

ACTUACIÓN DE LA VÍCTIMA E IMPUTACIÓN OBJETIVA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)

BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ

Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO

I. Introducción. II. Tratamiento dogmático del problema en la STS de 17 de septiembre de 1999. III. Criterios doctrinales de solución. III.1. La posición de Tamarit Sumalla. III.2. Valoración de la posición de Tamarit Sumalla. III.3. La posición de Cancio Meliá. III.4. Valoración de la posición de Cancio Meliá. III.5. La posición de García Álvarez. III.6. Valoración de la posición de García Álvarez. IV. Toma de postura. IV.1. Presupuestos dogmáticos. Definición material del concepto de autolesión o autopuesta en peligro. IV.2. Ubicación dogmática del problema. IV.3. El principio de autorresponsabilidad como criterio normativo de imputación y su proyección dogmática. IV.4. Situación de necesidad y autorresponsabilidad. IV.5. Especial referencia a las acciones arriesgadas de salvamento. IV.6. Conclusiones provisionales. V. Análisis crítico de la STS de 17 de septiembre de 1999. VI. ¿Alcance del tipo como criterio útil en la práctica?

1. Introducción

La reciente STS de 17 de Septiembre de 1999 (Ponente Bacigalupo Zapater) resulta de especial interés por varias razones, entre las que podemos destacar las siguientes:

- Pretende clarificar el papel de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina del TS¹.
- Se enfrenta mediante el uso de criterios novedosos no utilizados previamente por el propio tribunal a la relevancia que puede tener la actuación de la víctima a efectos de imputación del resultado.

En este caso es preciso tener en cuenta la relevancia que ha cobrado este tema en la literatura especializada de nuestro país en la que en los dos últimos años se han publicado numerosas monografías dedicadas a esta cuestión, siendo un tema que lleva varios años despertando inquietud en la doctrina. Ello debería motivar una reflexión que no es posible desarrollar aquí sobre las relaciones entre doctrina y jurisprudencia, ya que si bien es cierto que las aportaciones dogmáticas son utilizadas en muchas ocasiones como sostén formal de decisiones previamente adoptadas o que se consideran las justas, muchas cuestiones y argumentos no se podrían entender sin tener en cuenta la evolución de la ciencia del Derecho Penal en nuestro país. La teoría de la imputación objetiva y su evolución en la jurisprudencia es un buen ejemplo de ello. La problemática concreta de la relevancia de la actuación de la víctima demuestra como las preocupaciones de la doctrina acaban plasmándose de una manera u otra en las resoluciones de nuestros tribunales aunque las relaciones entre doctrina y jurisprudencia sean más distantes de lo deseable o, al menos, exista una menor vinculación que la que se puede apreciar en otros países. A pesar de que sean ciertas algunas críticas al formalismo y abstracción de la doctrina jurídico-penal, no se puede entender una resolución de estas características con independencia de las aportaciones doctrinales de los últimos años.

Dicha sentencia narra como tuvo lugar una discusión entre el acusado Federico Roldán y Francisco Manuel Herencia, que posteriormente derivó en una pelea al propinarle Francisco Manuel un tortazo a Federico, como consecuencia de un comentario que había efectuado, tirándole al suelo. Éste se levantó y cogió una silla de plástico de la terraza, momento en que también la asió Francisco Manuel, llevando a cabo un forcejeo entre los dos, cayendo este último al suelo a causa del fragor de la pelea, y sufriendo como consecuencia de la caída una fractura subcapital del hombro derecho. Federico Roldán fue condenado por la A.P. de Córdoba como autor de un delito de lesiones del art. 147 CP a una pena de 6 meses de prisión.

¹ Un estudio en profundidad sobre la doctrina jurisprudencial de la imputación objetiva en FEIJÓO SÁNCHEZ, *Revista Canaria de Ciencias penales* nº 3 (1999), pp. 55 ss. Cabe destacar también en este sentido la STS de 29 de Mayo de 1999 del mismo ponente.

II. Tratamiento dogmático del problema en la STS de 17 de septiembre de 1999

El recurrente, con apoyo del Ministerio Fiscal, desarrolla su recurso como un problema de imputación subjetiva o personal, negando la comisión dolosa del art. 147, al considerar que el dolo del autor no abarcaba más allá de la mera conducta de golpear o maltratar. Por ello considera que se deberían haber imputado los resultados de ese comportamiento únicamente a título de imprudencia —grave o leve—. Según la Defensa, «las lesiones se produjeron debido a la mala suerte en la caída» y por tal razón «difícilmente pudo el acusado siquiera representarse las consecuencias finales que acaecieron». En definitiva, se pretende resolver este caso como un supuesto de los denominados tradicionalmente como de preterintencionalidad.

Frente al recurso, el Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia plantea ya las cuestiones desde una perspectiva completamente distinta, considerando que a pesar de que el motivo ha sido argumentado desde la perspectiva del tipo subjetivo, la cuestión planteada afecta al tipo objetivo, más precisamente a la imputación objetiva. Es decir, no se trata de decidir si el resultado se imputa a título de dolo o imprudencia, sino de un problema previo: si el resultado se puede imputar objetivamente a una persona con independencia de su relación subjetiva o personal con el hecho. En este caso se considera que la fractura del hombro derecho no es objetivamente imputable al condenado Federico Roldán.

Esta sentencia sólo se puede entender en el marco de la tendencia general en el ámbito de la tipicidad hacia la revalorización del papel del tipo objetivo o del plano objetivo de la tipicidad. Ello se ha canalizado por muchos autores a través del criterio denominado como del alcance del tipo, en el que ocupa un papel primordial la competencia de la víctima o las autopuestas en peligro. La imputación de un hecho típico a título de dolo o imprudencia sólo es posible si el hecho reúne los requisitos objetivos del tipo.

De acuerdo con estas ideas, no existirá un hecho típico cuando el hecho sólo se pueda interpretar objetivamente o adquiera el significado objetivo de una autopuesta en peligro en la que el resultado producido es objetivamente imputable a la «víctima» (a la persona lesionada) y no a otra persona.

Como señala la anterior STS de 29 de Mayo de 1999 del mismo ponente, que incide en los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva, los delitos de resultado exigen —al menos en los delitos de comisión— una relación de causalidad en el sentido de una ley natural de

causalidad como presupuesto de la imputación objetiva. Pero ello no es suficiente. Tampoco es suficiente con la previsibilidad del resultado² (teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada). Como señala esta resolución, «en realidad, casi todo es previsible, en el sentido de una representación posible del autor respecto del resultado de su acción». Este mismo ponente había recogido las críticas de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva al *topos* de la previsibilidad objetiva por su carácter extenso, elástico e indefinido, señalando la mayor precisión de otros criterios desarrollados en el marco de esta teoría. Por ejemplo, la STS de 21 de Diciembre de 1993 manifiesta que «en realidad, previsible es casi todo lo que puede lesionar un bien jurídico cuando alguien manipula un objeto peligroso cuyo uso no está por sí mismo prohibido» y la STS de 26 de Marzo de 1994 insiste en que «previsible es casi todo; pero punibles sólo pueden ser las acciones constitutivas de un peligro no permitido».

Esta sentencia de 29 de Mayo, en consonancia con la dominante doctrina de la imputación objetiva en nuestro país, considera que «sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro». Evidentemente, el riesgo para ser definido no sólo como jurídicamente desaprobado, sino también como jurídico-penalmente desaprobado³ tiene que crearse dolosa o imprudentemente. Pero puede

² Sobre la falta de adecuación de la idea de previsibilidad para resolver este tipo de problemas relacionados con la intervención de la víctima, CANCIO MELIA, pp. 129 ss.; FRISCH, *Nishihara-FS*, p. 71.

³ La doctrina y la jurisprudencia suelen hacer referencia a un riesgo jurídicamente desaprobado. Pero, en realidad, en el marco de una teoría personal del injusto —hoy dominante— se debería hacer referencia a un riesgo jurídico-penalmente desaprobado. El hecho de que un riesgo se encuentre desaprobado por el Derecho administrativo o por el Derecho laboral no es más que un indicio para el Derecho penal. El injusto penal es un injusto cualificado. Y en Derecho penal un riesgo sólo se puede entender como desaprobado cuando se encuentra vinculado a la infracción de una norma de conducta (prohibición, mandato, de cuidado) cuya infracción está sancionada con una pena. Ello no tiene que llevar implícita una confusión entre tipicidad y antijuridicidad (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente* p. 438; MIR PUIG, PG 5^a, 10/56, que por ello prefieren referirse a un riesgo típicamente relevante) si tenemos en cuenta que nos movemos sólo en el ámbito de la tipicidad. La terminología que se emplee es lo de menos. Por ejemplo, CANCIO MELIA, pp. 316 ss. utiliza indistintamente las expresiones riesgo permitido, riesgo jurídicamente desaprobado y riesgo típicamente relevante sin que ello plantee fricciones conceptuales. Otra cuestión material es si el método teleológico-funcional que caracteriza a la teoría de la imputación objetiva como teoría del tipo se puede trasladar a otras categorías como la antijuridicidad. Si, como yo entiendo, la diferencia entre tipicidad y antijuridicidad es puramente formal siendo lo decisivo únicamente si existe un injusto penal, la respuesta cae por sí sola como fruta madura.

que no se encuentre desaprobado por razones objetivas que inciden en la interpretación del alcance del tipo específico. Como señala la STS de 17 de Septiembre, «el tipo objetivo del delito de lesiones requiere que el resultado producido causalmente por la acción sea la realización del peligro generado por sí misma, es decir, que el resultado producido sólo puede ser imputado al autor en la medida en que no hayan concurrido con el riesgo creado por él otros riesgos que permitan explicar el resultado. Tal situación se presentará, entre otras, cuando el afectado se introduce por sí mismo en una situación riesgosa o no se aparta de ella por su propia decisión (autopuesta en peligro), o, dicho de otra manera, cuando se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro. En estos casos es preciso considerar hasta qué punto el resultado producido es imputable objetivamente a la víctima o al autor». Parece razonable entender en ciertos casos que no se ha de interpretar objetivamente el hecho como causar una lesión a otro sino como un supuesto de autolesión o autopuesta en peligro⁴. Sin embargo, a pesar de compartir este punto de partida, no puedo estar de acuerdo con las conclusiones de la sentencia: en este caso no parece evidente que la persona lesionada se haya expuesto voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro.

Las dudas que suscita la conclusión de esta sentencia no son una casualidad. Aunque se comparta una solución normativa que no dependa de criterios naturalísticos —como la causalidad o la previsibilidad—, la relevancia del comportamiento de la víctima ha recibido criterios de solución de lo más variado. Por ello es preciso, antes de plantear mayores objeciones a la fundamentación de la presente sentencia, realizar una exposición crítica de las propuestas que se han realizado en la doctrina española en los últimos años. Ello implica, como se verá, un análisis indirecto de los criterios desarrollados por la doctrina alemana por la

⁴ La distinción entre autolesión o autopuesta en peligro se puede definir desde una perspectiva *ex ante* de la víctima o desde una perspectiva objetivo-social *ex post* que es la que se adopta aquí, por lo que cuando me refiero a autolesión son casos en los que efectivamente ha existido una lesión del bien jurídico como sucede en la sentencia objeto de comentario. Ello forma parte de mi idea de que el tipo objetivo cumple una función de garantía con la que resulta más idóneo un juicio objetivo *ex post*. El tipo subjetivo precisa un juicio objetivo *ex ante* desde la perspectiva del autor —suponiéndole motivado a respetar las normas—. La doctrina suele basarse sobre todo en la perspectiva *ex ante* de la víctima (como hace la sentencia). Vid. por todos, GARCÍA ÁLVAREZ, pp. 94 ss. que distingue entre daño cierto desde la perspectiva de la víctima (autolesión) y daño eventual (autopuesta en peligro). Por tanto, cuando la doctrina mayoritaria hace referencia a una autopuesta en peligro estaría denominando una autolesión imprudente desde una perspectiva *ex post*. Sin embargo, esta cuestión terminológica no tiene una relevancia esencial. Simplemente he querido aclarar en un principio el sentido en el que se usan los términos.

enorme influencia que ésta ha tenido en el desarrollo de la cuestión por parte de la literatura española⁵.

III. Criterios doctrinales de solución

III.1. *La posición de Tamarit Sumalla*

En su monografía sobre *La víctima en el Derecho Penal* este autor se ocupa de la evolución desde la victimo-dogmática a una dogmática de la víctima.

El principio victimodogmático, tal y como señala este autor, parte de la existencia de deberes de autodefensa cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela penal por parte del titular del bien jurídico que ha infringido sus deberes. Esta idea se basa en el principio de subsidiariedad o de necesidad de la pena, que regiría no sólo frente a otras ramas del ordenamiento jurídico u otras posibilidades estatales de actuación sino también frente a los medios de autodefensa que estén a disposición del titular del bien jurídico y sean exigibles (posibilidad y exigibilidad de autotutela)⁶. A partir de este principio se ha auspiciado una interpretación teleológico-restrictiva del tipo que no tenga en cuenta como único elemento de interpretación del *telos* de la norma el bien jurídico protegido. Sin embargo, este principio victimodogmático ha sufrido serias objeciones por parte de la doctrina como el propio Tamarit se ha encargado de recoger al plantear el debate doctrinal existente en Alemania⁷. Por ello rechaza esta perspectiva victimodogmática como punto de partida de su trabajo con los siguientes razonamientos:

- En el plano metodológico y dogmático considera que no parece conveniente extrapolar directamente las conclusiones de la victimología al plano dogmático, sobre todo cuando parece que se trata de conclusiones parciales sin visos de generalidad. Especialmente si se tiene en cuenta que no se debe confundir la descripción de un fenómeno con su valoración. Además considera

⁵ Evidentemente, existen trabajos anteriores al año 98. Si se han elegido las monografías de estos dos últimos años es porque creo que aunan los intentos desarrollados desde diversas perspectivas de ofrecer una solución dogmática y político-criminalmente satisfactoria a estas cuestiones. Evidentemente, en nota se tendrán en cuenta los trabajos españoles de años anteriores. En un trabajo de estas características no es posible una mayor exposición de las aportaciones doctrinales.

⁶ P. 21.

⁷ Pp. 34 ss.

este autor que debe ser cuestionada la victimodogmática en cuanto a su utilidad o novedad con relación a los criterios dogmáticos tradicionales.

- En el plano político-criminal se disminuye en demasía la protección de la víctima como sucede, por ejemplo, según este autor con respecto a los delitos sexuales. Se trata de una tendencia hacia la privatización del Derecho penal que compromete seriamente su carácter público. Además, no considera admisible este autor que baste con la autotutela para realizar los fines de prevención y de protección de bienes jurídicos propios del Derecho Penal. La prevención de la realización de delitos se ve así sustituida por una estrategia alternativa de prevención basada en la penalización de la confianza y del despiste.

Rechazada, pues, esta perspectiva de solución de los problemas, Tamarit se ocupa en el Capítulo III precisamente de la doctrina de la autopuesta en peligro (incluyendo las versiones más avanzadas de la actuación a propio riesgo o de competencia de la víctima como criterios de imputación)⁸. La conclusión de este capítulo es que el tratamiento de los supuestos de autopuesta en peligro no tiene nada que ver con el consentimiento y que la autopuesta en peligro y la denominada heteropuesta en peligro consentida son situaciones valorativamente coincidentes en lo esencial. Por estas razones en el Capítulo IV este autor desarrolla el tratamiento de la exposición voluntaria de la víctima a una situación de peligro en el seno de la teoría de la imputación objetiva⁹, entendida por este autor como un «espacio en el que confluyen toda una serie de criterios normativos para la restricción del tipo» o como un conjunto de instrumentos conceptuales necesarios para llevar a cabo una interpretación de los tipos penales sin excesivos costes para la seguridad jurídica. En este marco sistemático el criterio normativo decisivo para este autor reside en la delimitación de ámbitos de responsabilidad derivada del principio de responsabilidad penal o de responsabilidad por el hecho propio. Según Tamarit «la formulación de este principio dota de un contenido garantista a la parte objetiva del tipo de injusto, concretamente a través de la imputación objetiva, de modo análogo a lo que sucede con el principio de culpabilidad (o de imputación subjetiva) en la vertiente subjetiva». En referencia a las contribuciones de Schumann y Zaczyk considera que «el principio de autorresponsabilidad desempeña un rol en la formación del injusto» teniendo en cuenta el modelo de relaciones intersubjetivas que caracteriza a nuestra sociedad.

⁸ Pp. 75 ss.

⁹ Pp. 99 ss.

A partir de esta idea principal desarrolla criterios normativos de imputación:

- En supuestos en los que la persona lesionada no actúa con una representación suficiente de la situación de peligro, no se podrá imputar el hecho a un tercero si existió un error vencible por parte de la persona lesionada.
- Sólo se excluirá la autorresponsabilidad en casos similares a los de inimputabilidad, considerándose todavía responsable no sólo al imputable sino también al semiimputable. En los casos-límite considera que se debe partir de la «presunción de responsabilidad del sujeto pasivo que establece el Derecho positivo al considerarlo de entrada imputable, sin perjuicio de destruir en el caso concreto dicha presunción siempre que medie abuso de la debilidad de la víctima por parte del sujeto activo». No bastará según este autor con comprobar la existencia de una desigualdad entre la persona lesionada y el tercero, sino que tiene que existir abuso.

Las conclusiones de Tamarit¹⁰ son que «la victimodogmática y la teoría de la autopuesta en peligro han abierto una interesante vía para extender al ámbito de los delitos dolosos la andadura que la jurisprudencia y la doctrina habían emprendido en relación con los delitos culposos». Sin embargo, objeta a ambos planteamientos que «resultan rechazables en la medida que se propongan como un paso más en una tendencia hacia la privatización de los conceptos penales y redunden en una reducción apriorística de la protección penal a la víctima».

III.2. Valoración de la posición de Tamarit Sumalla

Tiene razón este monografista al señalar que el comportamiento de la víctima puede afectar a la tipicidad de la conducta, en concreto al tipo objetivo, considerando que el cambio de paradigma que representa la teoría de la imputación objetiva posibilita la toma en consideración del principio de autorresponsabilidad (alguien sería autorresponsable según este autor cuando se comporta al menos de forma imprudente con los bienes jurídicos de los que es titular y no es un inimputable). Sin embargo, se echa de menos a lo largo de la exposición una mayor fundamentación de este principio y una mayor precisión en la delimitación de los supuestos que son imputables al autor y los supuestos que son imputables a la víctima. No basta para negar la tipicidad de una

¹⁰ P. 225.

conducta afirmar que el hecho pertenece al ámbito de responsabilidad de la persona lesionada, sino que en beneficio de la seguridad jurídica deben estar predeterminados los criterios para llegar a esa conclusión. Por ejemplo, no toda persona imputable (o semiimputable) que causa una lesión ajena de forma imprudente (inmersa en un error evitable) o dolosa responde penalmente. Por ejemplo, porque puede encontrarse amparada por una situación justificante (legítima defensa, estado de necesidad, etc.) o exculpante. No parece que la conclusión tenga que ser distinta cuando uno se causa una lesión a sí mismo. La víctima no debería soportar los costes de una situación de esas características. Por otro lado, no se determinan con precisión los supuestos de error imputables a la «víctima» o al tercero o cómo determinar la irresponsabilidad.

Desde el punto de vista que aquí nos interesa, que es el de la sentencia objeto de comentario, parece que desde la perspectiva de Tamarit la resolución es correcta (la persona lesionada es imputable y participa conscientemente en la situación peligrosa). La aportación de este autor no permite mayores matices.

III.3. *La posición de Cancio Meliá*

En su monografía sobre *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal* Cancio Meliá¹¹ parte prácticamente del punto de llegada de la monografía de Tamarit, aunque no haya podido tener en cuenta dicha monografía, profundizando en algunas cuestiones que en ésta habían quedado planteadas. Su trabajo tiene como objeto de estudio la introducción «de la figura de la víctima en el contexto de la valoración normativa del comportamiento del autor, especialmente de determinar si la conducta de la víctima puede resultar relevante para constatar si siquiera existe una conducta típica»¹². Como señala este autor, en realidad se trata de comprobar que existe una «víctima», y un «autor», ya que el término «víctima» es utilizado en muchos casos en un sentido impropio¹³.

Este autor niega que las normas especiales referidas a la intervención en un suicidio ajeno con su tratamiento excepcional de este fenómeno jueguen algún papel a la hora de buscar soluciones fuera de su

¹¹ Esta monografía es analizada en sentido crítico por GARCÍA ÁLVAREZ, pp. 324 s., nota 26 y RDPC 99, pp. 401 ss.

¹² P. 19.

¹³ En el mismo sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, p. 42 y RDPC 99, p. 405, nota 11, refiriéndose a QUINTERO OLIVARES cuando señala que sólo es víctima quien «injustamente» ostenta esa condición.

ámbito de aplicación o prejuzguen una construcción dogmática de una solución general¹⁴. Cancio insiste en que problemas como los de los que se ocupa esta sentencia, tratados «por la opinión doctrinal mayoritaria —singularmente, por Roxin— en el «tercer escalón» del «alcance del tipo» —a analizar de acuerdo con este sector después de la creación y realización de riesgos— forma, más bien, parte de los elementos de determinación general de la tipicidad de la conducta—¹⁵.

Cancio, después de rechazar con buenas razones las soluciones específicas que se han propuesto dentro de la dogmática del delito imprudente¹⁶, la idea del consentimiento¹⁷, la solución basada en una distinción entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida (Roxin)¹⁸ y los criterios desarrollados por la victimodogmática o el denominado principio victimológico¹⁹, desarrolla el tratamiento de la víctima en el sistema de imputación objetiva²⁰.

Este autor parte en su reconstrucción del problema del principio de autorresponsabilidad, señalando como bajo este término se engloba la fundamentación de la existencia como presupuesto de un ámbito de administración y responsabilidad de la víctima y, por otro lado, la determinación del carácter responsable o no de la víctima en un caso

¹⁴ Pp. 39 ss. De acuerdo, GARCÍA ÁLVAREZ, *RDPC* 99, pp. 410 s.

¹⁵ P. 81.

¹⁶ Pp. 94 ss.

¹⁷ Pp. 145 ss., concluyendo con acierto (p. 173) que «las fricciones que conlleva la aproximación basada en el consentimiento clásico han conducido a que numerosos autores —partiendo de puntos de vista distintos— hayan rechazado en los últimos tiempos la idea de consentimiento como criterio rector en este ámbito y propuesto abordar la problemática en alguna medida desde una perspectiva más objetiva. Puede decirse que existe una tendencia clara a desarrollar criterios distintos del consentimiento». CANCIO cita a ROXIN, SCHÜNEMANN, OTTO, FRISCH, JAKOBS o el esbozo de PUPPE.

Comparto con este autor, como se verá, la idea de que «partiendo del principio de autorresponsabilidad de la víctima el consentimiento no es más que una especificación del ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, una subinstitución».

¹⁸ Pp. 177 ss. P. 217: «La clasificación del suceso como «auto-» o «heteropuesta en peligro» no debe prejuzgar la solución material».

¹⁹ Pp. 219 ss. P. 254: «No es necesario crear una especial victimodogmática; es la dogmática sin más la que debe ser capaz de resolver el problema». En el mismo sentido, anteriormente, SILVA SÁNCHEZ, *Victimología* (dir. BERISTAIN), p. 202.

CANCIO le objeta a la denominada victimodogmática a) una inadecuada conexión con la construcción dogmática global, lo que la convierte en un «bloque errático» en la teoría del delito (p. 240), b) presenta un inseguro ámbito de aplicación (pp. 241 s.), c) fundamentos normativos insuficientes, lo que da lugar a una gran indefinición, una falta de seguridad en el tratamiento dogmático y un excesivo margen de determinación judicial al depender la conclusión del caso concreto de criterios valorativos sin refrendo normativo (pp. 242 ss.).

²⁰ Pp. 255 ss.

concreto²¹. En cuanto al fundamento normativo de la existencia en nuestro ordenamiento de un ámbito de responsabilidad de la víctima, tras rechazar las propuestas de Zaczyk²² por un lado y Frisch y Derksen por el otro²³, Cancio parte de la siguiente perspectiva metodológica: «observar cuál es la orientación fundamental que caracteriza al ordenamiento jurídico —en cuanto «entorno» de la teoría del delito— en relación con la autonomía de los ciudadanos e intentar extraer de esta orientación —mediante una construcción, por tanto, deductiva— algunas pautas directivas para la configuración dogmática del tratamiento de la intervención de la víctima en actividades arriesgadas»²⁴. La conclusión es

²¹ Pp. 262 s.

Cabe señalar que ello sucede con todos los institutos relacionados con la determinación de la tipicidad de un comportamiento. Una cosa es señalar el fundamento dogmático del riesgo permitido como instituto y otra determinar si una determinada conducta está amparada por el riesgo permitido o una cosa es otorgarle un fundamento normativo al principio de confianza y otra determinar si una determinada conducta estaba amparada en una situación concreta por el principio de confianza. Las conclusiones sólo son posibles a partir de los fundamentos dogmáticos o normativos.

²² P. 270: «no queda acreditado por qué razón el horizonte de referencia de la autorresponsabilidad debe quedar limitado al contexto creado y dominado de modo consciente por la víctima...la propuesta de ZACYK se presenta, entonces, como —valga la analogía— una teoría de la imputación a la víctima que se detiene en la imprudencia consciente». La conclusión de CANCIO (p. 271) es que «la tajante exclusión del ámbito relevante de los supuestos de desconocimiento de la situación de riesgo por parte de la víctima simplifica en exceso —y ello, como es lógico, en detrimento del otro interviniente, del autor— una problemática que requiere un tratamiento más diferenciado que la mera afirmación de la irrelevancia de toda conducta de la víctima sin referencia subjetiva a los elementos de riesgo». En definitiva, la principal objeción de CANCIO es que el concepto de autorresponsabilidad de ZACYK es un concepto altamente subjetivo-individual (p. 47).

²³ La principal objeción (p. 274) me parece la de que ambos autores no distinguen suficientemente supuestos en los que la atipicidad depende del principio de autorresponsabilidad de otros en los que la intervención de la víctima resulta relevante por otras razones no vinculadas a su carácter de titular del bien jurídico afectado.

Sin embargo, cabe señalar que de la parquedad de las críticas —a diferencia de lo que sucede con otras posiciones— se deduce una mayor proximidad del monografista a la posición de estos dos autores que la que expresamente se quiere reconocer. En realidad estos dos autores parten implícitamente de las mismas premisas normativas que CANCIO. De hecho esta es una de las cuestiones más discutidas entre los partidarios de la teoría de la imputación objetiva a la hora de enfrentarse a los fundamentos dogmáticos de la relevancia de la víctima a efectos de tipicidad.

²⁴ Sobre el principio de autorresponsabilidad, pp. 275 ss.

Cabe objetar que no queda claro desde un punto de vista metodológico si el principio de autorresponsabilidad es un principio que precisa una perspectiva sociológica (observación de la realidad y construcción deductiva) o se trata de un principio puramente normativo. Quizás se parte de una posición demasiado ecléctica. Aunque parece que CANCIO MELIÁ no se atreve a dar el paso definitivo y busca una «perspectiva intermedia» (p. 275), me da la impresión de que el punto de partida es puramente

que la imagen del ser humano que tiene la Constitución parte de la capacidad para autodeterminarse, la noción del ciudadano es la de un sujeto autónomo. Según este autor «el núcleo de la idea de «auto-responsabilidad» quedaría delineado, entonces, del siguiente modo: a) a todo ciudadano corresponde un ámbito de organización propia de su ámbito vital, b) en principio, también corresponde a quien es titular de tal ámbito de autoorganización la responsabilidad por los daños que puedan derivar de esa organización propia». A ello debe sumarse la idea de que al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuirse una posición especial: éste tiene la libertad de organizarlos y, por ello, debe asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella.

El propio autor reconoce que el rendimiento dogmático de este punto de partida es muy limitado. Como señala, pueden existir sectores en los que se establezca excepcionalmente una responsabilidad con respecto a bienes jurídicos de titularidad ajena o se deberán tener en cuenta las circunstancias concretas de la interacción. Ello tiene como consecuencia que «las decisiones valorativas fundamentales —como es la de atribuir a los sujetos un ámbito de autonomía— no puede ofrecer más que un punto de partida, mientras que el concreto funcionamiento en el sistema jurídico debe ser elaborado con parámetros dogmáticos».

Cancio Meliá propone en la teoría del tipo un criterio de imputación a la víctima o de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima dentro de la teoría de la imputación objetiva, en concreto con relación a la imputación del comportamiento (Jakobs) o de la conducta (Mir Puig) —no del resultado—, que base la atipicidad de una conducta específicamente en el carácter responsable de la persona lesionada²⁵. Se trata de un problema del tipo objetivo común a delitos dolosos e imprudentes como barrera de imputación previa a la consideración del lado subjetivo²⁶. Cancio entronca sin muchos problemas su posición con la teoría del alcance del tipo de Roxin como tercer escalón dentro de la teoría de la imputación objetiva, al lado de los tradicionales de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y realización de ese riesgo en el resultado. Como señala este autor, «la concepción de la norma que subyace a la

valorativo teniendo en cuenta nuestro sistema jurídico-político-social. Se trata más bien, en mi opinión, de una observación del ordenamiento positivo en su conjunto (que no sólo son las leyes) en el que la realidad sólo es una prueba de los principios y tendencias de dicho ordenamiento. Es decir, el proceso de construcción del principio es como el de ZACZYK, la diferencia es que no se busca un principio prejurídico o de Derecho natural de autorresponsabilidad (p. 271) sino si existe un principio general en nuestro Derecho positivo que se pueda denominar principio de autorresponsabilidad.

²⁵ Pp. 282 ss., 298 ss.

²⁶ Vid. en pp. 289 s. las observaciones de este autor —que comparto— con relación a la posición contraria de HILLENKAMP.

teoría de la imputación objetiva, con su apertura hacia la dimensión social de la conducta típica —y a diferencia de un entendimiento centrado de modo estático sólo en la relación entre norma y autor o de una concepción vinculada exclusivamente a la lesión fáctica de bienes jurídicos— es la que permite introducir el ámbito de responsabilidad de la víctima en la determinación de la tipicidad de la conducta del autor: la expiación del suceso lesivo como consecuencia de una determinada configuración autónoma de la víctima es uno de los factores normativos que constituyen la delimitación de ámbitos de responsabilidad en la tipicidad objetiva. De este modo, la «imputación a la víctima» eliminaría la imputación objetiva». Como se puede apreciar, este planteamiento hace recordar los puntos de partida de la STS de 17 de Septiembre de 1999.

El trabajo termina con un capítulo dedicado a aquellas situaciones denominadas de superioridad en las que la víctima ha sido instrumentalizada por el autor por carecer de responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para poder ser considerada autorresponsable²⁷. Esta es la cuestión central de la problemática en la práctica: los límites de la responsabilidad de la víctima que condicionan la tipicidad de la conducta del tercero (el autor), ya que puede haber casos en los que haya que entender que es el autor el que en exclusiva ha organizado el hecho y, por tanto, a él se le debe imputar objetivamente. El monografista establece desde un punto de vista material una orientación de acuerdo a la autoría mediata²⁸. Con respecto a los defectos de responsabilidad constitucionales no sólo se aceptan supuestos de instrumentalización similares a la inimputabilidad sino también los paralelos a la semiinimputabilidad (a diferencia de lo que hacía Tamarit)²⁹. Además añade una

²⁷ Pp. 347 ss.

²⁸ Resulta interesante destacar que este autor (p. 354) no parte de un concepto fáctico del dominio del hecho ya que resalta como «no son los hechos desnudos, una mera superioridad fáctica del autor frente a la víctima la que puede determinar la atribución de responsabilidad, sino la determinación de ámbitos de responsabilidad que derive de esa situación fáctica».

²⁹ P. 359. No creo, sin embargo, que las diferencias prácticas entre una conclusión u otra sean mínimas como sostiene este autor. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de venta de drogas que acaban en fallecimiento. Según este autor los supuestos de inimputabilidad y semiimputabilidad serían homicidios (los defectos de responsabilidad están indudablemente introducidos en el contexto común entre vendedor y consumidor —habitual—). Si se distingue, por el contrario, entre ambos supuestos unos serán homicidios (inimputabilidad) y otros no (semiimputabilidad). Y si el sujeto se representaba que el semiimputable era un inimputable existirá un supuesto de tentativa (si existe, al menos, dolo eventual). Si el sujeto se representaba que el inimputable era un semiimputable se tratará de un supuesto de error de tipo —venecible (homicidio imprudente) o invencible—. Evidentemente, aquí se ha presentado el problema de forma simplista (casi matemática). El único objetivo era señalar las decisivas consecuencias dogmáticas de una decisión en uno u otro sentido.

constelación de casos que no habían sido debidamente tenidos en cuenta en la monografía de este último autor: los defectos de responsabilidad situacionales o supuestos en los que la víctima se encuentra en una situación en la que se ve compelida a la realización de la conducta arriesgada en virtud de una conducta que de algún modo le «fuerza» a ello³⁰. En estos casos Cancio considera que lo más correcto es proceder a una aplicación analógica del estado de necesidad exculpante³¹. Con respecto a los defectos cognitivos³² Cancio resalta, en mi opinión con razón, como la fórmula de los «conocimientos superiores» (que aparece una y otra vez como un problema relativo al fundamento y a los límites de la teoría de la imputación objetiva) no resulta satisfactoria en este ámbito ni acierta a designar correctamente el problema. Sin embargo, no resultan claros los criterios de solución en este caso. La referencia a que aún pueda hablarse de una organización conjunta entre autor y víctima (atipicidad) o que, por el contrario, la víctima se vea incluida en una configuración de la actividad que debe atribuirse al autor (tipicidad) es más bien una conclusión que un fundamento³³.

A las denominadas por Cancio situaciones de superioridad del autor que limitan la imputación a la víctima añade la exigencia de que el

³⁰ Pp. 360 ss.

³¹ Pp. 361 s. Cabe objetar que la distinción entre estado de necesidad justificante (defensivo o agresivo) y estado de necesidad exculpante se basa en una distinción entre injusto (contenido de la norma de conducta) y culpabilidad (motivos personales para la infracción de la norma de conducta) que no es trasladable a esta problemática ya que no existen normas o deberes de autoprotección como correctamente señala el propio CANCIO en su trabajo. La cuestión es hasta dónde debe responder el autor de las autolesiones o autopuestas en peligro que obedecen a una situación de necesidad que no es imputable a la víctima o al azar sino a un tercero.

Esta conclusión, además, no casa muy bien con las soluciones que ofrece a las situaciones de «miedo insuperable» (p. 362, nota 477, con respecto a la conocida STS de 27 de enero de 1984) que deberían tener un trato similar a los del estado de necesidad exculpante.

Tampoco casa muy bien con la solución referida a la semiimputabilidad, ya que existiría responsabilidad de la víctima cuando debido a un problema constitucional sólo tiene limitadas sus capacidades de actuación pero no existiría responsabilidad de la víctima cuando se deba a un problema situacional (estado de necesidad exculpante incompleto). ¿A qué se deben las diferencias entre problemas constitucionales y situacionales que tienen una influencia similar en el comportamiento de la víctima (inexigibilidad total o parcial)? Todo ello sea dicho con las debidas reservas en referencia al procedimiento metodológico de importar en este ámbito problemático las categorías de la teoría jurídica del delito con su distinción tradicional entre injusto y culpabilidad.

³² Pp. 363 ss.

³³ Sin embargo, no es correcta la conclusión de GARCÍA ÁLVAREZ, *RDPC* 99, p. 410 de que CANCIO sólo impute el hecho al titular del bien jurídico afectado cuando interviene con conocimiento del riesgo y de manera voluntaria. Precisamente las aportaciones de este autor —sean erróneas o no— van en otro sentido más normativo.

autor no tenga un deber de control, de protección, de tutela o de cuidado específico frente a los bienes de la víctima³⁴. Como señala este autor, existen «supuestos en los que una razón normativa específica desplaza al principio de autorresponsabilidad y sus consecuencias dogmáticas». Baste citar aquí como ejemplo la problemática de la seguridad en el ámbito de las relaciones laborales, aunque se echa de menos un mayor desarrollo de esta cuestión relativa a los límites de la autorresponsabilidad.

III.4. Valoración de la posición de Cancio Meliá

Cabe señalar, a pesar de que se compartan los puntos de partida dogmáticos y además de las críticas ya expuestas referidas principalmente a los límites de la autorresponsabilidad, que la construcción de Cancio está pensada para aquellos supuestos en los que los intervinientes en el hecho tienen la misma finalidad o realizan un hecho con reparto de tareas o la interacción tiene un mismo significado objetivo —que no pasa por la lesión o destrucción del bien jurídico—. Es decir, no se piensa en otros supuestos más complejos en los que no existe una organización conjunta sino una relación que podríamos definir objetivamente como enemistosa o de intereses contrapuestos, por lo que no resulta posible determinar si ha habido un exceso en la organización conjunta. Sin embargo, no se puede negar que la propuesta de Cancio también puede tener utilidad para otro tipo de supuestos, como el de la sentencia, en los que al menos dos personas crean conjuntamente un riesgo para al menos una de ellas aunque no se pueda hablar de una organización conjunta. Parece que los criterios se podrían extender a otros ámbitos problemáticos aunque este autor no haya llegado tan lejos en su monografía.

A Cancio ya no se le puede objetar la falta de fundamentación de los ámbitos de responsabilidad ni que omita una propuesta de delimitación de los supuestos de responsabilidad e irresponsabilidad (se compartan o no se compartan). Por ello esta importante monografía muestra ya ciertas carencias de la STS de 17 de Septiembre de 1999 a la hora de enfrentarse con un supuesto de actuación de la víctima. Sin determinar normativamente el ámbito de responsabilidad de la víctima no se puede imputar el hecho al ámbito de la víctima o del autor y en la sentencia no se fijan criterios para determinar el ámbito de responsabilidad de la víctima. Parece que cabría deducir de esta reciente resolución

³⁴ Pp. 294 ss., 308 ss.

que la responsabilidad de la víctima llega hasta donde pueda tener conciencia del peligro que asume. Ello, además, de carecer de consistencia normativa o valorativa resulta una solución peligrosa desde un punto de vista político-criminal si se generaliza, como ya había señalado Tamarit Sumalla en las conclusiones de su trabajo.

Además, Cancio —a diferencia de Tamarit que omite esta cuestión— considera que existen defectos de responsabilidad situacionales. Ello hace que en la sentencia objeto de comentario se eche de menos alguna consideración sobre si la situación conflictiva o enemistosa en la que se mueva la víctima puede tener alguna influencia en la imputación del hecho a la persona lesionada. Si se trata de delimitar los supuestos de autopuesta en peligro de los supuestos de instrumentalización de la víctima similares a los de autoría mediata tradicionales no nos podemos olvidar de que existe autoría mediata cuando el instrumento se encuentra en una situación de justificación o inexigibilidad creada por un tercero³⁵. En los casos de autopuesta en peligro o autolesiones pueden existir constelaciones de casos que si no son idénticos, al menos son similares. Por ejemplo, un conductor se lanza conscientemente contra una valla como único medio para evitar una colisión frontal con otro automóvil que se abalanza sobre él. En definitiva, en los límites de la (auto)responsabilidad entran en juego determinadas variables situacionales que, al menos, la sentencia no ha tenido expresamente en cuenta a la hora de fundamentar el fallo.

La monografía de Cancio tiene la gran virtud de poner de manifiesto la complejidad que presenta la interrelación entre «autor y víctima» y que los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor no se ven determinados —al menos no en exclusiva— por la representación o la previsibilidad de uno de los partícipes (autor o víctima).

El principal problema de este trabajo reside en que no resulta completamente satisfactorio desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Se puede compartir que lo importante es el significado objetivo de la interacción entre víctima y autor de acuerdo a patrones normativos que tengan en cuenta las características inherentes a la actividad elegida por la víctima y los factores de riesgos inevitables de dicha actividad³⁶. ¿Pero cómo se determina todo esto con criterios dogmáticos mínimamente seguros? Por ejemplo, ¿Por qué en los supuestos de contactos sexuales con posibilidad de contagio sólo «viene definido de modo implícito como contacto sin riesgos (conocidos por el sujeto infectado) en

³⁵ Vid. por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, p. 119, con más referencias.

³⁶ Pp. 290 s., que me parecen la parte central del trabajo.

relación con la transmisión de enfermedades» una relación personal intensa como puede ser el matrimonio o una relación amorosa similar y no los «contactos esporádicos entre sujetos con una relación tan contingente que no puede estimarse que contenga implícitamente la definición como inocua»?³⁷ En mi opinión, se plantea más una descripción que una fundamentación normativa. Llama la atención la abundancia en el uso del término «implícito» cuando se trata de caracterizar o definir un contacto o un tipo de relación con relevancia típica. Los requisitos implícitos afectan a la seguridad jurídica y llevan implícito el peligro del decisionismo judicial. Ello está estrechamente relacionado con las dificultades para determinar el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima que es un requisito básico para este autor³⁸.

III.5. La posición de García Álvarez

La monografía de esta autora sobre *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, que ya tiene en cuenta en su exposición las dos anteriores monografías, afronta una serie de problemas que no pueden ser abordados aquí, ciñéndome en estos momentos a aquellas cuestiones más relacionadas con los problemas que presenta la sentencia objeto de este comentario. La monografía tiene unos puntos de partida más clásicos o tradicionales que las dos anteriores:

- Parte de la diferenciación entre autopuestas en peligro o puestas en peligro propias y las puestas en peligro ajenas consentidas³⁹. La responsabilidad del tercero depende en principio para esta autora de que el hecho merezca una u otra denominación⁴⁰.
- En los casos de heteropuestas en peligro sólo son atípicas las asunciones conscientes de riesgos para los bienes jurídicos vida e integridad física por parte de su titular. García Álvarez rechaza incluso aquellos supuestos en los que el riesgo se tolera ya que según esta autora en estos casos no puede hablarse de asunción voluntaria del riesgo. Por tanto, acude a la solución tradicional del consentimiento («consentimiento en el riesgo»)⁴¹.

³⁷ Pp. 370 s.

³⁸ Pp. 284, 290 ss. y *passim*.

³⁹ Pp. 36 s. y *passim*, con amplias referencias.

⁴⁰ P. 56 y *passim*, de acuerdo con la posición de PORTILLA CONTRERAS.

⁴¹ Pp. 424 ss.

Esta autora considera —en una línea seguida anteriormente en Alemania por Walther y en España por Luzón Peña— que el camino correcto para diferenciar las autopuestas en peligro de las puestas en peligro por tercero consentidas pasa por delimitar las esferas de autoría y participación y que la caracterización de una conducta como autolesiva o como autopuesta en peligro ha de realizarse de acuerdo con el criterio que se emplee para delimitar la autoría de la participación⁴². De acuerdo con este criterio sólo en los casos en los que el titular del bien jurídico es autor la conducta será atípica. Como señala esta autora, su posición le aleja no sólo de la doctrina dominante en Alemania, sino de las monografías anteriores de Tamarit y Cancio que lo trataban como una cuestión de delimitación de ámbitos de responsabilidad entre víctima y tercero en el seno de la teoría de la imputación objetiva⁴³. Como se puede apreciar esta monografía parte de unos criterios distintos que la STS de 17 de Septiembre de 1999 más cercana a las propuestas de estos dos últimos autores.

Esta monografista asume también la teoría de Luzón Peña del dominio objetivo y positivo del hecho en el ámbito de la autoría, siendo, por tanto, éste el criterio que consecuentemente con sus planteamientos sirve para calificar una conducta como autolesión o autopuesta en peligro⁴⁴. De acuerdo con este punto de partida considera que «el titular del bien jurídico será autor de su propia lesión o de su propia muerte, cuando sea él el que determine objetiva y positivamente la conducta lesiva o mortal, realizándola por sí mismo o a través de otro del que se sirva como instrumento, así como cuando la realice, de común acuerdo, con el tercero interviniente (aunque sea inducido por él o ayudado con algo necesario por otro)»⁴⁵. En sentido contrario, «sólo será heterolesión consentida la conducta mortal determinada por tercero contando con la autodeterminación e incluso contribución del titular del bien jurídico lesionado, pero no hasta el punto de que éste determine también objetiva y positivamente el hecho de su muerte»⁴⁶.

⁴² Pp. 107, 110 ss., 250 ss. y *passim*.

⁴³ Pp. 324 s., con nota 26. Esta es la crítica esencial de la autora a la monografía de CANCIO en *RDPC* 99, p. 409.

⁴⁴ Pp. 158 ss., 254.

⁴⁵ P. 161. Entiende esta autora que existirá una autopuesta en peligro (p. 254) «cuando el titular del bien jurídico arriesgado determine objetiva y positivamente por sí, a través de otro del que se sirve como instrumento o junto con otro(s), de común acuerdo, la conducta de riesgo» o (p. 369) «cuando interviniendo en ella, voluntariamente, el titular del bien jurídico arriesgado (queriendo ponerse en peligro e, incluso, contribuyendo activamente a la conducta de riesgo), fuese únicamente el tercero el que ostentase el dominio del hecho entendido como determinación objetiva del curso de los acontecimientos».

⁴⁶ P. 202. Entiende esta autora que existirá una puesta en peligro por tercero consentida (pp. 254 s.) «cuando, mediando la autodeterminación (en el sentido de quererse

De acuerdo con estos criterios, no existirá una autolesión o autopuesta en peligro en los casos de instrumentalización característicos de la autoría mediata⁴⁷. Cabe destacar las siguientes peculiaridades en sus propuestas:

- Con respecto a los menores de edad y supuestos de anomalías psíquicas propone el criterio de la capacidad natural de comprensión y juicio⁴⁸ —asumiendo la vaguedad, imprecisión, carácter circunstancial y la falta de seguridad y generalidad del criterio—.
- Considera esta autora también que existirá autoría mediata cuando se crea una situación de necesidad (mediante coacciones o amenazas) que la víctima tiene que resolver de forma adecuada teniendo en cuenta la relación entre el mal causado y el que se trata de evitar⁴⁹.
- Asimismo, considera que existirá autoría mediata cuando se priva a la víctima de la capacidad necesaria para comprender el alcance de su conducta⁵⁰ —con independencia de que el error sea imputable o no a la víctima o vencible (a diferencia de lo que sostienen Tamarit o Cancio)—.

Los casos de heterolesión (dominio exclusivo del hecho por parte de tercero) y los casos de cuasi-coautoría (dominio compartido del hecho entre persona lesionada y tercero) los resuelve acudiendo al consentimiento. Al referirse al objeto del consentimiento en las conductas de riesgo, exige que la persona que acepte una actividad peligrosa se presente de alguna manera la posibilidad real de sufrir una consecuencia lesiva aunque crea o confíe en poder evitarla por su destreza, fuerza

poner en peligro) e, incluso, la contribución del titular del bien jurídico, sea únicamente el tercero el que ostente el dominio del hecho determinando la conducta de riesgo objetiva y positivamente».

⁴⁷ Pp. 162 ss., 256 ss. En palabras de esta autora, «habrá autoría mediata de homicidio o asesinato, en vez de una conducta de participación en un suicidio ajeno, cuando, aunque sea el propio titular del bien jurídico afectado el que realice la conducta mortal, el tercero haya hecho que ponga término a su vida un incapaz de comprensión o juicio, ya sea por razones de edad o de enfermedad mental, o una persona a la que haya sumido previamente en un estado de necesidad o privado de la libertad de voluntad o de la capacidad necesaria para comprender el alcance de su conducta, ya sea mediante engaños, coacciones o amenazas, o cuyo error o estado de necesidad haya utilizado a tales efectos».

⁴⁸ Pp. 169 ss., 257 s.

⁴⁹ Pp. 181, 259 ss. Aunque esta autora rechaza la tesis de JAKOBS relativa a una redistribución razonable de sus intereses por parte del titular del bien jurídico, su posición es más cercana que lo que llega a reconocer.

⁵⁰ Pp. 185 ss., 261 ss.

física o simplemente por el azar⁵¹. Se trata de supuestos en los que con representación no segura del riesgo se toma la decisión de seguir adelante. Más bien, como señala la propia autora, le basta con el consentimiento de la actividad peligrosa⁵². O, como señala en otro trabajo⁵³, «para afirmar que el titular del bien jurídico asume una conducta de riesgo, éste sólo ha de prever el resultado lesivo, ha de conocer la posibilidad de que la actividad de riesgo que sí asume, se traduzca en un resultado lesivo (o mortal)».

III.6. *Valoración de la posición de García Álvarez*

Desde el punto de vista de la sentencia que es objeto de comentario cabe señalar que García Álvarez⁵⁴ destaca como existen situaciones en las que la víctima no sufre las consecuencias de una autopuesta en peligro por su propia y voluntaria responsabilidad, sino que se ve forzada por las circunstancias a adoptar una decisión que afecta a sus bienes jurídicos. El hecho se le debe imputar al autor de dichas circunstancias. Esta autora tiene razón, aunque desgraciadamente la mera referencia a la justicia material resulta insuficiente para ofrecer una respuesta sólida a estas constelaciones de casos. Pero destaca la existencia de casos de «irresponsabilidad situacional» cuando la situación es imputable a un tercero, al igual que Cancio Meliá.

Sin embargo, no se pueden compartir los criterios de solución propuestos por esta autora:

A. Se parte de una distinción entre autolesión y heterolesión necesaria en Alemania por las características de su ordenamiento, pero sin otorgarle un fundamento material a dicha distinción. En Alemania el legislador establece esa distinción en el ámbito del suicidio, pero en nuestro ordenamiento no es así. El límite de la tipicidad con respecto al auxilio en el suicidio se encuentra entre la cooperación necesaria y la no necesaria. Si no se tiene en cuenta la distinción como una diferencia jurídica o pre-jurídica fundamental ésta carece de fundamento como ya había señalado Cancio con anterioridad. El Derecho positivo español en el art. 143 CP, por ejemplo, sólo le otorga relevancia a la configuración externa del hecho para determinar la pena, pero no para marcar los límites de lo prohibido. Incluso en los casos de dominio absoluto en la configuración por parte de un tercero, el art. 143.3 CP se

⁵¹ Pp. 425 ss., en especial 432 ss.

⁵² P. 576 y RDPC 99, p. 417.

⁵³ RDPC 99, p. 416.

⁵⁴ Pp. 69 ss.

refiere a una cooperación que llega hasta el punto de ejecutar la muerte. Además, no existe en las normas especiales referidas a los límites de la disponibilidad una posición unitaria en el CP, ya que la regulación de la inducción y auxilio al suicidio presenta serias divergencias con la del consentimiento en las lesiones. La propia García Álvarez⁵⁵ admite que en el art. 143.3 nuestro código equipara la configuración conjunta de la muerte entre tercero y suicida y los supuestos de configuración exclusiva del suicidio por parte del tercero. Es decir, las diferencias en la configuración carecen de una relevancia jurídico-penal esencial, equiparándose por parte del código supuestos que según la terminología de esta autora serían de dominio positivo del hecho por parte de la víctima (cuasi-coautoría) y casos de homicidio consentido en los que la víctima sólo tiene un dominio negativo (homicidio consentido en sentido estricto). Como señala esta autora, en el art. 143 la diferencia entre contribución a una autolesión y heterolesión consentida carece de efectos prácticos⁵⁶. Por tanto, no se entiende el sustrato normativo o político-criminal de dicha distinción en el marco de un ordenamiento jurídico como el nuestro.

Esta distinción formal (ya que lo que se buscan son los límites de la relevancia del comportamiento de la víctima —de la autolesión en sentido material—) aún encima carece de relevancia práctica y presta escasos servicios, ya que los casos-límite en los que lesionado y tercero actúan conjuntamente (que podemos denominar de cuasi-coautoría) son para esta autora casos de autolesión⁵⁷ ya que la víctima ostenta todavía un dominio objetivo y positivo del hecho, aunque sea compartido. Sin embargo, tienen el mismo tratamiento que los casos de puesta en peligro de tercero consentida. Por tanto, nos encontramos ante una diferenciación que no sólo carece de fundamento normativo sino también de consecuencias prácticas definitivas. Es decir, no presenta utilidad alguna.

B. Tampoco convence el recurso de esta autora a la aplicación análoga de los criterios de autoría y participación. No se puede trasladar automáticamente una institución de un determinado ámbito problemático a otro distinto. Por ejemplo, la distinción entre coautoría y cooperación necesaria tiene en muchos casos un carácter formal dependiente de la formulación típica (siendo incluso tratados ambos supuestos de codelinuencia de manera unitaria por parte de la jurisprudencia). Se llevan a cabo traslaciones de criterios de forma demasiado automática sin tener en cuenta las diferencias materiales que

⁵⁵ P. 215.

⁵⁶ P. 247.

⁵⁷ Al igual que para la doctrina dominante en Alemania. Vid. por todos, OTTO, *JZ* 97, p. 523.

pueden existir. Por ello en los casos-límite como los de cuasi-coautoría se recurre de forma implícita al principio de autorresponsabilidad y a la idea de competencia preferente de la víctima aunque ello no se quiera reconocer expresamente. Sólo por esta razón se puede entender que los casos de cuasi-coautoría se definan como participación en una autopuesta en peligro (aunque se les otorgue el mismo tratamiento penal que a las heterolesiones consentidas)⁵⁸. La cuestión es que uno de los cointervinientes tiene una posición normativa especial con relación al bien jurídico afectado.

En realidad, cuando se afirma que existe una participación en una autolesión es porque se considera que la persona lesionada ha actuado de forma libre y responsable. En los supuestos de autopuestas en peligro la referencia explícita a la «accesoriedad» lleva implícita una referencia a la autorresponsabilidad. Ello es evidente en los supuestos de autoría mediata en los que la persona lesionada no actúa de forma libre y responsable. Si en esos casos se le imputa el hecho al tercero (aunque fenomenológicamente sólo haya favorecido una autolesión) es porque no concurre responsabilidad de la víctima. El dominio del hecho entendido en sentido fáctico-causal no puede resolver satisfactoriamente este caso, ya que el problema de fondo de la autoría mediata es también un problema de delimitación de ámbitos de responsabilidad en el que el principio normativo de autorresponsabilidad juega un papel decisivo. De ahí derivan todas las discusiones sobre los límites de la responsabilidad/instrumentalización del «hombre de delante» (sea el titular de los bienes jurídicos o un tercero). Lo decisivo no es el dominio de la configuración (el autor mediato no configura el hecho sino el instrumento) sino el dominio sobre la decisión.

Además tampoco acabo de apreciar un sentido práctico a la traslación que hace esta autora de la regulación del CP en materia de autoría y participación. García Álvarez utiliza la conocida tesis de Luzón Peña de considerar que la participación imprudente es impune —opinión que no comparto aunque ello no sea aquí decisivo⁵⁹—, llegando a la conclusión de que la participación imprudente en una autopuesta en peligro es impune. Sin embargo, ello carece de relevancia ya que al final

⁵⁸ P. 359 y *passim*. En un sentido similar los autores que mantienen una posición como la de GARCÍA ÁLVAREZ: LUZÓN PEÑA, *Problemas jurídico penales del SIDA* (edit. MIR PUIG), pp. 14 ss.: «tampoco hay coautoría por dominio compartido con el que se deja infectar, ya que la coautoría exige realización compartida del tipo con imputación recíproca de los actos parciales, mientras que aquí la conducta de la víctima es atípica y no puede fundamentar coautoría en el otro»; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, pp. 134 ss., 143, 246.

⁵⁹ Vid. CPC 97, pp. 319 ss. y con mayor profundidad en *Revista La Ley* (enero 2000), en prensa.

también se considera que son atípicos los supuestos de participación dolosos que no se encuentran expresamente incriminados en los arts. 143 y 155⁶⁰. Ello sólo demuestra que en este ámbito existen unas razones normativas de fondo distintas a las que se tienen en cuenta con respecto a las reglas de la autoría y participación. En los arts. 27 ss., al menos (por no introducir aquí mayores variaciones) se encuentra tipificada la participación con dolo eventual en un hecho realizado con dolo eventual, que según esta autora es impune en casos de autopuesta en peligro. Ello sólo demuestra que aquí no existe imputación accesoria ni imputación recíproca ya que el titular del bien jurídico ostenta una posición especial que veta la posibilidad de responder accesorariamente. Además, los argumentos político-criminales utilizados para defender la impunidad de la participación imprudente no son válidos en este ámbito, donde no se trata de que sólo responda el autor principal del hecho, sino que la consecuencia es la desprotección de la víctima (nadie responde de la lesión). Y esta conclusión sólo se puede fundamentar dogmática y político-criminalmente desde la perspectiva de la autorresponsabilidad o de la responsabilidad del titular de los bienes jurídicos.

La delimitación entre autoría y participación es un ámbito clásico de delimitación de ámbitos de responsabilidad, pero en este contexto no presta gran utilidad ya que el tratamiento tradicional tiene que ver con los niveles de responsabilidad con respecto a un hecho penalmente relevante y aquí la cuestión central es ya determinar la existencia de un injusto penal. No es necesario acudir a las reglas de la participación porque no existe de partida un hecho típico. La cuestión no es si imputamos un hecho típico a varias personas (entre ellas la persona lesionada) sino si más allá de criterios causales el dato de que el titular del bien jurídico lesionado haya intervenido en el hecho tiene como consecuencia que se le niegue a ese hecho relevancia típica⁶¹.

C. También es preciso criticar la identificación entre autodeterminación o libre desarrollo de la personalidad y consentimiento, ya que ello no tiene que ser necesariamente así (ni es una exigencia constitucional). Si la propuesta de García Álvarez tuviera validez general, todos los casos de autopuesta en peligro deberían depender también de la asunción del riesgo por parte del titular del bien jurídico, ya que sólo en estos casos se podría hablar de una autopuesta en peligro o de una autolesión. Si la víctima sólo es responsable cuando acepta el riesgo ello debería valer para todas las variantes posibles en las que el

⁶⁰ Pp. 360 ss.

⁶¹ CANCIO, pp. 215 s., 285 s.; FELÍO SÁNCHEZ, (nota 35), p. 126.

comportamiento de la víctima puede tener relevancia para calificar la conducta de un tercero con independencia del momento de su intervención en el hecho. Es decir, sólo se podría hablar de una autolesión o una autopuesta en peligro en caso de consentimiento de la lesión o de la puesta en peligro. Por ejemplo, vender una dosis de heroína sólo sería un favorecimiento de una autolesión si el que la compra asume conscientemente la posibilidad de morir.

Por otro lado, si se considera que no puede existir un injusto penal si la persona lesionada no asume el riesgo en virtud de un error evitable o vencible, se está haciendo a un tercero más responsable de un error ajeno que la propia persona que lo sufre. Ello sólo es valorativamente asumible cuando existen específicas razones normativas para cargar a una persona con los errores de un tercero (una posición de garante con respecto al conocimiento de los riesgos —profesor o monitor de una actividad peligrosa, médico con deber de información—, etc.). Si el error es evitable y, por tanto, imputable al que lo sufre no se puede decir que la lesión no es una autolesión porque ya no se puede entender como una decisión libre y responsable de la persona que no se ha representado correctamente la situación. Además, si la tipicidad de la conducta depende de la asunción de riesgos por parte de la persona lesionada, el alcance del tipo pasa a ser arbitrario y casual dependiendo en exclusiva de lo inconsciente, imprudente y temerario que sea el titular de los bienes jurídicos afectados. La teoría del consentimiento, aunque el objeto del consentimiento se reduzca hasta exigir sólo que se realice una actividad que se sepa que tiene alguna posibilidad de acabar mal (actividad peligrosa), incurre en una cierta «lotería penal» en la que la responsabilidad penal depende absolutamente de un tercero (de su optimismo, temeridad, etc.).

El recurso al consentimiento, además, no resulta satisfactorio cuando se trata de supuestos en los que el titular decide realizar algo con otra u otras personas que encierra una peligrosidad abstracta o estadística o, incluso, una pequeña probabilidad de lesión sin asumir en absoluto el resultado. El recurso al «consentimiento en el riesgo»⁶² o a otras modalidades atenuadas de consentimiento, asentimiento o aceptación no es más que una ficción⁶³. En casos en los que se mantienen

⁶² Sobre este modelo de solución, CANCIO MELIA, pp. 155 ss., 164 ss.

⁶³ BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, pp. 124 ss.; CANCIO MELIA, pp. 152 ss., 163 ss., con más referencias; CORCOY BIDASOLO, (nota 3), p. 316; COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito penal*, pp. 287, 295 ss., con más referencias; DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 200 ss.; el mismo, *SchwZStr* 88, pp. 372 s.; FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der eiverständlichen Fremdgefährdung unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, p. 72; P. FRISCH,

relaciones sexuales con una prostituta sin adoptar medidas de protección contra el SIDA, en los que un heroinómano le acerca un brazo a un compañero para que le inyecte una dosis de heroína o en los que se acepta ser transportado en un vehículo en condiciones más peligrosas de lo normal (vehículo o conductor con capacidades disminuidas) es dudoso que se pueda afirmar en todos los casos que la víctima ha adoptado una cierta posición personal con respecto al peligro o la posibilidad de lesión. Si se considera suficiente el conocimiento de la peligrosidad general o estadística ya no se está hablando de consentimiento y ya no se trata de la asunción voluntaria de un riesgo sino de un proceso de imputación. Si se niega que se está llevando a cabo un proceso de imputación lo único que se está haciendo es construir una presunción de asunción voluntaria con base en determinados datos que estaban al alcance de la víctima. A mayores cabe señalar que García Álvarez considera que existe un consentimiento en el riesgo en casos en los que se mantendría en el marco de la teoría jurídica del delito que se trata de una imprudencia consciente. Utilizando una nomenclatura tradicional, si el titular de los bienes jurídicos cree o confía que no se producirá el resultado no se está tomando en serio el riesgo y, por tanto, no se puede decir que lo asuma o que lo consienta. Está desvinculando psicológicamente la conducta del resultado. No cuenta con él ni toma una decisión consciente contra una máxima de riesgo. En definitiva, no puede haber consentimiento si existe un juicio erróneo sobre el riesgo («consentimiento imprudente»).

Como conclusión de estas críticas cabe destacar que ni la distinción entre autolesión y heterolesión basada en el dominio positivo y objetivo del hecho, ni los criterios de delimitación entre autoría y participación

Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, pp. 22 ss., 156 ss.; GEPPERT, *ZStW* 83, pp. 993, 996, señala como estos son los supuestos realmente problemáticos para la doctrina; GÖBBEL, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, p. 26; MÜNZZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, pp. 306 s.; OTTO, *Tröndle-FS*, p. 175; PORTILLA CONTRERAS, *CPC* 91, pp. 727 ss.; PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, pp. 142, 160; ROXIN, *Gallas-FS*, p. 250; SCHROEDER, *LK*, 16/179; SCHÜNEMANN, *JA* 75, p. 724, con más referencias; STERNBERG-LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, pp. 219 ss., en profundidad; WEBER, *Baumann-FS*, p. 45; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, p. 51.

JAKOBS, *PG* 2^a, 7/129, señala que en estos casos no se puede hablar de consentimiento, ya que no existe un «consentimiento imprudente», pero que ello no importa ya que lo decisivo es la incumbencia de la víctima y el consentimiento no es más que un supuesto especial de incumbencia de la víctima.

Esta conclusión mayoritaria conduce a de la GANDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, pp. 169, 176, 251, a afirmar siempre la existencia de un tipo de resultado, doloso o imprudente, en estos supuestos.

ni la referencia al consentimiento ofrecen una respuesta satisfactoria a esta problemática. Por tanto, los criterios propuestos por esta autora no nos permiten solucionar un problema como el que presenta la sentencia. Los criterios decisivos son el principio de autorresponsabilidad y la delimitación de ámbitos de decisión.

Desde el punto de vista de la sentencia, la tipicidad de las lesiones dependerá de que se considere que existe una autoría mediata por coacción o violencia. Si no fuera así se trataría de un supuesto típico ya que no se puede decir que exista un consentimiento en la actividad peligrosa (a no ser que en la referencia al consentimiento se oculte un proceso normativo de imputación). En esta sentencia se pueden apreciar los problemas prácticos que puede generar la solución del consentimiento. Lo único que narra la sentencia en sus hechos probados es que hubo un forcejeo entre la persona lesionada y el recurrente sin hacer referencia alguna al proceso psicológico de la víctima. Lo que es evidente es que la resolución parte de unos criterios que no tienen que ver con los de esta autora (problema de autoría y participación y consentimiento) sino más bien con los de autores como Tamarit o Cancio (problema de imputación objetiva) y que aquí se mantendrán a continuación.

IV. Toma de postura

IV.1. Presupuestos dogmáticos. Definición material del concepto de autolesión o autopuesta en peligro

Las conductas que se pueden entender como favorecer o motivar una autolesión o una autopuesta en peligro no son injustas a no ser que exista una tipificación expresa por razones especiales (legislación simbólica, tabuizadora, perturbación moral, hecho que afecta a la sensibilidad de una gran parte de la población, criterios éticos, protección de decisiones poco maduras o serias o demasiado precipitadas o motivadas por estados de arrebató, ofuscación, obcecación, embriaguez o de ansiedad, depresiones, psicosis de desconfianza, ideas paranoides, pánico o, en general, síndromes presuicidas, etc.). El problema es definir qué se entiende por una autolesión o una autopuesta en peligro, ya que se trata de un concepto normativo y no de una mera descripción fáctica. Por ello lo que un sector de la doctrina denomina fenomenológicamente heterolesión asumida o consentida se debe entender en sentido normativo como una autolesión (no hay injusto). La doctrina alemana, a partir de la realidad de su Derecho positivo, ha buscado la solución a este tipo de problemas y otros similares mediante la referencia al *topos* de la distinción entre autolesión y heterolesión

consentida⁶⁴. Sin embargo, como ya señalé con respecto a la propuesta de García Álvarez, la distinción carece de relevancia ya que no sirve como criterio para determinar lo que está tipificado. No se trata más que de una descripción fenomenológica (Cancio, Tamarit).

⁶⁴ Señalan la necesidad de tal distinción: BEULKE/MAYER, *JuS* 87, pp. 126 s.; CRAMER, *Schönke/Schröder* 25^a, antes de 32 ss./52 s; DACH, *NStZ* 85, p. 25; DÖLLING, *GA* 84, pp. 75 ss., que estructura de acuerdo con ROXIN su trabajo en estos dos grandes grupos (pp. 75 ss. y 80 ss.); el mismo, *JR* 94, p. 520; ESER, *Schönke/Schröder* 25^a, antes de 211 ss./36, 216/11 a; HELGERTH, *NStZ* 88, pp. 262 ss.; HORN, *JR* 84, p. 514; HUGGER, *JuS* 90, p. 974; KÜHL, *PG* 2^a, 4/92 ss., 17/82, que considera que la heterolesión consentida no es un problema de tipicidad sino de antijuridicidad; LENCKNER, *Schönke/Schröder* 25^a, antes de 32/107; MAYER, *JuS* 90, p. 787; PRITZWITZ, *JA* 88, pp. 431 ss.; el mismo, *NJW* 88, p. 2942; ROXIN, *Gallas-FS*, pp. 243 ss., especialmente p. 250, aunque en p. 252 señale que teleológicamente algunos casos que él considera de heterolesión consentida no tienen que ser tratados de forma distinta que los supuestos de favorecimiento de una autolesión o una autopuesta en peligro, resaltando criterios muy generales para dicha equiparación (que no haya diferencia de conocimientos entre víctima y terceros, que el daño sea consecuencia del riesgo que la víctima ha decidido correr y no de cualquier otro comportamiento defectuoso del tercero, que el que se pone en peligro tenga la misma responsabilidad por el hecho realizado en común que el tercero); el mismo, *NStZ* 84, p. 412, aunque también señala que hay casos equiparables, en los mismos términos y sin aportar nada nuevo; el mismo, *PG* 3^a, 11/91 ss.; RUDOLPHI, *JuS* 69, pp. 556 s., nota 57, como precursor de esta idea; el mismo, *SK*, antes de 1/81 a; SCHROEDER, *LK*, 16/181; WALTHER, (nota 58), pp. 128 s., 140 s., aunque también considere impunes la mayoría de supuestos de heteropuesta en peligro; ZACZYK, (nota 63), p. 17, aunque en pp. 56 ss., utiliza unos criterios de distinción distintos a los de la doctrina alemana mayoritaria; OLG ZWEIBRÜCKEN, *JR* 94, pp. 519 s., que asume la posición de ROXIN. Vid. también el trabajo del portugués COSTA ANDRADE, (nota 63), pp. 204 ss., 271 ss., en un trabajo muy influenciado por la doctrina alemana.

Sobre las distintas propuestas para la diferenciación: OTTO, *Tröndle-FS*, pp. 160 ss.; ROXIN, *PG* 3^a, 11/109, en contra de la de DÖLLING y HELGERTH.

Ponen en entredicho la necesidad de tal diferenciación: DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 27; FIEDLER, (nota 63), pp. 152 ss., que parte de una « identidad estructural » de ambos grupos de casos; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 116 s., 149; el mismo, *NStZ* 92, p. 5; GÖBBEL, (nota 63), pp. 99 ss.; M. K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, pp. 141 ss., 148 ss., en profundidad; OTTO, *Jura* 84, p. 540, *Tröndle-FS*, pp. 157 s., 169 ss. y *JZ* 97, p. 523, que la considera obligada sólo por el Derecho positivo; PUPPE, *NK*, antes de 13/182; la misma, *Jura* 98, p. 28, con más referencias. SCHÜNEMANN, *JA* 75, pp. 720 ss., *NStZ* 82, p. 61, *JR* 89, pp. 90 s., *Rechtsprobleme von AIDS* (edit. SCHÜNEMANN/PFEIFFER), pp. 474 s., (nota 58), p. 44 y *Die strafrechtlichen Probleme des AIDS-Komplexes* (edit. BUSCH), p. 113, considera, con diversos matices dependiendo de la época de la publicación, que ambas constelaciones merecen la misma valoración jurídica. Más referencias en CANCIO MELIA, p. 208, nota 478.

No se trata, pues, de una cuestión pacífica.

En la literatura en lengua española, comparten —además de GARCÍA ÁLVAREZ— esta posición de la doctrina alemana que parte como criterio básico para el tratamiento dogmático de la cuestión de la distinción entre autolesión y heterolesión consentida: CORCOY BIDASOLO, (nota 3), p. 551; de la GANDARA VALLEJO, (nota 63), p. 175; MIR PUIG, *PG* 5^a, 19/25 ss.; el mismo, *ADP* 91, pp. 262 ss.; PORTILLA CONTRERAS, *CPC* 91, pp. 698,

Si el fundamento del injusto en los delitos que afectan a derechos individuales se encuentra en la arrogación de un ámbito de organización ajeno o la extensión del propio ámbito de organización a costa de otro de una forma desvalorada por la ley penal, es lógico que la participación de la víctima influya en el desvalor de las conductas. Sólo existe un injusto cuando alguien interviene en el ámbito de organización de otra persona arrogándose⁶⁵ la preferencia normativa que ese otro disfruta en ese ámbito⁶⁶. En estos casos se deja de respetar al otro como persona que no debe ser denigrada como mero medio o instrumento para las finalidades particulares⁶⁷. Este fundamento se encuentra generalmente aceptado con referencia al consentimiento (*volenti non fit iniuria*)⁶⁸, que

728 aunque considera que «deben tener idéntico tratamiento» (pp. 712, 729); REYES, *Imputación objetiva*, p. 175, considera que la distinción es válida.

Esta distinción ya ha cobrado cuerpo en nuestra Jurisprudencia a través de la STS de 17 de julio de 1990 (Pte. Bacigalupo), tomando en consideración incluso posiciones como las de ROXIN: «En casos excepcionales en los que el riesgo consentido proveniente de la acción de un tercero sea equivalente a la creación del peligro para sí por la propia víctima (p. ej. cuando el pasajero con prisa ordena al conductor del coche que acelere la velocidad del mismo por encima de lo permitido), se sostiene en la teoría la posibilidad de pensar directamente en la exclusión de la responsabilidad del que haya causado el resultado infringiendo el deber de cuidado». BACIGALUPO, *principios de derechos penal*, 5ª ed., p. 220, mantiene esta doctrina de la sentencia de la que fue ponente rechazando las críticas de su discípula de la GANDARA. Crítico con esta sentencia, CANCIO MELIA, pp. 300 s.

⁶⁵ El reconocimiento del otro como un igual implica que ya no se le puede obligar, coaccionar, utilizar, sino sólo tratar con él, acordar, contratar. En la medida que se acuerda, transacciona o contrata con otro se le está respetando como una personalidad libre y responsable. Sobre dicho reconocimiento y su relación con el principio de autonomía o autodeterminación, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención*, pp. 39 ss.

⁶⁶ DERKSEN, (nota 64), pp. 179, 181, 182 ss., 250; el mismo, GA 93, p. 172; FRISCH, (nota 64), p. 133; HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung*, pp. 123 s.; JAKOBS, ZStW 97, pp. 762 s.; el mismo, PG 2ª, 2/25 a, 7/68, 28/14; el mismo, *Arth. Kaufmann-FS*, pp. 460 s., en un trabajo de gran interés para el tema; KRATZSCH, *Oehler-FS*, p. 70; el mismo, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, p. 356; OTTO, *Schröder-GS*, p. 70; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, p. 64, considerando que no se lesiona una relación jurídica interpersonal; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 310; SCHILD, AK, antes de 13/36; STRATENWERTH, PG 3ª, n.º marg. 156, aunque desde un punto de vista no totalmente coincidente; TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, p. 175.

El TS se ha referido en alguna ocasión para determinar la existencia de un injusto a la incidencia en una esfera jurídica ajena (STS de 19 de junio de 1987 —Pte. Soto—), aunque no se muestre evidente a lo que se refiere.

⁶⁷ HRUSCHKA, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 1993, pp. 197 ss.; JAKOBS, *Arth. Kaufmann-FS*, pp. 460 ss.; M. K. MEYER, (nota 64), p. 131.

⁶⁸ Vid. por todos, AMELUNG, ZStW 109, p. 511, con más referencias.

Muchos autores, sobre todo en los trabajos más recientes, fundamentan la eficacia del consentimiento en el derecho constitucional a la libertad de actuación o al derecho

es el caso más claro de ausencia de arrogación de un ámbito ajeno⁶⁹. Si el injusto que protege bienes jurídicos individuales supone una lesión por no respetar a otro como una persona, ello no se puede predicar de los supuestos en los que existe consentimiento o asentimiento. No existe una lesión de la libertad o personalidad ajena⁷⁰. En estos casos no se extiende ilegítimamente la libertad de actuación a costa de otro porque no se le instrumentaliza ni se le niega como un igual del que no podemos disponer sin más en nuestro beneficio. No se le deja de tratar como a un igual. Precisamente, no se le tiene en cuenta como un inimputable que precisa una «sobreprotección» frente a sus propias decisiones porque no está capacitado para autoorganizarse.

La calificación de una conducta como autolesión o autopuesta en peligro es más fácil y evidente cuando la conducta del tercero sólo se convierte en lesiva o peligrosa debido a la intervención posterior de la víctima o ésta no evita el riesgo creado por otra persona cuando lo racional si se quieren preservar los propios bienes jurídicos es evitar o desactivar ese riesgo⁷¹. Pero este aspecto fenomenológico-temporal no nos ofrece un fundamento sólido ni nos permite solucionar los supuestos más problemáticos en los que no existe esa sucesión temporal⁷². Lo que

a la autodeterminación o principio de autonomía: AMELUNG, *ZStW* 109, p. 515; BUSTOS RAMIREZ, *PG* 4^a, p. 305; COSTA ANDRADE, (nota 63), pp. 190 ss., con más referencias; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 275; de la GANDARA VALLEJO, (nota 63), pp. 171 s., 247; GÖBBEL, (nota 63), pp. 21 ss. y *passim*, que considera que en esta fundamentación no existe polémica; KÖHLER, *PG*, pp. 243 ss.; KÜHNE, *JZ* 79, p. 241; M. K. MEYER (nota 64), pp. 129 ss., siguiendo a SCHMIDHÄUSER; PORTILLA CONTRERAS, *CPC* 91, p. 726; ROXIN, *PG* 3^a, 13/14, con más referencias; RUDOLPHI, *Arm. Kaufmann-GS*, pp. 392 s.; SCHMIDHÄUSER, *PG* 2^a, 8/123 ss.; el mismo, *Studienbuch* 2^a, 5/118 ss.; STERNBERG-LIEBEN, (nota 63), pp. 57 s., en la última gran monografía sobre consentimiento en lengua alemana. En contra, manifiesta sus dudas, WEIGEND, *ZStW* 98, p. 45, con más referencias.

⁶⁹ Consideran el consentimiento un caso especial de autolesión o autopuesta en peligro: DERKSEN, (nota 64), pp. 240 ss.; JAKOBS, *PG* 2^a, 7/120. ROXIN, *Política criminal y estructura del delito*, p. 67, considera que «en el caso de la puesta en peligro propia y de la puesta en peligro ajena con consentimiento, es igual señalar que la imputación decae porque la víctima tiene respecto del hecho la misma responsabilidad que el autor».

⁷⁰ BACIGALUPO, (nota 64), p. 200; CARBONELL MATEU, *CPC* 91, pp. 663 s.; el mismo, *CJ* n^o 10, pp. 26, 28; KÖHLER, *ZStW* 104, pp. 15 ss.; STRATENWERTH, *ZStW* 68, pp. 44 s.; ZACZYK, (nota 63), p. 31.

⁷¹ FRISCH, *NStZ* 92, pp. 62 ss.; JAKOBS, *PG* 2^a, 21/58 a, 29/56.

⁷² Cfr. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 124.

DÖLLING, *GA* 84, p. 75, considera que cualquier investigación sobre este tema debe partir de una diferenciación entre los supuestos en los que existe una causación de la muerte mediada o no por la víctima.

FRISCH, *NStZ* 92, pp. 62 ss., parte de la distinción entre supuestos en los que la víctima actúa posteriormente y supuestos en los que actúa al mismo tiempo, señalando porqué es más fácil defender la falta de tipo objetivo en el primer supuesto teniendo

sucede es que cuando la víctima actúa o comienza su omisión después de la intervención del tercero es evidente que sólo ella configura el hecho. En este caso la responsabilidad o incumbencia exclusiva de la víctima por el hecho «salta a la vista». Por ello considero que es necesario abandonar criterios fenomenológicos y buscar una fundamentación sólida y racional que no haga depender la imputación de datos arbitrarios. Por ejemplo, es preciso que en los casos de relaciones sexuales que encierran la posibilidad de contagio la imputación del hecho no dependa de la postura sexual que adopte la pareja en su relación⁷³. Además, aunque la víctima actúe en último lugar la conducta será típica si ha sido instrumentalizada. Por tanto, lo decisivo no es el orden de las intervenciones sino el principio de autorresponsabilidad o los criterios de autorresponsabilidad. Ni siempre que la víctima actúe en último lugar tendremos una autolesión o una autopuesta en peligro ni siempre que un tercero configure el hecho hasta el final tendremos un injusto penal. Ello depende de criterios normativos y no de criterios fenomenológico-

en cuenta los intereses en juego (p. 63). Realiza una distinción similar a la de FRISCH, SCHÜNEMANN, (nota 64, Rechtsprobleme), p. 474.

En nuestra doctrina, en un sentido contrario al del texto, BACIGALUPO, (nota 64), p. 219, en una línea similar a su discípula de la GANDARA VALLEJO (—nota 63—, pp. 175, 250). Esta autora ha llegado a la conclusión de que «el criterio preferible para distinguir entre autolesión y heterolesión consentida es el de la comisión en último lugar. De acuerdo con el mismo, sólo hay heterolesión (o sea, consentimiento) si la competencia del autor se genera después de la víctima. Por consiguiente, habrá autolesión siempre que el autor y la víctima actúen simultáneamente; es decir, actúen conjuntamente en último lugar y cuando sea la víctima la que actúa en último lugar. La relevancia jurídica de que sea la víctima la última en actuar reside precisamente en que entonces es a ella a quien corresponde el dominio sobre la decisión acerca de si el hecho se lleva a cabo o no». De acuerdo, CHOCLAN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, p. 136.

Estos autores excluyen de este criterio fenomenológico los supuestos de autoría mediata. Ello demuestra que este criterio fenomenológico-temporal sólo ofrece un fundamento aparente. Por un lado, no tiene ninguna relevancia el dato de que la víctima haya actuado en último lugar si se comprueba que no actúa de forma libre y responsable (supuestos de autoría mediata). Por otro lado, el criterio se fundamenta en que la actuación en último lugar hace que el lesionado mantenga el «dominio sobre la decisión». Pero si es así el criterio fenomenológico-temporal sólo actúa como indicio, siendo lo relevante el dato de que el hecho es fruto de una decisión de la persona lesionada. Por todas estas razones no me parece útil el criterio fenomenológico-temporal como fundamento de la atipicidad del hecho. En un sentido similar, GARCÍA ÁLVAREZ, pp. 69 ss.

⁷³ CANCIO MELIA, pp. 208 ss., utilizando las dificultades de aplicación y las divergencias doctrinales sobre el tema como argumento crítico; DERKSEN, (nota 64), pp. 222 s., nota 186; OTTO, *Tröndle-FS*, p. 167 dice que se trata de casualidades; WALTHER, (nota 58), p. 134, de acuerdo con OTTO. Sobre la falta de claridad en la doctrina alemana a la hora de calificar estos supuestos como autopuesta o heteropuesta en peligro, KÜHL, *PG* 2^a, 4/88.

temporales. Como señala Cancio⁷⁴, «puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor».

Si se distingue fenomenológicamente entre unos supuestos y otros es porque en casos-límite como los de la sentencia no es evidente el recurso al favorecimiento de una autolesión ya que el tercero ha realizado algo idóneo o adecuado para matar o lesionar (ha creado un riesgo). En la práctica resulta más complejo el recurso automático a una definición del hecho como autolesión o autopuesta en peligro cuando un tercero ha creado un riesgo para los bienes jurídicos de otra persona.

Evidentemente, el legislador puede desvalorar expresamente ciertos favorecimientos de autolesiones y efectivamente lo hace. Pero ello sólo nos demuestra que hace falta una tipificación especial, ya que de lo contrario dichas modalidades de conducta serían impunes: no adquieren el significado objetivo de matar o lesionar a otro⁷⁵. Cuando concurren ciertas razones de peso puede el legislador «sobrepotener» ciertos bienes jurídicos especialmente importantes y cuya pérdida resulta irremediable frente a ataques especialmente significativos. Fuera de estos supuestos específicamente tipificados hay una serie de modalidades de conducta que no son homicidios o lesiones, pero tampoco se pueden subsumir en los arts. 143 ó 155 CP

Por esta razón creo que estos preceptos especiales carecen de influencia en esta materia. Las excepciones recogidas en los arts. 143 y 155 CP sólo se refieren a supuestos en los que los comportamientos no tienen otro sentido para los que los realizan que producir la muerte o lesionar⁷⁶; o, incluso, también se pueden llegar a subsumir en estos tipos aquellos supuestos en los que el sentido de lo realizado se agote en llevar a cabo una actividad que no tenga más objetivo que jugar con la enorme probabilidad de lesión, dejando el resultado plenamente al azar

⁷⁴ P. 285.

⁷⁵ FELJÓO SÁNCHEZ, (nota 35), pp. 122 ss., con amplias referencias.

⁷⁶ Desde una perspectiva general, JAKOBS, *PG* 2^a, 7/125 ss., 14/12 se refiere a un «consentimiento final y no final» y SCHAFFSTEIN, *Welzel-FS*, p. 564, a lesiones abarcadas dolosa y no dolosamente por la víctima.

LUZÓN PEÑA, (nota 58), p. 15, defiende todavía una posición más radical que la del texto: «El suicidio requiere intención o «dolo» directo en el sujeto que se causa la muerte; por ello es impune la cooperación en una causación de la propia muerte con «dolo» eventual o con imprudencia aunque sea consciente». En el mismo sentido, GARCÍA ÁLVAREZ (vid. nota siguiente).

(ruleta rusa), es decir, supuestos en los que no se puede experimentar objetivamente como lejana la transformación del peligro en lesión⁷⁷. Toda norma incriminadora excepcional como las de los arts. 143 y 155 debe ser interpretada de forma restrictiva. Por ello supuestos como los del SIDA, en los que la probabilidad de contagio es mínima, no se deben ver afectados, en mi opinión, por la regulación de estos artículos⁷⁸.

⁷⁷ Esta afirmación supone asumir que cabe suicidio con «dolo eventual» de la víctima, como afirma cierto sector doctrinal en España (DÍEZ RIPOLLÉS, *CPC* 86, p. 640 y *passim*; el mismo, *Comentarios al Código penal*, 143/29 s., con más referencias; SILVA SÁNCHEZ, *ADP* 87, pp. 456 s.), aunque con ésto no se haya dicho todavía mucho debido a la falta de determinación del concepto de dolo eventual y de sus límites en la doctrina. Sin embargo, no toda autolesión con dolo eventual se puede entender como un suicidio. Es preciso exigir ciertos requisitos objetivos. En el Derecho penal español el suicidio es un elemento del tipo objetivo del art. 143. Sobre la discusión en la doctrina española, GARCÍA ÁLVAREZ, pp. 98 ss., 516 ss., que, por su parte, considera que sólo es posible hablar de suicidio en casos de dolo directo de la persona muerta.

⁷⁸ En el mismo sentido: BERDUGO, *CPC* 81, pp. 219 s.; el mismo, *El delito de lesiones*, pp. 83 s., con respecto a las lesiones; CANCIO MELIA, p. 168; CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho penal*, p. 48; DÍEZ RIPOLLÉS, (nota 77), 143/18 ss.; de la GANDARA VALLEJO, (nota 63), pp. 168, 176, 185, 250 ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, pp. 362 ss., 486 s., 512 ss., 525 ss., considerando que los bienes jurídicos vida e integridad física son disponibles por su titular en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad; GONZÁLEZ RUS, *PE*, p. 44; MIR PUIG, *ADP* 91, pp. 266 s., con una brillante fundamentación; el mismo, *PG* 5^a, 19/28; MONTERO MARTÍNEZ, «El consentimiento en las lesiones deportivas», *Cuadernos de Derecho judicial* 1993, p. 83; PORTILLA CONTRERAS, *CPC* 91, pp. 702 s., nota 31, 723, 727.

En contra: CEREZO MIR, *PG* 6^a, pp. 102, 345, no admite el consentimiento como causa de justificación en el homicidio culposo, aunque lo admita en las lesiones corporales culposas considerando que en nuestro CP existe una decisión político-criminal implícita; DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, pp. 118 ss., con respecto a las lesiones; ROMEO CASABONA, *CPC* 82, p. 289; TORIO LÓPEZ, *ADP* 80, p. 91; el mismo, *L-H Fdez. Albor*, p. 720; SSTS de 22 de octubre de 1981 (Pte. García Miguel) y 17 de julio de 1990 (Pte. Bacigalupo): «La imprudencia temeraria, en sí misma, no se ve afectada, dado que la norma que impone un alto deber de cuidado en relación a la jerarquía de los bienes jurídicos afectados, no disminuye la intensidad de su protección por el consentimiento de la víctima, en la medida en que la vida no es un bien jurídico disponible. En tales casos, por lo tanto, la falta de interés del titular del bien carecerá de efecto neutralizador de la protección penal. Dicho de otra manera: el fin de protección de la norma de cuidado no se ve afectado en los supuestos que estamos tratando». Esta sentencia considera que se debe tener en cuenta una circunstancia atenuante analógica con respecto al consentimiento ya que «si bien es claro que se ha vulnerado plenamente el bien jurídico vida, no lo es menos que la autodeterminación de la víctima, como consecuencia del consentimiento, no se ha visto lesionada y ello determina una atenuación necesaria». Es al menos dudoso (cfr. DE VICENTE REMESAL, *Cuestiones actuales de la teoría del delito* —dir. LUZÓN PEÑA—, pp. 127 ss.) que quepa una excisión de los bienes jurídicos individuales en el sentido que realiza esta sentencia, afirmando que los bienes jurídicos tendrían un aspecto de derecho individual que sería disponible o de facultad de disposición y un aspecto fáctico (sustrato biológico-fisiológico) o valor en sí mismo indisponible. Más referencias en GARCÍA ÁLVAREZ, p. 489, nota 289.

Definir una conducta como cooperación al suicidio cuando se está haciendo referencia a una peligrosidad abstracta o a una probabilidad de que la actividad acabe en muerte inferior al 2 % es, en mi opinión, una aplicación analógica del art. 143 CP. Desde mi punto de vista, exceptuando los supuestos en los que el único objetivo de una actividad es la muerte o la lesión psíquica o física o, incluso, jugar con una considerable probabilidad de que éstas se produzcan (supuestos especialmente contemplados en el CP en los arts. 143 y 155), no se le puede imputar un riesgo o una lesión a alguien cuando el riesgo o la lesión es fruto de una decisión libre y responsable del sujeto pasivo. Estos artículos desvaloran determinadas modalidades de conducta, pero no se puede deducir de los mismos una absoluta indisponibilidad de la vida o la salud o el desvalor de toda conducta que pueda ser lesiva para dichos bienes. La vida y la salud no son derechos indisponibles en general, sino sólo

SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 111, manifiesta sus dudas al considerar que las restricciones al consentimiento en el CP de 1995 afectan también a supuestos imprudentes, aunque deja una puerta abierta a soluciones como las adoptadas en el texto al considerar que sería posible «una interpretación correctora que habría de efectuarse a partir de la peculiar estructura dogmática de los delitos imprudentes».

La doctrina alemana se ha encontrado con un problema similar con respecto al § 216 CP alemán, en el que se castiga el homicidio a petición. Ciertos autores (ROXIN, SAMSON, SCHAFFSTEIN, SCHROEDER) han afirmado que la tabuización del § 216 sólo va dirigida a aquellos supuestos en los que la actividad del tercero va dirigida finalmente a acabar con una vida ajena. Vid. los siguientes autores, con referencias de los autores ya citados, para comprobar la creciente importancia de esta posición en la literatura moderna: FRISCH, *NStZ* 92, p. 67; ORTO, *JuS* 74, p. 710; PUPPE, *NK*, antes de 13/176; WEBER, *Baumann-FS*, p. 48; SCHÜNEMANN, *JA* 75, p. 723; WALTHER, (nota 58), pp. 229 ss. Cada vez es más evidente en la literatura alemana que el § 216 no tiene ninguna eficacia con respecto a los homicidios imprudentes. Y no sólo en la literatura sino también en la Jurisprudencia (cfr. la interesante sentencia OLG ZWEIBRÜCKEN, *JR* 94, pp. 518 ss., que se plantea esta cuestión y la resuelve en una línea similar a la doctrina más moderna). En contra, P. FRISCH, (nota 63), pp. 129 ss.; GEPPERT, *ZStW* 83, pp. 983, 987 s., con más referencias, considerando que el CP alemán ha definido la vida como un bien indisponible, aunque posteriormente ha variado este autor su posición en *Jura* 87, p. 672, nota 32; JÄHNKE, *LK*, 222/21; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 56 II 3, con más referencias; KREY, *JuS* 71, p. 250; el mismo, *ZStW* 90, p. 197; MAURACH/GÖSSEL, *PG* 7^a, 43/66; MAYER, *JuS* 90, p. 788; SCHMIDHÄUSER, *PG* 2^a, 8/142; WELZEL, *PG*, pp. 97 s.; BGH, *MDR* 59, p. 856.

Una posición intermedia ocupan autores como DÖLLING, ENGISCH, GÖBBEL, HIRSCH, JAKOBS, LENCKNER, STRATENWERTH o WEBER que consideran que el consentimiento es válido cuando viene motivado por razones objetiva, material o racionalmente atendibles (equivalentes a un estado de necesidad). Se acerca a la posición de estos autores, WEIGEND, *ZStW* 98, pp. 69 ss. De esta manera se superan los problemas que se darían en ámbitos útiles socialmente, como el de los tratamientos quirúrgicos, en los que siempre existe una probabilidad de muerte.

Resumen la discusión de la doctrina alemana, CANCIO MELIA, pp. 153 s., SCHROEDER, *LK*, 16/180 y WALTHER, (nota 58), pp. 34 ss.

Esta posición está muy vinculada a la regulación de cada país. Mi opinión en el marco de nuestro CP queda reflejada en el texto.

derechos indisponibles en determinados supuestos en los que concurren determinados requisitos objetivos y subjetivos. De lo contrario, todo combate de boxeo tendría que ser calificado como un hecho delictivo, lo que contradice nuestra realidad jurídica⁷⁹.

IV.2. *Ubicación dogmática del problema*

En los delitos que protegen bienes jurídicos individuales el comportamiento del titular de dichos bienes puede operar como límite o filtro objetivo de la responsabilidad penal en el ámbito del tipo. Tiene razón Cancio al señalar que se trata de un problema ya de la imputación del riesgo creado por la persona dañada o puesta en peligro y no una cuestión de la imputación del resultado⁸⁰. Desde la perspectiva del autor (de la norma de conducta) se trata de determinar si existe un hecho que no se tiene el deber de evitar o con el que no es preciso tener cuidado aunque sea objetivamente previsible la lesión de un bien jurídico. Por ello no me parece correcto el tratamiento del problema que hace la sentencia como un problema de concurrencia de un riesgo típico creado por el autor con otro riesgo creado por la víctima ni la declaración de la segunda sentencia de que «el resultado producido no puede ser considerado como la realización del peligro jurídicamente desaprobado de la acción emprendida por el acusado». En este caso la cuestión central es definir el riesgo creado conjuntamente como un riesgo típico o como una autolesión o autopuesta en peligro.

Tienen razón asimismo Cancio y García Álvarez al rechazar la posición de la doctrina más tradicional que utilizando los elementos clásicos que oferta la teoría jurídica del delito ha mantenido en muchos de estos

⁷⁹ Sobre la impunidad del boxeo, con base en la idea del consentimiento, DÖLLING, *ZStW* 96, p. 64; MONTERO MARTÍNEZ, (nota 78), pp. 80 ss.

⁸⁰ Consideran también que esta problemática ha de solucionarse antes de llegar a la imputación del resultado: FRISCH, (nota 64), pp. 7 s.; el mismo, *NStZ* 92, pp. 4 s.; el mismo, (nota 72), pp. 126 ss.; el mismo, *Nishihara-FS*, pp. 69 ss. y *passim*; LUZÓN PEÑA, *Derecho Penal de la Circulación* 2ª, pp. 97 ss.; PUPPE, *NK*, antes de 13/164; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, pp. 110 s.; SILVA SÁNCHEZ, *ADP* 87, p. 469, nota 76.

En sentido contrario la doctrina en lengua alemana mayoritaria: BEULKE/MAYER, *JuS* 87, p. 126; BEULKE/SCHRÖDER, *NStZ* 91, p. 393; BURGSTALLER, (nota 63), pp. 121 s., nota 128; KIENAPFEL, *JZ* 84, p. 752; ROXIN, *Gallas-FS*, pp. 243 ss.; el mismo, *NStZ* 84, p. 411, que llega a afirmar que se realiza en el resultado un peligro no permitido; el mismo, *CPC* 89, pp. 761 ss.; el mismo, *PG* 3ª, 11/91 ss.; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, pp. 138, 147, 149 ss.; el mismo, *JuS* 69, pp. 556 s.; el mismo, *SK*, antes de 1/79 ss.; el mismo, *JZ* 91, p. 573; SCHÜNEMANN, *JA* 75, pp. 720 ss.; el mismo, *NStZ* 82, pp. 61 s.

casos la impunidad basándose en que falta la infracción de un deber de cuidado⁸¹. Es cierto que en estos casos en los que el no perjudicado carece de un mayor conocimiento sobre las circunstancias del hecho que el perjudicado no se puede afirmar la existencia de un injusto imprudente. Sobre todo si se entiende como cuidado necesario en el tráfico no todo el cuidado posible, sino sólo el estrictamente necesario para que la vida social se pueda desarrollar de una forma razonable. En Derecho, la evitabilidad no se mide sólo por el poder, sino también por el deber. Pues bien, desde un punto de vista teleológico parece inadecuado que se le obligue a un tercero a ser más cuidadoso con los bienes de otro que éste lo es con sus propios bienes⁸². ¿Se le puede reprochar a alguien que no ha sido un ciudadano prudente y cuidadoso cuando la persona lesionada ha hecho exactamente lo mismo o se ha despreocupado de sus propios bienes? Un amplio sector doctrinal ha llegado a la conclusión de que no se puede legitimar un deber de cuidado cuando el lesionado conoce la actividad peligrosa en la que está participando como «víctima» potencial, siendo éste un supuesto de riesgo permitido o adecuación social⁸³. La solución en los supuestos de imprudencia se puede encontrar,

⁸¹ FRISCH, (nota 64), pp. 115, nota 72, 117.

El TS, en sentido contrario, había afirmado en muchos supuestos la responsabilidad penal. Por ejemplo, las SSTs de 23 de diciembre de 1963 (Pte. García Gómez) y 20 de diciembre de 1978 (Pte. Díaz Palos).

⁸² EXNER, *Frank-FG*, pp. 590 s.; P. FRISCH, (nota 63), pp. 37, 116 ss.; JAKOBS, *PG* 2ª, 7/129; MAURACH/GÖSSEL, *PG* 7ª, 43/64; NEUMANN, *JA* 87, p. 248; OTTO, *Jura*, p. 539; PUPPE, *NK*, antes de 13/175, de forma matizada. En contra, HIRSCH, *LK*, antes de 32/94.

⁸³ BERDUGO, (nota 78), pp. 77 s.; CORCOY BIDASOLO, (nota 3), pp. 315 ss.; P. FRISCH, (nota 63), pp. 116 ss., 156 ss., incluyendo supuestos en los que la víctima comete una «imprudencia inconsciente»; FRISCH, (nota 64), p. 117; GEPPERT, *ZStW* 83, pp. 995 ss., en los supuestos de autopuestas en peligro voluntarias; HILLENKAMP, *JuS* 77, pp. 171 s., como elemento del riesgo permitido; HIRSCH, *ZStW* 74, pp. 95 s.; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 54 IV 3, que considera que el principio de autorresponsabilidad excluye la lesión del deber de cuidado; KREY, *JuS* 71, p. 250; el mismo, *PE* 8ª, 1/120 ss.; MAURACH/GÖSSEL, *PG* 7ª, 43/49, 64; H. MAYER, *PG*, p. 188, como un elemento del riesgo permitido; PORTILLA CONTRERAS, *CPC* 91, p. 717; PREUSS, (nota 63), pp. 133 ss.; PUPPE, *NK*, antes de 13/167; SCHMIDHÄUSER, *PG* 2ª, 8/142, 9/34, como elemento del riesgo permitido. Más referencias doctrinales y jurisprudenciales en DÖLLING, *GA* 84, p. 74 y GEPPERT, *ZStW* 83, p. 992. También la jurisprudencia alemana (*RGSt* 57, pp. 173 s. y *JW* 25, p. 2252; *BGHSt* 4, p. 93, 7, p. 115, 9, p. 154 y 23, p. 228).

La mera infracción de una norma extrapenal no hace que estos supuestos cobren relevancia jurídico-penal, como equivocadamente señala una línea jurisprudencial alemana (*RGSt JW* 25, pp. 2251 s.; *BGHSt* 7, pp. 114 s.; OLG Karlsruhe, *NJW* 67, p. 2322). En este mismo sentido ya se manifestó anteriormente P. FRISCH, (nota 63), pp. 139 s., 142 ss., criticando a GEPPERT. En sentido contrario al mantenido aquí, WEBER, *Baumann-FS*, pp. 51 ss.; el mismo, *Spendel-FS*, p. 380 y *passim*. El tipo imprudente no se fundamenta en la mera infracción de una norma de peligro abstracto.

En contra, considerando que ni el deber de cuidado ni la adecuación social son los instrumentos dogmáticos más idóneos para resolver esta constelación de casos: CANCIO

pues, en los límites y alcance del cuidado necesario en el tráfico. Por el contrario, no sería posible negar la existencia de un injusto jurídico-penal cuando el que lesiona actúa con dolo eventual, como puede suceder en los supuestos de contagio del SIDA debido a que se mantienen relaciones sexuales sin ningún tipo de protección (preservativo) a pesar de conocer la presencia de la enfermedad. Es decir, la solución tradicional resuelve la cuestión en el ámbito del tipo subjetivo o de la responsabilidad subjetiva: ¿Hasta dónde hay que ser cuidadoso? Pero esta solución

MELIA, pp. 139 ss.; DÖLLING, *GA* 84, pp. 80 ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, pp. 369 ss., con un amplio tratamiento del tema; HIRSCH, *LK*, antes de 32/93 ss.; SCHROEDER, *LK*, 16/177 ss.; SEIER, *JuS* 89, pp. L 12 s.

DÖLLING, *GA* 84, pp. 91 ss., *JR* 90, p. 477 y *JR* 94, pp. 520 s., considera que el consentimiento en el riesgo de muerte o lesiones graves podría ser resuelto a través del riesgo permitido, aunque ello implique una delimitación más difícil. Su propuesta consiste en resolver los problemas de consentimiento en el riesgo mediante una ponderación de los intereses en juego en la situación concreta. Considera que el consentimiento en los supuestos en los que está en juego la vida o la salud sólo es válido cuando los valores perseguidos por la actividad, teniendo en cuenta también la autonomía personal en juego, superan el desvalor de la causación imprudente de la muerte. En realidad, su solución tiene que ver con una causa de justificación. Pero no con el consentimiento, sino con el estado de necesidad de acuerdo con valores sociales. Es decir, el consentimiento en el peligro sólo es válido teniendo en cuenta la gravedad del riesgo que se corre y la mayor o menor valoración positiva de la finalidad que se persigue con la actividad peligrosa. Una vez más se confunde la racionalidad con la responsabilidad. El consentimiento tiene su fundamento en la autorresponsabilidad. El estado de necesidad o soluciones afines que priman el interés preponderante en los supuestos de autolesión o autopuesta en peligro tiene su fundamento en la racionalidad. Además, DÖLLING, al no señalar los criterios de racionalidad, cae en una técnica de resolución de casos de acuerdo con la moral del intérprete. Así, por ejemplo, considera en la p. 91 que una travesía peligrosa de un río es penalmente irrelevante para visitar a un padre moribundo (deber moral), pero no por llegar antes a casa. En un sentido similar a las tesis de DÖLLING, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, p. 287; GÖBBEL, (nota 63), pp. 38, 45; HELGERTH, *NSiZ* 88, pp. 263 s., asume la posición de DÖLLING para solucionar los problemas de contagio del virus VIH, llegando a la conclusión de que sólo existe un consentimiento válido en el marco de las relaciones conyugales debido a la valoración positiva que la relación conyugal recibe en el marco del ordenamiento jurídico; HIRSCH, *LK*, antes de 32/95; JAKOBS, *PG* 2^a, 7/130, 14/12, aunque este autor determina la resolución del conflicto mediante una operación objetiva de acuerdo con razones atendibles por el ordenamiento jurídico o, lo que es lo mismo, «motivos racionales»; LENCKNER, *Schönke/Schröder* 25^a, antes de 32 ss./104 s.; STRATENWERTH, *PG* 3^a, n^o marg. 1116, considera el consentimiento válido cuando se realiza debido a razones al menos defendibles objetivamente; el mismo, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 16/28; WEBER, *Baumann-FS*, p. 50, con más referencias; *BGHSt* 7, pp. 115 ss. Hay que señalar que la argumentación de estos autores se encuentra muy condicionada por el Derecho positivo alemán —regulación del consentimiento—, y que es dudoso que esta idea sea trasladable de forma directa para solucionar los problemas que ofrece el Derecho español. En contra de dicha posición, a través de la crítica a la sentencia *BGHSt* 7, pp. 115 ss., SCHAFFSTEIN, *Welzel-FS*, pp. 569 s., por considerarla arbitraria. Más referencias críticas en CANCIO MELIA, pp. 151, 157 ss., con amplias referencias.

en sede del tipo subjetivo o de la responsabilidad subjetiva parte de una visión puramente causal del tipo objetivo. Teniendo en cuenta el principio de autorresponsabilidad como elemento que nos permite fijar el ámbito de protección de los tipos, es posible llegar a solucionar esta problemática en el ámbito del tipo objetivo⁸⁴. Ello nos obliga a plantearnos si realmente estas conductas son subsumibles en el tipo objetivo de los delitos puros de resultado. En definitiva, la cuestión se reduce, de acuerdo con una concepción moderna del tipo, a valorar si viajar con un conductor en estado de embriaguez o mantener contactos sexuales con una persona dedicada a la prostitución son conductas que se han definir como una autolesión libre y responsable o como matar o causar una lesión a otro. Si no existe tipo objetivo, no hará falta negar el injusto por falta de la infracción de un deber de cuidado. En este aspecto tiene razón la sentencia que es objeto de comentario. Además, mediante la referencia al deber de cuidado con respecto a la actuación de terceros se han solucionado tradicionalmente las «autopuestas en peligro concreto conscientes» («consentimiento en el riesgo»), pero no se ha podido solucionar de forma satisfactoria la problemática de las «autopuestas en peligro inconscientes» («consentimiento en la actividad»), como ya señalé al referirme a la obra de García Álvarez. Sólo teniendo en cuenta el principio jurídico-constitucional de autorresponsabilidad como un criterio que nos ayuda a fijar valorativamente el alcance del tipo objetivo se puede alcanzar, en mi opinión, una solución satisfactoria. El descuido de la víctima frente a esa lesión debe tener relevancia para el alcance del tipo objetivo, no sólo para el tipo subjetivo (determinación del deber de cuidado). Por ello la «actuación a propio riesgo» o la «competencia de la víctima» o la «imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima» (o como se quiera denominar el criterio) es un instituto que afecta por igual al injusto doloso y al injusto imprudente. Sin embargo, es evidente que para la doctrina dominante es más sencillo aceptar estas conclusiones en el ámbito del delito imprudente que en el ámbito del delito doloso y en esta sede es donde tradicionalmente se ha tenido una mayor consideración de la influencia del comportamiento del titular del bien jurídico en el desvalor de la conducta.

IV.3. El principio de autorresponsabilidad como criterio normativo de imputación y su proyección dogmática

Los límites de la responsabilidad de la persona lesionada cobran una especial relevancia para poder definir una conducta como un favo-

⁸⁴ FRISCH, (nota 64), p. 117; KÜHL, *PG* 2³, 4/83 ss.; ROXIN, *Chengchi Law Review* 50 (1994), p. 224; SCHMOLLER, *Triffierer-FS*, pp. 254 ss.; SCHROEDER, *LK*, 16/178.

recimiento atípico de una autolesión o autopuesta en peligro o bien como una conducta típica. El principio de autorresponsabilidad es un principio general del Derecho⁸⁵ que precisa mayores concreciones dogmáticas para que pueda desempeñar una función dentro de la teoría de la tipicidad. Es preciso determinar cuándo una lesión en la que interviene la víctima es imputable a ésta o a un tercero. En este sentido el alcance del tipo (matar a otro, causar una lesión a otro) depende en gran medida de los criterios para calificar como «instrumento» o como «responsable» a la persona que se lesiona.

Si la impunidad de la participación en una autolesión sólo tiene explicación a partir del principio de autorresponsabilidad, un defecto absoluto de responsabilidad del lesionado en el momento de su actuación (situaciones materialmente idénticas a la inimputabilidad, el error invencible, la inexigibilidad, etc.) cuando ese déficit es imputable a un tercero debe cobrar relevancia jurídico-penal. No así cuando ese déficit sólo es relativo (situaciones equiparables a la semiimputabilidad, el error vencible, exigibilidad disminuida, etc.), ya que en ese caso la persona lesionada todavía es «responsable» de lo que le ha sucedido. La realización del tipo a través de un «instrumento» no depende sólo del «hombre de atrás», sino también del «instrumento». Éste puede interrumpir la imputación del hecho al «hombre de atrás». Por tanto, no es suficiente constatar que el que se autolesiona padece algún defecto (de conocimiento, psíquico, volitivo, etc.), sino que es preciso constatar, además, que el riesgo que ha creado para sí mismo es imputable a un tercero.

Es preciso criticar aquí las denominadas «consideraciones victimodogmáticas» o lo que se denomina como «principio victimodogmático» o «perspectiva victimodogmática»⁸⁶ que, como han señalado Cancio Meliá

⁸⁵ Sobre este principio, FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 65), p. 42 y (nota 35), pp. 122 ss., ambos con más referencias.

⁸⁶ Defensores de esta perspectiva metodológica: FIEDLER, (nota 63), pp. 1 ss., 122 s., 145 ss.; R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, pp. 17 ss.; SCHÜNEMANN, *ZStW* 90, pp. 32, 54 ss.; el mismo, *Bockelmann-FS*, pp. 130 s.; el mismo, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 198, como principio a tener en cuenta de *lege ferenda*; el mismo, *NSiZ* 82, p. 62, con más referencias; el mismo, *Faller-FS*, pp. 361 ss.; el mismo, *NSiZ* 86, pp. 195, 439 ss., entablado una polémica con HILLENKAMP; el mismo, *Schmitt-FS*, pp. 128 s., respondiendo a más críticas —ESER, LENCKNER—; el mismo, *GA* 99, pp. 2225.

Referencias sobre la discusión que ha suscitado esta posición en la doctrina alemana se pueden encontrar (además de las monografías de TAMARIT y CANCIO) en CANCIO MELIÁ, *NDP* 97, *passim*, FRISCH, (nota 64), pp. 142 ss., JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 25 V y SILVA SÁNCHEZ, (nota 19), pp. 107 ss. Un precedente de esta posición en el ámbito del delito imprudente se puede encontrar en P. FRISCH, (nota 63), pp. 116 ss. Como ha señalado CANCIO MELIÁ, p. 142, con más referencias, «la aproximación defendida por este autor —quizás la más desarrollada durante mucho tiempo para la cuestión aquí estudiada—

y Tamarit Sumalla, intentando limitar la imputación jurídico-penal han acabado matando moscas a cañonazos. Es necesario evitar la confusión entre estas consideraciones y el desarrollo del principio de autorresponsabilidad como un principio normativo. Por ejemplo, De Vicente Remesal⁸⁷ considera que a partir de la tesis radical sobre el enfoque victimológico protagonizada principalmente por Schünemann se elabora el principio de autorresponsabilidad «que, en términos generales, viene a decir que el autor puede quedar exento de responsabilidad criminal cuando el comportamiento de la víctima no ha sido conforme a dicho principio, esto es, cuando ha contribuido al hecho punible al infringir los deberes usuales y exigibles de autoprotección». Los partidarios de la victimodogmática consideran que donde el portador de bienes jurídicos puede protegerse a sí mismo con sus propias fuerzas y sin ayuda de la protección del Derecho penal, no puede ni debe intervenir éste. Y ello no tiene que ver con el principio de autorresponsabilidad tal y como se entiende aquí.

Schünemann⁸⁸ considera que la «llamada victimodogmática jurídico-penal conceptualiza la corresponsabilidad de la víctima y hace depender una interpretación restrictiva del tipo, limitadora de la punibilidad, de la falta de merecimiento y necesidad de protección de la víctima». Este principio tiene un mero origen fáctico (muy relacionado con una ciencia empírica como la criminología) y no puramente normativo o valorativo como el principio jurídico general de autorresponsabilidad. Los defensores de esta posición, más que plantear la inexistencia de un injusto, consideran que resulta innecesario definir ese injusto como penal. La crítica es necesaria, aunque sea evidente que nadie ha querido anular mediante estos principios la protección de bienes como la vida y la salud frente a hechos dolosos, sino otro tipo de bienes como los derechos patrimoniales o la intimidad. Sin embargo, la aplicación consecuente de estos principios victimodogmáticos plantea una nueva visión del papel del Derecho penal en la sociedad actual, que va más allá de una interpretación del Derecho positivo.

El dato fáctico de que la víctima se pueda proteger no debe conllevar sin más la ilegitimidad de la intervención penal⁸⁹. Siempre se puede no

responde a la idea que subyace a las aproximaciones dogmáticas que se han producido recientemente bajo el rótulo del así llamado «principio victimológico», a saber: la falta de merecimiento de protección de la víctima».

⁸⁷ Política criminal y nuevo Derecho penal (edit. SILVA SÁNCHEZ), p. 182. En un sentido similar, SERRANO MAILLO, *La compensación en Derecho penal*, pp. 259 s., DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-dogmatica*, pp. 43 ss., señalando como la victimodogmática ya no trata a la víctima como objeto sino como sujeto.

⁸⁸ (Nota 58), p. 43 y (nota 64, Probleme), pp. 112 s.

⁸⁹ Vid. por todos, este tipo de argumentación criticada en SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, pp. 371 s.

salir a la calle de noche, andar con chaleco antibalas, contratar un guardaespaldas, tener alarmas en todos lados, aparcar el coche en un garaje vigilado, etc. O en muchos casos puede ser previsible una mayor probabilidad de ser víctima de un delito (acudir a un campo de fútbol, pasear por un parque en el que no hay mucha gente, etc.). Las consideraciones victimológicas llevadas a sus últimas consecuencias y a todo tipo de delitos, aunque ello no sea la intención de los autores que las defienden, conllevan el fracaso de la función del Derecho penal, su renuncia como Derecho público y la transformación indeseable de nuestra sociedad en una sociedad de la desconfianza⁹⁰. Incluso contradicen la delegación del monopolio de la fuerza y la violencia en el Estado. Una función fundamental de un Estado moderno y del Derecho consiste en descargar al particular de una permanente preocupación por evitar que terceros lesionen sus bienes jurídicos y conseguir que los individuos puedan dedicar sus esfuerzos a otros asuntos en vez de dedicarlos a su protección. Es la ley la que establece los límites de protección y la que dice quien es autor o víctima de un delito⁹¹. El Derecho configura la realidad social⁹². Lo decisivo es, pues, la estabilización por parte del ordenamiento jurídico de ciertas reglas esenciales de convivencia. Sólo los tipos penales indican hasta dónde puede uno rechazar ciertas posibilidades o no. Que la víctima se pueda proteger es un dato fáctico que no alcanza a la valoración jurídico-penal de las conductas. Al igual que sucede con el desvalor de las conductas de los autores, la mera posibilidad fáctica de proteger mejor el bien jurídico afectado no significa que la víctima ha actuado «imprudentemente». Y los datos fácticos no pueden solucionar esta cuestión puramente valorativa sobre el alcance de ciertos tipos penales. El Derecho penal como rama del Derecho público estabiliza una serie de normas que tienen una validez general y la mera constatación fáctica de la posibilidad de una mayor protección no puede «derogar» la vigencia de esa norma. Además, la exigencia constitucional de utilizar la pena sólo cuando sea necesaria, se refiere a los diversos medios de intervención que tiene el Estado para cumplir sus funciones, pero no a la delegación de dichas funciones en manos de particulares. Se confunde el principio de subsidiariedad con la privatización de los conflictos. No se está haciendo referencia a que el Estado utilice sólo los medios estrictamente necesarios para resolver los conflictos, sino a que renuncie a intervenir. Como ha señalado un sector importante de la doctrina

⁹⁰ Sobre el principio de confianza como principio general del Derecho, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPC* 99, en prensa.

⁹¹ CANCIO MELIA, *NDP* 97, p. 545; HASSEMER, *Klug-FS*, p. 224; ROXIN, (nota 69), pp. 68 s.

⁹² Sobre esta tarea del Derecho, FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 65), pp. 53 ss.

alemana⁹³, los partidarios de la victimodogmática no se ocupan de la concurrencia de diversos medios a utilizar por parte del Estado como órgano competente de combatir ciertos riesgos, sino de quién es el incumbente para proteger ciertos bienes jurídicos (el Estado o la víctima) y sobre ello el principio de subsidiariedad no nos puede decir mucho. El principio de subsidiariedad es un principio político-criminal pero no interpretativo. Si el juez realizara un juicio de subsidiariedad estaría realizando labores que no le son propias invadiendo un campo que es privativo del legislador. Por estas razones la doctrina dominante ha rechazado este «principio victimodogmático» y ha resaltado los peligros que acarrea para el modelo de sociedad imperante⁹⁴.

En mi opinión, los autores que han defendido este «principio victimodogmático» que como dato fáctico se ha mezclado con el «principio de autorresponsabilidad»⁹⁵ que, por el contrario, es un principio de naturaleza puramente normativa, no querían presentar una excepción tan radical para la imputación. Ello demuestra que estas «consideraciones victimodogmáticas» no son más que un «principio metódico de caucho»

⁹³ CANCIO MELIA, pp. 244 s.; FRISCH, (nota 64), pp. 143 s.; JAKOBS, *PG* 2^a, 2/27 s.; MAIWALD, *ZStW* 96, pp. 71 s.; ROXIN, (nota 69), pp. 68 s.; el mismo, *PG* 3^a, 14/20.

⁹⁴ En sentido crítico también con esta peligrosa línea doctrinal, además de las monografías de CANCIO y TAMARIT: CANCIO MELIA, *NDP* 97, pp. 538 ss.; DERKSEN, (nota 64), pp. 132 ss.; DÖLLING, *GA* 84, p. 82, con nota 84, que se suma a las críticas de HILLENKAMP y señala como un simple descuido de la víctima no convierte su vida en no merecedora de protección penal dejando las manos libres a terceros para matar; FRISCH, (nota 64), pp. 142 ss., 164 s., con más referencias; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, p. 194; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 25 V 2; KRATZSCH, (nota 66), pp. 360 ss.; LENCKNER, *Schönke/Schröder* 25^a, antes de 13/70 b; MAIWALD, *ZStW* 96, pp. 71 ss.; PUPPE, *NK*, antes de 13/177; ROXIN, *PG* 3^a, 14/15 ss., que se suma también a las críticas de HILLENKAMP; el mismo, (nota 69), pp. 68 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *L-H Beristain*, p. 641; el mismo, (nota 19), pp. 200 ss.; DEL TUFO, (nota 87), pp. 237 ss.; ZACZYK, (nota 63), pp. 10 ss., centrándose en la obra de FIEDLER. Responden a las críticas de HILLENKAMP, AMELUNG, *GA* 84, pp. 581 ss. y SCHÜNEMANN, *FallerFS*, pp. 364 ss. y *NSStZ* 86, pp. 441 s. ARZT, *MonSchrKrim* 84, *passim* limita el alcance de estas «consideraciones victimodogmáticas» y señala como las preocupaciones de los diversos autores que han desarrollado esta perspectiva no suponen nada nuevo para la teoría jurídica del delito y el estudio de la parte especial. Por su parte, KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, p. 127 considera que la victimodogmática es un término «más polarizante que esclarecedor» y HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2^a ed., p. 77 que se trata «de un eslógan más que de un concepto».

⁹⁵ Vid., por ejemplo, FIEDLER, (nota 63), pp. 119 ss., con el que se han mostrado críticos CANCIO MELIA, p. 250 y ZACZYK, *GA* 91, p. 573 y (nota 63), pp. 10 ss., 55, objetándole que al mantenerse en el núcleo de la argumentación las posibilidades fácticas de autoprotección no se está construyendo una propuesta dogmática con base en un principio de autorresponsabilidad fundamentado materialmente. Por esta razón este autor no desarrolla criterios materialmente asentados que propicien una mínima seguridad jurídica.

para llegar a soluciones previamente decididas sin aportar datos decisivos para la solución de los problemas; no son más que una fórmula extremadamente peligrosa que puede permitir a los jueces su utilización como válvula de escape sin necesidad de mayores fundamentaciones. Las conclusiones a las que se quiere llegar mediante esta peligrosa fórmula a la que hasta hoy en día han hecho caso omiso los legisladores (el art. 114 CP sólo se refiere a la responsabilidad civil), se pueden conseguir igual mediante una interpretación teleológica de los diversos tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales⁹⁶, como demuestra la distinción que realizan algunos de estos autores entre «delitos de relación» (Schultz) y «delitos de intervención»⁹⁷ u otros tipos de distinciones similares⁹⁸. Los denominados previamente por la criminología y posteriormente por un reducido sector de la dogmática «delitos de relación», no son más que tipificaciones expresas de supuestos de autoría mediata (estafa, amenazas condicionales, delitos que se realizan mediante intimidación, etc.)⁹⁹ o supuestos en los que hay que determinar los límites de la autoría mediata (contagio de enfermedades a través de contactos sexuales). Pero los límites buscados hasta ahora como que sólo cobren relevancia las «posibilidades de protección fácilmente realizables» o que «sin más son exigibles a la víctima» carecen de la concreción, determinación y normatividad suficientes para que las «consideraciones victimodogmáticas» supongan una línea a seguir¹⁰⁰ y deje de considerarse una fórmula

⁹⁶ Cfr. ARZT, *GA* 82, p. 522 y *MonSchrKrim* 84, pp. 107 ss.; LENCKNER, *Schönke/Schröder* 25^a, antes de 13/70 b; ROXIN, (nota 69), pp. 65 ss.; SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, pp. 361 ss. y *NStZ* 86, p. 439, ha acabado reconociéndolo.

⁹⁷ Cfr. CANCIO MELIA, *NDP* 97, pp. 535 ss., 540, en sentido crítico con esta clasificación; el mismo, pp. 236 ss., 241 s., en el mismo sentido, señalando que la utilidad de la distinción es nula; R. HASSEMER, (nota 86), pp. 54 ss., 63 ss., 97 s.; SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, p. 370 y *NStZ* 86, p. 440, considerando que se trata de una diferenciación categorial útil; SILVA SÁNCHEZ, L-H *Beristain*, p. 639; el mismo, (nota 19), p. 111; DEL TUFO, (nota 87), pp. 30 ss.; STS de 20 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido).

⁹⁸ KRATZSCH, (nota 66), pp. 360 ss. y *Oehler-FS*, pp. 71 ss.

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, (nota 19), pp. 199 s.

¹⁰⁰ En el mismo sentido, CANCIO MELIA, *NDP* 97, pp. 541 ss., en profundidad; DEL TUFO, (nota 87), pp. 266 s.; DERKSEN, (nota 64), p. 108; FRISCH, (nota 64), p. 143, con más referencias; SILVA SÁNCHEZ, (nota 19), p. 201: «no veo posible concluir que la adopción de medidas activas de autoprotección (preventivas o reactivas) deba ser algo usual, razonable y exigible (por supuesto, me expreso en términos jurídicos y no prácticos). Por todo ello, estimo que un planteamiento satisfactorio de la perspectiva victimológica debe pasar por una adecuada precisión del contenido de las mencionadas «medidas de protección». En efecto, frente a lo señalado líneas atrás, sí puede verse como algo exigible —al menos en cierta medida— el que no se realicen actos —dolosos o imprudentes— que directa o indirectamente puedan redundar en una lesión de los propios bienes jurídicos por terceros». Como se puede apreciar, en estas consideraciones de SILVA ya entra en juego el principio normativo de autorresponsabilidad, refiriéndose él mismo a una atribución de ámbitos de responsabilidad de autor y víctima.

sin contenido. Como ha señalado Frisch¹⁰¹, los partidarios de la victimodogmática, que hasta ahora sólo han limitado su punto de partida de forma poco clara, se han ido distanciando de una remisión extrema a la idea de las posibilidades de autoprotección¹⁰². Además, el principio de subsidiariedad es un principio orientador general que ayuda a controlar la legitimidad de los tipos penales, pero no puede servir de medida precisa para determinar si el conflicto es incumbencia de la víctima o de un tercero¹⁰³. En realidad, se ha pretendido crear a partir de problemas particulares de determinados tipos como la determinación del elemento del engaño en el tipo de estafa o los límites de las amenazas o de los tipos de descubrimiento y revelación de secretos una teoría general que llevada a sus últimas consecuencias y a todos los tipos es rechazada incluso por sus propios defensores. Por ejemplo, Schünemann¹⁰⁴ considera que con respecto al homicidio y sus formas no juega ningún papel la victimodogmática debido a la existencia en Alemania del § 216 que hace que ni siquiera la solicitud de ser matado excluya el merecimiento de protección. O se ha criticado suficientemente la nefasta influencia que puede tener esta perspectiva con respecto a los delitos contra la libertad sexual. Todo esto nos demuestra que lo que se encuentra detrás del estado actual de la victimodogmática es la búsqueda del ámbito de protección de los diversos tipos penales, en la que se tienen en cuenta más datos que el bien jurídico a proteger¹⁰⁵. Así, por ejemplo, afirma Roxin¹⁰⁶ que «de este modo numerosos tipos permiten una interpretación restrictiva con la ayuda del principio victimológico y aún pasando por alto el tenor literal trazar una reducción teleológica».

Asimismo, debe rechazarse la identificación del principio de autorresponsabilidad —como un reflejo o consecuencia del principio de autonomía y dignidad¹⁰⁷— con un «deber de autoprotección», entendido como una posición de garante frente a uno mismo¹⁰⁸, ya que esos deberes

¹⁰¹ (Nota 64), p. 144, nota 177.

¹⁰² Como, por ejemplo, SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, pp. 369 s. y *NStZ* 86, p. 442.

¹⁰³ CANCIO MELIA, *NDP* 97, pp. 542 ss.; el mismo, pp. 244 s.; DERKSEN, (nota 64), pp. 134 ss.

¹⁰⁴ *JR* 89, p. 90; (nota 58), p. 44 y (nota 64, *Probleme*), pp. 112 s.

¹⁰⁵ Cfr. ROXIN, (nota 69), pp. 65 ss.; SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, pp. 357 ss., 369 s., *NStZ* 86, p. 439 y *Schmitt-FS*, pp. 127 ss.; SILVA SÁNCHEZ, (nota 19), p. 111: «parece haber ido ganando terreno la convicción de que se trata de problemas que, más que en la Parte General, deben analizarse y resolverse en la dogmática de cada delito en particular, atendiendo además a la configuración de cada situación en concreto». De acuerdo con SILVA, DE VICENTE REMESAL, (nota 87), p. 188.

¹⁰⁶ (Nota 69), p. 67.

¹⁰⁷ Sobre este fundamento del principio de responsabilidad, FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 65), pp. 39 ss.

¹⁰⁸ Vid. por todos, las referencias que hacen a esos «deberes de autoprotección» ARZT, *MonSchrKrim* 84, pp. 112 s.; EBERT, *JZ* 83, p. 636, basándose en ciertas tesis de

no existen en nuestro sistema constitucional de libertades. El principio de autorresponsabilidad sirve para desgravar a terceros no lesionados pero no para crear deberes que ni existen en nuestro ordenamiento jurídico ni son compatibles con el mismo. Los bienes jurídicos individuales son derechos reconocidos a los ciudadanos por nuestro ordenamiento, pero no conllevan la formación de deberes de éstos para el mantenimiento de los bienes jurídicos de los que son titulares. No existe un fundamento dogmático nítido de estos «deberes de autoprotección»¹⁰⁹. Sobre todo porque es dudoso que puedan existir deberes cuya infracción no tenga consecuencias jurídicas. Como ya he señalado, el principio de autorresponsabilidad es un criterio genérico de interpretación que precisa mayores concreciones desde un punto de vista dogmático.

Por estas razones me sumo en este trabajo a la línea más moderna de la doctrina alemana que busca criterios más valorativos o normativos y menos fácticos o fenomenológicos. Estos criterios tienen como denominador común la referencia al principio general de autonomía, de autorresponsabilidad o de autodeterminación¹¹⁰. Este principio de autorresponsabilidad carece de determinación directa en el Derecho positivo, pero como principio de nuestro ordenamiento¹¹¹ creo que puede ser determinado por la ciencia y la jurisprudencia hasta otorgarle unos contornos dogmáticos más o menos definidos. El comportamiento libre y responsable de la víctima no puede tener la misma relevancia para la imputación que un proceso causal natural. Coincidiendo con dicha línea doctrinal¹¹², considero que ha de imputarse el riesgo a la

SCHMIDHÄUSER con respecto al suicidio; P. FRISCH, (nota 63), pp. 119 ss.; R. HASSEMER, (nota 86), pp. 34 ss.; JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 110; REYES, (nota 64), pp. 291 ss., considerando que la infracción de ciertas normas administrativas de autoprotección como la obligación de utilizar cinturones de seguridad o cascos excluye la imputación porque se realiza el riesgo jurídicamente desaprobado creado por la víctima y no el creado por el tercero; SERRANO MAILLO, (nota 87), pp. 268 ss.

También en sentido crítico, las monografías españolas recientes sobre el tema: CANCIO MELIA, pp. 301 s.; GARCÍA ÁLVAREZ, pp. 81, 85, 90, centrando sus críticas en la posición de JAKOBS; TAMARIT SUMALLA, pp. 55 s., 96, centrando también sus críticas en la posición de JAKOBS.

¹⁰⁹ Cfr. DERKSEN, (nota 64), p. 234.

¹¹⁰ Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 145; el mismo, FRISCH, (nota 64), pp. 115 ss., con nota 73, se refiere a una «decisión autónoma»; KÜHL, *PG* 2^a, 4/83 ss.; MAURACH/GÖSSEL, *PG* 7^a, 43/67; WALTHER, (nota 58), p. 162.

En España esta posición es defendida, como ya se ha expuesto, por CANCIO MELIA, pp. 285, 348 y *passim*, con una posición similar a la del texto.

¹¹¹ WOLTER, *NSiZ* 93, p. 8; el mismo, *GA-FS*, pp. 282 s.

¹¹² En mi opinión, resultan especialmente destacables las contribuciones de los siguientes autores: FRISCH, (nota 110), pp. 146 s.; el mismo, (nota 64), pp. 116 s., 148 ss.; el mismo, *NSiZ* 92, pp. 66 s.; HERZOG/NESTLER-TREMEL, *StV* 87, pp. 366 ss.; HOHMANN/KÖNIG, *NSiZ* 89, pp. 305 ss.; JAKOBS, *PG* 2^a, 21/56 ss.; KÖHLER, *ZStW* 104, p. 26;

víctima que ha tomado una decisión libre sobre el inicio del riesgo o la situación de peligro, aunque ésta pierda posteriormente el control por causas imputables sólo a ella misma y no al tercero. En sentido contrario, si el riesgo no es fruto de la decisión consciente o descuidada de la víctima sino sólo del tercero no podremos hablar de una autolesión atípica. Por ejemplo, las siguientes conductas son relevantes para el Derecho penal: alguien decide acompañar a un conductor borracho, pero éste realiza una maniobra extremadamente peligrosa que no tiene nada que ver con su incapacidad por el estado de embriaguez; la víctima decide realizar con un tercero una actividad que conlleva cierto riesgo para su integridad física, pero el tercero con su actuación hace que la actividad también encierre una probabilidad de muerte para su compañero; el pasajero de un automóvil ha sido avisado de que el conductor carece de permiso de conducción, pero no del mal estado de los frenos, etc. En estos casos el primer riesgo es consecuencia de una decisión de la víctima, pero el segundo no¹¹³. Por el contrario, no existirá un homicidio, por ejemplo, mientras que el fallecido o el lesionado tenga el poder de decisión y el tercero no incurra en ningún «exceso»¹¹⁴. En general, hay que afirmar que una decisión de la «víctima» consciente de la peligrosidad de lo que asume o que se puede considerar como descuidada con sus propios bienes jurídicos debe tener como consecuencia normativa que el hecho sólo se le pueda imputar a ésta, salvo que el Derecho positivo disponga lo contrario con normas especiales (por ejemplo, el art. 143 CP). Pero salvando estas excepciones no puede cobrar relevancia jurídico penal aquel hecho que, aún siendo realizado por un tercero, no se puede entender más que como una objetivación de la decisión o voluntad libre de la víctima. Sería absurdo que, en general, el Derecho protegiera los derechos individuales de cada uno ignorando sus decisiones o su voluntad libre (violando su derecho de autodeterminación). Ello podría tener sentido en un Estado que partiera de la consideración de que todo derecho es de propiedad

LENCKNER, *Schönke/Schröder* 25^a, antes de 32 ss./52a; NEUMANN, *JA* 87, pp. 247 ss.; OTTO, *Tröndle-FS*, pp. 163 ss., 175; PRITTWITZ, *JA* 88, pp. 432 s.; el mismo, *NJW* 88, p. 2943; ROXIN, *NStZ* 87, pp. 345 ss.; RUDOLPHI, *SK*, antes de 1/81 a; SAMSON, *SK*, antes de 32/68, con respecto al consentimiento; WALTHER, (nota 58), pp. 145 ss., en especial, pp. 203 s., 227; ZACZYK, (nota 63), pp. 40 ss. Muchos de estos autores argumentan que la «cuasi coautoría con la víctima» excluye la imputación. En contra de este *topos* de la «cuasi coautoría o codominio del hecho», de forma convincente, FRISCH, *NStZ* 92, p. 67.

¹¹³ PUPPE, *NK*, antes de 13/182; la misma, *Jura* 98, p. 31.

¹¹⁴ BERDUGO, *CPC* 81, p. 220; el mismo, (nota 78), p. 84; CANCIO MELIA, pp. 290 ss.; CORCOY BIDASOLO, (nota 3), p. 553; HELGERTH, *NStZ* 88, p. 263; KREY, *JuS* 71, p. 250; el mismo, *PE* 8^a, 1/124 s.; PRITTWITZ, *JA* 88, p. 433; ROXIN, *Gallas-FS*, p. 252; el mismo, *NStZ* 84, p. 412; SCHÜNEMANN, *JA* 75, p. 723.

comunitaria y en el que la libertad individual jugara sólo un papel secundario, pero no en un Estado en el que la dignidad de la persona con los derechos que le son inherentes es el fundamento del orden político y en el que la libertad opera como valor superior del ordenamiento jurídico. Por tanto, estos «casos-límite de autolesión» sólo se pueden solucionar de forma satisfactoria si se realiza una interpretación sistemática que no tenga sólo en cuenta normas penales, sino también normas de rango constitucional y en la que se tomen en consideración ciertos principios jurídicos de nuestro sistema constitucional como los de autonomía y autodeterminación.

Considero que la posición mantenida aquí es perfectamente compatible con el Derecho positivo español. El actual apartado 3º del art. 143 CP equipara en el único supuesto de favorecimiento punible de una autolesión contemplado en el CP la ejecución de la muerte a una cooperación. Por tanto, nuestro CP nos está diciendo que todo supuesto de «cuasi-autoría» no se debe entender más que como una cooperación a una autolesión. La diferencia entre este tipo de cooperación necesaria al suicidio con la realización del art. 138 CP (homicidio) reside en que en el supuesto del art. 143 CP la víctima mantiene el poder de decisión hasta el final y el hecho es consecuencia de una decisión libre y responsable (aunque no se pueda considerar totalmente libre y responsable). La consecuencia es que si no existiera este art. 143 conductas como las tipificadas en dicho precepto serían impunes, de acuerdo con el sentido del art. 138. En la ejecución consentida de la muerte el autor no ensancha su ámbito de organización de forma ilegítima a costa de la víctima. En los casos de imprudencia la atipicidad es evidente al no existir una tipificación expresa (art. 12 CP). Por tanto, en los supuestos en los que se ejecuta la muerte dolosamente el «dominio sobre la decisión» del suicida hace que se aplique un tipo privilegiado, mientras en los que se ejecuta la muerte de forma no-dolosa el «dominio sobre la decisión» del suicida conduce a la impunidad.

De acuerdo con la posición que mantengo aquí, aunque la víctima haya perdido la consciencia, el sentido o el control el resultado sólo le es imputable a ella si ha atravesado la frontera de la pérdida de control o consciencia de forma libre y responsable. Se superan así los inconvenientes en este ámbito del criterio más tradicional y más fáctico del «dominio del hecho» que conduce a que la tipicidad de la conducta dependa de que la víctima llegue o no a perder la consciencia o de datos puramente fácticos como quién es el último en «hacer algo». En este intento de superar una visión demasiado rígida del tipo objetivo y establecer unos criterios racionales para determinar su alcance con respecto

a estos supuestos, hay que resaltar la contribución de Jakobs¹¹⁵, que considera que el criterio decisivo para diferenciar los supuestos que son incumbencia de la víctima de aquellos que son exclusiva incumbencia de un tercero es el «dominio sobre la decisión»¹¹⁶, incluso en aquellos supuestos en los que un tercero tiene el «dominio sobre la configuración» fáctica del hecho. Sólo cuando ese «dominio sobre la decisión» es arrebatado por un tercero ya no es posible imputar el riesgo o el resultado a la víctima (cuasi-autoría mediata) ya que ya no es posible hablar de autorresponsabilidad. El defecto que sufre la víctima o las razones que le obligan a autoponerse en peligro deben ser de exclusiva incumbencia del tercero. De lo contrario, nos encontramos ante una autolección atípica (salvo lo dispuesto en los arts. 143 y 155 CP). Como nos movemos en el ámbito del tipo objetivo, no es necesario que la víctima organice su lesión de forma dolosa, sino que basta con que haya sido descuidada o poco diligente consigo misma¹¹⁷. El fundamento dogmático de la impunidad en estos casos se encuentra en el principio de autorresponsabilidad, entendido en un sentido normativo y no puramente psicologista (consentimiento).

En la misma línea de estas ideas la doctrina alemana ha buscado muchas veces la solución denominando estos supuestos como de «actuación a propio riesgo»¹¹⁸, pero ello no es más que otra forma de

¹¹⁵ PG 2^a, 7/130, 21/56 ss., 21/78 a. Es preciso señalar que las afirmaciones que de la GANDARA VALLEJO, (nota 63), pp. 161 ss. pone en boca de JAKOBS no son ciertas. Precisamente este autor afirma todo lo contrario.

Asume esta aportación de JAKOBS, WALTHER, (nota 58), pp. 156 ss., 203 ss., mostrándose crítico con este apartado de la monografía ZACZYK, GA 93, pp. 241 ss.

¹¹⁶ PG 2^a, 21/58 a. Recientemente insiste en esta idea con respecto al homicidio a petición (auxilio ejecutivo al suicidio) en Suicidio, eutanasia y derecho penal.

¹¹⁷ STS de 20 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido): «Respecto al comportamiento de la propia víctima es evidente que nadie debe favorecer conscientemente el incremento del peligro a que están sometidos los bienes jurídicos de que es titular, y si lo hace esa asunción del riesgo de la acción del agente influye sobre la imputación objetiva de tal acción. Pero sólo si puede reprocharse a la víctima por algún título —dolo o culpa— esa asunción del riesgo puede ésta tomarse en cuenta para atenuar o excluir la imputación objetiva».

¹¹⁸ Sobre esta institución de origen civil: BRUNS, NJW 87, p. 2282; DERKSEN, (nota 64), p. 13; P. FRISCH, (nota 63), pp. 42 ss., 157 s.; GEPPERT, ZStW 83, pp. 988 ss., en profundidad, otorgándole sólo relevancia a efectos de determinación de la pena; JAKOBS, PG 2^a, 7/129 s., como un instituto que excluye la tipicidad de la conducta, aunque no le otorga una efectividad ilimitada; el mismo, (nota 108), pp. 109 ss., se refiere a la «competencia de la víctima» como una institución jurídico-penal que configura la problemática de la «imputación objetiva del comportamiento» junto al riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso; KREY, PE 8^a, 1/120 ss.; MÜNZBERG, (nota 63), pp. 305 ss.; PREUSS, (nota 63), pp. 144 ss., en profundidad, con más referencias.; REYES, (nota 64), pp. 167 ss.; ROXIN, Gallas-FS, pp. 250 s. WELZEL, PG, p. 98, llama la atención sobre este instituto civil para un problema que el mismo WELZEL considera

designar la siguiente cuestión: ¿Existe una autolesión (conducta atípica)¹¹⁹? «Actuación a propio riesgo», desde el punto de vista que aquí nos interesa, quiere decir que de todos los posibles responsables del conflicto en el caso concreto, la «víctima» es la única responsable, competente o incumbente a pesar de las apariencias (criterio de la delimitación de ámbitos de competencia). Y ello sucede no sólo cuando el perjudicado quiere el resultado o conoce el peligro de la situación concreta (ámbitos tradicionales del consentimiento), sino también cuando la víctima administra y organiza sus bienes de forma descuidada. Es decir, no existe un riesgo típico cuando el titular del bien jurídico lesionado se comporta de forma descuidada sin encontrarse en condiciones anormales de motivación. La «imprudencia de la víctima» hace perder al hecho su valoración como injusto penal. El límite de ciertos tipos que protegen bienes jurídicos individuales se encuentra en el carácter descuidado de la actuación de la persona perjudicada, siempre que no existan deberes especiales de garantía (como suele suceder en los casos de concurrencia de culpas). Dentro de los supuestos mal denominados como de «heterolesión consentida» es donde el *topos* de la «actuación a propio riesgo» ha cobrado especial relevancia para solucionar «casos-límite» que no se pueden resolver mediante la tradicional referencia al consentimiento.

Para determinar cuando el titular de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro se comporta de forma descuidada hay que exigir los mismo requisitos que se exigen para la imputación de hechos delictivos (por ejemplo, no es suficiente la posibilidad psicofísica de evitar el riesgo como se podría deducir de ciertas consideraciones victimodogmáticas)¹²⁰. Es cierto que calificar una conducta como descuidada implica una valoración que hace difícil determinar con exactitud matemática el alcance del tipo. Pero la dificultad no es mayor que cuando

deficientemente resuelto por la doctrina. El trabajo más completo sobre la «actuación a propio riesgo» en la literatura jurídico-penal es el de DERKSEN.

Sobre la «actuación a propio riesgo» en relación a la protección penal del deportista, DONATSCH, *SchwZStr* 90, pp. 425 s., nota 86.

Un resumen desde un punto de vista práctico del instituto desde la perspectiva de la dogmática civil en DUNZ, *JZ* 87, pp. 65 ss.

En contra de que se pueda de dejar de imputar un hecho cuando la víctima no conoce al menos el peligro concreto, de la GANDARA VALLEJO, (nota 63), pp. 175 s.; ZACZYK, (nota 63), p. 62, especialmente contra la posición de JAKOBS. GARCÍA ÁLVAREZ se conforma en realidad con el conocimiento de un peligro abstracto.

¹¹⁹ La referencia de ciertos autores alemanes a la «actuación a propio riesgo» supone negar que se tenga que tratar la cuestión como un supuesto de «consentimiento en el riesgo» entendido como causa de justificación, sino que la solución se encuentra en el marco del tipo objetivo.

¹²⁰ Sobre estos requisitos, (nota 35), pp. 187 ss.

hay que calificar una conducta como un homicidio o unas lesiones por imprudencia. En mi opinión, los criterios para determinar la falta de cuidado de la persona lesionada son los mismos que para determinar la falta de cuidado del que causa un resultado lesivo para otra persona. No se puede decir que exista un riesgo típico cuando la potencial lesividad de ese riesgo depende de la decisión libre y responsable de la víctima de ser poco cuidadosa con sus bienes. En estos casos el hecho sólo tiene una explicación social o intersubjetiva más allá de la puramente descriptivo-causal porque la «víctima» participa de forma activa o pasiva. Pero no debemos olvidarnos de que existen límites normativos de la imprudencia que pueden tener mucha relevancia a la hora de valorar la conducta de la víctima. Por ejemplo, la vigencia del principio de confianza con respecto a los comportamientos correctos de terceros mientras no existan determinadas razones normativas (no sociológicas o empíricas) para desconfiar.

Aquí no es posible adentrarse en la atractiva problemática de los límites normativos de la responsabilidad de la víctima (su ámbito de responsabilidad) ya que ello nos desviaría de los principales problemas que presenta esta sentencia. Me tengo que remitir al desarrollo que he hecho en algún trabajo anterior de la autoría mediata en el delito imprudente¹²¹. Por ello sólo haré una referencia a aquellos supuestos que afectan a la responsabilidad/instrumentalización y que sí son relevantes de cara al presente caso: las decisiones motivadas por situaciones de necesidad imputables a un tercero.

IV.4. *Situación de necesidad y autorresponsabilidad*

No existirá una autolesión o una autopuesta en peligro en sentido propio cuando alguien se «autolesiona» o «autopone en peligro» porque un tercero ha creado o le es imputable una situación de necesidad en la que la única salida racional que le queda al titular de los bienes jurídicos es autolesionarse o autoponerse en peligro¹²². La cuestión central

¹²¹ (Nota 35), pp. 109 ss., que es objeto de desarrollo en esta materia en mi tesis doctoral Resultado lesivo e imprudencia, pp. 393 ss. Aunque en este caso es preciso referirse a una cuasi-autoría mediata en la que el instrumento no realiza el tipo objetivo los criterios de imputación al «hombre de atrás» son, en mi opinión, los mismos.

¹²² Sobre esta cuestión: AMELUNG, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal* (ed. SILVA SÁNCHEZ), p. 324; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung IV*, pp. 616 s.; CRAMER, *Schönke-Schröder* 25ª, 25/10; DERKSEN, (nota 64), p. 239; FRISCH, (nota 72), p. 140; GÖBBEL, (nota 63), pp. 102 ss., en profundidad, con una exposición de las tesis más relevantes en la literatura alemana; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, pp. 244 ss.; JAKOBS, *PG* 2ª, 21/88; el mismo, *JR* 87, p. 342; LUZÓN

para la imputación de estos hechos pasar a ser, pues, cuándo una autolesión o autopuesta en peligro puede calificarse como racional. Decir simplemente que no existe autolesión o autopuesta en peligro mientras una persona reaccione de forma razonable a una situación de necesidad no es más que una aproximación al problema.

La racionalidad debe determinarse, en mi opinión, de forma equivalente a como se hace en el estado de necesidad justificante contemplado en el art. 20.5º CP. Por tanto, se debe imputar al creador de la situación de necesidad la lesión de los bienes jurídicos a los que alguien ha renunciado como reacción jurídicamente correcta a dicha situación¹²³. Y el límite se encuentra en no causar un mal mayor que el que se trata de evitar, siempre y cuando exista una posibilidad racional de salvar los bienes puestos en peligro por la situación de necesidad¹²⁴.

PEÑA, (nota 80), p. 99; RENGIER, *Jura* 86, *passim*, con base en un caso concreto de la jurisprudencia alemana; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pp. 83 ss., 681 s.; STRATENWERTH, *PG* 3ª, num. margs. 773 s.; WALTHER, (nota 58), pp. 191 ss. Cfr. BGH *NJW* 94, p. 206.

STS de 7 de julio de 1948: «Si se plantea el problema de la relación causal derivado de la singularidad del hecho en que un hombre, débil mental y físicamente, es golpeado, amenazado y despojado por los reos de una peseta y de sus ropas y presionándole uno de ellos, con una navaja le obliga, con la cooperación del otro reo, a arrojarle por un precipicio, se ha de excluir toda posibilidad de suicidio más o menos instigado...pues el hecho declarado probado de que la víctima fue obligada a precipitarse o despeñarse, cae dentro de la órbita de la responsabilidad estimada por esta Sala en los casos, no ya de muerte ordenada e impuesta, sino en los de muerte o lesiones causadas sin voluntad de la víctima, pero huyendo de su agresor actual o virtual».

Existen abundantes muestras en nuestra Jurisprudencia de autolesiones en el ámbito del tráfico viario que se imputan al que obliga a realizar una «maniobra evasiva» para evitar un accidente seguro: SSTS de 26 de enero de 1960 (Pte. García Gómez); 23 de junio de 1962 (Pte. Castejón); 26 de junio de 1964 (Pte. Cavillo); 10 de noviembre de 1964 (Pte. García Gómez); 14 de octubre de 1967 (Pte. Pera); 11 de octubre de 1968 (Pte. Sáez); 2 de mayo de 1969 (Pte. Escudero); 27 de octubre de 1979 (Pte. Sáez).

Por el contrario, cuando caben otras salidas alternativas más racionales a la autolesión o autopuesta en peligro, sólo se podrá hablar a lo sumo de un delito de coacciones si la situación ha sido creada de forma dolosa (cfr. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 35).

¹²³ GÖBBEL, (nota 63), pp. 115 ss.; TIMPE, *Die Nötigung*, pp. 32 ss., en profundidad, con amplias referencias; WALTHER, (nota 58), p. 195.

¹²⁴ BALDO LAVILLA, *El estado de necesidad y la legítima defensa*, pp. 78 ss., 168 ss.; MIR PUIG, *L-H Pérez-Vitoria*, pp. 505 ss.; el mismo, *PG* 5ª, 17/29 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *ADP* 82, pp. 664 ss. Coincido con la visión de estos tres autores de que el art. 20.5º, regula sólo el estado de necesidad justificante y no el exculpante. Vid. también GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, pp. 224 ss y LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, pp. 157 s., con unas posiciones que aunque no se comparten podrían troncar con la posición defendida en el texto con respecto a esta problemática muy concreta. Vid. también ZACZYK, (nota 63), p. 47.

GÖBBEL, (nota 63), pp. 115 ss., JAKOBS, *PG* 2ª, 21/89 y TIMPE, (nota 123), p. 34, ponen el siguiente ejemplo de resolución de una situación de necesidad aceptable por el

Teniendo en cuenta los límites que establece el n° 5° del art. 20 la autolesión no debe ser de mayor entidad que la probable lesión de bienes jurídicos. Por ejemplo, no es racional que una mujer se tire de un camión en marcha porque el camionero intenta convencerle de forma grosera de que mantengan una relación sexual, pero puede llegar a ser una reacción racional ante un inminente ataque contra su libertad sexual o contra cualquier otro bien personal frente al que no cabe otra salida¹²⁵.

ordenamiento jurídico: alguien decide dañar una cosa para salvar otra de igual valor, pero con la que tiene un mayor vínculo afectivo. En una situación similar en la que alguien decide lesionar o poner en peligro un bien jurídico en beneficio de otro que puede tener un gran valor subjetivo, pero que no se puede equiparar desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no se le podrá imputar al creador de la situación de necesidad el «exceso» sólo imputable a la víctima. Por ejemplo, si alguien fallece al intentar salvar su colección de sellos de un incendio provocado dolosamente, al autor del incendio sólo se le podrá imputar los daños de la colección de sellos pero no la muerte.

¹²⁵ Vid., a título de ejemplo, SSTS de 4 de julio de 1958 (Pte. Díaz Plá); 22 de febrero de 1965 (Pte. Riaño); 20 de mayo de 1969 (Pte. Sáez); 3 de mayo de 1982 (Pte. Castro). Por esta razón considero equivocada la STS de 8 de noviembre de 1991 (Pte. Delgado). Obligar a soportar a alguien una situación desagradable no es más que un delito de coacciones, mientras la autolesión no sea la única salida razonable para evitar males mayores. En la narración de hechos probados de esta sentencia no se dan los suficientes requisitos para imputar la conducta autolesiva de la víctima a la tercera persona (aunque ello no significa que la conducta del tercero sea penalmente irrelevante): el procesado, que conducía un camión, al divisar a la víctima que iba caminando «la invitó a subir al camión, lo que así hizo ésta, situándose en el asiento destinado al acompañante del conductor, existiendo entre ambos la caja de cambios, que formaba un plano elevado de separación, entre ellos de una altura aproximada de medio metro y 40 centímetros, también aproximadamente, de anchura, iniciándose una conversación, en el curso de la cual el acusado le dijo a la pasajera, que vestía pantalón corto y llevaba un bolso sobre las piernas, que dejara éste en el suelo porque iba a tener calor, preguntándole también donde vivía y si lo hacía sola, terminando por proponerle hacer el amor con él, insistiendo en ello varias veces a pesar de las reiteradas negativas de ella, y sus expresados deseos de que detuviera el camión, llegando a expresar que se tiraría en marcha, y ante la actitud del chófer, haciendo caso omiso de sus ruegos, se fue acumulando en ella un estado de tensión ante la situación creada, y sintiéndose impotente para solucionarla, perdiendo el control de los nervios y presa del pánico, abrió la puerta de su lado, y arrojando primero el bolso, se lanzó fuera del camión». De acuerdo con la sentencia, GARCÍA ÁLVAREZ, pp. 260 s., aunque insiste en su monografía que siempre debe existir una instrumentalización en estos supuestos.

Por esta misma razón considero incorrecta la argumentación de la STS de 30 de diciembre de 1996 (Pte. Mtnez.-Pereda), que considera que «la actuación ilícita del recurrente de coger a su esposa con una mano por las muñecas y con otra agarrarla por el cuello, diciéndole que la mataría, no es suficiente para que pueda imputársele objetivamente la conducta lesiva de la mujer que, sin que nadie la empujare, se tiró a la calle desde una altura de tres metros, cayendo sobre el capot de un coche y luego rebotando sobre el suelo». Esa actuación puede ser suficiente para imputar el resultado (de lesiones) si se trataba de una salida razonable para evitar que su marido la matara en el dormitorio conyugal. Si se tiene esta perspectiva en cuenta no se puede afirmar, como hace la sentencia, que «en este caso no se realiza en el resultado el

Debe darse una situación en la que de acuerdo a un juicio general merezca la pena autolesionarse o autoponerse en peligro teniendo en cuenta el mal que se trata de evitar. Exactamente igual que si en vez de tratarse de una lesión de bienes jurídicos propios se tratara de una lesión de bienes jurídicos ajenos se consideraría la lesión amparada, al menos, por un estado de necesidad (justificante). La resolución de estos casos es evidente, por tanto, cuando una persona sacrifica un bien jurídico propio menos importante (propiedad) para salvar un bien jurídico propio más importante (vida) o cuando frente a una lesión segura de sus bienes jurídicos alguien se autopone en peligro para intentar evitar dicha lesión. En definitiva, no existe responsabilidad de la víctima cuando alguien sacrifica o pone en peligro racionalmente algunos bienes o intereses con el objetivo de preservar otros. Aunque se debe tener en cuenta que aquí estamos imputando lesiones contra la vida o la salud y, por tanto, no basta para afirmar una autoría mediata la mera existencia de una coacción¹²⁶. Es preciso que el que haya creado la situación haya disminuido las posibilidades de elección de la víctima y por ello la víctima se vea afectada en el «dominio sobre la decisión» sobre sus propios asuntos quedando así excluida su responsabilidad en el hecho¹²⁷.

Desde el punto de vista del tercero que crea la situación se puede afirmar que todo el que crea una situación de necesidad responde de los costes que son necesarios y racionales para solventar dicha situación¹²⁸. Un caso prototípico es el de las acciones de salvamento que encierran peligros motivadas por un hecho delictivo (médicos que curan enfermedades contagiosas, salvamento de víctimas de incendios o accidentes de montaña, etc.)¹²⁹. Por ejemplo, para salvar a B de un atropello imprudente A se lanza a salvarle, consiguiéndolo, pero siendo lesionado o

riesgo jurídicamente desaprobado que ha creado el autor, sino otra clase de riesgo, diferente y extraño a aquél». El autor ha creado una situación de necesidad en la que la víctima para poder salvar su vida ha tenido que autolesionarse. Y, en principio, no se deduce de los datos ofertados por la sentencia que la víctima tuviera alternativas mucho mejores ante la desproporción de fuerzas.

Ya puse de manifiesto en (nota 1), pp. 60 ss. la arbitrariedad del TS a la hora de resolver estos supuestos problemáticos, debiendo vincularse las críticas allí desarrolladas con las manifestaciones del presente texto.

¹²⁶ Vid. por todos, HERNÁNDEZ PLASENCIA, (nota 122), p. 244; M. K. MEYER, (nota 64), pp. 159 ss.; ZACZYK, (nota 63), pp. 46 s.

¹²⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, (nota 122), p. 244; JAKOBS, *PG* 2ª, 7/81.

¹²⁸ JAKOBS, *JR* 87, p. 342; TIMPE, (nota 123), p. 33. En contra, JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, pp. 201 s. En sentido crítico con JUANATEY, HERNÁNDEZ PLASENCIA, (nota 122), pp. 246 s.

La doctrina civil maneja un criterio similar para resolver estos supuestos (MICHALSKI, *Jura* 96, p. 395).

¹²⁹ Referencias de la jurisprudencia alemana en FRISCH, (nota 64), p. 473, nota 405 y RUDOLPHI, *SK*, antes de 1/80 y de la austriaca en BURGSTALLER, (nota 63), pp. 112 s.

muerto en dicha acción de salvamento. Esta problemática nos puede servir para entender el fondo material del problema que encierra el supuesto de hecho de la STS de 17 de Septiembre de 1999.

IV.5. *Especial referencia a las acciones arriesgadas de salvamento*

La doctrina mayoritaria en Alemania, en concordancia con lo dicho hasta ahora, considera que las lesiones que sufre el salvador son imputables al que ha creado la situación de necesidad, mientras su actuación se vea motivada por una ponderación correcta atendiendo a los bienes propios puestos en peligro y a la intensidad del peligro corrido en beneficio de otros bienes jurídicos¹³⁰. Si existen «buenas razones» para la intervención, se considera que las lesiones o muerte del salvador o de

El problema es transferible a otros tipos de la parte especial que no exigen un resultado lesivo. Por ejemplo, la solución que se dé al problema de las acciones de salvamento y los criterios que se ofrezcan han de tener relevancia también para la imputación del peligro para la vida o integridad física que exige el tipo de incendio del art. 351 CP.

¹³⁰ V. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht II*, p. 228; DERKSEN, (nota 64), pp. 202 ss.; el mismo, *NJW* 95, p. 241; FRISCH, (nota 64), pp. 472 ss., en el trabajo más extenso sobre esta cuestión; el mismo, *Nishihara-FS*, pp. 66 ss.; JAKOBS, *ZStW* 89, pp. 31 ss., de forma más amplia que la doctrina mayoritaria, extendiendo la imputación incluso a supuestos en los que el salvador actúa de forma irracional pero debido a que sus capacidades psíquicas o volitivas se ven afectadas por la situación de peligro; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 54 IV 4; KÖHLER, *PG*, pp. 196 s.; PUPPE, *NK*, antes de 13/168, 179, mientras el salvador no se autoponga en peligro de forma irracional; la misma, *Jura* 98, p. 30, en el mismo sentido, considera que el que actúa por motivos racionales o dignos de respeto no actúa «libremente»; RUDOLPHI, *JuS* 69, p. 557, cuando la acción de salvamento es fruto de una ponderación de los bienes jurídicos en juego y del grado de peligro que da como resultado que hay que valorar más el fin de salvación que la autopuesta en peligro, apoyándose en la posición del civilista DEUTSCH; el mismo, *SK*, antes de 1/81, mantiene su posición; SCHROEDER, *LK*, 16/182, cuando existe una relación racional entre la autopuesta en peligro y el peligro existente de acuerdo con el tipo y cercanía de la posible lesión, vinculándose a la posición de DEUTSCH y RUDOLPHI; SOWADA, *JZ* 94, *passim*, apoyando las conclusiones de la Jurisprudencia alemana; WEHRLE, *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regressverbot?*, p. 92, nota 28; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, pp. 344 ss., entendiéndose con JAKOBS que también son imputables aquellas acciones de salvamento que no se pueden considerar como racionales, pero que se muestran como comprensibles dadas las circunstancias.

En la reciente sentencia *BGHSt* 39, pp. 322 ss. el TS alemán se ocupa por primera vez extensamente de este asunto desde una perspectiva penal ratificando la posición de la doctrina mayoritaria alemana. Esta sentencia ha motivado multitud de comentarios: ALWART, *NSiZ* 94, p. 84; AMELUNG, *NSiZ* 94, p. 338, criticando la posición anterior de ALWART, ya que su acuerdo con la sentencia es mayor; BERNSMANN/ZIESCHANG, *JuS* 95, *passim* considera que sólo se debe imputar el resultado cuando se intenta salvar a

los salvadores son obra de la persona que ha motivado esa actuación racional de salvamento y no de la víctima, aunque fenomenológicamente parezca que nos encontramos en un supuesto de autolesión. En este caso el sujeto responsable que se autopone en peligro actúa motivado por una situación de necesidad que no es obra suya, sino de un tercero. Por ello esa situación de conflicto y sus consecuencias son imputables al tercero. Es indiferente, también, para la doctrina mayoritaria, si el salvador actúa obligado jurídicamente en virtud de un deber de garante (soldados, bomberos, guías de montaña, etc.) o actúa motivado por una idea de solidaridad¹³¹. Es decir, que tenga o «no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse»¹³². No existe una autolesión atípica si en el momento de llevar a cabo su acción y de acuerdo con los datos que tiene a su alcance el salvador toma una decisión solidaria asumible por el ordenamiento jurídico. Por tanto, los posibles resultados lesivos que sean consecuencia de esa decisión valorada positivamente por el ordenamiento jurídico son sólo imputables al que ha motivado esa decisión. El ordenamiento no puede considerar que ese tipo de acciones es un «asunto propio» del sujeto solidario, cuando se actúa de acuerdo con unos principios generales reconocidos de forma clara por el CP¹³³ (por ejemplo, esta idea de solidaridad es lo único que obliga a tener que aceptar los sacrificios del estado de necesidad¹³⁴).

alguien con el que se tiene tal vínculo estrecho de afectividad que sus bienes jurídicos se conciben como propios y, por tanto, en un sentido más restringido que la doctrina mayoritaria en Alemania y por ello muestra su desacuerdo con el resultado de la sentencia; DERKSEN, *NJW* 95, pp. 240 s., que comparte el resultado de la resolución aunque no la fundamentación; FRISCH, *Nishihara-FS*, pp. 66 ss., de acuerdo con el resultado aunque muy crítico con la fundamentación de la sentencia; GÜNTHER, *StV* 95, pp. 78 ss. también mantiene una posición más restringida que la doctrina alemana mayoritaria y, por ello, no está de acuerdo tampoco con el resultado de la sentencia; MEINDL, *JA* 94, pp. 100 ss. resume la posición del TS alemán rechazando ciertas críticas de ALWART que aquí no interesan directamente; PUPPE, *Jura* 98, p. 30 compartiendo los resultados de la resolución y la posición doctrinal mayoritaria.

¹³¹ DERKSEN, (nota 64), p. 209; FRISCH, (nota 64), pp. 481 ss.; el mismo, *Nishihara-FS*, pp. 80 ss.; JAKOBS, *ZStW* 89, p. 33; PUPPE, *NK*, antes de 13/168; RUDOLPHI, *SK*, antes de 1/81; WOLTER, (nota 130), pp. 345 s.

Resume la discusión sobre este punto, FRISCH, *Nishihara-FS*, pp. 67 s.

¹³² Art. 20.5º CP Sobre estas obligaciones especiales de autoponerse en peligro y sus límites, en profundidad, BALDO LAVILLA, (nota 124), pp. 249 ss.

¹³³ FRISCH, (nota 64), pp. 484 s., se refiere de forma más difusa a que la comunidad valora dichas conductas como valiosas desde un punto de vista ético-social, está interesada en que se emprendan acciones de salvamento racionales y, aunque no obliga a realizar dichas acciones, las desea. Critica este recurso a la ética social, DERKSEN, (nota 64), p. 210. FRISCH, *Nishihara-FS*, pp. 82 s., matiza esta argumentación intentando vincularla más con ciertos principios jurídicos, en la línea del texto.

¹³⁴ BALDO LAVILLA, (nota 124), p. 22 y *passim*, considera que la «solidaridad general intersubjetiva» es una idea rectora fundamental de nuestro sistema normativo. En profundidad sobre esta idea, BALDO LAVILLA, (nota 124), pp. 63 ss.

El tema estaría zanjado si un autor del peso de Roxin no hubiera manifestado una posición contraria a la imputación de las lesiones de los salvadores a la persona que ha causado la situación de peligro que motiva la acción de salvamento. Roxin considera que estas lesiones de los salvadores quedan fuera del alcance del tipo¹³⁵, ya que no se trata más que de la provocación de una autopuesta en peligro libre y voluntaria. Entre los argumentos que desarrolla son destacables los siguientes: el que se autopone en peligro sin ninguna obligación jurídica no debería hacer cargar a otro con las consecuencias de su acción, sobre todo teniendo en cuenta que normalmente éste no puede tener ninguna influencia en su decisión, mientras el que lo hace por desempeñar una profesión que le obliga jurídicamente a realizar la actividad de salvamento (garante de salvamento) ha asumido ese riesgo cuando eligió esa profesión¹³⁶ (con algunas excepciones como los soldados que cumplen el servicio militar¹³⁷). Se trata de un «riesgo profesional» que se acepta con la asunción del rol (al igual que los beneficios, como los salarios que tienen un complemento de peligrosidad), por lo que no se puede ver más que como un «accidente laboral» o un gaje del oficio¹³⁸. Por ello, los daños del auxiliador pueden tener consecuencias civiles-indeemnizatorias pero no penales.

En España, la doctrina se encuentra muy influenciada por la posición de Roxin¹³⁹, aunque la Jurisprudencia siempre ha imputado la

¹³⁵ ROXIN, *PG* 3^a, 11/99 ss., 113 s.; el mismo, *Honig-FS*, pp. 142 s.; el mismo, *Gallas-FS*, pp. 246 ss., todavía no como problema del tipo objetivo sino del «fin de protección de la norma de cuidado»; ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, pp. 140 ss.

De acuerdo, BURGSTALLER, (nota 63), pp. 113 ss.; CRAMER, *Schönke/Schröder* 25^a, 15/157; DONATSCH, (nota 63), pp. 191 s.; OTTO, *NJW* 80, p. 422, argumentando con base en su peculiar visión de la «prohibición de regreso» que tiene su fundamento en la «posibilidad de evitar»; SCHMOLLER, *Triffterer-FS*, p. 255, nota 136, con más referencias de la doctrina austríaca. SCHUMANN, (nota 80), pp. 70 s., nota 2, de acuerdo mientras la situación no se cree de forma dolosa o intencionada.

¹³⁶ DERKSEN, (nota 64), pp. 207 s.

¹³⁷ Esta excepción es utilizada por FRISCH, (nota 64), p. 475, contra la posición de ROXIN. Sobre la misma, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 363 s.

¹³⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, (nota 137), pp. 362 s., defiende este argumento de ROXIN en profundidad. En contra, FRISCH, (nota 64), p. 476, señala como ese argumento no se puede tomar en serio, sobre todo si se lleva hasta las últimas consecuencias. Se trata de un argumento que carece de límites. El delincuente que mata al policía que le persigue en cumplimiento de su deber también podría argumentar que el policía se colocó de forma libre y responsable en una situación de peligro y que ese fue un «riesgo profesional» que había asumido con la asunción de la profesión. Posteriormente insiste en sus críticas en *Nishihara-FS*, p. 81.

¹³⁹ En España se ha sumado de forma expresa a la posición de ROXIN, MARTÍNEZ ESCAMILLA, (nota 137), pp. 362 ss. Otros autores que en lengua española también se han dedicado en profundidad a esta cuestión como CORCOY, (nota 3), pp. 554 ss. y REYES,

muerte de los salvadores sin plantearse siquiera otra posibilidad¹⁴⁰. Sin embargo, la posición de la doctrina no es clara ya que también existe un sector doctrinal que se ha manifestado en sentido contrario¹⁴¹.

En mi opinión, es cierto que no se debe entender que todo resultado que tenga algo que ver con la situación de necesidad es imputable al que la ha creado. Puede ser que el resultado no tenga nada que ver con esa situación de mayor peligro¹⁴². Por ejemplo, imaginémosnos un supuesto en el que un bombero que se acerca a una casa en llamas tropieza con una baldosa de la acera y se cae al suelo sufriendo lesiones. En este caso las lesiones del bombero no son imputables al incendio provocado sino a un riesgo general de la vida como es el andar por una acera (cualquiera puede tropezar y caerse). Lo mismo se puede decir cuando un equipo de salvamento hace una marcha por la montaña para rescatar a un montañero y por el camino uno de sus miembros se tuerce un tobillo o cuando un socorrista de piscina sufre un infarto cuando está nadando hacia una persona que se ahoga. En este sentido algunas matizaciones que han realizado Roxin y autores que se han unido a su posición minoritaria son atendibles¹⁴³. También hay que señalar que los supuestos en los que la situación de necesidad ha sido causada de forma fortuita o alguien ha creado una situación de peligro para sí mismo no son penalmente relevantes, por lo que las posibles lesiones de un salvador como consecuencia de estos hechos tampoco cobran relevancia jurídico-penal. Sólo interesan en principio a efectos de tipicidad las lesiones que son consecuencia de una situación creada delictivamente. Por ello, por ejemplo, no tiene razón Roxin cuando señala que el alpinista que sufre un accidente se ve obligado a no pedir ayuda para que no se le impute la posible lesión de sus salvadores. En este caso no existe la mínima relevancia típica más en la conducta del que ha creado la situación de necesidad. Incluso, en los supuestos en los que la situación de necesidad tiene un origen delictivo, se podría llegar a pensar, como hace Roxin, que el autor del conflicto que quiere remediar lo que ha hecho no quiera pedir ayuda para evitar mayores males y no aumentar así su responsabilidad jurídico-penal. Pero en estos

(nota 64), pp. 360 ss., llegan también a las mismas conclusiones, con argumentos muy parecidos a los de ROXIN.

¹⁴⁰ Vid. a título de ejemplo, STS de 18 de junio de 1962 (Pte. Codesido).

¹⁴¹ CANCIO MELIA, pp. 341 s.; CEREZO MIR, *PG* 6^a, p. 108; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, 2^a ed, p. 501.

¹⁴² FRISCH, (nota 64), pp. 488 ss., en profundidad sobre esta cuestión, aunque desde otro punto de vista más ligado a ponderaciones de tipo constitucional y relacionadas con el papel del resultado dentro de la teoría jurídica del delito.

¹⁴³ En contra también en líneas generales de la argumentación de ROXIN, aunque señalando como en el texto que existen razones atendibles, SCHÜNEMANN, *JA* 75, p. 722.

casos se vería beneficiado, pasara lo que pasara, por la atenuante de arrepentimiento espontáneo o, incluso, se podría entender que existe un desistimiento. Además, aumentaría su probabilidad de poder salvar los bienes jurídicos en peligro e impedir así que se le imputara su lesión. Hay que recordar que el salvador con éxito disminuye los resultados lesivos que se le pueden imputar al autor de la situación de necesidad¹⁴⁴.

Desde mi punto de vista Roxin ha planteado mal el fondo del problema y por ello llega a una conclusión equivocada. Y con él una parte importante de la doctrina. No nos encontramos ante un conflicto de deberes, en el que por un lado existe un deber de solidaridad o un deber profesional y por el otro un «deber de autoprotección», que el legislador haya resuelto a favor de la autoprotección en el caso de los deberes de solidaridad y a favor del cumplimiento de los deberes profesionales en los otros casos¹⁴⁵. Por ello no es extraño que se plante que en los casos en los que se ha resuelto primar el «deber de autoprotección» la «infracción de ese deber» es sólo imputable al que se autopone en peligro porque actúa por motivaciones puramente personales (morales, religiosas, búsqueda de prestigio social como héroe o de una medalla, etc.) y en los casos en los que prima el deber profesional los posibles resultados lesivos que son consecuencia de dicha obligación pueden incluso ser imputados al legislador que es el que ha

¹⁴⁴ RUDOLPHI, *SK*, antes de 1/81; WOLTER, (nota 130), p. 345; *BGHSt* 39, pp. 322 ss., que utiliza esta idea como argumento central para imputar la muerte de un salvador. Crítico con esta argumentación del BGH, FRISCH, *Nishihara-FS*, pp. 73 s.

¹⁴⁵ SCHÜNEMANN, *JA* 75, p. 722, también considera que esta es la cuestión de fondo y por eso considera que hay que excluir la imputación de las lesiones o muertes del salvador cuando no existe un deber general de solidaridad porque existen ciertos riesgos que hacen inexigible dicha obligación, como señalan, por ejemplo, los arts. 195 y 450 CP De acuerdo con SCHÜNEMANN, CRAMER, *Schönke/Schröder* 25ª, 15/156; MAURACH/GÖSSEL, *PG* 7ª, 43/73. SCHÜNEMANN considera que en estos casos el salvamento obedece a una «satisfacción particular». Sin embargo, el que internamente el salvador sienta esa «satisfacción particular» no excluye que esa satisfacción coincida con una actuación asumible por el ordenamiento como racional en ese caso concreto. El hecho de que el agente salvador pueda protegerse a sí mismo sólo con apartarse de la fuente de peligro o que en ese caso concreto su motivación está determinada por razones morales individuales no convierte sin más lo razonable en «irracional» de acuerdo con un juicio general.

En contra de P. FRISCH, (nota 63), p. 151, considero que es cierto que los obligados jurídicamente renuncian a su autoprotección en beneficio de una utilidad mayor, pero ello pueden hacerlo también los no obligados jurídicamente. En la medida que así lo hagan, las lesiones de sus bienes jurídicos como consecuencia de la acción de salvamento son imputables al que ha creado la situación de necesidad.

Otros autores que comparten las conclusiones a las que se llega en este trabajo también parten, equivocadamente a mi entender, de la existencia de una colisión de deberes: MAURACH/GÖSSEL, *PG* 7ª, 43/73; RUDOLPHI, *SK*, antes de 1/80.

tomado la decisión y obliga a autoponerse en peligro. En este último caso existe una «coacción jurídica» que según Roxin hace que la decisión no se pueda calificar como libre¹⁴⁶. Aunque en tiempos más recientes considera que más que una «autoría mediata del legislador» existe una decisión libre y voluntaria previamente tomada por el profesional de afrontar ese tipo de riesgos, ya que esa falta de libertad de los especialmente obligados (garantes) había sido utilizada por los defensores de la posición contraria, partidaria de imputar el resultado, para argumentar que estas autopuestas en peligro no eran ni libres ni responsables. Además, también se había objetado a esta argumentación de Roxin que el legislador tiene que cumplir su papel de arbitrar y organizar formas de controlar situaciones de peligro, pero eso no significa que se le pueda imputar a él la creación del riesgo¹⁴⁷. Esos deberes siempre obedecen a la protección de intereses preponderantes desde un punto de vista general. El fondo del problema, por el contrario, es el ya referido anteriormente: el que de forma antijurídica crea un estado de necesidad en el que bienes jurídicos se encuentran en peligro responde de todos los costes y sacrificios necesarios para resolver dicho estado de necesidad. Y si alguien se «comporta bien» si lesiona a un tercero para salvar la vida de otro ciudadano, igualmente se «comporta bien» si se lesiona a sí mismo para salvar la vida de un conciudadano. Para valorar si en el caso concreto la actuación de salvamento es «racional» y atendible para el ordenamiento jurídico no se deben tener en cuenta sólo la entidad de los bienes jurídicos que se quieren salvar y que se quieren poner en peligro, sino también el grado de peligro y los factores de riesgo concurrentes (capacitación para sortear la situación de peligro, experiencia, medios de que se dispone, etc.). El art. 20.5º sólo exige que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Así, puede ser razonable en un determinado supuesto correr el peligro de sufrir una lesión leve que no precise tratamiento quirúrgico para salvar todo el patrimonio personal que ha costado años de trabajo o la única copia de una tesis doctoral casi finalizada. Aunque en general el bien jurídico salud tenga un mayor valor que el bien jurídico patrimonio, la pérdida de años de trabajo se puede considerar un mal mayor que una herida que sólo va a molestar unos cuantos días. Por esa razón, por ejemplo, no se le puede imputar el resultado lesivo que ha sufrido el salvador al que ha creado el riesgo de forma antijurídica en casos como los siguientes:

¹⁴⁶ De acuerdo en el planteamiento, aunque lo utilicen para llegar a una solución contraria: FRISCH, (nota 64), pp. 475, 487; MAURACH/GÖSSEL, *PG* 7ª, 43/73; RUDOLPHI, *SK*, antes de 1/80, con más referencias; SOWADA, *JZ* 94, p. 665; WOLTER, (nota 130), p. 345.

¹⁴⁷ DERKSEN, (nota 64), pp. 208 s.; JAKOBS, *ZStW* 89, pp. 15 s., nota 56 (1), 31; SOWADA, *JZ* 94, p. 665.

a) El bien o interés que se pretende salvar o preservar carece de relevancia jurídica o tiene un considerable menor valor que el que se sacrifica o pone en peligro¹⁴⁸. Así, por ejemplo, sucede en el conocido caso alemán del «médico con viruela». En este caso un médico que padecía viruela contagia imprudentemente esta enfermedad a otras personas que son puestas en cuarentena. El capellán de la clínica contrae la enfermedad al asistir espiritualmente a los enfermos que se encuentran en cuarentena. El TS alemán¹⁴⁹ condenó al médico y le imputó también el contagio del capellán. Pero en este caso la «salvación de almas» no es un bien que se pueda tener en cuenta a efectos de ponderación de intereses en el marco de un Estado laico en el que las cuestiones religiosas pertenecen a la esfera privada. Por ello poner en peligro la salud o la vida para «salvar almas» es una autopuesta en peligro atípica¹⁵⁰. Para el ordenamiento no existe una situación de necesidad ni una puesta en peligro de bienes jurídicos. Tampoco se le pueden imputar al tercero los contagios que sufren los familiares cercanos de la víctima del delito por visitarle. En este caso su actuación no tiene nada que ver con el salvamento de la víctima en una situación de necesidad¹⁵¹. Otro ejemplo claro de exclusión de la imputación sería el del periodista que quiere conseguir una exclusiva y se acerca demasiado a un incendio espectacular para conseguir unas instantáneas¹⁵².

b) En caso de bienes jurídicos sin diferencias valorativas relevantes para el ordenamiento jurídico, cuando se crea una mayor situación de peligro o probabilidad de lesión que la que se pretende evitar, teniendo en cuenta los factores de riesgo¹⁵³. En este caso el salvador se ha excedido en la autopuesta en peligro. Por ejemplo, se pone en peligro

¹⁴⁸ Sobre la ponderación de los intereses en juego, JAKOBS, *PG* 2^a, 13/20 ss., en profundidad.

¹⁴⁹ *BGHSt* 17, pp. 359 ss.

¹⁵⁰ De acuerdo en el resultado al que se llega en el texto en este caso y en contra de la resolución de la sentencia *BGHSt* 17, pp. 359 ss., aunque algunos autores desde perspectivas distintas: BINDOKAT, *JZ* 86, p. 422, alegando, de acuerdo con la posición de ROXIN, que se trata de un mero «riesgo profesional» que se ha asumido; CORCOY BIDA-SOLO, (nota 3), p. 557; FIEDLER, (nota 63), pp. 186 ss.; P. FRISCH, (nota 63), p. 152, porque considera que la actuación del capellán no es necesaria en el tráfico; MARTÍNEZ ESCAMILLA, (nota 137), p. 365; PRITTWITZ, *NJW* 88, p. 2943; ROXIN, *Honig-FS*, p. 143, nota 26; el mismo, *Gallas-FS*, p. 248, nota 23; el mismo, *NSStZ* 84, p. 412; el mismo, *CPC* 89, pp. 762 s.; el mismo, *PG* 3^a, 11/93; ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE, (nota 135), pp. 141 s.; SCHROEDER, *LK*, 16/182; SCHÜNEMANN, *JA* 75, p. 721.

En sentido contrario al texto, RUDOLPHI, *Jus* 69, p. 557, que sólo se fija en el hecho de que el capellán cumple un deber estatal de asistencia religiosa.

FRISCH, (nota 64), p. 493, plantea sus dudas sobre la corrección de la sentencia.

¹⁵¹ En sentido contrario, P. FRISCH, (nota 63), pp. 152 s.

¹⁵² MAURACH/GÖSSEL, *PG* 7^a, 43/73; SOWADA, *JZ* 94, p. 667.

¹⁵³ JAKOBS, *PG* 2^a, 13/30, en profundidad.

concreto la propia vida para solventar una situación de peligro abstracto. De todas maneras es preciso señalar que en los casos más normales el conflicto se plantea entre una producción segura de un mal y una autopuesta en peligro (mal probable o incierto).

c) También existe un exceso cuando resulta irracional la autopuesta en peligro debido a la escasa importancia del bien que está en peligro (bienes patrimoniales de escasa cuantía) en relación a los bienes jurídicos que se (auto)ponen en peligro (vida, integridad física)¹⁵⁴. Evidentemente, sacrificar un bien jurídico para salvar otro de menor entidad jurídica es siempre algo «irracional» de acuerdo con un juicio general. Pueden existir buenas razones individuales o sentimentales (por ejemplo, salvar el único recuerdo del padre fallecido), pero esas razones no son suficientes para imputarle a un tercero los costes o sacrificios de la situación conflictiva¹⁵⁵. En estos casos se emplean bienes propios de forma «racionalmente excesiva» de acuerdo con un juicio general.

d) Cuando el salvador no se ha enfrentado de forma razonable al peligro o no ha adoptado un mínimo de medidas de seguridad, de acuerdo a su formación y la situación concreta en la que ha actuado¹⁵⁶. Por ejemplo, un bombero omite las medidas elementales de precaución frente a un incendio. O un médico, al tratar a un paciente al que se le ha contagiado una enfermedad delictivamente, contrae la enfermedad por no adoptar las medidas profilácticas adecuadas. O el conductor de la ambulancia conduce a una velocidad a la que le es imposible controlar la ambulancia. En estos casos la reducción de posibilidades no tiene un origen delictivo, sino que es incumbencia del salvador. La razón determinante de estas autopuestas en peligro ejemplificadas tal y como se desarrollan no se encuentra en el comportamiento defectuoso del tercero sino en el del «buen samaritano». Por el contrario, alguien puede haberse comportado de forma razonable aunque no haya alcanzado a darse cuenta de todo el peligro que encerraba su acción o de que tenía otras posibilidades de actuación debido a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. En este caso la lesión es imputable al creador de la situación de necesidad. Lo decisivo, pues, es que la persona que se autopone en peligro no haya sido «imprudente».

e) Cuando la situación de necesidad podía ser resuelta por medios más seguros o por los medios que la sociedad ha dispuesto para ese tipo

¹⁵⁴ RUDOLPHI, *JuS* 69, p. 557.

¹⁵⁵ De acuerdo, FRISCH, (nota 64), p. 485 y *Nishihara-FS*, p. 85, en contra de AMELUNG, JAKOBS y WOLTER; SOWADA, *JZ* 94, pp. 666 ss.

¹⁵⁶ BINDING, (nota 122), p. 617; REYES, (nota 64), p. 368; WOLTER, (nota 130), p. 345. En un sentido similar, SOWADA, *JZ* 94, pp. 666 s., aunque sólo en supuestos que se puedan equiparar a una imprudencia grave.

de situaciones. Por ejemplo, un particular emprende una acción de salvamento en un incendio cuando los bomberos ya se han hecho cargo de la situación. O una ambulancia vuelca al ser transportado un herido en condiciones más peligrosas de lo necesario, lesionándose el conductor de la ambulancia¹⁵⁷. En este caso la lesión no proviene de forma necesaria de la situación de conflicto creada por el tercero sino de otras razones. Así, a pesar de lo comprensible que pueda resultar que un cónyuge quiera acompañar al otro en el padecimiento de su enfermedad infecto-contagiosa, esa autopuesta en peligro es sólo incumbencia del que la protagoniza¹⁵⁸, siempre y cuando no resulte necesario para la salvación del enfermo (por ejemplo, falta personal sanitario suficiente para una atención correcta).

Estas ideas se pueden trasladar al caso que es objeto de análisis en este comentario. Si se comparten los criterios de solución expuestos para estas situaciones conflictivas, resulta mucho más evidente su aplicación a casos como los de la STS de 17 de Septiembre de 1999 en las que no se trata de actuar en una situación de necesidad en beneficio de bienes jurídicos ajenos sino de bienes jurídicos propios. A estos casos, incluso, no les afectan las objeciones del sector doctrinal capitaneado por Roxin que definen los casos de acciones arriesgadas de salvamento como autolesiones o autopuestas en peligro en sentido material. Estas objeciones tienen que ver con acciones arriesgadas para salvar bienes jurídicos ajenos pero no afectan a lo que podemos denominar acciones arriesgadas para salvar la propia vida o la propia salud.

IV.6. Conclusiones provisionales

El principio de autorresponsabilidad o autonomía es un filtro normativo relevante con relación al ámbito de protección o alcance del tipo de acuerdo con una interpretación sistemática de los tipos que tenga en cuenta los principios generales de nuestro ordenamiento

¹⁵⁷ ROXIN, *CPC* 89, p. 762, argumenta en el caso ya visto del «contagio de viruela» (*BGHSt* 17, pp. 359 ss.) que la autopuesta en peligro del capellán de la clínica no es imputable al enfermo porque el capellán «podría haber contactado con los enfermos de una forma menos peligrosa». Coincide en esta razón para excluir la imputación, CORCOY BIDASOLO, (nota 3), p. 557.

¹⁵⁸ En este ejemplo se puede apreciar como la «previsibilidad» o lo «estadísticamente frecuente o normal» no tiene nada que ver con la resolución de estos problemas.

ROXIN, *CPC* 89, p. 763, con respecto al «caso del contagio de viruela» señala que «es muy laudable éticamente, por cierto, que el cura no haya evadido ningún peligro para consolar a los enfermos, pero tal heroísmo es una cuestión de conciencia personal y no una causa para gravar a otros con penas».

jurídico¹⁵⁹. Por ello el principio de autorresponsabilidad tiene efectos en el ámbito del tipo aunque la víctima no haya asumido o querido el resultado pero éste sea fruto de una decisión libre y responsable en la que no ha intervenido de forma ilegítima un tercero. Al mismo tiempo, desde el punto de vista del principio de autonomía es indiferente si alguien quiere realizar un hecho en solitario, quiere realizarlo conjuntamente con otros o quiere delegar su realización en terceros. La influencia de este principio en la teoría de la imputación jurídico-penal no puede depender de criterios causales o naturalísticos.

El alcance dogmático del principio de autorresponsabilidad depende de que se lo entienda de forma más o menos psicologicista (García Álvarez) o normativa (Cancio, Tamarit). En este trabajo se ha defendido una determinación normativa de la responsabilidad de la persona lesionada:

- por un lado, no sólo son relevantes para determinar las lindes de los tipos las autolesiones conscientes sino también las imprudencias con los propios bienes jurídicos;
- por otro lado, no toda autolesión o autopuesta en peligro consciente impide la imputación del resultado a una persona distinta de la lesionada como sucede en los supuestos de «acciones arriesgadas de salvamento» (de bienes jurídicos ajenos o propios).

Es preciso desarrollar una teoría normativa de la autorresponsabilidad al igual que la doctrina defiende, con más o menos matices, una teoría normativa del delito o de la culpabilidad.

V. Análisis crítico de la STS de 17 de septiembre de 1999

De acuerdo con la argumentación anterior no parece evidente que se pueda calificar el supuesto de hecho como una autopuesta en peligro ya que teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes la víctima ni interviene en la situación peligrosa por una decisión libre ni se expone

¹⁵⁹ ROXIN, *CPC* 89, pp. 761 ss.

LARRAURI PLOAN, *ADP* 88, p. 761, adopta el «principio de la autonomía de la víctima» como un principio a tener en cuenta a la hora de determinar el ámbito de protección de la norma penal aunque sin mayores fundamentaciones. CARBONELL MATEU, *CPC* 91, pp. 664, 671 y *passim*; el mismo, *CJ* n° 10, p. 28, ha señalado como el libre desarrollo de la personalidad «es el valor superior del ordenamiento jurídico, fundamento del orden político y de la paz social, y ha de incidir en el Derecho penal como criterio de interpretación de las normas», determinando el «fin de protección de la norma penal».

voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro. Sin embargo, es preciso diferenciar dos momentos en el relato de hechos probados que se merecen una valoración distinta.

La sentencia argumenta en un primer momento que la lesión «se ha producido porque el perjudicado se ha introducido por propia decisión en la situación peligrosa que él mismo provocó con su primera agresión. En efecto, es la víctima la que, con su comportamiento anterior (golpe propinado al acusado), provocó que éste cogiera una silla de plástico, que podía ser considerada peligrosa para aquélla». En esta argumentación podemos apreciar los peligros de las consideraciones victimológicas, aunque la sentencia no recurra a ellas, que parten del delito como un fenómeno en el que la víctima ostenta una cierta relevancia causal, descubriendo que la víctima desempeña en casos como éste un papel activo en la génesis del hecho criminal al provocar el comportamiento delictivo. De acuerdo con consideraciones puramente victimológicas o empíricas es cierto que en este caso la víctima ejerce en primer lugar violencia física o, lo que es lo mismo, no es un sujeto pasivo casual. Los impulsos internos o motivos que empujan a Federico Roldán hacia el delito se ven reforzados o más bien provocados por los estímulos procedentes de la víctima. Sin embargo, ello no es suficiente para dejar al agresor desprotegido. Ello sólo sería posible en el marco de nuestro ordenamiento jurídico si se dieran los requisitos de la legítima defensa. Pero la reacción de Federico Roldán se produce cuando la agresión ya ha cesado y no parece que haya que temer una nueva agresión. El recurrente es en ese momento una víctima (después se cambian los papeles), pero ello no legitima su posterior agresión.

Por otro lado, su agresor no ha creado un riesgo para sí mismo de forma imprudente, sino que ha realizado un comportamiento antijurídico que puede motivar una reacción agresiva en la persona agredida. Pero ello no debe tener más consecuencias normativas que retirarles la posibilidad de defenderse en legítima defensa si se considera que existe una provocación suficiente (art. 20.4º.Tercero CP)¹⁶⁰.

Esta primera parte de los hechos probados carece, pues, de relevancia para calificar el hecho como una autopuesta en peligro. Al igual que sucede en el marco de la teoría jurídica del delito no se debe confundir co-ejecución del hecho con provocación del hecho. Creo que no es preciso realizar mayores consideraciones al respecto, sirviendo este caso

¹⁶⁰ Como señala ROXIN, *PG* 3ª, 14/22, el que la víctima que provoca el ataque culpablemente tenga sus posibilidades limitadas o no pueda defenderse depende de consideraciones estrictamente normativas relacionadas con el fundamento de la legítima defensa como causa de justificación.

como un buen ejemplo de los peligros que encierran las consideraciones demasiado vinculadas a la victimología.

Más complejo resulta el segundo apartado de la argumentación donde se considera que «es por propia decisión que la víctima comienza el forcejeo que determinó su caída, continuando de esa manera en la situación peligrosa. A ello se debe agregar que la previa provocación excluía el derecho a la legítima defensa del perjudicado, quien, en todo caso, hubiera debido eludir la respuesta del otro por cualquier medio que no fuera el de responder a la agresión provocada mediante una reacción defensiva contra el acusado». Asumiendo que la persona lesionada ya no tuviera la posibilidad de recurrir a la legítima defensa por la previa provocación, aquí no se trata de que ésta cree un riesgo para los bienes jurídicos del agresor sino que lo crea para sí mismo. Es decir, ante una situación de necesidad en la que observa como va a sufrir un ataque contra sus bienes jurídicos decide ponerlos en peligro en un forcejeo para evitar males mayores (la lesión). El problema normativo no es si un tercero tiene el deber de tolerar o soportar que se pongan en peligro sus bienes sino si la autopuesta en peligro se puede entender como una salida racional ante la lesión inminente de los bienes jurídicos del mismo titular.

Evidentemente, se trataría de una autolesión si existiera alguna alternativa mejor para solventar esa situación al alcance de Francisco Manuel Herencia. La sentencia dice que el perjudicado «hubiera debido eludir la respuesta del otro por cualquier medio que no fuera el de responder a la agresión provocada mediante una reacción defensiva». Pero de los hechos probados de la sentencia no se deduce que fuera más seguro para sus bienes jurídicos salir corriendo que asir el instrumento de la agresión (la silla de plástico) para evitar el ataque inminente. Es preciso tener en cuenta que Federico Roldán ya estaba de pie y había cogido la silla, lo cual limitaba las posibilidades de éxito de la huida. Cuestión distinta sería que el recurrente se encontrara todavía en el suelo.

Se echa de menos, de todas maneras, un mayor tratamiento de la situación para poder calificar el hecho como una autopuesta en peligro. Esta es la principal crítica que cabe hacerle a esta breve sentencia. Parece, sin embargo, que la salida de la huida no se presentaba como una solución más razonable en esa situación. No se debe olvidar que aquí no se trata de poner en peligro bienes jurídicos ajenos para salvar los propios sino de poner en peligro bienes propios para evitar su lesión. Y aunque la situación de necesidad había sido provocada por la víctima (no intencionadamente) era el condenado recurrente el que la estaba creando. No parece, pues, evidente el recurso a una autolesión o autopuesta en peligro. La víctima había sido privada ilegitimamente de posibilidades

de decisión. Se pretende evitar una muy probable lesión que tiene su origen en un ataque (no justificado) de una tercera persona buscando una salida menos peligrosa para los mismos bienes jurídicos y no hay evidencias de que la situación de necesidad pudiera ser resuelta por medios más seguros (la huida).

Por tanto, no existe una autopuesta en peligro en sentido material si tenemos en cuenta el contexto de dicha autopuesta en peligro. La lesión es objetivamente imputable al recurrente y habría que haber analizado en la sentencia si en las extrañas circunstancias que se produjo la lesión ésta era imputable a título de imprudencia grave o de imprudencia leve como solicitaba el recurso ¹⁶¹.

VI. ¿Alcance del tipo como criterio útil en la práctica?

El criterio del alcance del tipo, desgajado del criterio del fin de protección de la norma, entendida como norma de cuidado ¹⁶², se ocupa de ciertas cuestiones que tienen que ver con la delimitación del alcance del tipo objetivo o con los requisitos y límites objetivos de ciertas figuras de la parte especial o de ciertos grupos de tipos como, por ejemplo, los tipos puros de resultado lesivo (homicidio, lesiones, aborto, daños, etc.). Nuestra jurisprudencia sigue tratando de forma unificada ambos criterios. Por ejemplo, en la STS de 29 de Mayo de 1999 ante el problema de un puñetazo que acaba en muerte por ser la víctima un enfermo de SIDA se

¹⁶¹ Por las mismas razones, considero equivocada la STS de 30 de diciembre de 1996 (cfr. supra nota 125 y —nota 1—, pp. 60 ss.) que consideró que la autopuesta en peligro de una mujer agredida por su marido quedaba fuera del ámbito de protección de la norma.

¹⁶² Un sector importante en el seno de la teoría de la imputación objetiva ha diferenciado conceptualmente el fin o ámbito de protección de la norma de cuidado del criterio del alcance o fin de protección del tipo penal. Vid. por ejemplo, BURGSTALLER, (nota 63), pp. 96 ss., en relación con pp. 105 ss., con el que muestra su acuerdo HERZBERG, *Verantwortung*, pp. 175 s., nota 53; FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 35), *passim*; MARTÍNEZ ESCAMILLA, (nota 137), pp. 268 ss., 341 ss.; ROXIN, *Gallas-FS*, pp. 242 s., apunta ya una solución en este sentido que corrobora en *PG* 3^a, 11/75, con nota 142; WOLTER, (nota 130), pp. 341 ss., con el que FRISCH, (nota 64), p. 82, nota 55, muestra su conformidad. El criterio del fin de protección de la norma de cuidado es un criterio que sirve para determinar si el riesgo creado o no evitado imprudentemente se ha realizado en el resultado, sirviendo como criterio de ayuda el juicio hipotético mediante una conducta alternativa adecuada a Derecho, ya que sólo se debe evitar lo que se puede evitar. En profundidad, FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 35), pp. 264 ss. El criterio del fin de protección de la norma también puede ser útil para determinar si el riesgo creado o no evitado dolosamente se ha realizado en el resultado si se comparte una visión normativa del dolo. Mediante este criterio se resolverían los mal denominados supuestos de desviaciones del curso causal.

argumenta que «es claro que la muerte no aparece en este caso como la concreción de los efectos del sida, ni como una mera variante de ellos, sino como la realización del peligro implícito en el puñetazo que recibió el occiso; es evidente que la víctima no murió a causa del sida. Esta conclusión puede ser fundamentada también desde el ámbito de protección de la norma, dado que las normas que protegen la integridad corporal y la vida no dejan fuera de protección, respecto de los peligros provenientes de agresiones, a los que padecen tal enfermedad». En este caso es evidente que se está haciendo referencia al alcance objetivo del tipo y la argumentación es tan relevante para los supuestos de responsabilidad dolosa como imprudente. En otras ocasiones como la STS de 30 de Mayo de 1988 del mismo ponente cuando se hace referencia al fin de protección de la norma se hace referencia exclusiva a la norma de cuidado como un problema específico del delito imprudente.

Desde una perspectiva práctica es indiferente considerar el alcance del tipo como un tercer escalón de imputación objetiva después de la exigencia de la creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado¹⁶³ y la realización o concreción de dicho riesgo en el resultado o entender que es precisamente el alcance del tipo el que exige una relación causal que se pueda definir como creación de un riesgo que se realiza en el resultado. Lo cierto es que existen una serie de criterios objetivos que permiten una interpretación teleológico-restrictiva del tipo y que afectan no sólo a la imputación del resultado (lo que algunos autores denominan imputación objetiva *strictu sensu*) sino también a la imputación del riesgo (lo que algunos autores denominan imputación del comportamiento o de la conducta o imputación objetiva en sentido amplio).

Este criterio precisa mayores concreciones y en su seno se han desarrollado sobre todo dos criterios que sirven para restringir una concepción puramente causal del tipo:

- La delimitación de ámbitos de organización y competencia, que se encuentra estrechamente vinculada a la tradicional teoría de las posiciones de garantía (delimitación jurídica de ámbitos de decisión y responsabilidad)¹⁶⁴. Las dudas se suscitan sobre si la existencia de una estricta diferenciación social de ámbitos de

¹⁶³ Es decir, de un riesgo creado dolosa o imprudentemente, teniendo en cuenta para determinar la existencia de dolo o imprudencia criterios normativos como la previsibilidad objetiva, el riesgo permitido o el principio de confianza que tienen que ver con la imputación personal del hecho típico. Por ejemplo, la persona que se sube a un vagón de metro teniendo la gripe y que por su carácter misántropo quiere que el máximo número de personas se acabe contagiando no crea un riesgo jurídico-penalmente desaprobado.

¹⁶⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 35), pp. 37 ss.

competencia (rol social) puede tener alguna influencia en la tipicidad cuando se crea un riesgo dolosamente¹⁶⁵. Es altamente dudoso que una constatación fáctico-social determine necesariamente la valoración normativa, aunque se pueda asumir que la existencia de fuertes límites competenciales en un determinado ámbito social puede servir como criterio de ayuda para definir jurídico-penalmente una conducta.

- Estrechamente relacionado con este principio se encuentra el principio de autorresponsabilidad que tiene como consecuencia, por ejemplo, la competencia preferente del titular del bien jurídico con respecto a la indemnidad del mismo (competencia de la víctima). El principio de autorresponsabilidad, como principio general del Derecho, tiene su influencia en diversos aspectos de la teoría del tipo. Por ejemplo, permite otorgarle un fundamento al principio de confianza¹⁶⁶, tiene una influencia insuficientemente reconocida en la teoría de la autoría y la participación sobre todo en la idea de accesoriedad y en la doctrina de la autoría mediata¹⁶⁷ y en el ámbito del tipo objetivo sirve para determinar la imputación del hecho al titular del bien jurídico afectado definiendo un comportamiento como autolesión o autopuesta en peligro —es decir, no hay injusto—.

El criterio del alcance del tipo que es un criterio a través del cual se canaliza una interpretación teleológica de la parte especial se puede extender a otros ámbitos. Por ejemplo, teniendo en cuenta que ciertos delitos como la estafa, las amenazas condicionales (o coacciones mediante *vis compulsiva*) o los delitos realizados por intimidación (violación, robo,

¹⁶⁵ Esto tiene que ver con la polémica que ha desatado JAKOBS con respecto a lo que él denomina «conocimientos especiales» (*Armin Kaufmann-GS, passim*; PG 2^a, 7/49 ss.; —nota 108—, pp. 136 ss. LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, pp. 257 ss.). Aquí no puede ser desarrollada esta cuestión, aunque cabe rechazar la propuesta de este autor en general. No cabe negar que tenga razón en supuestos de clara delimitación de ámbitos de responsabilidad, pero ello no sucede en todos los ejemplos que propone. Vid. mis críticas a este apartado de la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS en Los fundamentos dogmáticos de la moderna normativización de la tipicidad en el Derecho penal. Estudio crítico sobre la evolución histórico-dogmática de la «teoría de la imputación objetiva».

¹⁶⁶ FELJÓO SÁNCHEZ, (nota 35), pp. 225 ss. y RDPC 99, en prensa.

¹⁶⁷ Por ello es posible responder no accesoriamente «saltando» la imputación por encima del hombre de delante si éste no actúa responsablemente. El principio de accesoriedad es un principio garantista para los partícipes que regula los requisitos normativos para imputarle a una persona un hecho a través de otro que infringe la norma penal de forma responsable (a diferencia de lo que sucede en los casos de autoría mediata). A partir de este principio se puede desarrollar una teoría del «dominio normativo del hecho» en el marco de una teoría normativa del tipo. Cfr. FELJÓO SÁNCHEZ, (nota 59).

extorsión, etc.) son supuestos de autorías mediatas o de «instrumentalizaciones» específicamente tipificadas¹⁶⁸. Por ello es tan importante, como ha destacado la victimodogmática desde una perspectiva menos normativa, el comportamiento del titular del bien jurídico protegido a efectos de delimitar el alcance del tipo. Con esta perspectiva se abre una determinada interpretación teleológica de estos tipos y de la delimitación de sus contornos (por ejemplo, la posibilidad de distinguir materialmente entre amenazas y coacciones o entre el delito de estafa y el delito de hurto por autoría mediata¹⁶⁹). Esta cuestión sólo puede ser apuntada aquí ya que precisa un desarrollo monográfico¹⁷⁰. Se abre así una línea interpretativa interesante para delitos en los que se tipifica la creación de situaciones en las que el titular del bien jurídico protegido tiene que renunciar razonablemente a algún derecho individual (robo, violación, extorsión, etc.). Por ejemplo, en una línea iniciada por Gimbernat Ordeig, se puede

¹⁶⁸ Por ejemplo, en la estafa el autor engaña a alguien (perjudicado o no) para que le entregue algo. Cfr. BGH NJW 81, pp. 1744 s., con comentario de TIEDEMANN, JR 81, pp. 470 ss., con referencia al § 264; FRISCH, (nota 64), pp. 163, 216 s.; JAKOBS, PG 2^a, 21/80; KINDHÄUSER, ZStW 103, p. 402; KRATZSCH, *Oehler-FS*, pp. 73 s.

O en las amenazas condicionales o supuestos de *vis compulsiva* existe una autolección de la libertad como salida racional a una situación de necesidad. Cfr. TIMPE, (nota 123), pp. 31 ss.

¹⁶⁹ Como han señalado KINDHÄUSER, ZStW 103, pp. 407 ss. y anteriormente en España BAJO FERNÁNDEZ, PE 2^a (1993), p. 284, se debe tener en cuenta que el delito de estafa protege el patrimonio mediante la protección de la libertad de disposición. La conducta tipificada en el delito de estafa tiene su fundamento material en que el autor manipula la libertad de disposición patrimonial de alguien (bien en su perjuicio o en perjuicio de un tercero de cuyo patrimonio puede disponer). El hombre de atrás se aprovecha de una decisión que no se puede calificar como libre ya que el hombre de delante decide disponer de algo en virtud de una visión errónea de la realidad que es imputable a dicho hombre de atrás.

¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, (nota 19), pp. 199 s., que por tanto tiene razón al señalar que la doctrina de la imputación objetiva muestra así su capacidad para integrar postulados victimodogmáticos, con el que muestra su acuerdo DE VICENTE REMESAL, (nota 87), pp. 191 ss.; TAMARIT SUMALLA, pp. 186 ss. con respecto a la estafa, que señala como «nos encontramos ante una cuestión de determinación del alcance del tipo a partir de la delimitación de las esferas de responsabilidad de los diversos sujetos intervinientes» (p. 189) y pp. 194 ss. con respecto a la intimidación en los delitos sexuales y las amenazas.

En el ámbito de la estafa cabe resaltar los siguientes trabajos desde una perspectiva victimodogmática que aquí no se comparte: AMELUNG, GA 77, pp. 1 ss.; ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*; R. HASSEMER, (nota 86); KURTH, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*; DEL TUFO, (nota 87), en sentido crítico con la victimodogmática. Sobre estas cuestiones, SERRANO MAILLO, (nota 87), pp. 261 ss. y TAMARIT SUMALLA, pp. 172 ss. En sentido crítico con las posiciones de AMELUNG, R. HASSEMER y ELLMER, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, CPC 93, pp. 532 ss.

Por ejemplo, en algunos supuestos de amenazas condicionales no se exige la lesión del bien jurídico, con lo cual bastaría la tentativa idónea de instrumentalización. Ello demuestra que la teoría de la imputación objetiva no es sólo una teoría de los tipos de resultado lesivo.

señalar que existirá una agresión sexual del art. 178 o del art. 179 CP cuando una persona, ante la falta de alternativas racionales, accede a mantener un contacto sexual para evitar algún mal que objetivamente se puede entender de igual o mayor entidad. Es decir, el tradicional juicio normativo de adecuación o idoneidad en determinados delitos realizados con engaño o intimidación no es un juicio sobre la causalidad adecuada, sino sobre la instrumentalización adecuada o idónea teniendo en cuenta los contextos de interacción.

No es posible en un comentario de estas características avanzar en las reflexiones sobre las posibilidades de este criterio o de la revalorización del tipo objetivo protagonizada por la teoría de la imputación objetiva. Espero que al menos con estas reflexiones se haya evidenciado que la mera referencia a que un hecho o un resultado quede dentro o fuera del fin o ámbito de protección de la norma —como tercer criterio de imputación objetiva utilizado por nuestro TS— resulta una argumentación insuficiente si no existe una previa doctrina asentada. Y en estos casos de autopuestas en peligro o autolesiones motivadas por situaciones de necesidad creadas por terceros todavía no existe una suficiente claridad conceptual ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Este comentario a la interesantísima STS de 17 de Septiembre de 1999 sólo ha pretendido ser una pequeña contribución en este sentido intentando aportar una visión global y sistemática de un problema que seguirá dando muchos quebraderos de cabeza a nuestros órganos de justicia.