

VÍCTIMAS CULPABLES: ¿VICTIMODOGMÁTICA, DOGMÁTICA PENAL O INTUICIÓN?

M^a DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO*

Fecha de recepción: 29/06/2014

Fecha de aprobación: 01/09/2014

RESUMEN: El trabajo se ocupa de la debatida cuestión en torno a la relevancia del comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor. Tras delimitar los distintos supuestos que pueden presentarse en la práctica, se adopta como punto de partida el rendimiento en esta materia de los criterios de imputación objetiva, si bien advirtiéndose acerca de determinadas tergiversaciones en su aplicación que explican la diversidad de soluciones. Una última parte del trabajo se ocupa de analizar y valorar algunas muestras de la relevancia de la actuación de la víctima en determinados tipos de la Parte Especial, así como de ciertas interpretaciones que la jurisprudencia realiza de distintos delitos en clave victimodogmática.

PALABRAS CLAVE: victimodogmática, criterios de imputación objetiva, autopuestas en peligro, heteropuestas en peligro, reacción de la víctima frente a la conducta de un tercero, principio de autorresponsabilidad.

ABSTRACT: *The work treats on the controversial question of the relevancy of the conduct of the victim in the determination of the penal responsibility of the author of the crime. The document distinguishes the cases that can arise in practice and adopts the objective imputation criteria a starting point of solution. But in addition, the study warns about certain misrepresentations in the application of this principles that explains the diversity of the doctrinal conclusions in the matter. The last part of the contribution deals with the analysis and valuation of some crimes that pay their attention on the behavior of the victim, as well as on some jurisprudential interpretations elaborated from the perspective of the theory of the victim.*

* Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Sevilla.

KEYWORD: *victimodogmática, criteria of objective imputation, self-endangered, endangered by an a third, reaction of the victim against the conduct of a third party, principle of self-responsibility.*

SUMARIO: I. De la victimo-dogmática a la dogmática de la víctima.- II. Delimitación del problema y aproximación a las bases de su solución.- III. El análisis del comportamiento de la víctima a la luz de los criterios de imputación objetiva.- IV. El rendimiento del recurso a los criterios de imputación: ¿una herramienta unívoca?- V. La presencia del recurso a los criterios de imputación en nuestro Derecho positivo como catalizador de la relevancia del papel de la víctima.- VI. ¿Agotan los criterios de imputación objetiva la valoración del comportamiento de la víctima?- VII. Valoración final

I. DE LA VICTIMO-DOGMÁTICA A LA DOGMÁTICA DE LA VÍCTIMA

La formulación de un juicio de responsabilidad penal reclama, como presupuesto básico, la identificación de una acción atribuible a un individuo. De su mano se dibuja la figura del sujeto activo de la conducta típica que lesiona o, en su caso, pone en peligro un interés de titularidad ajena, el perteneciente al sujeto pasivo del delito, quien pasa entonces a considerarse *víctima* de la ofensa.

La simplicidad de las afirmaciones anteriores descansa en un razonamiento bastante lineal; a saber, la perfecta definición de las respectivas posiciones jurídicas del ofensor y del ofendido, correspondiendo a éste un papel eminentemente estático, como estricto receptor del daño. Hace tiempo, sin embargo, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto en tela de juicio la contemplación de los respectivos roles de los sujetos activo y pasivo como compartimentos estanco y, con ello, que sean intercambiables las categorías de sujeto pasivo del daño y víctima del delito. De hecho, la revisión de esa posición ha tenido lugar en los distintos ámbitos en los que puede detectarse una actuación imprudente de la víctima que contribuye a la producción del daño. En primer lugar, habrían de citarse los supuestos de concurrencia de culpas, caracterizados porque la imprudencia de la víctima discurre paralelamente con la de un tercero, de tal modo que es la suma de ambas la que explica el resultado. Para ellos ensayó nuestra jurisprudencia una singular versión de la compensación de culpas, que habría de determinar la degradación o incluso la exclusión de la infracción de la norma de cuidado del autor. El generalizado cuestionamiento doctrinal de esta teoría¹, lejos de supo-

¹ En relación con las críticas vertidas a la doctrina de la compensación de culpas véase, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*

ner la desatención del comportamiento de la víctima, ha dado paso a la proliferación de distintos esfuerzos orientados a conceder relevancia a la actuación de quien sufre el daño². En segundo lugar, el comportamiento de la víctima puede adquirir relevancia en el ámbito de una actuación imprudente realizada de modo conjunto con un tercero, supuestos para los que también nuestra jurisprudencia se ha afanado en delimitar la cuota de responsabilidad que corresponda a aquélla. Bastaría traer a colación el ejemplo de quien participa en una carrera temeraria de motos, resultando lesionado o incluso falleciendo en el accidente³. Por último, habría que mencionar la imprudencia de la víctima en el marco de una actuación dolosa emprendida por un tercero, incluyéndose en tal supuesto los casos de reacción de ésta ante la situación en que se ve envuelta, para los que también, desde hace tiempo, la doctrina y jurisprudencia se han esforzado por conceder relevancia al comportamiento de la víctima⁴.

Madrid, 1992, págs. 303 ss; o SANTANA VEGA, D., para quien la compensación de culpas contradiría la forma de protección que establece el Derecho penal: "por cuanto, no previendo el tipo penal expresamente que la conducta de la víctima ha de minorar la responsabilidad del autor, no puede derivarse tal conclusión en aras de una compensación de culpas, más propia del Derecho civil y que en coherencia con tal afirmación, el Derecho penal circunscribe al ámbito de responsabilidad civil *ex delicto*", "Disponibilidad versus consentimiento en Derecho penal (Sobre la modificación del ámbito de protección jurídico penal originario), en AAVV *Serta, In memoriam*, Alexander Baratta, Salamanca 2004 (ed. Pérez Álvarez), págs. 1146 ss. Véase también TAMARIT SUMALLA, *La víctima en Derecho penal*, Pamplona, 1998, págs. 163 ss; CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, primera edición, Barcelona, 1998; segunda edición aumentada, Bogotá y Barcelona, 2001, págs. 114 ss., con amplias referencias.

² Entre ellos, la autoría y participación o el recurso a los criterios de imputación objetiva. Al respecto, JOSHI JUBERT, U., "Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988)", en *ADPCP 1989*, págs. 731 ss; o ROSO CAÑADILLAS, R., "La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito", en *Poder Judicial*, n^o 46, 1997, págs. 273 ss.

³ De un supuesto de este tipo se ocupó la STS de 25 de septiembre de 1986, que reconoció "la importancia cuantitativa que en el plano causal es susceptible de representar la interferencia culposa del acusado".

⁴ Si bien, de nuevo, buena parte de esos ensayos se consideran hoy día ampliamente superados. Bastaría con citar el recurso a la teoría de la *prohibición de regreso*, orientada a fijar criterios con los que fundamentar la interrupción del nexo causal en el caso de que una actuación imprudente fuera seguida de un comportamiento doloso. De forma crítica, por todos, TORÍO LÓPEZ, A., "Significación dogmática de la 'compensación de culpas' en Derecho penal", en *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 709 ss, señalando, en apoyo de cuanto afirmara CERESO MIR, que en realidad se trata de problemas de imputación objetiva de resultados, y no de causalidad (pág. 713), lo que sucederá cuando se afirme la

Por encima de las soluciones puntuales elaboradas para cada uno de esos casos, hay que convenir en que la irrupción del comportamiento de la víctima en la teoría del delito recibió un decidido impulso de la mano de la llamada construcción *victimodogmática*. Desarrollada en buena medida como intento de superación de las dificultades de las distintas doctrinas inicialmente ensayadas, su clásica formulación toma por base el diseño de ciertos deberes de autotutela que gravarían a la víctima, condicionantes por vía interpretativa del alcance de los tipos penales⁵. El fundamento más extendido⁶ de esta teoría enlaza con los principios inspi-

falta de previsibilidad objetiva del comportamiento del sujeto pasivo (pág. 714, 718 ss.). Por otra parte, añade, en los sistemas que como el español contemplan distintos grados de imprudencia, se tratará de realizar un juicio valorativo, comprensivo de aquellas circunstancias, para determinar el grado de reprochabilidad objetiva del delito imprudente, lo que representa un problema de imputación objetiva (págs. 721 ss). Con carácter general véanse las referencias que ofrece CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 110 ss.

⁵ Puede considerarse como uno de los principales precursores de este principio a SCHÜNEMANN, B., ya en "Der strafrechtliche Schutz vom Privatgeheimnissen", en *ZStW* 1978, págs. 54 ss, donde plantea la presencia de criterios victimológicos en relación con el delito de descubrimiento de secretos, cuya tipificación vendría a confirmar que la relevancia típica de la conducta requiere la superación de las medidas de defensa de la intimidad dispuestas por la víctima. Véase también el mismo autor en *Festschrift für Bockelmann*, München 1979, págs. 117 ss. De forma más reciente, en *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pág. 51 ss, "Sistema de Derecho penal y dogmática", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a Cerezo Mir*, 2002, donde retoma las críticas a la solución del problema en sede de imputación objetiva págs. 159 ss., o en "El papel de la víctima en el sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas", en *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal* (trad. Reyna Alfaro), Lima, 2006, pág. 25 ss. Entre los autores que se desarrollan sus planteamientos desde la perspectiva victimodogmática pueden citarse los clásicos trabajos de AMELUNG, K., "Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug", *GA* 1977 págs. 11 ss o HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in §263 StGB*, Berlin, 1981, 1981, págs. 18 ss.

⁶ Si bien no de modo exclusivo. Así, SCHÜNEMANN, B., argumenta sobre la base de los criterios de merecimiento y necesidad de la intervención penal. En relación con los denominados *delitos de relación*, esto es, aquellos que requieren de una cierta contribución de la víctima del delito –no los de intervención o acometimiento– considera que el papel de la víctima apela a la "lógica de las condiciones detrás de la eficacia intimi-

radores del Derecho penal; de modo especial, con consideraciones relativas al merecimiento y necesidad de pena de la intervención en este orden y, con ello, con su carácter subsidiario y de *ultima ratio* en la resolución de los conflictos⁷.

Es, en efecto, un lugar común entre los partidarios de las posiciones victimodogmáticas la afirmación de que las medidas de protección previstas por el legislador penal deben retroceder cuando la evitación del daño habría sido posible con una actitud distinta por parte de la víctima. Porque, según dicha concepción, cuando ésta no se ocupa de adoptar determinadas medidas para la prevención del daño deja de ser misión del Derecho público asegurarle su procura. Emerge así la comprensión de esta rama del Derecho como subsidiaria de la protección que sea capaz de auto-brindarse la víctima, quien con la renuncia a las medidas de tutela adquiere entonces una cuota de responsabilidad por la producción del suceso. De la mano de esta premisa se comprende, a su vez, que los postulados de tal concepción se elaboren sobre la base de parámetros meramente *fácticos*, en cuanto fáctica es la constatación de la posibilidad al alcance de la víctima de preservar con más diligencia sus bienes.

Vaya por delante que ni siquiera los más acérrimos defensores del pensamiento brevemente descrito parecen dispuestos a llevarlo hasta sus últimas consecuencias, esto es, sin introducir límite alguno en los resultados a que pudieran conducir sus premisas. Son conscientes, por el contrario, de que sería impracticable exigir a la víctima un comportamiento que excediera de lo razonable, de tal modo que se le llegara a imponer la adopción de precauciones desmesuradas. Es lo que explica, por ejemplo, que HÖRNLE apunte como límites a tal deber el carácter socialmente común de la acción de autoprotección esperable por parte de la víctima así como su racionalidad⁸, o que HASSEMER R., recurra como baremo

datoria. Si el daño social resulta de la víctima que desatiende sus propios intereses, entonces, de hecho, la víctima, no el ofensor, debe ser disuadido de comportarse de una forma socialmente dañosa. Y esta intimidación de la víctima puede ser mejor lograda negándole la protección del Derecho penal si ella descuidó sus propios intereses", en "El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal", op. cit., pág. 27. En relación con los argumentos relativos al merecimiento y necesidad de la pena véase por ejemplo FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung –unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frankfurt am Main, 1990.

⁷ En definitiva, sobre la base de criterios normativos en torno a la procedencia del castigo. Al respecto, GÓMEZ RIVERO, M.C., "Criterios normativos y nuevos problemas dogmáticos", en *Derecho penal contemporáneo*, Colombia, marzo 2003, págs. 59 ss.

⁸ HÖRNLE, T, *Determinación de la víctima y culpabilidad*, trad. de Franchini M, Martín M y Reyna, L, Buenos Aires, 2003, pág. 116.

con el que calificar como socialmente inadecuada la actuación de la víctima –entendiendo por tal la que determina un aumento de la peligrosidad concreta de la conducta debida a su comportamiento–, a la comprobación de que no se vea obligada “a adoptar medidas de protección que imposibiliten su participación en el proceso social en el marco de lo establecido y desarrollado históricamente”⁹.

Sin negar a las tesis victimodogmáticas el mérito de haber representado uno de los más acabados intentos de dar cabida al papel de la víctima en la teoría del delito, a nadie se oculta que, en realidad, todos y cada uno de sus postulados han sido contestados enérgicamente por buena parte de la doctrina, que a través de distintos argumentos se esfuerza en poner sobre el tapete la improcedencia de aquella construcción. Por encima de su diversidad, todos ellos convergen en la idea de lo insostenible que supone la instauración de deberes de defensa por parte de quien sufre un daño¹⁰. Así, por ejemplo, escribe ROXIN que “un hurto sigue siendo un hurto, aunque la víctima haya procedido de modo sumamente descuidado” y entenderlo de otro modo “sería modificar la ley, no interpretarla”¹¹.

⁹ HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in §263 StGB*, op. cit., pág. 51.

¹⁰ Sobre las distintas críticas, véase ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Lúción Peña, García Conlledo, Vicente Remesal*, Madrid, 1997, págs. 564 ss, HILLENKAMP, T., *Vorsatztat und Opferverhalten*, op. cit., págs. 172 ss; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción de Miguel Olmedo, Granada, 2002, pág. 272; GÜNTHER, en *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1987, págs. 78 s, HASSEMER, W., “Consideraciones sobre la víctima del delito”, en *ADPCP*, 1990, pág. 249 ss: “la línea victimológica lleva a la teoría del injusto a un punto en el que hay que plantearse la cuestión de la vigencia de la norma. Y lo hace desde el momento en que coloca el principio de necesidad en el centro de la teoría de la protección de los bienes jurídicos”, pág. 250. En nuestra doctrina, con abundantes referencias doctrinales, véase TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en Derecho penal*, op. cit., págs. 34 ss. 49 ss., CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 240 ss, quien destaca el inseguro ámbito de aplicación al que da paso, lo que entre otras causas se debe a la ausencia de suficientes fundamentos normativos; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Actuación de la víctima e imputación objetiva”, op. cit., pág. 303 ss., quien destaca que tales consideraciones 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 desconfianza”, o que no tienen que ver con la necesidad de respetar el principio de mínima intervención: “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”, pág. 304.

¹¹ ROXIN, C., C., *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, op. cit., pág. 564.

Se advierte, además, la intolerable *privatización* del Derecho penal a que conduce un razonamiento de esa guisa. Porque entonces se olvidaría que, aun cuando los bienes en concreto lesionados tengan en su origen un cariz privado (así sucedería con el reconocimiento del derecho a la propiedad, lesionado, por ejemplo, por el delito de robo), la protección que brinda esta rama del ordenamiento jurídico desborda por completo las fuentes del nacimiento o reconocimiento del derecho para poner el acento, en su lugar, en que la gravedad de la lesión (en virtud del medio o forma con que se ataca el bien) justifica la intervención de un Derecho que es, ante todo, público. Esta consideración enlazaría a su vez con la crítica relativa a la improcedencia de recurrir al principio de la *subsidiariedad* del Derecho penal para justificar la imposición de deberes de autodefensa a la víctima, un argumento sólo explicable desde un mal entendimiento de aquel principio, que está llamado a regir sobre otras medidas estatales de protección, y no frente a la propia tutela de individuo¹². De nuevo en palabras de ROXIN, “extender el principio de subsidiariedad a las posibilidades de protección del ciudadano sería desconocer que los ciudadanos precisamente han establecido el poder estatal entre otras cosas para descargarse a sí mismos de las tareas de protección: donde ‘vigila el ojo de la ley’ el particular puede dedicar sus energías al desarrollo en vez de al mero aseguramiento de su personalidad”¹³.

No se agotan en las anteriores las críticas formuladas a los planteamientos victimodogmáticos. Junto con ellas se sitúan las voces que llaman la atención sobre lo intolerable que resulta trazar una suerte de catálogo de la *buena víctima*, entendiendo por tal el despliegue de un comportamiento que, unas veces, pasaría por mostrar cierta sumisión y otras, la mayoría, por ser diligente en la protección de los bienes propios, con el

¹² HILLENKAMP, T., *Vorstzta und Opfereverhalten*, op. cit., págs. 175 ss. Este tipo de argumentos es contestado por SCHÜNEMANN, B., para quien cuando puede evitarse el daño mediante un comportamiento de la víctima, es ésta quien debe ser disuadida en primera instancia, privándole de la protección penal: “y desde un punto de vista teórico, la idea de la subsidiariedad, desde su origen, tampoco se limita a afirmar que el mismo Estado ya posee medios más leves a su disposición para la protección de bienes jurídicos. Antes al contrario, conforme a la idea fundamental del contrato social, según la cual cada ciudadano renuncia solo a la libertad que es necesaria para garantizar la protección entre ciudadanos, el ciudadano conserva para sí el poder de disposición sobre sus bienes jurídicos, y sólo necesita del Estado allí donde sus propias fuerzas son insuficientes para ello”, en “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal”, en *límites al Derecho penal, Principios operativos en la fundamentación del castigo*, edición española (Ricardo Robles Planas) Barcelona, 2002, pags. 80 s.

¹³ ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, op. cit., págs. 564 s.

consiguiente traslado de cuotas de responsabilidad a las víctimas más ingenuas, distraídas o confiadas. Todo ello sin olvidar que el establecimiento de tales deberes de protección supondría una inaceptable privación de seguridad jurídica a la víctima así como una merma intolerable de su libertad, puesto que “privar de protección penal al que confía ingenuamente, convertiría la malicia, la desconfianza y la temerosa obsesión por la seguridad en la ley de la convivencia social, disminuyendo así la libertad del ciudadano fiel al Derecho”¹⁴. Es lo que a su vez explica las voces críticas de quienes denuncian que los planteamientos victimodogmáticos terminan de un modo u otro dando entrada a la formulación de juicios de culpa o reproche a la víctima, que no sólo desenfocan el sentido del enjuiciamiento, sino que son capaces de desplazar a las construcciones técnicas, fruto de la elaboración dogmática del delito.

Comoquiera que sea, hay que reconocer que las voces críticas a esta construcción en absoluto han supuesto la renuncia al empeño por encontrar un apoyo argumentativo que de manera sólida se preste a la toma en consideración del papel de la víctima en la valoración del hecho delictivo. Sí han determinado, sin embargo, la generalización de un enfoque distinto, que pone decididamente el acento en la conveniencia de canalizar aquella pretensión de la mano de las posibilidades que ofrecen algunas de las construcciones más sólidas y consolidadas de la actual teoría del delito¹⁵. Entre las ventajas de tal proceder habría de contarse la de sortear el componente eminentemente valorativo y, con ello de inseguridad, que es consustancial a la arrogación por parte del juzgador de la potestad de calificar el comportamiento de la víctima sobre la base de las circunstancias –fácticas– del supuesto concreto, extrañas en todo caso a su reconducción dogmática. Frente a este razonamiento y al excesivo arbitrio a que da paso, la virtud de esta otra vía sería la de ceñir la filtración de la relevancia del comportamiento de la víctima a los cauces elaborados con carácter general por la dogmática penal, garantizándose así el escrupuloso respeto de las garantías que son propias de su entramado¹⁶.

¹⁴ ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General, tomo I, op. cit.*, pág. 565.

¹⁵ En este sentido, CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, op. cit.*, pág. 254, donde destaca la necesidad de reconducir el tratamiento del papel de la víctima a la teoría del delito, sin necesidad de “crear una especial victimodogmática”. Ya antes, véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain*, 1989, págs. 633 ss, quien apunta el rendimiento de los criterios de imputación objetiva en esta materia.

¹⁶ Así se pronuncian TAMARIT SUMALLA, *La víctima en Derecho penal, op. cit.*, págs. 51 ss., o SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la

Entre los expedientes singularmente propicios para conceder un papel a la víctima sobre la base de aquellas premisas se cuentan las posibilidades de atenuar e incluso de excluir la pena que ofrece el consentimiento¹⁷ o, de forma muy destacada en el estado actual de elaboración dogmática del delito, los asociados a las doctrinas de la imputación objetiva, auténticas protagonistas de la normativización de la disciplina penal y a las que tendremos ocasión de referirnos a lo largo de estas páginas. Aun aceptando como punto de partida la ventaja antes destacada, esto es, que el recurso a las clásicas construcciones inyecta en la materia una importante dosis de seguridad jurídica, hay que reconocer que el empleo de uno u otro expediente no garantiza, sin más, el acierto de las soluciones. Ello hasta el punto de que en ocasiones su mérito parece tener que ver, más con el esfuerzo por reconducir formalmente la solución a dichas construcciones dogmáticas que con la garantía de la exacta adecuación material de aquella a estas. Así lo evidencia la facilidad para reconducir el tratamiento del problema a etiquetas que, al final, tan sólo aseguran un rótulo, pero no el alcance de las soluciones. No hay mejor modo de comprobarlo que la atención a los variados resultados que puede arrojar la contemplación del papel de la víctima de la mano de los expedientes ya citados del consentimiento o de la imputación objetiva.

Para empezar, y por lo que al recurso al consentimiento se refiere, sabido es que cobra un doble valor en la teoría del delito. El primero, excluir la responsabilidad por un resultado lesivo cuando el titular de un bien jurídico de naturaleza disponible consiente en su lesión. Requisito ineludible al respecto será comprobar que efectivamente aquél obró en condiciones de plena libertad que permitan calificar su comportamiento como emanación de una voluntad libremente formada y, con ello, como expresión del libre desarrollo de su personalidad. Dejando de momento a un lado las posibles objeciones que plantea la pretensión de solucionar la problemática propia de las autopuestas en peligro de la mano del consentimiento¹⁸, interesa

Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimodogmática’, en *Cuadernos de Derecho Judicial, La victimología*, Madrid, 2013, págs. 31 s.

¹⁷ En este sentido, por ejemplo, PORTILLA CONTRERAS, G., “Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo”, *CPC*, 1991, págs. 695 ss, 711 ss. En relación con las puestas en peligro consentidas véase MIR PUIG, S., “Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente”, en *ADPCP* 1991, págs. 259 ss. Con amplias referencias doctrinales puede verse la exposición que ofrece CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, op. cit.*, págs. 145 ss.

¹⁸ Por todos, CANCIO MELIÁ, M., “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor”, en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2010, págs. 101 ss, para quien

llamar la atención acerca de la relatividad de los resultados que arroja. Así lo propicia ya la dificultad para solucionar los casos en los que exista cierto margen para interpretar el grado de libertad de quien expresa con su actuación su disposición a lesionar un bien jurídico del que es titular. En tal sentido, por ejemplo, habría que preguntarse si obra de modo libre quien consiente la extracción de un órgano no vital, como pueda ser un riñón, a cambio de 100, 200 o 500 euros. En segundo lugar, y en relación ahora tanto con los bienes disponibles como indisponibles, recordemos que el consentimiento adquiere también un papel clave a la hora de solucionar los casos en que su titular decide ponerlo en peligro, con la consecuencia de que, caso de que finalmente sobrevenga el resultado lesivo, el Derecho habría de renunciar a dispensarle protección. Como escribiera MIR PUIG, en una sociedad basada en la libertad resulta “positivo y obligado constitucionalmente no obstaculizar la posibilidad de elegir libremente poner en peligro la propia vida, aunque sea exponiéndola a la conducta imprudente de otra persona: conduce a admitir la eficacia eximente del consentimiento verdaderamente libre en una acción imprudente”¹⁹. Pero de nuevo las dudas están servidas. Así, por ejemplo, ¿puede afirmarse realmente que se expone de modo voluntario a un peligro el trabajador que acepta un puesto de trabajo pese a que el empresario no le proporciona las medidas de seguridad reglamentarias?

Si el recurso al consentimiento como expediente al que canalizar la relevancia de la actuación de la víctima está necesitado de ulteriores concreciones de las que en última instancia dependerá la solución al supuesto de hecho de que se trate, el abanico de posibles soluciones se dispara cuando la vía dogmática elegida remite a la teorización propia de los criterios de imputación objetiva²⁰. Conocido es que en la actualidad se acepta de modo generalizado el rendimiento y la utilidad de estos criterios para acotar en el plano de la tipicidad objetiva las conductas con relevancia penal. Pero sabido es también que más allá de este punto de partida su concreta configuración dista de ser unánime, hasta el punto de que, como se ha dicho, “no puede hablarse aún de que exista una teoría

el diagnóstico psíquico no puede ser decisivo en tanto que el ámbito de consecuencias por la que puede ser responsable no se reduce a lo abarcado desde su perspectiva consciente (pág. 103).

¹⁹ MIR PUIG. S., “Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente”, *op. cit.*, págs. 259 ss.

²⁰ Entre los que, por cierto, algunos autores reconducen la atención al consentimiento. Por todos, DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento, bien jurídico e imputación*, Madrid, 1995, pág. 172, para quien el valor del consentimiento es el de “actuar como causa de exclusión de la imputación objetiva”.

de la imputación objetiva”²¹. Las discrepancias se extienden, en efecto, desde la concreción del alcance de estas doctrinas –como relativas a la imputación de la conducta, del resultado o de ambos–, hasta la determinación de los elementos que integran su comprobación –si se conforman en términos puramente objetivos o si por el contrario dan también cabida a aspectos subjetivos, de modo especial a los conocimientos del autor–, pasando por el debate en torno a la estructuración y al papel de cada una de las secuencias que componen su comprobación²². La naturaleza normativa de tales criterios en cualquiera de sus sistematizaciones determina que su rendimiento sea tributario, por definición, del concreto contenido de que se doten, con la consiguiente facilidad para arrojar distintos resultados a un mismo problema²³. Precisamente una de las mejores muestras al respecto lo ofrece el debate en torno a la relevancia que adquiera en la explicación del suceso el comportamiento imprudente de la víctima, mereciendo una mención por separado los casos en que la situación de riesgo es emprendida conjuntamente por ésta y un tercero, por un lado, y aquellos otros en que la conducta realizada por quien sufre el daño es expresión de su reacción frente a la inicialmente puesta en marcha de modo doloso por un tercero, por otro.

Sabido es, en primer lugar, que entre los ensayos orientados a valorar el comportamiento imprudente de la víctima en el marco de su actuación conjunta con un tercero representó un punto de inflexión la propuesta

²¹ SUÁREZ GONZÁLEZ, C/ CANCIO MELIÁ, M., Estudio preliminar a JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, pág. 21.

²² Bastaría en este punto con recordar la discusión en torno a si el criterio del ámbito de protección de la norma tiene autonomía y consistencia frente al de creación de un riesgo no permitido. Al respecto, por todos, FRISCH, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (trad. de Cuello Contreras y Serrano González Mourullo), Barcelona, 2004, págs. 94 ss. En nuestra doctrina, por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, *op. cit.*, págs. 171 ss., 269 ss., para quien “con esta ‘ulterior’ limitación de la imputación objetiva realmente lo que se está negando o afirmando es su presupuesto: la creación de un riesgo típicamente relevante”, pág. 366, TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en Derecho penal*, *op. cit.*, pág. 95. Otros autores apuntan al solapamiento de este criterio con el deber objetivo de cuidado en el delito imprudente; por ejemplo, GIMBERNAT, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid, 1990, págs. 141 s.

²³ Siguen siendo válidas las palabras de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., al señalar que el contenido de la teoría de la imputación objetiva “es, en la mayoría de los casos, tan impreciso que permite la justificación de cualquier solución: la elegida previamente y de manera intuitiva, dándose a veces la circunstancia de que distintos autores acuden al mismo criterio para, ante un mismo supuesto problemático, justificar soluciones opuestas”, en *La imputación objetiva del resultado*, *op. cit.*, pág. XXIV (introducción).

formulada por ROXIN, en el sentido de distinguir, atendiendo al modo en que se reparta la ejecución de la actividad de riesgo entre autor y víctima –con la consiguiente atribución del dominio del hecho a uno u otro–, los casos de *autopuestas en peligro* (*Selbstgefährdung*), por un lado, y *heteropuestas en peligro consentidas* (*Einwilligung in einer Fremdgefährdung*), por otro²⁴, dispensando un distinto régimen a cada caso, que sólo bajo determinadas condiciones pueden equipararse²⁵. En concreto, mientras

²⁴ Según ROXIN, C., “El sentido de tal diferenciación radica en que en todo momento uno domina con su propia decisión la medida en que se quiere exponer al peligro procedente de sus propias acciones, mientras que el mero hecho de tolerar la puesta en peligro que es obra de otra persona deja a la víctima a merced de un desarrollo imprevisible, que a veces tampoco puede ser ya controlado ni interrumpido en un estadio en el que, en cambio, aún podría hacerlo quien se pone en peligro a sí mismo; y, además, quien se expone a una puesta en peligro por parte de otro no puede apreciar en el mismo grado la capacidad de éste para dominar situaciones arriesgadas a como podría apreciar la medida y los límites de su propia habilidad”, en “Zur Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, *Festschrift für Gallas zum 70 Geburtstag*, Berlin, 1973, págs. 243 ss. Existe traducción al español: “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”, en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, págs. 190 ss. Entre los seguidores de esta construcción en la doctrina alemana puede citarse, entre otros, a ZIPF, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Berlin, 1970, págs. 70 ss., o DÖLLING, D., “Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers”, en *GA*, 1984, págs. 71 ss.

²⁵ No sería posible en estas líneas ahondar en los detalles de su construcción. Baste con recordar que los esfuerzos de este autor se han concentrado en poner sobre el tapete cómo, lejos de tratarse de una cuestión relativa al consentimiento, el problema de la participación de la víctima en una situación de riesgo encuentra su encaje en sede de imputación objetiva, en tanto que quien realiza una conducta de puesta en peligro debe responder por las consecuencias que de ella deriven. Por ello, considera, habrá de excluirse la imputación en los supuestos de autopuestas en peligro así como en aquellos que, aun calificados de heteropuestas en peligro consentidas, concurren determinados requisitos que permiten la analogía de su régimen con los primeros: “en primer lugar, el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro”. El sujeto debe ser además consciente del riesgo y prestar su consentimiento en la acción arriesgada causante del daño, lo que será el caso cuando asuma el riesgo en virtud de una propia y libre decisión, sin ser presionado por el causante del riesgo y sin haberse sometido a su voluntad. En estos casos procede la equiparación, “pues el mencionado menor poder de evitación del sujeto expuesto al peligro queda compensado en tal caso por la voluntad incondicionada de que se realice la acción con independencia de esa diferencia de riesgo” en *Festschrift für Gallas zum 70 Geburtstag*, op. cit., págs. 241 ss; *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pág. 386 ss; de modo más reciente, en “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida”, en *InDret*, 1/2013. En la misma línea de introducir excepciones que permitan considerar impunes determinados casos de heteropuestas en peligro, puede verse, por ejemplo DÖLLING, D., quien reserva tal solución excepcional para los casos en los que concurra lo que denomina un “consentimiento cualificado” (*qualifizierte Einwilligung*), que se apreciaría cuando el juicio de valor propio de la esfera de autonomía de la víctima a

la participación en una autopuesta en peligro habría de considerarse impune desde el punto de vista del análisis del alcance del tipo²⁶, la heteropuesta en peligro consentida sería, como regla general, punible, puesto que el suceso no es dirigido por la víctima y, por ello, está más indefensa frente al riesgo. Pese a las críticas formuladas contra esta construcción²⁷, lo cierto es que su predicamento no ha sido menor en la doctrina de nuestro país, en la que el recurso a tal clasificación ha servido de base, en unas ocasiones, para distinguir la solución material que merece uno y otro supuesto²⁸, en otras, para fundamentar de modo diferente la impuni-

que se refiere su consentimiento, así como el de la finalidad pretendida con su acción superan al injusto propio de la acción de puesta en peligro de la vida, en “Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers”, op. cit., págs. 71 ss.

²⁶ En tanto que al ser impune en el Derecho alemán la participación en el suicidio, “es decir, una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa...el fin de protección de la protección del homicidio no cubre este caso; el alcance del tipo no se extiende a tales resultados”, en *Derecho penal, Parte General, tomo I*, op. cit., pág. 387.

²⁷ Básicamente, tales críticas no sólo denuncian que no siempre está en condiciones de ofrecer anclajes sólidos para delimitar los distintos casos que pueden plantearse en la práctica, sino que su origen estuvo en buena medida apegado a la realidad del Derecho positivo alemán; y de forma específica, a la necesidad de ofrecer una solución plausible a los actos de colaboración en el suicidio, para los que ese ordenamiento no contempla un tipo especial, como sin embargo sí hace el nuestro. Sobre estas críticas, véase por todos CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pag. 188 ss., y también, de modo sintetizado, en *Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico penal del autor*, op. cit., págs. 104 ss., donde ofrece amplias referencias doctrinales.

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Anton*, coord. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli, Valencia, 2004, págs. 431 ss; el mismo en “Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, págs. 95 ss. Para GIMBERNAT la participación en una autopuesta en peligro debe considerarse impune en nuestro Derecho, ya que “si la participación imprudente en un suicidio ‘imprudente’... es impune, con mayor motivo tiene que serlo la participación imprudente en un suicidio ‘imprudente’, esto es: en una autopuesta en peligro que desemboca en la muerte de la víctima” (*Imputación objetiva*, op. cit., pág. 444), por el contrario, la heteropuesta en peligro es punible en nuestro Derecho, ya que la imprudencia de la víctima no puede eximir de responsabilidad al causante culposo de la lesión del bien jurídico (*Ibidem*, págs. 445 ss), sin perjuicio de que tal circunstancia pueda ser tenida en cuenta en la determinación de la pena dentro del marco punitivo que corresponda a la imprudencia –grave o leve– del agente (*Ibidem*, pág. 447).

Partiendo también de la diferencia entre los grupos de casos señalados por ROXIN, debe señalarse a LUZÓN PEÑA, D.M., quien desarrolla el principio de alteridad o de no identidad como fundamento de la imputación. Con carácter general, sostiene la imputación de la autoría en la heteropuesta en peligro, aun cuando la situación de riesgo sea

dad de ambas formas²⁹ y, en todo caso, quienes han advertido acerca de la utilidad relativa de aquella solución en ordenamientos como el nuestro, raramente han cuestionado la solución reservada para los supuestos de autopuesta en peligro, en el sentido de reconocer, por una u otra razón, la impunidad de quien participa en una decisión voluntaria de la víctima.

Los criterios de imputación objetiva también han adquirido destacado protagonismo a la hora de ofrecer una solución a los casos en que la imprudencia de la víctima se contextualiza en el marco de la actuación dolosa de un tercero. Sin necesidad de entrar todavía en el detalle del modo en que operan, nos interesa de momento llamar la atención acerca de que su aplicación en este ámbito dista de asegurar soluciones homogéneas a la cuestión planteada. Ilustrativa resulta al respecto una somera aproximación al tratamiento propuesto para algunos casos planteados ante los Tribunales de justicia, y que han propiciado un intenso debate doctrinal. Podríamos referir de modo paradigmático el supuesto resuelto por la STS de 17 de septiembre de 1999. Recordemos que en ella se enjuiciaba la conducta de Federico, quien había mantenido una discusión con Francisco Manuel a consecuencia de un comentario del primero, que derivó en una pelea cuando Francisco Manuel propinó un

aceptada o consentida por la víctima ya que ésta no domina o determina objetivamente el riesgo (todo ello sin perjuicio de que, pese a la imputación, el consentimiento pueda en algunos delitos operar como causa de justificación o de atipicidad). En los casos de mera participación en una autopuesta en peligro entiende que el riesgo no es imputable al partícipe, en "Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuestas en peligro, heteropuestas en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo", en *Revista General de Derecho Penal*, número 15, 2011; publicado también en *Nuevo Foro Penal*, n° 74, 2010, págs. 58 ss.

²⁹ Es el caso de GARCÍA ÁLVAREZ, P., quien, en primer lugar, fundamenta la impunidad de las autopuestas en peligro por tercero consentidas sobre la base del respeto del libre desarrollo de la personalidad del titular del bien jurídico, en *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999. Distingue esta autora entre los supuestos de autopuestas en peligro, que habrían de considerarse impunes ya en sede de autoría y participación –con carácter previo a la imputación objetiva– en tanto se trata de la participación en una conducta atípica, y los de heteropuestas en peligro, cuya impunidad justifica por la inexistencia de un riesgo que deba ser reputado como penalmente relevante –y por lo tanto, en sede de imputación objetiva–. De modo crítico véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "Actuación de la víctima e imputación objetiva", *RDPC*, 2000, quien formula sus críticas precisamente al hilo de la valoración que le merece la construcción de aquella autora. Entre otros argumentos, señala lo desenfocado del criterio para solucionar el problema, puesto que "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 típica", pág. 287.

tortazo a Federico que le tiró al suelo. Éste se levantó y cogió una silla de plástico que se hallaba en la terraza, momento en el que también la asió Francisco Manuel, comenzando así un forcejeo entre ambos a consecuencia del cuál éste cayó al suelo. A consecuencia de la caída Francisco Manuel sufrió una fractura subcapital del hombro derecho, quedándole como secuela una cicatriz de perjuicio estético moderado así como una limitación del movimiento del hombro y dolor.

Este ejemplo ilustra cómo el recurso a los criterios normativos de imputación ha servido de base para sostener las soluciones más variadas que, a menudo, sólo bajo una falsa etiqueta permiten presentarse como decisiones derivadas de la estricta aplicación de aquellos principios. En concreto, la aceptación de tales criterios ha permitido, en primer lugar, excluir la responsabilidad por un delito de lesiones de quien materialmente causó la fractura del hombro a la víctima. Fue esta precisamente la solución sostenida por el TS, al entender que la lesión se produjo "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. Es también por su propia decisión que la víctima comienza el forcejeo que determinó su caída, continuando de esa manera en la situación peligrosa... evitar la conducta del agresor no estaba en el ámbito de la responsabilidad del recurrente y que consecuentemente el resultado producido no puede serle atribuido en su totalidad. A ello se debe agregar que el perjudicado podía calcular el peligro de su caída de la misma manera que el recurrente. En suma: hubo provocación de riesgo por el perjudicado, quien al decidir su actuación podía y pudo tener conciencia del peligro que asumía". Conforme a estos argumentos, el TS consideró que los hechos debían calificarse como una falta del art. 617.2³⁰.

Frente a este primer modo de razonar, no han sido escasas las críticas doctrinales que, a la par de mostrar su disconformidad con el fallo, han ensayado soluciones alternativas³¹. Por encima de su detalle interesa

³⁰ "Dado que no es posible afirmar que la lesión que hubiera producido el peligro creado por la acción del recurrente hubiera requerido, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico en la forma exigida por el art. 147.1 CP y sólo cabe tener en consideración el maltrato de obra".

³¹ Sin ser este el lugar para adentrarse en dichos criterios alternativos, sirva de ilustración los propuestos por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M/ PAREDES CASTAÑÓN, JM, en *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor* (coord. Díaz y García Conlledo y Paredes Castañón), León 2004, págs. 45 ss, quienes proponen como primera línea de solución la atención a las conductas de autoría y de

destacar lo llamativo que resulta que cuando esas otras construcciones se arbitran de la mano de los criterios de imputación, éstos permitan llegar a resultados diametralmente opuestos al sostenido por la Sentencia³² que también, al menos formalmente, razonaba sobre la base de los criterios de imputación objetiva. Tal variedad de soluciones amparadas por el mismo paraguas de la imputación objetiva delata la maleabilidad de la pretensión de reconducir a su concepto los cauces bajo los cuales resulte admisible trazar ámbitos objetivos de responsabilidad de la víctima y del autor. Es más, a nadie debiera extrañar la debilidad de dicho esfuerzo en orden a conseguir soluciones homogéneas cuando se ha prestado, incluso, a presentarse como cobertura de otros expedientes más o menos trasnochados que sin embargo se revisten de esta otra argumentación³³.

participación. Si la conducta del autor fuera imprudente, quien se calificara de partícipe en ella habría de quedar impune conforme al reconocimiento de la impunidad de la participación por imprudencia.

³² Así, por ejemplo, en el concreto caso enjuiciado por la STS de 17 de septiembre de 1999, CANCIO MELIÁ, M/PEÑARANDA RAMOS, E., consideran al agresor –Federico– autor de las lesiones que le serían imputables, en contraposición al criterio seguido por la Sentencia, en *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor* (coord. Díaz y García Conlledo y Paredes Castañón), León 2004, págs. 15 a 25. No se oponen estos autores a reconocer al comportamiento de la víctima con carácter general capacidad para excluir la relación de imputación objetiva, pero sí a que su alcance en el caso sometido a enjuiciamiento deba ser éste. Para que procediera la exclusión de la imputación del autor conforme a lo que denominan “imputación al ámbito de autorresponsabilidad de la víctima” como un elemento más del primer nivel de la teoría de la imputación objetiva, la imputación objetiva del comportamiento, exigen que la víctima emprenda conjuntamente con el autor una actividad que puede producir la lesión del bien jurídico: “La actividad generadora del riesgo puede ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que –en primer lugar– la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, –en segundo lugar– la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer éste de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y –finalmente, en tercer lugar– el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima”, págs. 30 s.

³³ Es el caso de los argumentos que razonan sobre la base de la estricta relación de causalidad, aun cuando formalmente se camuflan bajo argumentos de imputación objetiva. Así lo denuncian GONZALEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, en *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor* (coord. Díaz y García Conlledo y Paredes Castañón), León 2004, págs. 107 ss. Estos autores llevan a cabo una comparación de la ya referida STS de 17 de septiembre de 1999 con la STS de 3 de mayo de 1995, caso “lanzagranadas”. El Teniente cargó con un cartucho el lanzagranadas durante una clase de prácticas y posteriormente se ausentó del lugar sin comunicar dicho extremo al Cabo y al Sargento. Estos efectuaron un disparo con el arma en la creencia de que estaba descargada, resultando uno de ellos lesionado. El TS consideró que el Teniente “fue única y exclusivamente quien creó el riesgo al introducir el cartucho en el simulador

El panorama anteriormente descrito puede resultar ciertamente desolador. Porque si tras criticar las doctrinas victimodogmáticas se cuestiona el rendimiento en la materia que nos ocupa del recurso a los expedientes consolidados de la teoría del delito, en particular a los criterios de imputación objetiva, bien pudiera quedar la impresión de que, al final, por una u otra vía, tan estéril es un esfuerzo como otro, con la consecuencia, entonces, de terminar reconociendo que, se vista del ropaje de que se vista, sólo hay dos caminos: o renunciar a la atención del papel de la víctima en la teoría del delito o, segunda posibilidad, admitir que, de un modo u otro, los resultados de tal atención dependen, en exclusiva, de la

del lanzagranadas sin que ninguno de los demás asistentes a la clase se diera cuenta de ello”. Según los citados autores, si el TS realmente manejase criterios de imputación objetiva la solución debería haber sido la opuesta, tanto en este caso como en el de la silla: “lo que no se comprende es que en el caso del ‘lanzagranadas’ el TS valora únicamente el riesgo creado por el otro interviniente en los hechos (cargar el arma con un cartucho) e ignora de forma absoluta una norma de cuidado explícita que incumbe a la víctima y cuyo incumplimiento originó un incremento del riesgo permitido que se realizó en el resultado, mientras que en la STS de 17 de septiembre de 1999 opera de forma diametralmente opuesta: valora únicamente el comportamiento de la víctima e ignora de forma absoluta el riesgo creado por el otro interviniente en los hechos”. Consideran estos autores que las razones que explican esta solución se deben a que, en realidad, el Tribunal tan sólo se ocupa de determinar cuál ha sido en cada caso la causa primera u originaria que produce el resultado para a continuación imputarle el resultado: “En efecto: en el caso del ‘lanzagranadas’ todo empieza con la conducta del Teniente al introducir un cartucho en el lanzagranadas sin avisar a nadie, mientras que en el que ya podemos denominar ‘caso de la silla’ todo empieza con el tortazo que la víctima propinó al otro interviniente en los hechos, circunstancia que la sentencia parece que valora de forma decisiva para imputar el resultado al ámbito de responsabilidad de la víctima y no del autor” (pág. 118).

En definitiva, critican estos autores el recurso nominal a los criterios de imputación cuando, en realidad, el TS atiende al primer eslabón de la cadena causal. Este proceder explica, a su juicio, que el resultado no tenga nada que ver con el que habría derivado en realidad de la aplicación de las doctrinas de imputación: “En el caso del lanzagranadas’, el autor crea un riesgo jurídico penalmente desaprobado al cargar el arma con un cartucho sin dar aviso de ello a los que posteriormente realizaron un disparo. Pero dicho peligro no se realiza en el resultado lesivo finalmente producido, sino que se encuentra sólo conectado causalmente con el mismo; y no se realiza porque... es la conducta de la víctima la que origina un incremento de ese riesgo inicial, siendo este incremento del riesgo el que se realiza en el resultado lesivo que estaba cubierto por el fin de protección de la norma objetiva limitadora del riesgo permitido en el uso del arma, ya que su conducta alternativa conforme a dicha norma (no situarse detrás de quien dispara el arma) sin duda habría salvado su propio bien jurídico puesto en peligro por la conducta inicial del autor” (pág. 123). Sin embargo, en el caso de la silla, dado que “de dar una bofetada no se sigue necesariamente una fractura del hombro derecho del que la propinó, tendremos que concluir que dicho peligro no se realizó en el resultado descrito y que, por tanto, no es procedente imputar el resultado al ámbito de responsabilidad de la víctima” (pág. 125).

percepción de los hechos por el juzgador y de la valoración que le merezca. La pretensión de las líneas que siguen es analizar si realmente son las descritas las únicas alternativas o si, por el contrario, aún es posible llegar a una conclusión distinta.

II. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA Y APROXIMACIÓN A LAS BASES DE SU SOLUCIÓN

En las páginas anteriores nos hemos referido de modo genérico a la relevancia que puede adquirir el comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor. Si dejamos a un lado las posiciones propias del pensamiento victimodogmático, podríamos afirmar que el debate actual en torno al eventual protagonismo de la víctima en la explicación del suceso está marcado por un importante rasgo común. Se trata de la exigencia de que quien sufre el daño haya intervenido de algún modo con su comportamiento en la situación de riesgo, esto es, que se haya implicado en ella, siquiera sea motivado por las circunstancias en las que –involuntariamente– se viese envuelto. Quiere con ello resaltarse que se expulsan del ámbito problemático los casos en los que el eventual *reproche* que pudiera formularse a la víctima se agote en su mera pasividad o dejadez, entendiéndose por tal la ausencia de adopción de medidas de protección ante la actuación cierta o previsible de un tercero. A esta última constelación de casos pertenecerían ejemplos como el de quien deja las llaves del coche puestas, la puerta de su vivienda abierta o pasea a altas horas de la madrugada por una zona de riesgo. Se trata de comportamientos que, aun siendo ciertamente causales en la explicación del suceso, sólo podrían adquirir relevancia en la determinación de la pena del autor caso de que se exigiera a la víctima una serie de deberes de autoprotección, algo inexigible conforme al pensamiento mayoritario actual, en clara contraposición a las más radicales doctrinas victimodogmáticas³⁴.

³⁴ Así, por ejemplo, considera SILVA SÁNCHEZ, J.M., que la afirmación de que la no adopción de medidas de protección por el sujeto pasivo determina que decaiga la protección penal no puede producir más que cierta “perplejidad”, en tanto que “podría conducir a pensar que hay deber de oponerse a las agresiones”, con el consiguiente renacimiento de las formas de justicia privada: “En tales condiciones, no veo posible concluir que la adopción de medidas de autoprotección (preventivas o reactivas) deba ser algo usual, razonable y exigible”. Frente a ello, continúa el autor, “sí puede verse como algo exigible –al menos en cierta medida– que no se realicen actos que directa o indirectamente puedan redundar en una lesión de los propios bienes jurídicos por terceros. Esto es, que no se favorezca conscientemente la puesta en peligro ni se intensifique conscientemente el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de los que es titular... ello significará que la eventual responsabilidad de la víctima sólo empezará cuando, no ya ante un riesgo genérico e indiferenciado, sino ante un riesgo concreto y relevante cualitativa y cuantitativamente, se opta por exponerse al mismo”, en “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimodogmática’, *op. cit.*, págs. 30 s.

Ahora bien, el reconocimiento de este rasgo general, común a todos los supuestos, no significa desconocer las importantes diferencias que median en la fenomenología de los distintos grupos de casos que pueden presentarse en la práctica y cuya atención, según tendremos ocasión de comprobar, resulta esencial para sentar las bases de su respectivo tratamiento. En concreto, es posible distinguir, en primer lugar, aquellos en los que el protagonismo de la víctima tenga lugar ya en el origen mismo de la situación de riesgo. Aun cuando este primer grupo de casos comprende también los de concurrencia de una imprudencia de la víctima paralela a la actuación de un tercero (por ejemplo, peatón que camina invadiendo la calzada en plena noche y es atropellado por un vehículo que conduce a más velocidad de la permitida), estas consideraciones se centran en los supuestos en que la víctima y el tercero emprenden de modo conjunto la actividad peligrosa, ya sea desencadenando el riesgo, aceptando el generado por un tercero o participando en la actuación de aquél a quien es atribuible su puesta en marcha. Característico de estos casos es que la víctima asume el origen de la situación de riesgo con un comportamiento *planeado* o, al menos *aceptado*, junto con el tercero. Frente a ellos, en segundo lugar, habría que distinguir los supuestos en los que la actuación del sujeto pasivo del daño –o, al menos, de la situación de riesgo–, tan sólo *se asocia* a la situación de peligro en que involuntariamente se ve envuelta, de modo tal que su conducta sea expresión de una reacción ante ella. Vayamos por partes.

La morfología del primer grupo de casos responde a la estructura propia de la participación de distintos sujetos en una actividad peligrosa, siendo en realidad su única peculiaridad el dato de que el riesgo recae sobre uno de los participantes, no sobre un tercero. Como ya se ha dicho, se trata de los supuestos en que la víctima está presente en la génesis misma del riesgo, ya sea sin dominio del hecho –los supuestos para los que buena parte de la doctrina ha acuñado la denominación de *heteropuestas en peligro*–, o como autor –para los que esa misma doctrina reserva la nomenclatura de *autopuestas en peligro*–. Aun cuando se parta de posiciones alejadas a la de los autores que, como ROXIN, se muestran dispuestos a deducir de esta diferenciación consecuencias inmediatas en orden a la

temente el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de los que es titular... ello significará que la eventual responsabilidad de la víctima sólo empezará cuando, no ya ante un riesgo genérico e indiferenciado, sino ante un riesgo concreto y relevante cualitativa y cuantitativamente, se opta por exponerse al mismo”, en “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimodogmática’, *op. cit.*, págs. 30 s.

atribución normativa del comportamiento a la víctima, no por ello puede desconocerse la peculiar morfología de cada uno de estos casos con vistas a analizar las posibilidades que, en orden a su solución, ofrece ya la teoría de la autoría y participación en cuanto estadio previo al recurso de los criterios de imputación³⁵.

En efecto, la contemplación de los hechos desde aquellos esquemas lleva sin demasiadas dificultades a dar la razón tanto a los autores que sostienen la impunidad de las *autopuestas en peligro* sobre la base de un paralelismo con el tratamiento que el Código penal reserva a determinadas formas de autoría y participación en el delito³⁶, como a los que recuerdan que la participación en una conducta atípica –la de la víctima que se pone en peligro– es impune conforme a los esquemas generales de autoría y participación³⁷. En realidad, el único problema que se plantea a la hora de reconducir el caso en cuestión a la morfología de las autopuestas en peligro es el de comprobar que quien se expone al peligro actúe de modo libre y consciente³⁸. Tal vez uno de los ámbitos más ilustrativos

³⁵ Así, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M/ PAREDES CASTAÑÓN, JM, en *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor* (coord. Díaz y García Conlledo y Paredes Castañón), León 2004, págs. 45 ss., CANCIO MELIÁ, M/PEÑARANDA RAMOS, E., GARCÍA ÁLVAREZ, P., en *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit.

³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida” op. cit., págs. 443 ss: “como la conducta más grave –imprudente de participación en un suicidio es impune... también tiene que serlo la menos grave, esto es: la participación imprudente en el suicidio ‘imprudente’ (pág. 444). Y “si la participación *dolosa* en una autolesión *dolosa* es impune, con mayor motivo lo tiene que ser la participación *imprudente* en una autolesión *dolosa* y, con mayor motivo aún, la participación *imprudente* en una autolesión *imprudente*” (págs. 444 s).

³⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M/ PAREDES CASTAÑÓN, J.M, en *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, op. cit., págs. 45 ss: Si la conducta del autor fuera imprudente, quien se calificara de partícipe en ella habría de quedar impune conforme al reconocimiento de la impunidad de la participación por imprudencia; CANCIO MELIÁ, M/PEÑARANDA RAMOS, E., *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, op. cit., págs. 15 a 25; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit., en nota 29.

³⁸ Un ejemplo en el que la falta de conocimiento del alcance del riesgo impide apreciar la autopuesta en peligro lo ofrece el hecho enjuiciado por la SAP de Madrid, de 30 de marzo de 2006, relativa a un especialista cinematográfico que falleció al tirarse desde un viaducto para rodar una escena de suicidio. El responsable de la escuela de especialistas contratada por la productora tenía conocimiento de los problemas que presentaba el viaducto para realizar la secuencia por medio de un puenting convencional, lo que, según el fallo, impedía considerar los hechos como fruto de una decisión imputable a la víctima:

al respecto lo ofrezca el relativo a los casos de transmisión del virus del Sida, cuya dificultad no se debe la mayoría de las veces a la consideración de la conducta de quien asume el riesgo de contagio como una autopuesta en peligro –en tanto que puede poner fin cuando quiera a la situación de riesgo o, al menos reducir su peligrosidad mediante el empleo de medios de protección–³⁹. Por el contrario, aquella es tributaria de la complejidad de determinar si el comportamiento de la víctima puede considerarse en el caso concreto como voluntario y libre, lo que obliga a analizar por separado los distintos supuestos que pueden plantearse en la práctica⁴⁰.

La mención a este primer grupo de casos no podría cerrarse sin llamar la atención sobre un aspecto que no es más que la derivación de algunas premisas básicas relacionadas con los esquemas generales de la comisión por omisión; en concreto, que la solución de la impunidad que hemos defendido para los casos en que llegue a afirmarse que realmente la víctima se autopone en peligro habrá de excepcionarse allí donde quien participa en la situación de riesgo emprendida por ella ostente una posición de garantía que le obligue a actuar en el caso concreto, siendo tal vez el caso paradigmático el de las relaciones laborales, donde la singular posición del empresario impide considerar impune su conducta cuando, junto con su propia imprudencia concurra la del trabajador⁴¹.

El realizar actividades de riesgo no significa que el especialista “tenga que conocer y controlar los aspectos técnicos de un mecanismo de seguridad montado para impedir que al saltar al vacío se precipitara contra el suelo”.

³⁹ A la vista de la posición que ostenta el portador, DÖLLING, D., denomina estos casos como de puesta en peligro en coautoría (*Selbstgefährdung in Mittäterschaft*), impune conforme a los esquemas de las autopuestas en peligro, en “Fährlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers”, op. cit., págs. 71 ss.

⁴⁰ Según quien asume el riesgo tenga motivos para sospechar y, con ello conocer la situación de riesgo, o, por el contrario, actúe amparado por el principio de confianza en torno a la condición de no portador de la persona con la que mantiene la relación. De ellos tuve ocasión de ocuparme en *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, *Especial referencia a la problemática del Sida*. Valencia, 1998, págs. 163 ss.

⁴¹ Véase por ejemplo, LUZÓN PENA, D.M., “Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuestas en peligro, heteropuestas en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, op. cit., págs. 17.

Debe observarse, con todo, que nuestros Tribunales no siempre parecen dispuestos a admitir este criterio. Por ejemplo, la SAP Barcelona de 2 de septiembre de 2003 absolvió al empresario por las lesiones sufridas por el trabajador que, a pesar de ser consciente de la inexistencia de medidas de seguridad para realizar su trabajo, se subió a un caballete próximo al hueco por el que finalmente se precipitó: La conducta del trabajador es “claramente imprudente”, y de mayor entidad que la del empresario. “La culpa del tra-

Sin abandonar el primer gran bloque de supuestos, distintas se presentan las cosas cuando se trata de ofrecer una solución para los casos que presentábamos más arriba, caracterizados por que es el tercero quien realiza la conducta lesiva contando con el asentimiento de la propia víctima o incluso con su colaboración (los llamados casos de *heteropuestas en peligro*). No es de extrañar que estos últimos demanden el recurso a criterios adicionales a los que ofrece la teoría de la autoría y participación, en tanto que de ella no pueden deducirse directamente reglas con las que fundamentar espacios para la impunidad o, al menos, para una posible atenuación de la pena del tercero con base en el comportamiento de la víctima. Se explica por eso que, en su caso, tales soluciones deban venir de la mano del recurso a otros expedientes –en especial de los criterios de imputación objetiva– y, si desde su contemplación tampoco se vieran razones para sostener un tratamiento especial, deba concluirse, sin más, la irrelevancia de la actuación de la víctima. Así, por ejemplo, afirma GIMBERNAT ORDEIG que si el Código Penal castiga al que mata con dolo a otro, resultando irrelevante para ello que la víctima aceptara o no el riesgo de que la podía matar, no se ve motivo alguno para que en el homicidio imprudente deba regir otra cosa. Por ello, si el Código castiga al que por imprudencia grave o leve produce la muerte de otra persona, hay que entender que “la muerte ‘se causa imprudentemente’ tanto cuando la víctima ignora como cuando conoce el peligro al que está siendo sometida”. Y si en relación con las lesiones, el tipo doloso es aplicable tanto en los casos en que el sujeto asume el riesgo como cuando no lo acepta, “las lesiones imprudentes son asimismo aplicables, independientemente de que la víctima haya conocido y asumido, o no, el peligro al que la sometía el autor”⁴².

No es aún el momento de entrar a valorar el rendimiento de este tipo de razonamiento. Por ahora, nos interesa seguir presentando la dificultad de los diferentes grupos de casos. Y en este sentido a nadie debiera extrañar que si la dogmática penal de la participación no es capaz de ofrecer para los supuestos de heteropuestas en peligro criterios con los que tener presente la peculiaridad del comportamiento de la víctima, por defini-

bajador ha sido causalmente determinante del resultado, puesto que *el empresario podría pensar que el trabajador en el caso de que no declinara realizar el trabajo adoptaría las medidas de seguridad*, incluidas la de ayudarse por otro trabajador. La infracción del deber de cuidado de la víctima es de mayor entidad: determinó en exclusiva la forma y circunstancias de la realización, determinando en última instancia el accidente producido”.

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, E., “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida” *op. cit.*, pág. 446.

ción, aquel recurso resulta estéril en aquellos otros que presentábamos líneas más arriba, caracterizados por que el comportamiento imprudente de la víctima se explica como reacción defensiva a la actuación dolosa de un tercero. Bastaría traer a colación algunos de los casos enjuiciados por nuestro Tribunal Supremo, como el del chico que se arroja del camión en marcha ante el miedo que le provocan los requerimientos del conductor cuando le insiste en la entrega de su reloj e incluso le amenaza con sacarle una navaja. En este y otros casos, difícilmente puede decirse, en efecto, que la víctima participe en la situación originaria de riesgo y, con ello, descubrirse un paralelismo con los supuestos de autoría y participación, lo que explica que en la doctrina se hayan ensayado soluciones muy distintas para ofrecer una línea de solución a su problemática⁴³. Pasando de momento por alto el juicio que puntualmente merezcan, interesa destacar que en realidad la dificultad para valorar el comportamiento de la víctima con miras a la atribución del resultado producido se ciñe sólo a los dos últimos grupos de casos referidos; a saber, el de participación de la víctima en la situación de riesgo generada y dominada por un tercero, así como el de su reacción ante el riesgo en que se ve envuelta.

En efecto, el problema que se plantea en cualquiera de esos supuestos es el de la atribución del hecho a los distintos intervinientes –incluida la víctima–, tratándose de determinar cuál o cuales de ellos deba responder de sus consecuencias. Si así se quiere ver, la cuestión no diferiría de

⁴³ Por ejemplo, MAYOL MARQUEZ, B., en relación con los casos que denomina como “acciones defensivas de carácter autolesivo”, propone buscar los criterios de solución a partir de una *analogía con la legítima defensa*. Así, razona, igual que el agresor en la legítima defensa debe tolerar la defensa del agredido, “en los casos en que el agredido (víctima) reacciona a un ataque imputable plenamente al agresor mediante una acción de salvaguarda que recae sobre él mismo, tenga que ser el agresor, en principio, quien responda por las consecuencias que de ello deriven. Ello será así cuando la reacción de la víctima, de haber recaído sobre el agresor, hubiese entrado en los límites de lo permitido por la eximente legítima defensa”, en “Acciones defensivas de carácter autolesivo derivadas de un peligro generado por el autor (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2000), *Actualidad Penal*, 2001, pág. 47. En cuanto a la fundamentación de la autoría, entiende que la calificación habrá de discurrir conforme a los esquemas de la autoría mediata, ya que el “agresor coloca a la víctima (agredido) en una situación en la que le obliga a elegir entre soportar el peligro amenazante o emprender una acción defensiva autolesiva”, pág. 53. A partir de esta fundamentación considera que allí donde se den todos los requisitos objetivos y subjetivos de la legítima defensa el resultado habrá de verse como expresión de la creación del riesgo originada por el agresor con su acción. Si por el contrario faltara alguno de sus requisitos, la solución será distinta. En concreto, si falta la necesidad de defensa en abstracto, el resultado no podrá imputarse al autor; si falta la necesidad de utilización del medio defensivo en concreto, propone recurrir a los esquemas propios de la concurrencia de culpas.

la que se suscita en la dogmática penal cada vez que se trata de determinar la responsabilidad de un sujeto, el que sea, por la producción de una consecuencia lesiva allí donde concurren distintos factores coadyuvantes. Sabido es que desde hace tiempo la doctrina coincide al señalar la insuficiencia en esta tarea de los criterios meramente ontológicos, y en su lugar apunta al recurso a los de índole normativa que, sobre la base de un juicio de imputación, deben decidir el centro de atribución de responsabilidad penal. La única peculiaridad de los casos que nos ocupan es que en ellos aquel juicio de atribución normativa no se agota en enfrentar unilateralmente a un único autor con un resultado, sino que demanda el trazo de *ámbitos de responsabilidad* entre los distintos intervinientes; entre ellos, la propia víctima. La singular peculiaridad que inyecta en los hechos la atención al papel de quien sufre el daño explica que entre los criterios con los que mensurar la relevancia de su comportamiento haya adquirido un lugar destacado el llamado principio de *autorresponsabilidad* (*Selbstverantwortlichkeitsprinzip*), en tanto principio general derivado de la contemplación del ciudadano como sujeto libre⁴⁴ y, de modo específico, como expresión de su propia dignidad, que reclama el reconocimiento de un espacio de decisión que, en un modelo de Estado no paternalista, pueda consistir en una opción no solo descuidada, sino incluso contraria a la protección de sus bienes. El reverso de tal principio sería la atribución –en términos normativos– del resultado lesivo a su ámbito propio de responsabilidad allí donde la implicación de la víctima en el

⁴⁴ Resulta en este punto esencial la referencia a ZACZYK, R., quien a partir de los postulados de la filosofía de la moral kantiana y en concreto, del reconocimiento del sujeto del imperativo categórico como un ser dotado de racionalidad y de voluntad, eleva a principio fundamental en el ámbito de la relación interpersonal la idea de la autorresponsabilidad. Estas premisas le llevan, en primer lugar, a descartar la existencia de un injusto en los casos de autolesión (sobre la base de la constatación de la relación entre voluntad, acción y resultado de la lesión), en tanto no se afecta la relación interpersonal. Por su parte, en los casos de intervención de un tercero cuando la víctima obra con conocimiento de peligro, hace depender la solución de que se trate de un supuesto de autopuesta en peligro o de heterolesión imprudente. Estaremos ante lo primero cuando la víctima se expone libremente a la situación o no la rehúye. Si por el contrario, la víctima puede confiar de modo jurídicamente fundado en que un tercero domina el curso que conduce a la lesión nos encontraremos ante un caso de heteropuesta en peligro. Se trata, en definitiva, de comprobar si existe un deber especial de custodia a favor de la víctima, caso en el que se abandonaría el ámbito de responsabilidad del autor, en *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993. Puede verse la traducción de Nuria Pastor en *Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, 2010, págs. 233 ss.

riesgo puesto en marcha y dominado por un tercero no sea más que la consecuencia de su decisión organizativa.

Con todo, obligado es reconocer que el anterior dista de ser un principio que goce de un reconocimiento indiscutido⁴⁵ y que incluso entre los autores que lo defienden no existe unanimidad ni en su formulación ni a la hora de fijar el trazo de sus consecuencias⁴⁶. No obstante, sus distintas formulaciones resisten dos condiciones que pergeñan las claves esenciales de su comprensión, a la vez que marcan sus diferencias con las concepciones victimodogmáticas. La primera es, como recuerda FEIJÓO SÁNCHEZ, que a diferencia de los parámetros meramente fácticos sobre los que se asientan las consideraciones victimodogmáticas el principio de autorresponsabilidad tiene una naturaleza normativa, en cuanto normativa es la cuestión relativa al alcance de los tipos penales, y “la mera constatación fáctica de la posibilidad de una mayor protección no puede ‘derogar’ la vigencia de esa norma”⁴⁷, como sin embargo es propio del razonamiento victimodogmático⁴⁸. La segunda llama la atención acerca

⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., para quien no se alcanza a ver cómo ese principio, de reconocerse, podría evitar el callejón sin salida a que llevaría su conjugación con “el principio juridicopenal de que está prohibido causar dolosa o imprudentemente la lesión de la vida o de la integridad física de otra persona”, en “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida” *op. cit.*, págs. 441. En sentido crítico véase también LUZÓN PEÑA, D.M., para quien, además de tratarse de un principio excesivamente general e indeterminado, representa una mera *petitio principii*: “este principio no se fundamenta suficientemente en una base legal, constitucional o de principios generales del Derecho, pues no es cierto que en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad y la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad esté escrito como reverso que el sujeto tiene una responsabilidad primaria o preferente... en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos” en “Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuestas en peligro, heteropuestas en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, *op. cit.*, págs. 5 s.

⁴⁶ En nuestra doctrina puede verse al respecto la exposición de ROSO CAÑADILLAS, R., en “Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2000, en *Derecho y proceso penal*, 2003-2, págs. 196 ss.

⁴⁷ Véase también al respecto, TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 100 ss, 103, quien afirma en relación con el principio de autorresponsabilidad: “Nos encontramos ante un criterio normativo y, en consecuencia, en la delimitación de los ámbitos de responsabilidad de la víctima y del autor se proyectan los valores de la comunidad jurídica, entre los que desempeña un lugar destacado el principio de libre determinación de la persona”.

⁴⁸ De hecho, si bien la inconsistencia de este tipo de razonamiento resulta evidente en el caso en que, como será normal, la desprotección de la víctima se deba a un mero descuido se observa también en aquellos otros en que, a sabiendas de la alta probabilidad de la lesión del bien jurídico a consecuencia de su conducta e incluso de su indiferencia,

de que, a diferencia también de cuanto sería propio de aquellas concepciones, no se trata con tal criterio de instaurar deberes de defensa que gravasen a la víctima, sino de trazar en aquella clave normativa el alcance de determinados ámbitos de renuncia a su protección expresados por su propio comportamiento activo⁴⁹. Como puede comprobarse, la razón de ser de esta peculiaridad se halla estrechamente vinculada con aquella otra, en tanto que la pregunta en torno a cuál habría sido el resultado caso de que la víctima se hubiera preocupado de protegerse remite a un plano meramente causal o naturalístico, pero por completo ajeno al punto de vista normativo propio de los criterios de imputación.

En las consideraciones que siguen adoptamos como punto de partida el reconocimiento de tal principio como espina dorsal de la solución de los respetivos ámbitos problemáticos que hemos delimitado. Así resulta del reconocimiento de que la cuestión atinente a la distribución de responsabilidad entre los distintos intervinientes cuando es precisamente uno de ellos quien sufre el daño reclama, ante todo, marcar los límites de su propia responsabilidad. Con base en esta idea, nos adherimos a la postura sostenida por quienes ubican este principio en el marco de las doctrinas de la imputación objetiva⁵⁰, en tanto que con él se trata de ofrecer las coordenadas con las que decidir cuándo el resultado es atribuible en términos normativos al ámbito de responsabilidad de la víctima. De la mano de este principio nos ocuparemos en lo que sigue de trazar algunas bases para la solución del problema.

III. EL ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA A LA LUZ DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

La aceptación de que la atribución del resultado allí donde la víctima participa en la situación de riesgo plantea, ante todo, un problema de imputación objetiva no garantiza, ni mucho menos, la uniformidad de las soluciones. En efecto, ya referíamos líneas más arriba la diversidad de las teorizaciones de aquel principio, hasta el punto de que resulte imposible hablar de una única construcción al respecto. De hecho, lo primero que requiere una precisión es la perspectiva que se adopte en su formulación; a saber, si su rendimiento se concentra estrictamente en la imputación de

no tome medidas de protección alguna, HASSMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Valencia, 2012, págs. 157 s.

⁴⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., en la cita de la nota 34.

⁵⁰ Por ejemplo CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 284.

un resultado al autor o si también alcanza a la atribución normativa del comportamiento, esto es, a la imputación de la creación misma del riesgo⁵¹. Aun reconociendo que la opción que se defiende requeriría una fundamentación más amplia que excede a las posibilidades de estas páginas, partimos en ellas de que asiste la razón a quienes en el específico ámbito que nos ocupa sostienen que la distribución de ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima demanda el recurso a las dos perspectivas desde las que pueden plantearse, a saber, tanto a la del riesgo creado como a la del resultado producido⁵²; todo ello sin perjuicio de que, como tendremos ocasión de comprobar, la atención a cada una de ellas adquiera peculiaridades propias en función de la índole del problema que se trata de solucionar.

En primer lugar, a la hora de sentar las bases de la responsabilidad de la propia víctima resulta ineludible la atención al valor que su comportamiento intencional o descuidado –pero en todo caso libre y responsable– pueda tener desde el punto de vista de la atribución normativa del

⁵¹ No es este el lugar para exponer con detalle el pensamiento de los defensores del recurso a los criterios de imputación objetiva en ambos momentos. Baste con remitirnos a las concepciones de los dos autores que han contribuido de modo decisivo a teorizar el valor de los criterios de imputación objetiva en cada uno de esos planos. Es el caso de FRISCH, W., y JAKOBS, G. Para el primero de ellos la peligrosidad típicamente relevante de la acción se basa en la comprobación del “comportamiento típico”. Se trata de una cualidad específica de la propia conducta, “la cual posee, a la luz de nuestros correspondientes conocimientos de experiencia... la idoneidad cualificada... para producir el correspondiente resultado bajo determinados presupuestos”, en *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995, págs. 95 ss. FRISCH W., relega el papel de la realización del riesgo en el resultado a un plano meramente fáctico, consistente en constatar que la norma de cuya lesión se responsabiliza el autor se ha estatuido precisamente para evitar cursos causales de la índole del que se ha verificado, *Ibidem*, págs. 109 s. Baste recordar, por otra parte, que JAKOBS, G., divide la imputación en dos niveles: el primero, que denomina como imputación objetiva del comportamiento, arroja como resultado la calificación del comportamiento como típico; el segundo, atinente a la realización del riesgo, requiere atender a que la evitación del curso lesivo que explica el suceso fuera planificable; caso contrario, la producción del resultado habría de entenderse como un riesgo general de la vida, en *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y límites de la teoría de la imputación*, traducción de cuello Contreras/Serrano González de Murillo, 1997, págs. 222 ss.

⁵² Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J.M. “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del Delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, op. cit., pág. 643: “Así la teoría de la imputación objetiva, a partir de la diferenciación de un momento *ex ante* (creación del riesgo relevante) y otro *ex post* (realización de ese riesgo, precisamente, en el resultado producido) constituye una de las vías más adecuadas para traducir en tesis dogmáticas las consideraciones victimológicas”. Según se desprende de su construcción, la perspectiva *ex ante* estaría llamada a restringir el alcance de los tipos atendiendo a que “no se favorezca conscientemente la puesta en peligro ni se intensifique conscientemente el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de los que se es titular” (pág. 642).

riesgo. Desde estas premisas debe entenderse la línea de razonamiento ya sentada por autores como FRISCH⁵³ o JAKOBS⁵⁴ en la doctrina alemana, y en la nuestra, entre otros⁵⁵, por SILVA SÁNCHEZ⁵⁶, CANCIO MELIÁ⁵⁷

⁵³ FIRSCH, W., a partir de su elaboración sobre la base de consideraciones relativas a la protección de intereses, considera que “siempre hay sitio para una autopuesta en peligro responsable (en el sentido de una ‘exclusión’ de la punibilidad de terceros) allí cuando de acuerdo con una situación general de los intereses no es identificable un interés (preferente) en la no realización de determinadas conductas de terceros y, por tanto, no se puede fundamentar una prohibición típica de las mismas”, en *Tipo penal e imputación objetiva*, op. cit., pág. 134 s. En consecuencia, “a partir de esta limitación de la protección típica... se abre, como reverso de dicha limitación de protección, casos de autopuesta en peligro autorresponsable –por tanto, casos de conducta autopeligrosa de la víctima cuyas consecuencias debe sufrir (o responder de) la propia víctima, puesto que penalmente no cabe protección ante el comienzo de semejantes actos”. Véase también el mismo en “Selbstgefährdung im Strafrecht”, *NZSt*, 1991, págs. 3 ss.

⁵⁴ También JAKOBS, G., reconduce al primer nivel de protección –imputación del comportamiento– la infracción de deberes de autoprotección por parte de la víctima sobre la base del análisis del comportamiento vinculado a la idea de distribución de roles. En estos casos, que denomina de acción a propio riesgo, su conducta impediría imputar el curso lesivo al tercero aun cuando hubiera sido causado de modo evitable, siendo, por tanto, el resultado imputable sólo a la víctima: “Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse, no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento de un rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa en peligro propio”, en *La imputación objetiva en Derecho penal*, (traducción de Cancio Meliá), Madrid, 1996, págs. 112.

⁵⁵ Por ejemplo, BONET ESTEVA, M., para quien la actuación libre y consciente de la víctima no sólo puede rebajar la gravedad del tipo de injusto sino determinar la exclusión de la imputación objetiva. Presupuesto para ello será en todo caso que la víctima actúe de modo libre y consciente, en *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Madrid, 1999, 241 ss; el mismo en “Los límites de exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima”, en *RDPP*, 2000, págs. 164 ss. Véase también ROSO CAÑADILLAS, R., quien comentando la STS de 26 de febrero de 2000 concentra sus razonamientos en fundamentar, además de una relación de autoría mediata –cuyo análisis sería primero en un orden secuencial–, la concurrencia de los criterios que permiten afirmar la imputación objetiva; en el caso concreto enjuiciado por la STS, que la presión a la que se ve sometida la víctima es la que crea (de forma activa) el riesgo que finalmente se realiza en el resultado, así como que la evitación de la puesta en peligro corresponde al ámbito de protección de la norma, “Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro”, op. cit., pág. 210 ss.

⁵⁶ Si bien, como señalábamos en la nota 52, reserva también un papel a la comprobación de la imputación del resultado.

⁵⁷ CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs 257 ss., sobre la base del principio de responsabilidad personal así como del hecho de que al titular del bien jurídico personal ha de atribuirse una posición preferente; el mismo en *Conducta de la víctima e imputación objetiva: Estudios sobre los*

o FEIJÓO SÁNCHEZ⁵⁸ cuando ubican la cuestión de la relevancia de la actuación de la víctima en sede de la imputación objetiva del comportamiento. Porque si se llegara por esta vía al convencimiento de que en la explicación del riesgo hubiera sido decisiva la actuación de la víctima, la imputación al autor de todos los efectos lesivos que deriven del hecho contradiría, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, “los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, al representar la sanción de hechos que en sí no son especialmente graves y que sólo adquieren virtualidad lesiva (o más lesiva) a partir de la interacción de la víctima”⁵⁹.

Ahora bien, más allá de este punto de partida común las discrepancias comienzan ya a la hora de determinar cuándo el suceso sea explicable por el comportamiento de la víctima; esto es, los presupuestos bajo los cuales pueda decirse que la actuación que lo desencadena es a ella imputable. Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ exige una opción de la víctima en el sentido de exponerse a un peligro concreto⁶⁰, mientras que CANCIO MELIÁ atiende a si el hecho discurre conforme a lo organizado conjuntamente por autor y víctima⁶¹. Por su parte, y ya específicamente

ámbitos de responsabilidad de la víctima y del autor en actividades arriesgadas, Barcelona, 1998. Véase el mismo en “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2000, págs. 191 ss, o en “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico penal del autor” op. cit., págs. 123 ss.

⁵⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, B. “Actuación de la víctima e imputación objetiva”, op. cit., pág. 298, si bien, a diferencia de la postura que aquí se sostiene, descarta que en la solución del problema sobre protagonismo la cuestión de la imputación del resultado.

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘víctimo-dogmática’, op. cit., pág. 31.

⁶⁰ Para este autor, la eventual responsabilidad de la víctima comenzará cuando “no ya ante un riesgo genérico o indiferenciado, sino ante un riesgo concreto y relevante cuantitativa y cualitativamente, (la víctima) opta por exponerse al mismo, *Ibidem*, pág. 31.

⁶¹ CANCIO MELIÁ, M., ubica su construcción en el nivel de *imputación del comportamiento*, en el que encuentra su sede el criterio de la “imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima”, residenciado en la teoría del alcance del tipo, incluida por tanto en el primer nivel de la imputación objetiva que, por sus especificidad, debe analizarse con posterioridad a otras instituciones de carácter más general, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 303 ss. A partir de la deducción de la orientación que caracteriza al ordenamiento jurídico en relación con la autonomía de los ciudadanos, formula como criterio general el reconocimiento a éstos de un ámbito de organización propia, con la consecuencia de la asunción de los daños que puedan derivarse de ella. En concreto, este autor propone como criterio para asignar la responsabilidad penal a la esfera del actuar de la víctima que su actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, así como que la conducta de ésta no haya sido instrumentalizada por el autor, a lo que habría que sumar que éste no ostente una posición de garantía frente a los bienes de la víctima (op. cit., pág. 284 ss.). La imputación al

en relación con la fenomenología de casos caracterizada porque la actuación de la víctima se explica como respuesta o reacción a la conducta previamente puesta en marcha por el tercero, TAMARIT SUMALLA formula su línea de solución conforme al criterio de la proporcionalidad y de lo razonable, a partir de un análisis centrado en la imputación objetiva y en la autoría⁶².

Con independencia de la valoración que merezca cada una de esas formulaciones, todas ellas expresan la necesidad de comprobar las posibilidades de atribuir el riesgo creado a la víctima. Y en cualquiera de sus versiones, tan importante como delimitar cuál de las contribuciones –del autor o víctima que *interviene*– es la decisiva en la explicación del suceso, es indagar acerca de si la intervención de la víctima puede explicarse como expresión de una toma de decisión libre allí donde se afirme su protagonismo. A determinar cuándo sea ese el caso y, con ello, al intento de sortear la inseguridad jurídica que comporta su determinación⁶³, se orientan de nuevo, entre otros⁶⁴, los esfuerzos de autores ya citados,

ámbito de responsabilidad de la víctima, lejos de depender de la configuración fenomenológica de la aportación, pone el acento en comprobar el carácter preferente de su ámbito de responsabilidad. La imputación de la actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima se produce en términos objetivos, sin que la cuestión pueda hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Todo ello sin perjuicio de reconocer una serie de excepciones que fundamenten el juicio de responsabilidad respecto a bienes jurídicos de titularidad ajena. Se trata de los ámbitos en los que el ordenamiento del sector en cuestión establece obligaciones de tutela especiales a determinados sujetos que desplazan el principio de autorresponsabilidad, como es el de las relaciones laborales.

⁶² Este autor eleva a criterios esenciales de su construcción los de *proporcionalidad*, en sede de imputación objetiva, y de *lo razonable*. Para valorar la proporcionalidad en términos normativos habrá de tenerse en cuenta al carácter inminente o remoto del peligro que para los bienes jurídicos suponen la agresión y la reacción, en “Los límites de exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima”, *RDPP* 2 (2000), pág. 179. Conforme a estos criterios, en el caso de la STS 270/2000, de 26 de febrero entiende que el resultado no puede ser imputable al conductor, ya que la víctima creó un riesgo mucho mayor que el que se trataba de evitar, porque, por una parte, el peligro era genérico, sin exhibición del arma; por otra, la víctima, Iván, pudo haber saltado en un momento menos peligroso.

⁶³ Sobre ello advierte FRISCH, W., “la autorresponsabilidad de la autopuesta en peligro es un concepto altamente normativo que es utilizado en la actual discusión de forma encubierta por múltiples facetas y que, por consiguiente, implica un peligro nada desdeñable para la igualdad y la seguridad jurídicas”, en *Tipo penal e imputación objetiva*, *op. cit.*, págs. 123 ss.

⁶⁴ Así por ejemplo, considera ROSO CAÑADILLAS, R., que habrá de apreciarse la autoría mediata a través de la coacción “cuando la víctima se encuentre en una situación análoga ... al estado de necesidad justificante, pero también cuando exista una situación de inexigibilidad o inimputabilidad y ello anule la posibilidad de considerarle un sujeto

como FEIJÓO SÁNCHEZ⁶⁵, CANCIO MELIÁ⁶⁶ o TAMARIT SUMALLA⁶⁷ cuando, en sus respectivas construcciones, ofrecen criterios específicos con los que determinar la relevancia de la actuación –libre– de la víctima en la génesis del riesgo.

De nuevo, y ante la imposibilidad de entrar a valorar el mérito de cada una de estas construcciones, baste llamar la atención acerca de que

autorresponsable”, en “Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2000, *op. cit.*, pág. 206.

⁶⁵ Para quien lo decisivo es que la víctima haya “tomado una decisión libre sobre el inicio del riesgo o la situación de peligro, aun cuando posteriormente pierda el control por causas imputables a ella misma y no al tercero”. Por el contrario, habrá de atribuirse el riesgo al tercero cuando este no sea “fruto de la decisión consciente o descuidada de la víctima”. El resultado habrá de imputarse al tercero cuando la víctima actúe coaccionada por una situación de necesidad creada por aquél: “el resultado se imputa al que crea una situación de necesidad siempre que el que intenta arreglar esa situación conflictiva no actúe de una forma que objetivamente pueda ya ser definida como irrazonable”, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor? De nuevo sobre la STS de 17 de septiembre de 1999”, en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, págs. 246 s. De acuerdo con estos criterios, en el caso enjuiciado por la STS de 17 de septiembre de 1999 (caso de la silla) considera que no existió autorresponsabilidad de la víctima: “la víctima había sido privada ilegítimamente 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 y no hay evidencias de que la situación de necesidad pudiera ser resuelta por medios más seguros”. Para este autor, todo lo más, debió estudiarse si esa lesión debió ser imputada por imprudencia al autor.

⁶⁶ CANCIO MELIÁ, M, contempla entre las excepciones al principio de autorresponsabilidad de la víctima no sólo los supuestos de instrumentalización de ésta por el autor debido a su inimputabilidad, sino también a su semiimputabilidad. Junto con ellos sitúa los motivados por defectos de responsabilidad situacionales, casos para cuya solución recurre a la aplicación analógica del estado de necesidad disculpante, en tanto que “el ordenamiento, al establecer los criterios del estado de necesidad exculpante ha fijado un umbral de presión psíquica que se espera que pueda resistir un sujeto (constitucionalmente) imputable”, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, *op. cit.*, pág. 361.

⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., condiciona la apreciación de “ámbitos de responsabilidad” de la víctima en los casos de autopuestas en peligro a que sea plenamente consciente y responsable del sentido de su decisión. En concreto, este autor traza el ámbito de responsabilidad de la víctima de la mano de distintos parámetros. El primero de ellos atiende a si la persona lesionada obró en un estado de *error vencible*, supuesto en el que, según este autor, tendría una representación suficiente de la situación de peligro como para atribuirle responsabilidad por el suceso. En segundo lugar, atiende a la situación de imputabilidad o no de la víctima. Según TAMARIT, se excluirá el reconocimiento de ámbitos de autorresponsabilidad allí donde la víctima obre en un estado similar a la inimputabilidad. Será por el contrario responsable si se considera imputable o semiimputable. Habrá de atenderse igualmente a si obra en situación de estado de necesidad o miedo insuperable en *La víctima en Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 105 ss.

la formulación de tal juicio de libertad remite a los parámetros que en general ofrece la teoría del delito en relación con cualquiera de los intervinientes. En este orden de ideas, entiendo que resultan de aplicación analógica a los casos que nos ocupan los ensayados por la doctrina en el marco de la teoría de la participación; de modo específico, a la hora de determinar si la concurrencia de vicios en la voluntad de quien actúa no impide que siga considerándose autor de los hechos (en su caso, inducido) o si, por el contrario, debe valorarse como instrumento en manos de un autor mediato. Así por ejemplo, en los casos de creación de un error, éste habrá de tener alcance normativo para que adquiera relevancia⁶⁸; cuando medie el empleo de amenazas o de coacciones, la consideración como instrumento de quien las padece requerirá comprobar que, caso de que hubiera lesionado bienes jurídicos de un tercero, su actuación pudiera entenderse amparada por un estado de necesidad⁶⁹. Por último, en el caso de que la víctima fuera inimputable o incluso semiimputable, habrá de verificarse en el caso concreto que su situación le impida comprender o valorar el alcance de su actuación⁷⁰. Conviene observar, en todo caso, que partimos de que la instrumentalización de la víctima no se agota en la comprobación de lo que, en estrictos términos objetivos, pueda considerarse como una salida forzada ante una situación de necesidad. Igualmente posible será que aquélla provenga de un estado de ansiedad o terror provocado por el tercero, en tanto situación anímica que, de modo razonable, habría experimentado cualquier persona. Cuando por el contrario la reacción emocional de la víctima que la impulsa a realizar una acción autolesiva como defensa no pueda reconducirse a los parámetros anteriores, habrá de negarse que sea el tercero quien la instrumentaliza en su reacción. Conforme a lo anterior, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la STS de 30 de diciembre de 1996, en el que la esposa, víctima de los malos tratos de su marido, consiguió desasirse de éste corriendo al balcón y tirándose a la calle, a consecuencia de lo cual sufrió diversas lesiones, la mujer habrá de calificarse como un instrumento, en tanto que

⁶⁸ En aplicación de ellos sostenía en otra sede que, por ejemplo, el resultado será imputable a quien mantiene prácticas de riesgo con personas portadoras del Sida pertenecientes a lo que se ha dado en llamar “grupos de riesgo” sin tener conocimiento cierto de la enfermedad, en tanto que el error, aun motivado por un engaño, se estaría refiriendo en exclusiva a la apreciación del grado concreto de probabilidad de una acción cuya idoneidad de cara a la producción del resultado el sujeto comprende perfectamente, en *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998, pág. 177.

⁶⁹ GÓMEZ RIVERO, M.C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, págs. 245 ss.

⁷⁰ GÓMEZ RIVERO, M.C., *Ibidem*, págs. 252 ss.

su actuación tiene lugar en el marco de un estado de necesidad ante la inminencia de un mal grave y cierto así como inevitable de otro modo. Por el contrario, en el caso enjuiciado por la STS 270/2000, de 26 de febrero, el chico que saltó del camión ante el temor a un posible daño a su patrimonio y, de modo más remoto, a que eventualmente el conductor pudiera sacar algún arma, ni podrá considerarse amparado por un estado de necesidad, ni ser tratado como un inimputable. Todo ello, sin perjuicio de que también en tales casos pueda fundamentarse la responsabilidad de aquel conforme a los esquemas de un delito de omisión impropia, aspecto sobre el que tendremos ocasión de volver más adelante. De momento interesa avanzar en la argumentación relativa al modo en que operan los criterios de imputación objetiva en la depuración de la eventual responsabilidad de la víctima.

En este orden de ideas, cumple añadir que nos adherimos a la postura doctrinal que a la hora de delimitar el ámbito de responsabilidad de la propia víctima concede también un papel relevante a la dimensión *ex post* de los criterios de imputación objetiva. Desde esta perspectiva se trata de trazar la posible responsabilidad de la víctima, no ya con base en el incremento relevante del riesgo o en su implicación en él, sino en tanto que su actuación determine una desviación esencial del inicialmente creado por el autor, en términos tales que el resultado final sólo a ella resulte imputable. Como ejemplo⁷¹ en el que habría que negar la realización del riesgo creado por el autor en el resultado más grave⁷² bastaría pensar en el caso

⁷¹ Véase al respecto CANCIO MELIÁ, M., quien menciona supuestos como el de la víctima que omite la realización de una medida médica corriente y segura a los efectos de neutralización del riesgo (por ejemplo, porque después de haber recibido una paliza, se niega a quedarse ingresado en un centro hospitalario a pesar de la indicación, se opone a recibir una transfusión de sangre, o inutiliza una medida terapéutica, por ejemplo, arrancándose los vendajes o reabriendo heridas). Ahora bien, conforme al punto de partida de su construcción, entiende que en tales casos no se trata de calificar la conducta de la víctima, sino de concretar el riesgo inicial del que es responsable el autor, en “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor”, *op. cit.*, págs. 130 ss.

⁷² Una solución que, sin embargo, a veces nuestros Tribunales hacen depender del conocimiento de la víctima acerca de las posibilidades de empeorar a consecuencia de su actitud, razonamiento que en buena medida se emparenta con las viejas doctrinas de la interrupción del nexo causal. Un buen ejemplo al respecto lo ofrece la STS de 17 de septiembre de 1993. Durante una discusión en el portal, una vecina arrojó a otra un producto de limpieza que venía de comprar en la droguería. Se trataba de un desengrasante para cocina que no produce quemaduras si la piel en contacto con él se limpia con agua. La víctima, en lugar de lavarse inmediatamente o solicitar auxilio se paseó por las inmediaciones del lugar con el líquido encima. Fue la propia procesada quien llamó a la Policía para dar cuenta de lo sucedido. Pese a los requerimientos para ser acompañada a un

de quien, tras ser agredido en una pierna, no adopta las medidas mínimas de cuidado e higiene de la herida, sufriendo por ello una complicación que determina que deba serle amputada. Por otra parte, también el criterio del ámbito de protección de la norma en la formulación que le diera ROXIN, esencialmente orientado a dar cabida a consideraciones de política criminal, adquiere protagonismo en la contemplación del comportamiento del sujeto pasivo del daño. Será el caso en el que la actuación de la víctima, aun conectada causalmente con el comportamiento de un tercero, sólo resulte explicable por una decisión autónoma de ella⁷³. Dejando a un lado otros supuestos más discutidos en la aplicación del criterio⁷⁴, sirva de ejemplo el enjuiciado por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de enero de 1984. Se trataba de un conductor inexperto que marchaba por una carretera con arcenes pavimentados y a distinto nivel reservados para los peatones, e invadió con su vehículo, por descuido, el arcén derecho, por el que caminaba en dirección contraria un grupo de personas, arrollando, entre otros, a un hombre al que produjo

centro médico, la víctima se negó en principio, no aceptando ser ingresada hasta hora y media después. La mujer sufrió quemaduras de tercer grado en cuello, torax, cara y ambos pabellones auriculares. La Audiencia condenó a la acusada por una falta de malos tratos, no así por las lesiones. El TS casó la Sentencia y la condenó por lesiones, al entender que no podía apreciarse la interrupción del nexo causal: “ni la acusada, ni persona alguna hasta que se personaron los funcionarios policiales, manifestó a la lesionada que el producto con el que se le había rociado resultaba peligroso, debía lavarse y acudir a un centro asistencial. Por ello, si Julia desconocía la toxicidad de lo arrojado sobre ella, que pudiera ser cualquier crema o líquido, no debe reputarse que su desidia o retraso en lavarse pueda romper el curso causal desencadenado por la voluntaria actuación lesiva de la acusada”. Con independencia de lo cuestionable que resulta valorar la imprudencia de la víctima a efectos de la interrupción del nexo causal – en terminología de la sentencia–, lo cierto es que en este caso difícilmente puede explicarse que aquella no experimentara ningún tipo de reacción progresiva de la quemadura durante todo ese tiempo, lo que debió alertarla de la importancia de retirar el producto.

⁷³ FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., “¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor? De nuevo sobre la STS de 17 de septiembre de 1999”, *op. cit.*, pág. 246.

⁷⁴ Como el enjuiciado por la STS 17 de julio de 1990. Un joven retó a otro a que tomase una botella y acertarle de un disparo mientras bebía. Este otro aceptó, si bien en el preciso instante de efectuar el disparo hizo un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino, siendo alcanzado por el proyectil, y falleciendo días más tarde. El TS consideró que este caso el resultado no podía excluirse del ámbito de protección de la norma sobre la base de la libre decisión de la víctima. Dejando a un lado la argumentación del Tribunal relativa a la indisponibilidad de la vida, resulta cuestionable el fallo, en tanto que fue el propio titular del bien jurídico quien realizó el movimiento pese a conocer que se iba a efectuar el disparo. Con una valoración crítica del fallo, véase por ejemplo DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1995, pág. 143 nota 51.

la muerte. La esposa de éste se acababa de separar del grupo e iba caminando más adelante por el otro lado de la calzada. En ese momento, otra de las mujeres del grupo salió corriendo presa del pánico y llamando a la esposa de la víctima, yendo a precipitarse bajo las ruedas de otro vehículo que circulaba en sentido contrario y que la atropelló sin que el conductor pudiera hacer nada para evitarlo, sufriendo lesiones graves. En tal caso habrá de excluirse la imputación objetiva, puesto que no parece que uno de los fines que persigue la norma de cuidado que prohíbe a los vehículos invadir aceras sea evitar que peatones no implicados en el accidente irrumpan ciegamente en la calzada⁷⁵.

IV. EL RENDIMIENTO DEL RECURSO A LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN: ¿UNA HERRAMIENTA UNÍVOCA?

En el apartado anterior hemos ofrecido un breve recorrido por las posibilidades que ofrecen los criterios de imputación objetiva en el ámbito que nos ocupa. Ahora bien, el reconocimiento de su protagonismo no supone ignorar las dificultades que su aplicación conlleva en la práctica, hasta el punto de que, como referíamos más arriba, su empleo se presta exponencialmente a servir de cobertura a las posturas más dispares. No hay mejor forma de ilustrar cuanto se quiere decir que la atención a las distintas soluciones ofrecidas de su mano al caso enjuiciado por la ya referida STS de 17 de septiembre de 1999 o en otros supuestos especialmente debatidos, en los que la víctima decide escapar de la situación de riesgo creada por el autor emprendiendo una actuación peligrosa⁷⁶.

Ante la especial facilidad de tales criterios para respaldar soluciones dispares, la vista se vuelve necesariamente a la cuestión con la que abríamos esta contribución; esto es, la relativa a si la superación de los planteamientos victimodogmáticos para adoptar en su lugar la perspectiva propia de las consideraciones dogmáticas se presenta realmente como

⁷⁵ Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, J.M., para quien la norma infringida de prudencia en el tráfico no comprende en su ámbito de protección la evitación del resultado ulterior producido, aun cuando fuera previsible, en “Los límites de la responsabilidad por imprudencia”, *La Ley*, 1984-4, págs. 1045 s. De otra opinión LUZÓN PEÑA, D.M., en *Derecho Penal de la Circulación*, Barcelona, 1990, págs. 100 ss. De las distintas posturas tuvo ocasión de ocuparme en *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, pág. 341, nota 681.

⁷⁶ Sería el caso, por ejemplo, de la mujer que salta por la ventana para escapar de los malos tratos que recibe por parte de su marido; de la joven que ante el temor a ser víctima de una violación por parte de quien la ha recogido en autostop salta del vehículo; o del chico que, temeroso de las consecuencias inciertas de quien le recoge en su camión para llevarle durante un trayecto, salta en plena marcha.

una herramienta capaz de inyectar seguridad jurídica en la solución del problema o si, por el contrario, es tan solo una forma de sellar con un *nomen iuris* una solución determinada de antemano con base en razones de oportunidad. Aun sin desconocer el inevitable margen de valoración en la aplicación de los criterios normativos, las líneas que siguen se orientan a fundamentar que su aparente incapacidad para ofrecer soluciones sólidas en el ámbito que nos ocupa no es más que el resultado de una serie de tergiversaciones en su aplicación, pero sin que, precisamente por ello, puedan desvirtuar el juicio en torno a su rendimiento en esta materia.

Para empezar, resulta criticable que la atención al comportamiento de la víctima se preste a ser un argumento con el que desvirtuar o incluso *mutar* la razón de ser de alguno de los criterios de imputación. En relación con el criterio del *incremento del riesgo* es ilustrativa de cuanto se quiere decir la atención a la STS de 19 de septiembre de 1999. Del razonamiento del Tribunal parece deducirse que fue el lesionado quien no sólo asumió, sino que creó el riesgo que finalmente determinó el resultado lesivo: “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. Es también por su 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 el perjudicado podía calcular el peligro de su caída de la misma manera que el recurrente. En suma: hubo provocación de riesgo por el perjudicado, quien al decidir su actuación podía y pudo tener conciencia del peligro que asumía”. Resulta, en efecto, curioso que al final la perspectiva que determina el enjuiciamiento parezca ser, en exclusiva, el comportamiento de la víctima, y no el del autor. Porque si bien es cierto que ella podría prever lo que sucedería a la vista de su reacción, no lo es menos que el agresor no sólo debió tener en cuenta el riesgo trazado al inicio, en el momento de obrar, sino también el generado por la evolución de los acontecimientos. Dicho de otro modo, si alguien debió calcular su magnitud fue el autor, Federico, que pese a ser consciente de que la víctima comenzaba un forcejeo no detuvo su conducta inicial. En definitiva, y al contrario de cuanto razona la sentencia, fue el autor quien en el momento de obrar debió considerar que la víctima estaba forcejeando. Y en esas circunstancias, al no tomar medidas para evitarlo, le debió ser imputable no sólo el riesgo trazado al inicio, sino el que se desencadena conforme al devenir de los hechos. Es más, según tendremos ocasión de volver a insistir, habrá que atender no sólo las posibilidades de imputar al agente el riesgo creado con su *acción* sino, en su caso, la posible res-

ponsabilidad derivada de su consideración como autor en comisión por omisión. Sobre esta cuestión volveremos más adelante. De momento nos interesa continuar con el análisis de la virtualidad del resto de los criterios de imputación –y sus posibles tergiversaciones– en este ámbito. Y para ello, nada mejor que continuar con el análisis del razonamiento de la misma sentencia.

En efecto, la *desviación* del uso de los criterios de atribución normativa que venimos denunciando se extiende en dicho fallo a la comprensión de la exigencia, propia también de los criterios de imputación objetiva, de que el resultado producido suponga la *realización del riesgo creado por el autor*. De nuevo, resulta ilustrativa la cita de un párrafo del fallo: “El tipo objetivo del delito de lesiones requiere que el resultado producido causalmente por la acción sea la realización del peligro generado por la 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 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”. Con este modo de razonar pareciera, de nuevo, que se desplaza el referente del objeto de enjuiciamiento, de modo que en lugar de indagar hasta dónde llega el alcance del riesgo puesto en marcha por el autor y, su posterior realización en un resultado, lo primordial parece ser enjuiciar el riesgo generado por la víctima⁷⁷.

Tampoco escapa a una interpretación uniforme el papel que puede jugar en la materia que nos ocupa el *ámbito de protección de la norma*. Ciertamente este criterio ha permitido en la práctica ofrecer una línea de solución que, aun sin estar exenta de críticas doctrinales⁷⁸, puede con-

⁷⁷ SANZ MORÁN, A., “*Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999*”, coord. por Miguel Díaz y García Conlledo, José Manuel Paredes Castañón, 2004, págs. 148 s.

⁷⁸ Es el caso de GIMBERNAT ORDEIG., E., quien se muestra radicalmente contrario a conceder cualquier espacio de juego al criterio del fin de protección de la norma en la problemática que nos ocupa: “en estos supuestos al criterio del fin de protección de la norma no se le ha perdido nada..., la eventual ausencia de imputación objetiva tendrá que ser fundamentada necesariamente sobre la base de otras consideraciones y... pretender decidir aquí sobre la responsabilidad o irresponsabilidad con aquel criterio no pasa de ser una afirmación gratuita con la que se trata de argumentar una solución intuitiva –pero

siderarse constante en la jurisprudencia para los casos en que la víctima se pone en peligro de manera voluntaria. En concreto, cuando se comprueba que ésta asume de forma libre la situación de riesgo es común reconocer la existencia un espacio de responsabilidad propio, con la consecuencia de que el resultado producido habría de entenderse extraño al ámbito de protección de la norma y, por ello, no imputable a quien materialmente generó el riesgo. El ejemplo paradigmático al respecto lo ofrece la participación voluntaria del copiloto en una conducción temeraria, resultando fallecido o lesionado en un accidente⁷⁹. La distorsión no reside, desde luego, en la fijación de tal punto de partida. Esta procede de considerar suficiente para excluir aquel espacio la simple constatación de que la decisión de la víctima se enmarca circunstancialmente en el contexto creado por el autor, lo que de nuevo explica algunos fallos jurisprudenciales a los que ya hemos tenido ocasión de referirnos en sentido crítico⁸⁰.

Pero si lo anterior contribuye a explicar las consecuencias tan dispares que en ocasiones se han extraído del uso de los criterios de imputación objetiva, no menos importante es la atención al valor que suele reservarse al juicio de proporcionalidad de la reacción de la víctima como criterio con el que afirmar o negar la instrumentalización de su comportamiento, en tanto análisis previo al de imputación objetiva. En efecto, no es difícil encontrar en el razonamiento de buena parte de la doctrina una doble ecuación. Por un lado, la que afirma que en el caso de reconocerse la proporcionalidad de la reacción de la víctima ante la conducta del autor aquélla debe considerarse como un instrumento en manos de éste, con la consiguiente imputación del resultado a aquél. Por otro, y como reverso de la anterior, la que considera que si el juicio de ponderación arroja

no racionalmente – alcanzada, para que se recurre a un ‘topos’ prestigioso –al del fin de protección de la norma– para cuya aplicabilidad a los casos que nos ocupan ni siquiera se intenta –porque no se puede– desarrollar con una mínima solidez” en “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *op. cit.*, pág. 438.

⁷⁹ Así lo recuerda, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19 ed., Valencia, 2013, pág. 642.

⁸⁰ Como la STS de 30 de diciembre de 1996, relativa a una esposa que para huir de los malos tratos de obra y amenazas de su marido corrió al balcón y se tiró a la calle, produciéndose varias lesiones. Recordemos que el TS absolvió a aquél sobre la base de la exclusión del criterio del ámbito de protección de la norma, por lo demás mezclado con el de la realización del riesgo en el resultado: “el resultado acaecido quedó fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha vulnerado mediante su acción, ya que en este caso no se realiza en el resultado el riesgo jurídicamente desaprobado que ha realizado el autor, sino otra clase de riesgo diferente y extraño a aquel”.

como resultado la desproporción de la reacción de quien sufre el daño, habría de considerarse a éste en todo caso responsable de su conducta, en tanto expresión de su decisión autónoma⁸¹. Bien pues, según entiendo, cada uno de los axiomas de este razonamiento resultan seriamente cuestionables.

La razón de la crítica a la primera conclusión tiene que ver con la dificultad para equiparar la proporcionalidad o incluso la razonabilidad de la respuesta de la víctima con su instrumentalización. Porque una cosa es la proporcionalidad de la reacción del sujeto pasivo del daño, y otra que, por ello, haya de contemplarse como la única salida al conflicto. Se podrá decir, ciertamente, que su comportamiento era esperable, que correspondía a lo que habría hecho el hombre medio con sus condiciones y en su situación y, en definitiva, que era previsible. Pero eso es algo muy distinto a convertir al hombre de atrás en dominador de la voluntad de quien actúa conforme a ese *canon* de comportamiento esperable.

En segundo lugar, criticable resulta también que quienes llegan en el caso concreto a la conclusión de que la reacción de la víctima no fue proporcionada a la situación en que se vio envuelta califiquen su conducta como una puesta en peligro propia, con la consecuencia entonces de excluir *cualquier tipo de responsabilidad* de quien la motivó. Desconocen así que, pese a que un determinado resultado sea causalmente explicable por una actuación no instrumentalizada de la víctima, de modo que sea ésta con su conducta quien cree o aumente el riesgo de su producción, todavía es posible que el resultado final sea imputable al autor. Es lo que sucederá cuando éste ostente una *posición de garantía* derivada, entre otras fuentes, de la *ingerencia* por su comportamiento previo, con la consecuencia entonces de quedar obligado a evitar la producción de los resultados derivados de la conducta de la víctima. En tanto que ya no se trata de discutir el alcance del riesgo creado por el autor con su conducta, deviene de nuevo por completo irrelevante el dato acerca de si la reac-

⁸¹ Por ejemplo FEIJÓO SÁNCHEZ, B., quien a la hora de concretar cómo se traduce el principio de autorresponsabilidad en los casos en que quien se pone en peligro o autolesiona haya creado una situación de necesidad, propone analizar si la lesión o autopuesta en peligro representaba “la única salida racional” a la situación, ayudándose como criterio con el que concretar esta fórmula de un esquema parecido al propio del estado de necesidad justificante del art. 20.5 CP. De esta forma, entiende, 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 situación. Y el límite se encuentra en no crear una 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 necesidad”, en *Actuación de la víctima e imputación objetiva*, *op. cit.*, págs. 314 ss.

ción de la víctima fue o no proporcional –desde un punto de vista objetivo o subjetivo– a la situación en que se vio envuelta. Lo único importante en estos casos es, por el contrario, la comprobación acerca de si concurren las bases para fundamentar la responsabilidad del tercero en comisión por omisión, cuestión, por lo demás, que dista de ser privativa de los casos que nos ocupan, habiéndose planteado en otros ámbitos muy dispares que comparten con éstos la necesidad de valorar la reacción de la víctima a consecuencia de la maniobra de un tercero⁸².

Cuanto se quiere decir puede ilustrarse de la mano del tan recordado caso enjuiciado por la STS de 26 de febrero de 2000. La solución doctrinal propuesta ha estado a menudo condicionada por la previa comprensión como proporcional o no de la reacción del chico que saltó del camión en marcha ante el temor a los requerimientos del camionero. Entre los autores que así razonan las soluciones oscilan desde quienes consideran que éste es responsable de las lesiones sufridas a consecuencia del salto, en tanto que la proporcionalidad del comportamiento convierte al camionero en autor mediato⁸³, hasta quienes, también sobre la base del criterio de la proporcionalidad, entienden que la reacción del joven fue desmesurada, de modo que el camionero habría de calificarse como inductor a una puesta en peligro propia⁸⁴. Por encima de los pormenores de

⁸² Si bien en un ámbito distinto, esta misma solución se ha aplicado a supuestos que comparten con el que nos interesa el dato de que la víctima, si bien no está instrumentalizada, tampoco actúa en condiciones de plena libertad. En concreto, a esta calificación llega MUÑOZ CONDE, F., en relación con el suicidio en el caso en el que se le dice a alguien que padece una enfermedad incurable de la que morirá en breve con grandes padecimientos. Considera este autor que en dicho supuesto no cabe hablar ni de inducción al suicidio ni de autoría mediata de homicidio o asesinato, pero sí de cooperación al suicidio en comisión por omisión, “pues con la ficción de enfermedad se crea una situación de peligro para la vida del presunto enfermo, base suficiente para afirmar la posición de garante del que crea la ficción, especialmente si éste es médico”. Véase, por ejemplo, la decimocuarta edición de la Parte Especial de Derecho penal, Valencia, 2002, p. 69.

⁸³ GARCÍA ÁLVAREZ, P., en “Comentario a la Sentencia número 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, 2000, n^o 4, págs. 174 ss, donde se esfuerza en explicar que la reacción del joven de saltar del vehículo en marcha fue, en realidad, proporcional a la situación de conflicto (p. 177). Por ello, según la autora, habría de apreciarse la autoría mediata del conductor, en tanto que las lesiones sufridas por el joven no fueron más que la realización del riesgo por él creado con su amenaza. Es más, esta autora plantea que, de no haber sido proporcional la reacción, habría que valorar criterios como el carácter razonable o no de la reacción, así como si, en función de las circunstancias, aquélla puede considerarse aún como libre (pág. 178), lo que de nuevo, en el caso enjuiciado, confirmaría la autoría mediata del conductor.

⁸⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M., en Comentario a la Sentencia número 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho y proceso penal*, 2000, n^o 4, págs.

cada una de estas soluciones interesa destacar que si se da la razón, como creo que debe hacerse, a quienes entienden que el temor padecido por el joven no podría llevar a contemplarlo como un ciego instrumento en manos del conductor, tal consecuencia no supone, o al menos no de modo automático, eximir a éste de responsabilidad por el salto como comitente omisivo, posibilidad que sin embargo en ocasiones se silencia por algunas de las más importantes construcciones en la materia⁸⁵ y en alguna otra se ha llegado a descartar expresamente⁸⁶. Dado que se trata de valo-

179 ss., quien de la mano del criterio de la proporcionalidad y teniendo en cuenta el contenido de la amenaza entiende que en el caso enjuiciado por la STS de 26 de febrero de 2000 habría de considerarse al camionero como inductor de una autopuesta en peligro.

⁸⁵ Por ejemplo, CANCIO MELIÁ, M., enuncia entre los requisitos con los que pueda imputarse el hecho a la esfera de autorresponsabilidad de la víctima que el autor no tenga posición de garantía frente a los bienes de ésta. Con todo, cuando aplica sus criterios al caso de la STS del auto-stop (STS 26 de febrero de 2000), considera que no es imputable el resultado al conductor, puesto que existe una organización conjunta, en tanto que Iván salta del coche por la amenaza. Igualmente, entiende, la víctima no estaba instrumentalizada, pues no se encontraba bajo la presión necesaria para ello, ya que no se dice que fuera el autor a hacer uso efectivo de la navaja. Pero en ningún momento apunta a que en tal caso la responsabilidad del conductor pudiera fundamentarse por la posición de garantía que ocupa ante la situación por él generada, en “Comentario a la Sentencia número 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho y proceso penal*, 2000, n^o 4, págs. 168 ss. Por su parte, GIMBERNAT ORDEIG, E., refiriéndose también al caso enjuiciado por la STS de 26 de febrero de 2000 maneja como argumento con el que fundamentar la responsabilidad del conductor del vehículo la ausencia de libertad del chico que saltó del camión asustado, de tal modo que si su actuación no se entendiera sometida a un grado considerable de presión habría de exonerarse de pena al autor. Sin embargo, resulta curioso que este autor tenga en cuenta específicamente la necesidad de atender a la eventual posición de garantía del tercero pero referido sólo a los supuestos de autopuestas en peligro en que el deber de obrar proceda de la vigilancia de una fuente de peligro que está a su cargo (caso del socorrista, controlador aéreo o del empresario), pero no por razón de la ingerencia, en “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *op. cit.*, págs. 455 ss.

⁸⁶ Es el caso de TAMARIT SUMALLA, J.M., quien una vez que considera desproporcionada la reacción del chico frente a la intimidación del camionero, afirma que “las mismas consideraciones efectuadas para fundamentar la exclusión de la imputación objetiva impiden sostener una posición de garante por parte de quien generó la situación peligrosa”. Argumento para ello es, según continúa el autor, que “la autonomía y relevancia dogmática reconocida a la actuación de la víctima resultarían incompatibles con la consideración del tercero como garante de los bienes arriesgados por el propio lesionado”, en “Comentario a la Sentencia número 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pág. 182. Las razones para la crítica a este razonamiento se deduce de cuanto exponemos en el texto, y, si acaso, tan solo debe insistirse en lo cuestionable que resulta equiparar la ausencia de anulación de la voluntad con la irresponsabilidad total de quien crea una situación de peligro.

rar la *posición* del autor generada tras su actuación previa, la afirmación de la “desproporción” o incluso de la “irracionalidad” de la decisión de la víctima no elimina el juicio de reproche de quien debido a su conducta previa es garante de la reacción de ésta –con independencia de su *racionalidad* o del estado anímico comprensible o no que la respalda–. Y es precisamente esto lo que ocurre en el caso concreto al que nos referimos. Fue, en efecto, el conductor quien creó la situación de terror o angustia en el chico mediante su retención ilegal, quien advirtió que a consecuencia del estado que le generaba le rondaba seriamente la idea de saltar del vehículo en plena marcha y quien al persistir en su conducta pese a todo creó el estado de peligro. Por ello, debió evitar que las consecuencias de esa situación no derivaran en una consecuencia más grave.

La misma crítica cabe dirigir a la jurisprudencia que hace depender la calificación de los hechos, en exclusiva, de la proporcionalidad de la reacción de la víctima, llegando así a fallos condenatorios o absolutorios. Entre los primeros⁸⁷, es singularmente ilustrativa la STS de 8 de noviembre de 1991. Resumidamente, en ésta se enjuiciaba a quien, tras invitar a una chica que iba caminando a subir a un camión, le realizó durante el trayecto una serie de comentarios insinuadores de su intención de mantener con ella una relación sexual, hasta llegar a proponérsela ya de modo explícito e insistir en la idea varias veces pese a la negativa de la chica, quien reiteraba el ruego de que detuviese el camión para bajar de él. Dada la persistencia de la actitud del camionero, llegó a decirle que se tiraría en marcha. Viendo que éste hacía caso omiso a sus ruegos la chica abrió la puerta y, tras arrojar primero su bolso, saltó del camión, resultando lesionada por las ruedas del vehículo. El Tribunal imputó al camionero las lesiones. Dejando al margen las críticas que despierta que su razonamiento se centre en la no interrupción del nexo causal entre el comportamiento del camionero y las lesiones⁸⁸, interesa llamar la atención acerca de que el Tribunal se afane por reconducir la reacción de la víctima al riesgo creado por el autor en lugar de fundamentar su responsabilidad en comisión por omisión: “El conductor del vehículo con su comportamiento creó un riesgo, del que la propia ofendida le advirtió cuando le dijo que

⁸⁷ Por ejemplo, la STS de 6 de mayo de 2009 condenó al hombre por las lesiones sufridas por una mujer al saltar por el balcón para huir de las proposiciones sexuales que le hacía, al entender que la reacción de la mujer era proporcional.

⁸⁸ “Tal conducta voluntaria de Mercedes, al haberse realizado dentro del ámbito de riesgo creado por el acusado, no interrumpió el nexo causal entre el anterior comportamiento de Jesús y las posteriores lesiones de aquélla, que, por tanto, son objetivamente imputables a Jesús M.S”.

se tiraría si no paraba, y en el ámbito de ese riesgo producido y advertido por él, se produjo ese acto voluntario de ella (voluntario pese a encontrarse con sus facultades cognoscitivas y volitivas disminuidas por la tensión nerviosa que sufría) que fue el origen del posterior atropello de su propio cuerpo con las ruedas traseras del mismo camión”. Desconoce así el fallo la posición de garante por ingerencia en que se encontraba el camionero, quien privó de libertad a la víctima llevándola a una situación extrema, conocía la reacción de pánico en que la había sumido y su proclividad a salir del camión como fuera. Es más, la seriedad y la inminencia del propósito difícilmente admitían ya duda alguna cuando la chica no sólo abrió la puerta, sino que arrojó su bolso antes de saltar.

La misma crítica cabe dirigir a los fallos que absuelven al causante del riesgo, de nuevo sin tener en cuenta la eventual responsabilidad proveniente de su posición de garantía. Bastaría ahora con la cita, entre otras⁸⁹, de la STS de 30 de diciembre de 1996. La esposa, atemorizada por los malos tratos que recibía por parte de su marido, consiguió desasirse de éste cuando la mantenía agarrada con una mano por su muñeca y con la otra por el cuello, corriendo al balcón y tirándose a la calle, a consecuencia de lo cual sufrió diversas lesiones. El Tribunal fundamentó la no atribución de ese resultado al marido al entender que el resultado queda fuera del ámbito de protección de la norma. Desconoce así, de nuevo, la necesidad de tomar en consideración las peculiaridades que obliga a introducir la atención a la eventual responsabilidad en comisión por comisión, una posibilidad que tan sólo aisladamente está presente en algún fallo jurisprudencial⁹⁰.

⁸⁹ Como la STS de 26 de febrero de 2000, ya referida, del chico de 16 años que fue recogido en auto stop por el conductor de un camión y que se arrojó del vehículo en marcha ante el temor que despertaron en él los requerimientos del conductor de que le exhibiera y entregara su reloj, sufriendo una serie de lesiones. El TS absolvió al conductor por las lesiones al entender que el resultado producido no fue realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, realizado por la acción: “en los casos en que la víctima *opta* por crear con su actuación un *peligro mucho mayor del realmente generado por el autor*, sin una justificación especial, los resultados que sean producto de la introducción de este nuevo peligro más grave, no deben ser imputados a dicho autor”.

⁹⁰ Es el caso de la STS de 16 de mayo de 2007, relativa a una embarazada víctima de los malos tratos de su marido que, aprovechando un momento en que la dejó sola, se colocó en el alfeizar de la ventana del baño para, desde allí, alcanzar algún otro lugar del que escapar, pero debido al peso de ella y de su estado avanzado de gestación (ocho meses) cayó, falleciendo. La Sentencia da por probado que el marido fue consciente, en todo momento, de la situación de desesperación en la que había colocado a su esposa, y de que ella quería escapar de la casa de cualquier modo. Tras argumentar el Tribunal que no existió una desmesurada reacción por parte de la mujer, ni una “intervención imprevisible

V. LA PRESENCIA DEL RECURSO A LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN NUESTRO DERECHO POSITIVO COMO CATALIZADOR DE LA RELEVANCIA DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA

Si en las páginas anteriores hemos tratado de dar cuenta de las posibilidades que, en general, ofrecen las doctrinas de la imputación objetiva en orden a valorar el comportamiento de la víctima, es el momento ahora de comprobar su rendimiento de la mano de alguna de las previsiones de Derecho positivo. Se trata de aquellas en las que el legislador recurre a tales criterios como herramienta con la que valorar en el tipo penal de que se trate las respectivas posiciones del autor y del sujeto pasivo del daño.

Entre las manifestaciones que suelen señalarse por la doctrina como paradigma de tal proceder adquiere singular protagonismo la referencia al delito de estafa, tradicionalmente considerado como expresión de la filtración de consideraciones relativas al papel de la víctima en la teoría del delito⁹¹. Aun sin desconocer que existen posiciones encontradas no

de ella que permita apreciar la interrupción del curso causal”, afirma: “A igual solución se llegaría, desde un punto de vista penométrico, si se aplicara el art. 11.b, partiendo de que Cosme había creado la ocasión de riesgo, con el deber de garante que ello conllevaba, e incurriendo en la comisión, por omisión, de los ataques a las vidas humanas independiente y dependiente”. Recoge esta doctrina, si bien también como argumento adicional, la STS de 9 de mayo 2011, relativa a una mujer que se arrojó por la ventana para huir de las agresiones sexuales a las que la sometía un hombre, sufriendo diversas lesiones. De nuevo, el argumento central de TS para confirmar la condena de éste por lesiones descansa sobre la base de la idea de la proporcionalidad: “pese a que, como dijimos, el riesgo creado por el recurrente amenazaba un bien jurídico diverso del de la integridad física de su víctima. Porque lo relevante es la inminencia de la agresión a la libertad sexual, unida a que la víctima estaba, en expresión de los hechos probados, acorralada por el acusado, que le impedía escapar por la puerta de la vivienda, llegando a temer por su vida, y que fue en ese marco, en el que la víctima adoptó la decisión de saltar por el balcón del segundo piso para dejarse caer en la terraza del primero, acción ésta que, por otro lado, estaba lejos de mostrarse como altamente peligrosa, de suerte que no puede calificarse de desproporcionada a la situación de peligro soportada, ni siquiera cabe tampoco calificar de imprudencia grave dicha actuación de la víctima”. Con todo, y al traer a colación el caso enjuiciado por la STS 16 de mayo de 2007, refiere siquiera como hipótesis la posibilidad de fundamentar la responsabilidad del agente en comisión por omisión en los mismos términos en que se expresa aquel otro fallo. Véase también la STS de 23 de julio de 2012, relativa a una mujer que, para escapar de los malos tratos que soportaba de su pareja, se tiró desde una azotea, sufriendo lesiones.

⁹¹ En la doctrina alemana son clásicos los trabajos de AMELUNG, K., “Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug”, *op. cit.*, págs. 1 ss., para quien la duda del sujeto pasivo frente a la actitud engañosa del autor debía determinar la exclusión del error y, con ello, de la consumación de la estafa. Véase también FRISCH, W, en “Funktion und Inhalt des ‘Irrtums’

sólo en torno a la razón de ser de la exigencia del carácter *bastante* del engaño⁹² sino también acerca de los parámetros conforme a los cuales deba realizarse tal juicio –objetivos o subjetivos–⁹³, entendemos que asiste la razón a la doctrina⁹⁴ así como a la jurisprudencia⁹⁵ que consideran que con ella el legislador da cabida de forma decidida a los criterios de imputación objetiva en el trazo de la relación entre la conducta del autor y la comprobación de un error –relevante– en la víctima. En realidad, como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, la atención al papel de la víctima adquiere en este delito una doble dimensión. En primer lugar, puede determinar la negación del propio injusto de la conducta, en tanto que si la maniobra fraudulenta carece de la entidad suficiente para inducir a un error y,

im Betrugstatbestand- Zur dogmatischen Bedeutung des Opferverhaltens in 236 StGB”, en *Festschrift für Bockelmann*, München 1979, págs. 747 ss, BEULKE, W., “Anmerkung zum Urteil des LG Mannheim vom 7.11.1976 -2Ns 98/76, en *NJW*, 1977, pág. 1073, HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, *op. cit.*, págs. 99 ss. En nuestra doctrina, véase por todos TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en el Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 172 ss., quien advierte acerca de la existencia de una dualidad de vías por las que la conducta de la víctima puede excluir la significación típica del hecho: porque el engaño se muestre idóneo o no bastante para producir el error; o bien porque, aun siendo el engaño idóneo, el comportamiento subsiguiente o concomitante de la víctima determine que el perjuicio patrimonial recaiga en el ámbito de responsabilidad de la víctima (pág. 189).

⁹² Al respecto, puede verse PASTOR MUÑOZ, N., “El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa”, en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes o irrelevantes en la actividad económica empresarial* (dir. Silva Sánchez), Madrid, 2003, págs. 67 ss, donde ofrece una análisis sistematizado de la doctrina alemana que se ha posicionado en torno a la explicación del papel de la víctima en estos supuestos, ya sea sobre la base de consideraciones victimológicas o, por el contrario, de la mano de argumentos relativos a la imputación objetiva.

⁹³ Ofrece un estudio de su interpretación por la jurisprudencia SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimodogmática’, *op. cit.*, págs. 38 ss.

⁹⁴ Al respecto, puede verse, por ejemplo, CHOCLAN MONTALVO, J.A., “Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, 1999-2, págs. 59 ss., donde dentro de los criterios de imputación ubica la exigencia del engaño bastante en la comprobación de que el resultado pertenece al ámbito de protección de la norma.

⁹⁵ Interesante es en este sentido la referencia a la STS de 15 de marzo de 2012, que a la vez que critica los planteamientos victimodogmáticos subraya que la configuración típica del delito obedece a los criterios de imputación objetiva: “la teoría victimodogmática no es más que una forma de rebautizar soluciones ya existentes para problemas reales, extendiéndolas desmesuradamente a supuestos injustificados. La imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria”.

con él, al acto de disposición patrimonial, no puede apreciarse un riesgo relevante a efectos de este tipo delictivo. En palabras del referido autor: “si un engaño aparece ex ante como no-bastante para producir error, nos hallamos ante una conducta típica (tentativa irreal) y la posterior realización por la víctima de un acto de disposición que la perjudique no puede modificar tal calificación”. En segundo lugar, el papel de la víctima puede determinar que se niegue la imputación del resultado al autor del hecho que, sin embargo, es relevante. Se trataría ahora de los casos en que el error podría haberse evitado caso de adoptar la víctima una diligencia mínima. En ellos, y de nuevo en palabras del referido autor, “si se trata de un engaño ‘bastante’ ex ante, pero la posterior intervención de la víctima rompe toda conexión entre el mismo y el resultado último, será la tipicidad de la tentativa y no la del delito consumado la que cabrá afirmar”⁹⁶.

La atención a los preceptos que ilustran en nuestro Código penal la presencia de los criterios de imputación en la valoración del daño sufrido por la víctima quedaría incompleta sin referir, al menos, aquellos otros en los que aun cuando el legislador no adjetiva expresamente la conducta típica, la exigencia de que revista cierta entidad –en contraposición a la mera constatación del resultado–, está presente implícitamente. Bastaría con traer a colación la exigencia, unánimemente reconocida por la doctrina y jurisprudencia, de que en el delito de amenazas la intimidación tenga también una intensidad *bastante* para doblegar la voluntad de quien la padece, que en el delito de agresión sexual la violencia o intimidación expliquen, por su gravedad, la dinámica comisiva de los hechos, o que en el abuso sexual de prevalimiento la situación de superioridad tenga tal entidad que impida la imputación del acto a la esfera de responsabilidad de la víctima⁹⁷. La consecuencia en todos estos casos es que, si pese a revestir menor entidad la violencia o intimidación ejercidas o ser también de menor envergadura la relación de prevalimiento la víctima realiza el comportamiento de que se trate, no podrá apreciarse el respectivo tipo delictivo.

⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimo-dogmática’, *op. cit.*, pág. 38.

⁹⁷ En la manualística, véase por todos MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial, op. cit.*, en relación con las amenazas, pág. 152; respecto a las agresión sexual, págs. 213 s., o en relación con el abuso de prevalimiento, pág. 225. En relación específicamente con el problema que nos ocupa véase SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘victimo-dogmática’, *op. cit.*, págs. 42 ss.

Las manifestaciones de las consideraciones relativas al papel de la víctima sobre la base de criterios de imputación no se agotan en el análisis de la tipicidad. Junto a ellas, son igualmente visibles otras en la plasmación de determinadas causas de justificación. El ejemplo paradigmático lo ofrece el art. 20.5 CP, relativo al estado de necesidad, que contempla entre los requisitos para su apreciación que la situación que lo desencadena no haya sido provocada intencionalmente por el autor. Dejando de momento al margen las peculiaridades de estos supuestos –en tanto que no se discute la protección de la víctima sino la responsabilidad del autor⁹⁸, lo cierto es que, también ahora, dicha exigencia expresa un juicio de atribución del resultado entre los intervinientes con vistas a determinar a cuál de ellos es imputable el daño. La consecuencia es que si quien actúa en estado de necesidad ha sido el causante de la situación, sólo a él será atribuible el riesgo que determina la necesidad posterior de actuar para salvar los bienes, decayendo por ello cualquier razón para eximirle de responsabilidad.

VI. ¿AGOTAN LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA LA VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA?

Hasta aquí el recorrido por el rendimiento de los criterios de imputación como delimitadores de los respectivos ámbitos de responsabilidad entre la víctima y el autor. A nadie escapa, sin embargo, que la necesidad, presente ya en las primeras versiones de los planteamientos victimodogmáticos, de conceder relevancia a la actuación de la víctima no se ha ceñido a los presupuestos situacionales que pudieran solucionar las doctrinas de la imputación objetiva y a los que nos hemos venido refiriendo.

En efecto, junto con los casos en que es posible plantear la imputación del suceso –o parte de él– a los distintos intervinientes –incluida la propia víctima– con base en dichos criterios se suscita el tratamiento que merezcan aquellos otros en los que se cuestiona si el comportamiento del sujeto pasivo del daño pudiera justificar una degradación de la pena del

⁹⁸ Como explica TAMARIT SUMALLA, J.M., “lo que se prevé legalmente en la legítima defensa y en el estado de necesidad es propiamente una restricción del derecho de autor, que se traduce en la punibilidad (aunque disminuida) de su comportamiento; algo que no se corresponde con lo propugnado por las referidas tesis, según las cuales se restringe la tutela de la víctima y por lo tanto el ámbito típico y la punibilidad... Más rebuscado resultaría aún el razonamiento en el estado de necesidad, donde no cabría hablar de víctima ni en un sentido muy amplio, si seguimos la concepción doctrinal dominante que interpreta que la ambigua referencia al ‘sujeto’ provocador no va dirigida a que sufre la situación de necesidad sino al auxiliador”, *La víctima en Derecho penal, op. cit.*, págs. 191 s.

autor con base en consideraciones estrictamente valorativas. Entre ellos, cobra singular importancia la atención a la conducta provocadora de la víctima previa a la agresión, caso que, al menos en una primera aproximación valorativa, pareciera reclamar una cierta rebaja de la pena con base en la supuesta disminución de la antijuricidad del comportamiento del autor desde una contemplación global del suceso⁹⁹.

Tal vez la manifestación más clara de esta tendencia se encuentre en la plasmación de una circunstancia atenuante atenta al comportamiento de la víctima en los delitos dolosos. Contemplada aún en la actualidad por algunos Códigos penales de Derecho comparado¹⁰⁰, esta circunstancia estuvo presente en nuestro Código penal hasta la reforma de 1983. En concreto, el artículo 9.5 de nuestro Código penal histórico recogía como circunstancia atenuante “La de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido”. La razón de ser de su plasmación no era otra que el reconocimiento de la degradación de la antijuricidad de la conducta del autor sobre la base del comportamiento a su vez *reprochable* de la víctima¹⁰¹. Sin necesidad de entrar en el debate en torno a la conveniencia o no de su reintroducción en nuestro Derecho¹⁰², o incluso de las posibilidades que en la misma línea pudie-

⁹⁹ Y no ya en su culpabilidad, de la mano de la atenuación que permitiera la apreciación de una situación de alteración emocional. Sobre el debate en la doctrina alemana, pueden verse las referencias que ofrece SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La victimodogmática en el Derecho extranjero”, en *Victimología VII. Curso de Verano. Universidad del País Vasco*, 1989, págs. 108 s.

¹⁰⁰ Es el caso del Código penal italiano, que contempla como circunstancia atenuante en el art. 62.5 “l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa”. Véase también el Código penal de Nicaragua, que en el art. 17, apartado 29 considera como atenuante el que el autor haya obrado “en reacción a un notable abuso de autoridad realizado por la víctima”, o el Código penal de Honduras, cuyo art. 16.4 recoge como atenuante: “Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito”.

¹⁰¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, 2ª edición, Madrid, 1966, págs. 173 ss., quien destacaba que esta atenuante representa “una última imperfección de la eximente de legítima defensa; una legítima defensa a la que faltare el primer requisito de agresión, estando sustituida por el ataque o agresión moral que la amenaza o provocación supone”, pág. 173. De ahí deducía el carácter objetivo de esta circunstancia, ejemplificando su alcance con casos como el de “la mujer que directamente incita a un hombre a la comisión de actos calificables como delitos contra la honestidad” o el de un “hombre de dinero que, haciendo alarde de su fortuna ante un menesteroso, provoquese un atentado contra su propiedad”, págs. 176 s.

¹⁰² Véase por todos CANCIO MELIÁ, M/PEÑARANDA RAMOS, E., en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, op. cit., págs. 37 s.

ra ofrecer en nuestro actual Código penal el art. 21.6¹⁰³, interesa llamar la atención acerca de que la apreciación de esta circunstancia de modo automático y sin ningún tipo de límite pudiera acabar dando entrada a las versiones más ortodoxas de las teorías victimodogmáticas, hasta el punto de contener el germen con el que dar vida a una suerte de *versari in re illicita*, en su variante ahora de desproteger a la víctima cuando en su momento se comportó de modo descuidado. No es por ello de extrañar que un importante sector doctrinal que se ha mostrado favorable a la reintroducción de una circunstancia atenuante de un tenor similar a la que ya contempló nuestro Derecho histórico proponga condicionar su apreciación a la existencia de un comportamiento que realmente, desde una perspectiva valorativa, disminuyera la contemplación del desvalor de la conducta del autor¹⁰⁴.

¹⁰³ Baste recordar que el art. 21.6 contempla como atenuante cualquier circunstancia de análoga significación a las comprendidas en los distintos numerales de este artículo, entre la que se encuentra, en su número primero, la eximente incompleta referida, entre otros supuestos, a los casos de falta de provocación suficiente por el agredido en la legítima defensa. A la vista de lo anterior no sería descabellado valorar con carácter general como atenuante la existencia de una provocación por parte de quien recibe una agresión. Si partimos, como lo hemos hecho en este trabajo, de que la presencia de tal requisito en la legítima defensa encuentra su fundamento en una interpretación –cuestionable– de los criterios de merecimiento y necesidad de pena, la base de su identidad con otros casos en los que se apreciara una provocación de la víctima está servida.

¹⁰⁴ En este sentido escriben CANCIO MELIÁ, M/PEÑARANDA RAMOS, E., que para la admisión de una atenuante por provocación con independencia de estado pasional de la víctima “sería preciso con carácter general que el comportamiento provocador sea antijurídico, que se halle en una estrecha conexión temporal con la respuesta que provoca y que esta reacción no sea completamente desproporcionada en su intensidad a la provocación, en *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, op. cit., págs. 37 s. Según el parecer de estos autores su fundamento habría de verse de modo paralelo a la exigencia positiva de que no exista provocación suficiente del agredido a efectos de apreciar la legítima defensa: “en ambos casos se da una corresponsabilidad de la propia víctima en la generación de la situación de conflicto que reduce proporcionalmente el injusto material del hecho. Tal corresponsabilidad es mayor cuando nos hallamos ante una agresión aún actual por su parte y más limitada, pero aún significativa –al menos para una simple atenuación–, cuando se trata de una agresión inmediatamente precedente o de otra forma de provocación ‘suficiente’ en el sentido antes indicado”, págs. 39 s. Véase también TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en Derecho penal*, op. cit., págs. 163 ss. Para justificar la reintroducción en nuestro Código penal, de *lege ferenda*, de dicha circunstancia atenuante maneja este autor como argumento la *menor intensidad del desvalor del resultado* en determinados supuestos, ya sea por un menor grado de afectación del bien jurídico, ya sea por una menor conmoción del orden jurídico, “entendido éste no en sentido puramente formal sino como sistema de protección de víctimas”, págs. 167 s. En todo caso, advierte acerca de la importancia de evitar aplicar

Ya en nuestro Derecho positivo, la valoración del comportamiento provocado por cauces necesariamente ajenos a la lógica propia de la imputación encuentra su manifestación más palmaria en la exigencia que condiciona la apreciación de la legítima defensa a que el agredido no haya “provocado” de modo “suficiente” la agresión de la que después se defiende. En tanto que, de existir, esa provocación no resiste equipararse a una instrumentalización del agresor, quien en todo momento sigue conservando el dominio del suceso, difícilmente podría argumentarse que el riesgo, como tal, haya sido creado por el provocador y que, por tanto, la exclusión de la legitimidad de la defensa tuviera que ver con la lógica propia de los criterios de atribución normativa. Por el contrario, la única razón con base en la cual es explicable tal opción legislativa tiene tan sólo que ver con la valoración que al legislador merece el comportamiento –reprochable– de la víctima desde el punto de vista de los criterios de merecimiento y necesidad de pena¹⁰⁵, que por la vía de su consagración positiva adquieren valor reductor del ámbito de protección de quien sufre el daño.

Ahora bien, como en parte anunciábamos, no son las reacciones provocadoras las únicas propicias a dar entrada a consideraciones relativas al merecimiento y a la necesidad de pena a la hora de mensurar la posible responsabilidad del autor. Es más, en buena parte de esos otros casos

la atenuación de un modo automático: “La aplicación de este criterio debe estar sujeta a criterios de proporcionalidad, de modo que la aportación de la víctima deberá tener cierta relevancia en relación con la conducta del autor”, extremo éste que, continúa, no sólo puede apreciarse en los casos de delitos dolosos con *cuasidolo* de la víctima, sino también en los casos de conducta negligente de la víctima en un delito doloso, pág. 168. Propone como posible fórmula de circunstancia atenuante “la de haber contribuido el ofendido de modo significativo a la producción del hecho típico, con una acción u omisión dolosa o culposa”, pág. 227.

¹⁰⁵ Véase al respecto TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en Derecho penal*, op. cit., págs. 190 ss., con referencias a la doctrina germana que se posiciona en tal sentido. Por su parte, aun cuando este autor expone una serie de argumentos por los que, a su juicio, la razón de ser de la exigencia de provocación no puede identificarse totalmente con los planteamientos victimodogmáticos, lo cierto es que termina confirmando a tal previsión el valor de permitir una valoración del hecho sobre la base de las circunstancias concurrentes, lo que se asemeja demasiado a aquellos razonamientos: “esta cláusula de idoneidad constituye una saludable válvula de respiración del sistema jurídico que permite una aplicación razonable de una circunstancia eximente que goza de una amplia tradición. Ello debe ser valorado positivamente ya que, sin olvidar el problema que supone la importante división de criterios existentes en punto a la interpretación del art. 20.7, permite ofrecer soluciones satisfactorias a las diversas situaciones planteadas sin tener que acudir a teorías nacidas en el contexto de otros ordenamientos, en la línea de los sostenidos a propósito del delito de estafa”, pág. 193.

tales consideraciones no se limitan a permitir una atenuación de la pena, sino que adquieren un valor más radical al llevar, incluso, a la desprotección de la víctima. Sin abandonar el capítulo de previsiones en nuestro Derecho positivo un buen ejemplo de la atención a la conducta de la víctima¹⁰⁶ lo ofrece la limitada tutela que el art. 197 CP brinda al sujeto pasivo frente a los atentados contra su intimidad. La configuración de sus requisitos típicos enlaza con consideraciones relativas a la necesidad de imposición de la pena y, con ello, con razones utilitaristas, basadas en las posibilidades –fácticas– de defensa al alcance del sujeto pasivo del daño¹⁰⁷.

En efecto, la aplicación del referido precepto se condiciona a que el autor despliegue determinados medios que reflejan, de un modo u otro, la ausencia de la adopción de cualquier medida de protección por parte de la víctima. Así, por ejemplo, el descuido de ésta al dejar sobre la mesa documentos abiertos a cuya lectura accede sin mayores dificultades un tercero, el arrojar esos mismos papeles a la basura sin destruirlos, siendo así cómo el tercero tiene conocimiento de la información, o incluso el descuido o la imprudencia del titular de los datos en su custodia, llegando a perderlos, determina que el legislador renuncie a dispensarle protección penal no sólo frente al descubrimiento de los datos, sino también respecto a su posterior revelación¹⁰⁸. Cierto es que en el caso del descubrimiento de los datos por las vías indicadas la ausencia de tutela bien pudiera

¹⁰⁶ Podrían ponerse otros ejemplos en los que el legislador tiene en cuenta, no ya el comportamiento de la víctima, sino su condición estática a la hora de brindarle o no protección. Uno de ellos lo ofrece el ámbito de los delitos relativos a la libertad sexual; en concreto, el abuso fraudulento, cuya tipicidad se condiciona a que la víctima no supere los 16 años de edad. Cierto es que esta exigencia pudiera entenderse en clave de expresar un requisito similar al del carácter “bastante” del engaño y, con ello, ser manifestación de los criterios de imputación objetiva. Sin embargo, en tanto son imaginables supuestos de engaños dirigidos a mayores de dicha edad que aumenten de modo relevante el riesgo de que el consentimiento se emita viciado, ha de entenderse que la razón de ser de la desprotección de esos otros sujetos obedece a criterios de merecimiento y necesidad de pena.

¹⁰⁷ Limitaciones que distan de ser privativas de nuestro Derecho positivo. Respecto a dicho planteamiento en la regulación de este delito en el Código penal alemán véase por todos SCHÜNEMANN, B., en “Der strafrechtliche Schutz vom Privatgeheimnissen”, op. cit., págs. 32 ss.

¹⁰⁸ Cumple observar que no es ésta, desde luego, la tónica seguida por nuestro legislador en relación con todos los delitos. Bastaría con comparar la referida restricción de la tipicidad que experimenta el delito de descubrimiento y revelación de secretos con la protección que sigue brindando el Código penal frente a la conducta del tercero que se apodera de un objeto perdido con valor económico, casos que el art. 253 CP castiga como apropiación indebida de una cosa perdida. Ciertamente la existencia de este delito se basa en los deberes de restitución impuestos en el orden civil a quien halla la cosa, pero ello no

explicarse por razones relativas a la permisibilidad del riesgo, en tanto el modo de acceder a aquéllos se entienda tolerado. Mucho más difícil resulta justificar la impunidad cuando tal medio de conocimiento sirve de base posterior a la atipicidad de la conducta de revelación. Porque ahora sí, en estrictos términos normativos, resulta altamente cuestionable que el desvalor de la conducta de quien divulga datos secretos deba afectarse por el origen de la obtención de esa misma información, esto es, en atención a si la víctima se ha protegido poniendo a salvo sus papeles, cartas o documentos.

Por poner un último ejemplo, podrían traerse a colación los criterios con los que, ya en un ámbito totalmente distinto, el de los delitos patrimoniales, el legislador penal traza los respectivos perfiles del delito de hurto y el de robo con fuerza en las cosas. Ilustrativas son al respecto las circunstancias de escalamiento o de inutilización de los sistemas de alarma o guarda como determinantes de la calificación de los hechos conforme al art. 238. En ellas salta a la vista la relevancia que el legislador concede al comportamiento defensivo de la víctima en aras a calificar la sustracción. Así, por ejemplo, si el propietario de un chalet rodea la finca con un muro –que con base en dicha filosofía que inspira el precepto la jurisprudencia exige que tenga cierta altura–, la sustracción de lo que se halle en ese recinto que rodea a la vivienda será robo, lo mismo que si el propietario coloca unas rejas en las ventanas que el ladrón fuerza o una alarma que inutiliza para acceder al interior de la vivienda. Si, por el contrario, aquél no se ocupó de proteger su propiedad con estos sistemas, su “dejadez” determina que la pena del autor sea de nuevo más baja, la propia del hurto.

Estamos, en definitiva, ante consideraciones que remiten directamente a una valoración fáctica del suceso y que, con ello, se incardinan en las filas del pensamiento victimodogmático. Con independencia de la valoración que merezcan previsiones como estas, lo cierto es que en tanto se trata de opciones plasmadas positivamente en el texto legal, la eventual inconveniencia de su reconocimiento habrá de verse, todo lo más, como razón para impulsar, *de lege ferenda*, la modificación de la respectiva previsión que, mientras tanto, representa legítima expresión de una decisión legislativa y, como tal, debe ser seguida por el intérprete y el aplicador del Derecho¹⁰⁹.

Distinto de lo anterior y, por ello, radicalmente inaceptables, entiendo que deben valorarse aquellas construcciones en las que la víctima

impide que el legislador penal hubiera optado por remitir su sanción a aquél otro orden con base en el descuido del propietario.

¹⁰⁹ Al respecto, TAMARIT SUMALLA, *La víctima en Derecho penal*, op. cit., págs. 166 ss.

cobra protagonismo en clave victimodogmática, no en virtud del texto legal, sino de la mano de la labor interpretativa de algunos tipos delictivos realizada por nuestros tribunales de justicia. Se trata, en efecto, de determinadas interpretaciones jurisprudenciales, algunas de ellas con generalizada aceptación, que no sólo no cuentan con base legal alguna, sino cuya razón de ser sigue respondiendo sustancialmente a una comprobación meramente fáctica, atinente a las posibilidades de defensa con que cuenta la víctima. Tal vez la más ilustrativa de todas ellas sea la reducción interpretativa que de la circunstancia de la alevosía realiza nuestro Tribunal Supremo. Como es sabido, es una doctrina constante en la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal la que excluye la aplicación de esa circunstancia allí donde haya mediado una discusión previa entre agresor y víctima que por su entidad e inminencia determine, al menos en teoría, que ésta debiera estar alerta de la agresión. Como exponía en otro lugar¹¹⁰, cierto es que nada habría que objetar a esta interpretación si con ella se estuvieran contemplando los casos en los que la víctima tiene conocimiento no sólo de la realidad, sino también del modo de ataque que empleará su agresor. Porque el desequilibrio de fuerzas propio de esta circunstancia desaparecería si la víctima tuviera también la posibilidad de “planear” o de contrarrestar con la misma rapidez que su agresor el ataque de éste. De darse dichas circunstancias, es lógico que el Derecho penal renunciase a agravar el injusto, en tanto que el fundamento de la alevosía no responde a la especial capacidad de “maquinación” del agresor frente a la “torpeza” o falta de ingenio del agredido, sino al desequilibrio de fuerzas que provoca justamente la ignorancia del medio que emplearía aquél. No es eso, sin embargo, lo que sucede en los casos en los que si bien la víctima no conoce el modo de ataque que emplea el agresor, sí debió haberlo previsto. La pretensión de descartar la alevosía por una “negligencia” de este tipo sólo podría admitirse sobre la base del reconocimiento de una obligación de diligencia, no ya de la propia conducta, sino del comportamiento delictivo proveniente de un tercero, algo que, a la par de entroncar con las criticadas tendencias victimodogmáticas, no encuentra parangón en la interpretación jurisprudencial de ningún otro tipo delictivo en el que pudiera advertirse un cierto grado de previsibilidad del ataque por parte de la víctima¹¹¹.

¹¹⁰ “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal”, *Derecho y Proceso penal*, n° 4, 2000, págs. 35 ss.

¹¹¹ Por ejemplo, ningún fallo ha considerado –al menos hasta la fecha– que no se aplique la figura de la agresión sino el abuso sexual cuando la víctima pudo prever el empleo de violencia y repeler oportunamente la agresión.

VII. VALORACIÓN FINAL

A lo largo de las páginas anteriores hemos intentado dar cuenta del estado de la discusión en torno a la relevancia que pueda adquirir el comportamiento de la víctima en la calificación de los hechos. Aun reconociendo el gran avance aportado por una cualificada doctrina que ha trazado las coordenadas del debate, sería engañarse desconocer la inseguridad que todavía envuelve a la traducción dogmática del papel de la víctima. Probablemente, buena parte de su explicación se deba a la imposibilidad de tratar de modo uniforme la variedad de situaciones que pueden darse en la práctica y, a su vez, de someter cada una de ellas a criterios idénticos a la vista de la amplia gama de circunstancias y especificidades que le rodean. A buen seguro son estos factores los que expliquen que pese a las distintas teorizaciones del problema –desde las formulaciones victimodogmáticas hasta las que deducen su solución de los esquemas generales de la teoría del delito– a menudo la solución parezca estar guiada por una suerte de sentimiento valorativo en cada caso. Se explicaría así no sólo que supuestos similares hayan recibido por la jurisprudencia soluciones opuestas, sino que el recurso a un mismo paraguas dogmático sea capaz de amparar resultados antagónicos. Claro es que entonces, si al final la solución estuviera realmente condicionada por la valoración que merece cada caso concreto, y con ella, por el sentimiento que despierta, buena parte de los esfuerzos doctrinales no tendrían otro mérito que dar una nueva formulación a los criterios de merecimiento y necesidad de pena que en su día inspiraron las soluciones victimodogmáticas. Frente a consecuencias tan derrotistas, hemos intentado poner de relieve que tal disparidad de criterios tiene a menudo más que ver con una perversión en el uso del instrumento que con un déficit *per se* de éste. Pero comoquiera que sea, a nadie debiera extrañar que el recorrido del debate en torno a la relevancia de la conducta de la víctima en la explicación del delito esté llamado a ser aún bastante largo. Y aun cuando la cuestión necesariamente queda abierta y las soluciones sigan siendo variadas, el sentimiento de satisfacción de cualquier penalista debiera alcanzar un punto más que razonable si a estas alturas del debate se consigue, al menos, contar con un sólido punto de partida para su solución. Poca discusión debiera admitir en ese sentido el reconocimiento de que ha sido éste uno más de los grandes méritos de las doctrinas de la imputación objetiva.