51). De ello se concluye que el ser humano no tiene un comportamiento mecanicista, sino que, por el contrario, todas sus acciones están movidas por una finalidad, apoyándose de unos medios y normas de conducta que nutren de cohesión al sistema y por ende mantienen la subsistencia del mismo.

En la segunda etapa, Parsons abandona el estudio del ser vivo individualmente considerado e inicia el estudio de los sistemas sociales (al ser este la unión de todas las piezas sistémicamente ordenadas). Parsons inicia diciendo que el sistema general se encuentra compuesto por cuatro subsistemas a saber: el cultural, el de la personalidad, el social y el biológico. El autor plantea que estos subsistemas deben cumplir unos requisitos denominados por él como “*prerrequisitos funcionales*”, los cuales serían la adaptación al entorno, la satisfacción de los objetivos sociales, la cohesión social y el mantenimiento de las pautas de conducta. (Molina Arrubla, 2010, págs. 51-52).

En la tercera etapa, el funcionalismo parsoniano entra en una gran crisis desatada por los cuestionamientos realizados por los interaccionistas, al decir que esta teoría gozaba de una gran rigidez. Es por ello que Parsons desciende un poco del sistema general y defiende sus desarrollos teóricos a partir de los subsistemas afirmando la posibilidad de segmentación de los mismos para lograr una adaptación a los cambios sociales.

## **1.2 CONCEPTO DEL FUNCIONALISMO**

Establecido lo anterior se continuará con la exposición de a la teoría del funcionalismo sistémico de Luhmann. Para ello y, con fines metodológicos, se ha decidido estudiarla a partir de los estudios posteriores al año 1984. Por la misma finalidad, debemos partir diciendo que para el funcionalismo sistémico son varios los conceptos que componen toda su construcción científica:

### **1.2.1 SISTEMA Y ENTORNO**

Para el funcionalismo sistémico propuesto por Luhmann es de vital importancia la conceptualización de estas dos categorías, puesto que de estas dependerá el mayor y menor grado de complejidad del sistema. Es decir, para el sociólogo cada sistema se encuentra en una relación autorreferencial con el entorno y éste está compuesto, a su turno, de otros sistemas; de ahí la fragmentación del sistema general en subsistemas. Ahora, consideramos importante, a este punto, establecer la diferencia entre el sistema y el entorno, sobre lo cual se pronuncia Niklas Luhmann en uno de sus escritos al decir:

*“El punto de partida de cualquier análisis teórico-sistémico debe consistir en la diferencia entre sistema y entorno. Hoy en día, por cierto, sobre este punto existe un consenso específico. Los sistemas están esencialmente orientados al entorno, y sin él, no podrían existir: por tanto, no se trata de un contacto ocasional ni tampoco de una mera adaptación. Los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus límites para regular dicha diferencia. Sin diferencia con respecto al entorno no habría autorreferencia ya que la diferencia es la premisa para la función de todas las operaciones autorreferenciales”.* (Luhmann, 1998, pág. 40).

A partir de la diferenciación entre sistema y entorno se evidencia una discrepancia con la teoría general de los sistemas, puesto que para el sociólogo se trata de la existencia de sistemas cerrados, dotados de identidad y de la capacidad autopoietica, es decir, de auto reproducirse y de autogobernarse, evitando, con ello, el contacto de elementos extraños provenientes del entorno. Lo anterior se debe a la capacidad autorreferencial de los sistemas que en palabras del mismo Luhmann son:

*“... la unidad constitutiva del sistema consigo mismo: unidad de elementos, de procesos, de sistemas. “Consigno mismo” quiere decir independiente del ángulo de observación de otros. El concepto no solo se define, sino que también incluye una afirmación de un estado de cosa, ya que sostiene que la unidad solo puede llevarse a cabo mediante una operación relacionante. En consecuencia, la unidad tiene que efectuarse, y no está dada*

*de antemano como individuo, como sustancia o como idea de la propia operación”*  
(Luhmann, 1998, pág. 55).

### **1.2.2 SISTEMA SOCIAL Y COMUNICACIÓN**

Para Niklas Luhmann, el concepto de sociedad reviste una importancia estelar, al ser considerado por este como el sistema social de mayor exponencia, en cuanto posibilita la existencia de los otros subsistemas. (Molina Arrubla, 2010, pág. 79). Por otro lado, y citando a la obra del profesor Molina Arrubla al expresar el pensamiento funcionalista, podemos decir que por comunicación se entiende:

*“Un proceso que trasmite saber o información con la peculiaridad de que a veces no lo consiguen, de donde se le despoja de todo anclaje ontológico, puesto que, finalmente, se trata de un proceso de selecciones que se cumple en tres fases: información, notificación y comprensión. La primera, entendida como una selección a partir de un repertorio (conocido o no) de posibilidades, al punto de que una palabra será en tanto selección, de posibilidades, en la medida de que el emisor pudo escoger otra, o pudo escoger entre hablar o callarse. La segunda, como selección de la forma y medio de expresar la comunicación. Y la tercera, (en tanto acto de entender) como verdadero detonante de la comunicación, que sólo existe cuando el destinatario ha comprendido (o no) la información notificada y con ella ha orientado su conducta”* (Molina Arrubla, 2010, pág. 79).

### **1.2.3 COMPLEJIDAD**

De la relación entre el entorno y el sistema social se deriva un alto grado de complejidad y de ahí la necesidad y la finalidad de reducir la gran proporción de la existencia de expectativas (termino al que se hará alusión más adelante). Ahora bien, Luhmann define en dos momentos distintos este concepto diciendo que, en primer lugar:

*“En este sentido, la complejidad es un estado de cosas autocondicionado, debido a que los elementos deben constituirse complejamente para fungir como unidad en el nivel superior de la formación de sistemas y, por lo tanto, su capacidad de acoplamiento es limitada”.*

En segundo lugar, encontramos que para el autor complejidad sería: *“...aquella información que le hace falta al sistema para aprehender y describir con justeza a su entorno (complejidad del entorno) y a sí mismo (complejidad del sistema)”* (Luhmann, 1998, pág. 50).

#### **1.2.4 ROL, EXPECTATIVA Y NORMA**

Para el funcionalismo sistémico el individuo no hace parte del sistema social. Lo que importa, pues, más que el individuo, es la persona portadora de derechos y deberes. Es decir, para el funcionalismo sistémico adquiere vital preponderancia el papel que cada persona posee en medio de las diversas relaciones en las que puede ver involucrado al interior del sistema social. De allí surge el concepto de expectativas, definidas como *“proyecciones temporales que reducen las posibilidades de variación de las comunicaciones”* (González Oquendo, 2007, pág. 69).

Para Luhmann existen dos tipos de expectativas: las cognitivas y las normativas. Esto, en palabras del profesor Carlos Mario Molina, significa:

*“Las meras expectativas cognitivas, cuando se ven frustradas por la realidad, dan lugar a que el sujeto adapte su expectativa a la realidad que le ha demostrado que su expectativa se frustró y por tanto tales expectativas desaparecen cuando se ven violadas por los hechos; sin embargo, las expectativas normativas no desaparecen cuando en la realidad se produce su violación, sino que en tales casos se exige que sea la realidad la que se amolde a la norma, a la expectativa, y no al revés. Es decir, en el caso de las expectativas normativas, la expectativa mantiene su valor contrafacticamente –contra los hechos, contra la realidad- y en este sentido, las*

*normas son, como lo define Luhmann expectativas de comportamientos estabilizadas contrafacticamente” (Molina Arrubla, 2010, pág. 70).*

A partir de dicho concepto Luhmann se basa para plasmar una diferenciación entre persona y rol. Veamos:

*“Llamaremos persona –dice LUHMANN- a aquellos sistemas psíquicos que son observados por otros sistemas psíquicos o sociales, de tal manera que el concepto de sistema personal, es un concepto que implica una perspectiva de observados, lo cual debe incluir la autoobservación: el ser persona implica atraer y fijar con su sistema psíquico y su cuerpo expectativas hacía sí y también expectativas propias y ajenas.*

*El rol, a su turno, sirve para identificar las relaciones de expectativas: si bien está diseñado para corresponder a aquello que un hombre individual puede rendir, un rol es concebido frente a un hombre individual de forma tanto más especial cuanto más general, toda vez que se trata siempre sólo de un sector de la conducta del hombre que es esperada por otros: el rol de un paciente, de un maestro, el de un cantante de ópera, el de una madre, el de un paramédico, etc.” (Molina Arrubla, 2010, págs. 90-91).*

## **2. TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Una vez presentado el fundamento sociológico de la teoría de las acciones a propio riesgo, fundamentalmente los conceptos de roles y expectativas, consideramos necesario adentrarnos en un tema propio del derecho, y para estos fines del derecho penal: la teoría de la imputación objetiva. Lo anterior porque como lo veremos más adelante, el núcleo de la problemática que genera la figura de las acciones a propio riesgo repercute principalmente en la categoría dogmática de la tipicidad y, por ello, es necesario aquí hacer referencia a la imputación objetiva.

Para continuar, y con fines introductorios, es importante partir por una definición de imputar. Para ello hemos recurrido al Programa de Derecho Criminal de Francesco Carrara, quien haciendo la diferenciación entre imputación e imputar, expresa que:

*“Imputar significa poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien. La imputabilidad es el juicio que hacemos de un hecho futuro, previsto como meramente posible; la imputación es el juicio de un hecho ocurrido. La primera es la contemplación de una idea; la segunda es el examen de un hecho concreto. Allí estamos ante un puro concepto; aquí estamos ante la presencia de una realidad”* (Carrara, 2004, pág. 24).

Ahora bien, sus sustentos teóricos se encuentran remontándose a la filosofía de Hegel, quien para evitar la problemática propia del casualismo planteó que para poder lograr evidenciar la fuente de una conducta debía indagarse en el conjunto de causas con miras desentrañar aquella causa sin la cual no podría llegarse a la producción del resultado (Vélez Fernandez).

Siendo todo así, imputación objetiva significa la atribución que el derecho hace a una determinada persona por la realización de una conducta que se materializa en la creación de un riesgo no permitido, o que estando permitido sobre pasa sus límites de permisión, produciendo, con ello un resultado típico (De Jesús, 2006). De lo que aquí se trata es de un significado normativo, es decir, de un significado autónomo que el derecho atribuye a una determinada conducta que, en términos de un funcionalismo moderado, vulnera un determinado bien jurídico protegido por el Derecho penal; o que, en términos del funcionalismo radical, se presenta una vulneración a una expectativa normativa comportamental.

Ahora bien, para parte de la doctrina se ha entendido que se puede predicar la existencia de la imputación objetiva si (i) si con la conducta del agente comportamental se ha creado un peligro para el bien jurídico (Jescheck, 1993, pág. 258), (ii) si dicha conducta se materializa en un resultado, entendido este en un marco normativo y no meramente naturalístico y (iii) dicho riesgo no se encuentra cobijado por el ámbito de protección de la norma. En síntesis, *“... se puede decir que la imputación al tipo objetivo supone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”* (Roxin, Derecho penal Parte General Tomo I, 1997, pág. 364).

Ahora, desde la perspectiva aquí compartida la imputación objetiva exige, a lo sumo, cuatro instituciones dogmáticas, veamos:

En primer lugar se encuentra la institución del **riesgo permitido**, según la cual el Derecho, y en especial el Derecho penal, es consciente que para garantizar la interacción humana en los distintos ámbitos del sistema social se hace necesario posibilitar la defraudación de ciertas expectativas cognitivas, generando con ello la ampliación de posibles conductas que los individuos puedan realizar de manera correcta y con ello poder predicar en algunos casos, y como ser vera más adelante en el presente trabajo, las acciones a propio riesgo la imputación del resultado a la víctima y no al actor. (Jakobs, Derecho penal Parte General: Fundamentos y teoría de la Imputación, 1997, págs. 243-250).

En segundo lugar, el denominado **principio de confianza**. En el acápite anterior (funcionalismo sistémico) se observaba cómo Luhmann en su teoría afirmaba que cada individuo del sistema social posee un rol, del cual se desprenden unas expectativas normativas y cognitivas de comportamiento. Para el interrogante del presente trabajo lo que importará es el conjunto de expectativas normativas derivadas de dicho rol, es partir de estas que se levanta el principio de confianza que posibilita el reparto de trabajo. (Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal, 1994, págs. 27-29).

En tercer lugar, se encuentra el **principio de la prohibición del regreso**. Este principio consiste en un grupo de *“casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que per se no tiene sentido delictivo”* (Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal, 1994, pág. 29).

En cuarto lugar, y de relevante importancia para nuestro tema, se encuentra **el ámbito de competencia de la víctima**. En efecto, en desarrollo de la teoría de los roles, se evidencian casos en los cuales, no obstante existir el comportamiento lesivo por parte del autor, el resultado de la conducta no deber ser atribuido a aquel, sino que, por el contrario, debe ser imputado a la víctima en atención al rol que esta ocupa al momento de la conducta punible. En palabras de Jakobs:

*“... probablemente tengan mayor importancia práctica que tales casos de apoyos que exceden de lo obligado, aquellos otros supuestos de hecho, en los que la víctima da con su propio comportamiento la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada a ella misma. Casos en los que, por lo tanto, no se trata de la modalidad de explicación “desgracia”, sino de la modalidad “lesión de un deber de autoprotección” o incluso “voluntad propia”; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad, se agrupan aquí bajo el rótulo “acción a propio peligro”.* (Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal, 1994, pág. 32). (Subrayas fuera de texto).

### **3. ACCIONES A PROPIO RIESGO**

Durante gran parte de la historia de la evolución de la ciencia del derecho penal se concibió solo al autor como el centro de atención del hecho criminal. Sin embargo, desde finales del siglo XX y comienzos de la presente centuria, ha empezado a tomar una gran relevancia la relación autor-víctima, hasta tal punto de convertirse en objeto de varios desarrollos teóricos de la ciencia jurídico-penal. Este nuevo interés ha permitido que, en algunos sectores, particularmente en Alemania, se haya creado una nueva teoría explicativa del fenómeno criminal denominada como la victimodogmática. (Silva Sanchez , 1990). Esta teoría pretende explicar que en algunos casos el comportamiento de la víctima puede llegar a influir en el resultado típico hasta tal punto de atenuar o eximir la responsabilidad del agente comportamental.

Pue bien, esta teoría, fundamentada en la teoría de la imputación objetiva y, de manera mediata, en concepciones funcionalistas, le ha permitido a los legisladores y a la jurisprudencia de los distintos ordenamientos jurídicos negar la responsabilidad del autor y, por tanto, imputar el resultado típico a un actuar desplegado por la víctima de la relación criminal.

Teniendo en cuenta lo anterior, por acciones a propio riesgo se ha entendido aquellas constelaciones de conductas en las cuales un tercero (que para el caso particular sería el autor

o agente comportamental) crea, facilita o favorece una situación en el mundo fenoménico, en la que la víctima, como titular del bien jurídico tutelado por el derecho penal, despliega una acción peligrosa a partir de la cual lesiona o pone en peligro dicho bien. (López Díaz, 2006).

Ahora bien, para Frisch existe un abanico de posibilidades hipotéticas en las cuales se puede ver inmersa una situación de una acción a propio riesgo, es decir, según el autor existen una multiplicidad de casos en los cuales la conducta de la víctima irrumpe en el nexo causal y contribuye en la producción del resultado típico, afectando con ello, de manera parcial o total, el núcleo de imputación objetiva (Frisch, 1995). Veamos:

### **3.1 Hipótesis Conductuales**

#### **3.1.1. La participación en una autopuesta en peligro.**

En esta hipótesis estamos frente al caso en el cual la víctima, junto a un tercero, crea un riesgo que afecta o pone en peligro los bienes jurídicos. Aquí es la víctima quien tiene el dominio sobre el sí y el cómo de la conducta y con ello se puede concluir que dicho riesgo se encuentra sobre su ámbito de responsabilidad y por ello se debe eximir de responsabilidad al tercero, que para el caso de la conducta criminal sería el agente comportamental.

Ahora bien, en la doctrina ha existido una discusión en torno a diferenciar la autopuesta en peligro de una heteropuesta en peligro. En la primera, se está en presencia de aquellos casos en los cuales la víctima, no obstante, la intervención del tercero, es la creadora del propio riesgo frente a la protección de los bienes jurídicos. En la segunda, es un tercero, fungiendo como autor directo en el esquema delictual, quien atenta contra la víctima, lesionando sus bienes jurídicos, no obstante en que en dicha conducta la víctima haya estado consiente y por tanto asuma el riesgo que causa el resultado típico<sup>3</sup> (Gimbernat Ordeig, Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, 2004).

---

<sup>3</sup>Ejemplo de esto es el caso en el cual una persona consciente de que el conductor del vehículo no tiene permiso para conducir y tampoco saber hacerlo, accede a montarse con él al volante y por una imprudencia de aquel resulta muerto o lesionado me

### **3.1.2 El consentimiento no final en una autopuesta en peligro, realizada por otro.**

En esta oportunidad se está en presencia de aquella constelación de casos en los cuales la víctima no asume solitariamente el riesgo, sino que, por el contrario, traslada dicho riesgo al ámbito de protección de un tercero, dejando sin relevancia jurídica su voluntad. Esto en palabras de Claudia López, citando a Günther Jakobs se trataría de:

*“la responsabilidad por los costes no deseados de un contacto social cuando la persona facultada para disponer no quiere el comportamiento lesivo en sí del autor, pero si pretende determinada clase de contacto social que no se puede obtener sin ese comportamiento acompañado de las consecuencias”* (López Díaz, 2006, pág. 123).

No obstante lo anterior, el tema del consentimiento merece una discusión más amplia en torno al alcance de lo consentido por la víctima; es decir, para determinar la ausencia de responsabilidad del autor-tercero se debe indagar, en cada caso concreto, sobre qué consintió el sujeto pasivo de la conducta delictual. Por ejemplo: en el caso del que aborda un vehículo cuyo conductor se encuentra ebrio, es importante indagar sobre si la víctima era consiente del estado de ebriedad del conductor y de la probabilidad de una lesión por causa de dicho estado, y no obstante ello asume el riesgo aceptando que sea transportado de un lugar a otro. (Cancio Meliá, 1998).

### **3.1.3 Acciones peligrosas de salvamento.**

Estos casos se presentan cuando alguien crea un peligro para los bienes jurídicos y otra persona asume voluntariamente dicho riesgo emprendiendo una acción de salvamento<sup>4</sup>. Respecto de estas hipótesis la doctrina se encuentra dividida en la discusión consistente de afirmar la responsabilidad penal o por el contrario afirmar que se trata de una acción a propio riesgo.

---

<sup>4</sup> Es el caso de alguien que tira una cerilla a un bosque produciendo un incendio y un tercero intenta apagar el fuego y, por ello, resulta lesionado.

En primer lugar, se encuentra la porción doctrinaria que afirma la responsabilidad del causante del riesgo. Para este sector se debe analizar si el que emprende la acción de salvamento está o no en obligación de hacerlo. Por un lado, en la primera de las vertientes, se encuentran autores como Rudolphi, Schumann y Frisch quienes afirman que no se puede predicar una acción a propio riesgo en la medida que su ámbito competencial les obligaba actuar de dicha manera, es decir, jurídicamente se encontraban atados a acudir a dicha situación riesgosa; por otro lado, quienes afirman que no existe acción a o propio riesgo no obstante no estar obligado a emprender dicha acción, lo hacen con fundamento en valores ético-sociales que indican que todos los seres que integran un determinado conglomerado social se encuentran obligados a actuar antes una situación de riesgo dado el principio de solidaridad. (Gimbernat Ordeig, Imputación objetiva y conducta de la víctima, 2007).

En segundo lugar, se encuentra la postura liderada por Claus Roxin. Este autor esgrime varios argumentos en torno a fundamentar su tesis: por una parte, afirmando que si bien el hecho se encuentra condicionado por quien crea el riesgo, la acción de los terceros también se encuentra condicionada por el mandato legal y por tanto se tendría que llegar al absurdo de decir que quien creó dicho mandato debería ser también responsable; por otra parte, respecto del que no está obligado a desplegar la acción heroica tampoco es posible imputar responsabilidad en el causante en la medida que dicho héroe actuó con ámbito de responsabilidad holgado y por tanto estaba en la posibilidad de abstenerse. (Gimbernat Ordeig, Imputación objetiva y conducta de la víctima, 2007).

#### **3.1.4 la creación de una nueva relación de riesgo por parte de la víctima, al violar sus deberes de autoprotección.**

En estos casos la víctima traslada a su ámbito de protección el riesgo creado por un tercero, estando en la posibilidad de evitar la lesión a sus bienes jurídicos, es decir, si bien existe una creación de un riesgo por parte de un tercero, la acción desplegada por la víctima interrumpe la relación con el resultado concreto. Es decir, en este caso el riesgo creado por el tercero no se materializa en el resultado como requisito esencial para poderse predicar la imputación del tipo objetivo a dicho tercero. (Lopez Díaz , 1996).

### **3.1.5 Autopuesta en peligro para evitar un daño inminente.**

Se puede evidenciar en este caso una unidad de conducta, es decir, solo es posible explicar el comportamiento desplegado por la víctima en la medida que el tercero es quien impone el punto de partida del suceso criminal.

### **3.1.6 Confluencia de riesgos.**

La doctrina ha denominado este tipo de casos como una “*autoría accesoria de autor y víctima*” (López Díaz, 2006) puesto que el resultado se concretado por intervención dolosa o culposa de la víctima y por tanto debe asegurarse que no existan factores que excluyan la imputación objetiva.

### **3.1.7 Provocación de suicidios.**

Sobre este punto en ha existido una álgida discusión en la doctrina con miras a descriminalizar la muerte de una persona ocasionada por otra, diferenciándola de la ayuda al suicidio. Una solución a esta discusión se ha traído del derecho penal alemán, que consagra el homicidio a petición, según el cual puede ocurrir que una persona, para acabar con su vida, a partir de una división del trabajo, se sirva de un tercero. En esta hipótesis no existe un traslado de riesgos puesto que es la propia víctima quien decide el sí y el cómo de su propia muerte. (Jakobs, Suicidio, eutanasia y derecho penal, 1999).

Hasta este punto se ha podido observar cómo bajo el género de acciones a propio riesgo es posible enmarcar un gran número de casos que se presentan en el mundo fenoménico y que representan un gran reto explicativo desde la teoría del delito que se mantiene en la época, Ahora bien, la pregunta que surge a este respecto sería: ¿Qué tratamientos ha buscado la dogmática jurídico-penal para encontrar una solución a esta problemática? Sobre este tópico se tratará en las líneas siguientes.

## **3.2 Soluciones dogmáticas:**

### **3.2.1 Sentencia condenatoria al tercero-autor a título de culpa de la muerte o lesión de quien expuso sus bienes.**

Esta teoría se fundamentó en el concepto unitario de autor aplicado a los delitos impudentes, según el cual, será autor quien cause la lesión a los bienes jurídicos. En relación con la constelación de casos revisada en el apartado anterior, estamos frente al caso en el cual una persona muere por inyectarse una sustancia tóxica que le ha sido suministrada en una jeringa por un tercero. Siendo ello así, se presentan dos requisitos para que se entienda realizado el tipo culposo, en la medida que (i) ha prestado una contribución al nexo causal que se deriva en un resultado en el mundo fenoménico y (ii) ha infringido un deber de cuidado derivado de su ámbito competencial al suministrar la jeringa por vía de la cual la víctima se inyectó la sustancia con altos niveles tóxicos.

Esta posición fue adoptada por un tiempo en el Tribunal alemán. En este punto Shünemann realizó su crítica a un caso en particular<sup>5</sup> y aparentemente facilitó un cambio jurisprudencial. (López Díaz, 2006, pág. 127). Para realizar dicha crítica, Shünemann parte de la teoría del “*peligro prototipo*” según la cual para que un determinado resultado se imputado al autor primario, que para el caso es el tercero, tiene que darse el resultado con ocasión del peligro originado por este tercero y no por un peligro posterior expresado como el “*el riesgo general de la vida*”. (Gimbernat Ordeig, Cursos causales irregulares e imputacion objetiva , 2011).

### **3.2.2 sentencia condenatoria al partícipe como autor doloso de un delito de comisión por omisión.**

Se partía del hecho según el cual quien suministra una sustancia tóxica o entrega el instrumento para suministrar dicha sustancia, crea un riesgo jurídicamente relevante y por tanto se encuentra inmerso en una posición de garante de la cual se derivan deberes de seguridad y salvamento, no obstante que dicho riesgo se haya trasladado a la esfera de protección de la víctima (López Díaz, 2006).

---

<sup>5</sup> Véase el caso de la jeringuilla

### **3.2.3. Se condena al participe como autor de un delito de homicidio a petición, homicidio por piedad o ayuda al suicidio.**

Respecto de la primera circunstancia se vincularán las conclusiones de la teoría expuesta de Jakobs en líneas precedentes<sup>6</sup>. Ahora bien, respecto de las otras dos circunstancias (homicidio pietístico y ayuda al suicidio) son soluciones adoptadas por el ordenamiento jurídico colombiano al consagrarse una reducción punitiva en relación con el tipo penal básico, puesto que en la fase axiológica de la creación del mismo el legislador entendió que frente a estas dos conductas el agente comportamental se encuentra inmerso en un ámbito de responsabilidad reducido. A partir de lo anterior podemos observar que si bien nuestro ordenamiento no consagra la institución de acciones a propio riesgo de manera autónoma. (Codigo Penal Ley 599 de 2000).

### **3.2.4 Realizando una compensación de culpas.**

Esta solución se ha propuesto en líneas precedentes, al analizar el grupo de casos en el cual tanto el tercero-autor como la víctima realizan una conducta imprudente. Ahora bien, respecto de esta situación ha existido una discusión en la doctrina, puesto que, por un lado, hay quienes afirman que debe darse una compensación de culpas en la medida que la acción imprudente desplegada por ambos ha sido determinante para la causación del resultado (Torio López , 1989). Sin embargo, algunos autores como Jiménez de Asúa (Jiménez de Asúa , 1976) y Reyes Echandia (Reyes Echandía , 1998), estiman que la compensación de culpas no es aplicable al derecho penal.

### **3.2.5 Se presenta un problema de consentimiento.**

Esta solución no es adecuada a la institución de las acciones a propio riesgo, en la medida que normativamente es tratada en la categoría dogmática de la antijuridicidad y, *contrario sensu*, las acciones a propio riesgo se analizan en el ámbito de la tipicidad. Sin embargo, es importante decir que se avizora un precedente a esta teoría por parte de nuestro

---

<sup>6</sup> Cfr. Pág. 26

ordenamiento jurídico pero se sigue sin consagrarse esta figura (acciones a propio riesgo) de manera autónoma.

### 3.2.6 Se presenta el análisis dentro del fin de protección de la norma.

Este postulado es tratado, de manera primigenia, por Claus Roxin, al diferenciar la autopuesta en peligro de una heteropuesta en peligro consentida. Según este autor, si el resultado no puede ser imputado al agente a título de dolo, tampoco puede ser imputado a título de culpa. Incluso, este criterio es aplicable a la constelación de casos en los cuales alguien emprende una acción de salvamento sin tener la obligación de hacerlo, y resulta lesionado o muerto producto de dicha acción heroica. Se trata de una teoría que, en últimas, busca limitar el alcance de la responsabilidad penal, en la medida que se ha entendido que, en ocasiones, es la víctima quien libre y voluntariamente asume un riesgo creado o que sobrepasa los límites creados por la norma por parte de un tercero-autor.

Ahora bien, una vez visto el anterior abanico de posibilidades que ofrecen soluciones dogmáticas a la problemática que venimos planteando, se considera por parte de la profesora Claudia López Díaz —por nuestra parte hacemos eco a ello—, que se puede afirmar una competencia de la víctima producto de la normativización de las categorías dogmáticas. Es, en este punto, donde toma relevancia la teoría de la imputación objetiva al determinar a qué ámbito de competencia debe ser atribuido una determinada conducta que se materializa en un resultado típico. De esta manera, en ocasiones, la víctima está en la posibilidad de desplegar una serie de acciones de protección frente a sus bienes jurídicos. El incumplimiento de estos “*deberes de autoprotección*”, —que en términos funcionalistas sería un incumplimiento de expectativas de comportamiento—, es lo que se denomina **acciones a propio riesgo**. Lo anterior, como lo enunciamos en líneas precedentes, se traduce en el principio de autorresponsabilidad. Veamos:

Se debe partir diciendo que el concepto de autorresponsabilidad es puramente normativo y de igual forma equívoco, lo que ha llevado a que en los ordenamientos jurídicos no haya uniformidad al momento de determinar declaraciones de responsabilidad penal. Por

tanto, se deben establecer los fundamentos dogmáticos del mismo y los criterios que debe reunir una conducta para ser considerada como acción a propio riesgo. (López Díaz, 2006, pág. 138). El primer fundamento normativo a este principio, a juicio doctrinal, se puede encontrar en el artículo 16 de la Constitución Política, al prescribirse el derecho al libre desarrollo de la personalidad con los límites de los derechos de terceros y el orden jurídico. (Constitucion Política de Colombia , 2016), creándose, con este artículo, un ámbito de libertad en el cual el ser humano puede desplegar sus acciones dentro del tráfico social y por tanto ser responsable cuando una de sus conductas sobrepasa dichos límites. Es pues este principio, lo que ha permitido a Jakobs estructurar la teoría de los ámbitos de competencia por organización que es la base para la teoría que estamos desarrollando. Siendo ello así, se manifiesta la importancia de aplicar este principio cuando en un determinado hecho se ven inmersas las conductas de dos o más personas, con miras a determinar el ámbito de responsabilidad por el que debe responder cada una de ellas. Es todo lo que sucede cuando en la producción de un resultado lesivo se encuentra inmerso un actuar de la víctima. Se debe analizar, acorde a los ámbitos de responsabilidad, si ese tercero debe ser absuelto o condenado por dicho hecho.

A partir de lo anterior y teniendo como base el ordenamiento jurídico colombiano, se puede afirmar que el principio de autorresponsabilidad establece que todo ser humano se encuentra inmerso en un ámbito de competencia por organización dentro del cual debe considerarse (i) las conductas lesivas que el mismo titular de dicho ámbito genera sobre sus propios bienes jurídicos y (ii) las conductas riesgosas que lesionan o ponen en peligro dichos bienes, pero con la participación de un tercero. En esta segunda hipótesis se debe analizar si dicho actuar riesgoso debe recaer exclusivamente sobre la víctima o si, por el contrario, atendiendo a la magnitud de su obrar, debe ser responsable por dicha conducta. Para poder solucionar dicha problemática debemos analizar si frente a determinada conducta existe un ámbito de responsabilidad preferente de la víctima. (López Díaz, 2006, pág. 141).

Siendo ello así, se debe decir que es un problema netamente de la categoría dogmática de la tipicidad y por tanto éste solo serviría cuando el sistema normativo esté orientado a proteger la esfera de la víctima cuando se establecen separaciones de los ámbitos de

organización y esto será posible si la responsabilidad puede ser atribuida a la víctima, de lo contrario se estaría frente a otras instituciones como la vulneración del principio de confianza. (López Díaz, 2006). Por tanto, solo podrá hablarse de un injusto penal en la medida que un tercero se arrogue un ámbito de competencia de otra persona y por ello una lesión que se produce por la auto-organización de la otra persona responsable no puede constituir un hecho punible y solo se produce una aparente lesión a la norma jurídica. Ahora bien, una vez abarcado el fundamento normativo-dogmático de las acciones a propio riesgo, se hace necesario establecer unos criterios a partir de los cuales se excluya la imputación del tercero y por tanto se pueda predicar una acción a propio riesgo, criterios que son tomados de la lectura del artículo de la profesora Claudia López Díaz (2006, pág. 145).

### **3.2 Presupuestos:**

**3.2.1 la actividad riesgosa debe permanecer en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima. Para que haya autolesión, la víctima debe tener el dominio sobre el sí y el como del desarrollo de la situación peligrosa.** (Lopez Diaz , 1996)

Según este criterio, el resultado lesivo debe ser producto de una organización conjunta entre la víctima y el tercero. Por tanto, una vez producido el resultado, este debe ser imputado a la víctima al tener un ámbito de competencia preferente al ser un sujeto autorresponsable y por tanto autónomo para permitir la producción de determinadas lesiones frente a sus bienes jurídicos. Este criterio pierde relevancia cuando (i) se presenta una extralimitación en la organización conjunta de autor y víctima al introducirse un elemento adicional incrementándose los factores riesgo, o cuando (ii) hay transgresión de los deberes de cuidado en dicha organización, se está frente a esta excepción cuando se reparten unos deberes de cuidado frente a algunos elementos generadores de riesgo y dicho deber es desatendido produciendo la lesión de los bienes de la víctima.

Sin embargo, se presentan algunas problemáticas en torno a los diferentes momentos en los que se presenta el comportamiento de la víctima:

1. Si el comportamiento de la víctima es posterior al del tercero, el comportamiento de este es impune en la medida que se deja el dominio de decisión en el ámbito competencial de la víctima.
2. Si el comportamiento de la víctima es simultáneo, se predica una acción a propio riesgo cuando la víctima en ese mismo momento puede decidir sobre el sí y el cómo de la situación peligrosa; de lo contrario habrá responsabilidad frente a dicho tercero.
3. Si el comportamiento del tercero es posterior al de la víctima, se estaría en el supuesto de una heterolesión, pero puede suceder que la víctima tenga el dominio del hecho en la medida que la decisión de protección esté inmersa en su ámbito competencial.

**3.2.2 La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible.** (López Díaz , 1996).

Sobre este punto se debe analizar si la víctima es consciente del peligro, es decir, que sea capaz de valorar la conducta, sus consecuencias y el riesgo potencial y, por tanto, la importancia del bien jurídico que puede resultar lesionado, y no obstante ello asuma dicho riesgo. Siendo ello así, se podrá predicar una acción a propio riesgo cuando el comportamiento de la víctima no haya sido instrumentalizado por el tercero, bien sea porque (i) ella carece de responsabilidad sobre sus propios bienes, o (ii) porque padece de defectos cognitivos que le impiden auto-organizarse. De presentarse una de estas situaciones se estaría frente a una hipótesis de autoría mediata al instrumentalizarse a la víctima por parte del tercero-autor.

**3.2.3 El tercero no debe tener una especial situación de protección al bien jurídico. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro.**

Finalmente, en ocasiones, por virtud del tráfico social, existen personas que por virtud de ciertas reglas o normas ostentan una obligación de tutela o de protección de bienes jurídicos de terceros; situación esta que ha sido denominada como posición de garante y que,

por tanto, en el caso concreto, puede desplazar al principio de autorresponsabilidad y por ello se haría imposible predicar una acción a propio riesgo. (Cancio Meliá, 2001, pág. 308 y ss).

Una vez visto lo anterior y teniendo en cuenta que la discusión de las acciones a propio riesgo se presenta en sede de tipicidad, consideramos necesario continuar al paso siguiente, consistente en determinar si es predicable o no dicha figura en el delito de estafa.

#### **4. ACCIONES A PROPIO RIESGO EN EL DELITO DE ESTAFA**

En relación con el delito de estafa, tipificado por nuestro Código Penal (Ley 599 de 2000) en su artículo 246, se ha planteado por parte de la doctrina una discusión acerca de determinar los límites del comportamiento negocial, es decir, se ha centrado la discusión en establecer cuándo el comportamiento del autor debe ser considerado delito o, por el contrario, cuándo es una manifestación de la habilidad contractual de ese tercero-autor. En el fondo, lo que se discute son los ámbitos competenciales, tanto del tercero-autor como del sujeto pasivo. Al respecto se pueden evidenciar dos posturas por parte de la dogmática jurídico-penal: en primer lugar, se encuentra aquella postura se centra únicamente en el agente comportamental como productor de una lesión al patrimonio económico del sujeto pasivo. En segundo lugar, contrario a lo que ha establecido la dogmática tradicional, una nueva postura según la cual la víctima también puede ser objeto de imputación y por tanto puede llegar a tener cierto grado de responsabilidad por su acto de disposición patrimonial. (Pastor Muñoz, 2003).

Pues bien, la discusión reseñada anteriormente se centra en determinar qué debe entenderse por engaño relevante y, de igual manera, el objeto de protección del tipo penal. Para ello es necesario remontarse al Código Penal de Prusia de 1855 donde se genera por primera vez esta discusión (Pastor Muñoz, 2003) y se llega a la conclusión que el delito de estafa debe proteger el patrimonio económico de cualquier persona sin importar criterios subjetivos de los negociantes, es decir, sin tener relevancia si la persona era hábil o no para negociar o si tenía un nivel educación mínimo para poder prever los efectos de la negociación que hiciere.

Sin embargo, años más tarde, de la mano de la victimodogmática, se empieza a atacar esta tesis y se establece que la víctima debe cumplir con ciertas obligaciones de cuidado, de diligencia, para que, al verse inmersa en una estafa, el derecho penal pudiera protegerla. (Pastor Muñoz, 2003). Se observa, entonces, cómo empieza a impregnar la teoría de las acciones a propio riesgo, mediante el principio de autorresponsabilidad, el delito de estafa. De igual manera, la teoría de la imputación objetiva empieza a establecer ciertos criterios para que se pueda dar una imputación al tercero-autor o de lo contrario se estaría en frente de una hipótesis de exclusión de la misma, a tal punto se llega con dicha postura que en algunos ordenamientos jurídicos se convierte en regla general las acciones a propio riesgo de la víctima y como excepción la materialización del delito de estafa.

Ahora bien, desde el pensamiento victimodogmático se han discutido los ámbitos competenciales del autor y de la víctima desde el error en que ésta pueda encontrarse y desde el engaño típico. En primer lugar, desde el punto de vista del error, la victimodogmática acude al principio del merecimiento de protección (Pastor Muñoz, 2003), según el cual se debe analizar en cada caso concreto la certeza que tiene la víctima frente a la relación contractual que va crear; es decir, se debe analizar si la víctima confía en una gran probabilidad para estimar que las obligaciones contractuales se van a cumplir acorde a lo prescrito por el derecho y, de ser así, y de efectuarse la lesión al patrimonio económico, se podría predicar un error por parte del sujeto pasivo de la conducta típica. En sentido contrario, si la víctima duda en la probabilidad de lo afirmado por el tercero-autor, su duda sí sería relevante y, por tanto, los niveles de protección se reducirían, puesto que aquella, no obstante la duda, realizaría su acto de disposición asumiendo voluntariamente el riesgo. Es decir, se afirmarían la existencia de una acción a propio riesgo.

En segundo lugar, cabría estimar la posición de autores como Ellmer, que recurren a aplicar la teoría victimodogmática no al error de la víctima, sino, mejor, al engaño típico (Pastor Muñoz, 2003). Según esta postura, se deben analizar, concretamente, unos niveles de confianza (en términos funcionalistas, cumplir con ciertas expectativas cognitivas) que obligan a la víctima a obrar con ciertos niveles de autoprotección. Es decir, el derecho penal

le exigiría a la víctima que cumpla con ciertas expectativas derivadas de su rol —parte contractual—, encaminadas a proteger su patrimonio económico.

Así, pues, la teoría de las acciones a propio riesgo irradia el derecho penal de tal forma que obliga a re-direccionar todo el discurso dogmático, logrando con ello elaborar un análisis más riguroso con miras a establecer la relevancia que asume el sujeto pasivo de la infracción penal.

Ahora bien, consideramos analizar, en este punto, el delito de estafa desde la teoría de la imputación objetiva. Siendo ello así, existen posturas que desde ésta afirman la autorresponsabilidad de la víctima como límite al engaño típico y, por otro, lado quienes definen el engaño típico como el incumplimiento de un deber de veracidad. Veamos:

En primer lugar, Frisch ha denominado el delito de estafa como una conducta criminal de autolesión. Según este autor, la fuente de peligro para el bien jurídico patrimonio económico se encuentra en la propia víctima, al ser esta quien realiza el acto de disposición patrimonial. Será el postulado de autorresponsabilidad el que establezca si el sujeto pasivo de la conducta punible es responsable o no por dicho acto de disposición. (Pastor Muñoz, 2003, pág. 77). En segundo lugar, se verifica la posición de autores como Kindhäuser y Pawlik, quienes afirman la existencia de un deber de veracidad al que está obligado el agente comportamental respecto de la víctima del ilícito penal.

En efecto, el primero de ellos introduce como criterio de tipicidad del delito de estafa el deber a la verdad del cual es titular el agente comportamental, en la medida que mediante el engaño se produce un error en la víctima que lo lleva a realizar el acto de disposición, puesto que se reduce su ámbito de libertad en la medida del incumplimiento a la veracidad por parte del autor. Ahora, el segundo autor elabora una propuesta más acertada encaminada a limitar el engaño típico en la estafa, para lo que recurre a establecer ciertas posiciones de garantes en las que, de verse inmerso, el autor debe responder.

Por último, es menester dejar planteadas unas posibles soluciones e inquietudes encaminadas a encontrar una solución para el problema referenciado:

1. Como se pudo observar, la figura de las acciones a propio riesgo es una institución que no ha sido consagrada expresamente en los ordenamientos jurídicos. Por ello ha sido tratada de diferentes maneras. De allí, nuestro llamado consiste en situar la manifestación de acciones a propio riesgo en el mundo fenoménico como una figura autónoma en nuestra normativa jurídico-penal, siendo esta una causal que afectará el juicio de imputación objetiva, para ello deberá ser (i) separada del artículo 32 de nuestro Código Penal puesto que, como ya es sabido, el legislador en dicho enunciado normativo agrupo tanto causales de atipicidad, antijuridicidad e inculpabilidad, dejando el problema el problema de interpretación al operador jurídico; y (ii) situarla bien sea en la parte general o como un complemento normativo para el delito de estafa si el deseo del legislador es solo aplicarla en dicha conducta punible.

2. Debido a las grandes problemáticas sociales, la ciencia del derecho penal empieza a tener la necesidad de adecuar la teoría del delito a la realidad del sistema social actual. Para ello se hace necesario que por parte de la dogmática se reestructure la teoría del delito reconociendo que no solo el autor es el personaje principal la conducta punible, sino que existen otras personas de igual o mayor importancia como la víctima.

3. Ahora bien, en relación con el numeral primero, es función también de la jurisprudencia reconocer la existencia de la limitación de la protección que con la tipificación del delito de estafa se busca. Es importante aclarar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido dando los primeros pasos al reconocer la existencia del deber que tiene el autor a la verdad y que por el incumplimiento del mismo debe ser responsable por la lesión al bien jurídico de la víctima. Hemos dicho que la Corte ha hecho análisis en este sentido en la medida que ha reconocido dicho deber como manifestación del principio de buena fe (Sentencia SP9488-2016, 2016). Pues bien, nuestro llamado radica en que, por una parte, se reconozca la existencia autónoma de dicho deber en nuestro ordenamiento jurídico y, por otro lado, se avance la constitución de una doctrina probable en dicha materia.

4. Finalmente, nos surge un cuestionamiento que debe ser analizado en trabajos posteriores, consistente en establecer si es posible aplicar la teoría de las acciones a propio riesgo en todas las conductas punibles o solo en aquellos donde exista un expreso deber de autoprotección por parte de la víctima, pudiéndose excluir, por tanto, la imputación objetiva del resultado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Cancio Meliá, M. (1998). *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima "imputación a la víctima"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Cancio Meliá, M. (2001). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. . Barcelona: J.M Bosck Editor.
- Carrara, F. (2004). *Programa de Derecho Criminal Tomo I*. Bogotá: Temis.
- Código Penal (Ley 599 de 2000)*. (2016). Bogotá: Legis.
- Constitución Política de Colombia* . (2016). Bogotá: Legis.
- De Jesús, D. E. (2006). *Imputación Objetiva* . Buenos Aires : BdeF.
- Durkheim, E. (1982). *Las reglas del método sociológico* (133-135 ed.). Buenos Aires: Hispamerica Ediciones Argentina.
- Frish, W. (1995). *Tipo penal e imputación objetiva. "ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre las autopuestas en peligro : líneas básicas de una teoría de la conducta típica a la vista de la posible conducta de la víctima*. (B. De la granada Vallejo, Trad.) Madrid: Constitución y Leyes S.A.
- Gimbernat Ordeig, E. (2004). Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de derecho penal y criminología*, 75-100.
- Gimbernat Ordeig, E. (2007). Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Dialnet*, 733-805.
- Gimbernat Ordeig, E. (2011). *Cursos causales irregulares e imputación objetiva* . Buenos Aires : BdeF.
- González Oquendo, L. J. (2007). *La teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann. Diccionario de términos*. Maracaibo, Venezuela: Universidad del Zulia.

- Jakobs, G. (1994). *La imputacion objetiva en derecho penal* (1 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal Parte General: Fundamentos y teoria de la Imputacion* (2 ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1999). *Suicidio, eutanasia y derecho penal*. Sevilla: Tirant to Blanch Alternativa Valencia .
- Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de Derecho penal*. Granada: Comares.
- Jiménez de Asua , L. (1976). *Tratado de derecho penal. Tomo V* (3 ed.). Buenos Aires : Losada.
- Lopez Diaz , C. (1996). *Introduccion a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Díaz, C. (2006). Acciones a propio riesgo. *Cenipec*, 115-174.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales: lineamientos para una teoria general* (2 ed.). Barcelona: Antrhopos.
- Molina Arrubla, C. M. (2010). *Funcionalismo e Imputacion Objetiva en el Derecho penal*. Bogota D.C.: Leyer.
- Pastor Muñoz, N. (2003). El redescubrimiento de la responsabilidad de victima en la dogamtica de la estafa. En J. M. Silva Sánchez, *¿Libertad economica o fraudes punibles?* (págs. 67-90). Madrid : Marcial Pons.
- Polaino Orts, M. (2003). Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. En E. Montealegre Lynett, *El funcionalismo en derecho penal* (pág. 74). Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Echandia , A. (1998). *Obras completas. Tomo I*. Santafé de Bogotá: Temis S.A.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal Parte General Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi .
- Sentencia , 1383 (Tribunal Superior Español 20 de Febrero de 1993).
- Sentencia SP9488-2016, 42548 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 13 de 7 de 2016).
- Silva Sanchez , J. M. (1990). ¿Consideraciones victimologicas en la teoría juridica del delito? introducción al debate sobre la victimodogamtica. *40, XII*, 117-131.

- Solano Vélez, H. R. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Torio López , Á. (1989). Significación dogmática de la "compensación de culpas" en el derecho penal. En *Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor* (pág. 715 y ss). Santiago de Compostela.
- Truyol y Serra, A. (1956). *Historia de la filosofía del derecho y del Estado* (2 ed.). Madrid: Manuales de la Revista de Occidente.
- Vélez Fernández , G. (s.f.). LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: FUNDAMENTO Y CONSECUENCIAS. *Dialnet*.