

PROF. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ. ACCIONES A PROPIO RIESGO.115-174.REVISTA  
CENIPEC.25.2006. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ

**ACCIONES A PROPIO RIESGO**

Fecha de recepción: 7/12/2005. Fecha de aceptación: 02/02/2005



Prof. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ  
Universidad Externado de Colombia  
Bogotá - Colombia  
*claulopezd@hotmail.com*

### **Resumen**

Para poder imputar una conducta punible ha de determinarse entre autor, víctima y terceros a quien le compete el suceso delictivo por haber administrado deficientemente su rol por sí sólo o junto con otros. Pero si todos se comportaron conforme a él sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia o infortunio. En el presente trabajo estudiaremos los numerosos casos en los cuales la conducta de la víctima desplaza la responsabilidad del autor, luego es a ella y sólo a ella a quien ha de imputársele objetivamente el menoscabo sufrido a sus propios bienes. Por lo tanto, es en el campo de la tipicidad y no en el de la culpabilidad donde debe resolverse el problema aplicando la teoría de la imputación objetiva, y dentro de ella el criterio normativo de las acciones a propio riesgo, como causal de exclusión de la tipicidad, con fundamento en el concepto de autoresponsabilidad.

**Palabras clave:** Imputación objetiva, tipo objetivo, conducta de la víctima, autoresponsabilidad.

### **Actions taken at one's own risk.**

#### **Abstract**

In order to be able to attribute criminal behavior to someone, it is necessary to specify which – of the offender, victim or bystanders - has assumed an unacceptable role, either singly or with others. But if each person has behaved as they should, then the only way of describing the incident is as bad luck or misfortune. In the present article, we will study the numerous cases in which the victim's conduct displaces the responsibility for the act; consequently, the victim becomes responsible for the losses or damages that are incurred. For this reason, the matter must be dealt with as a question of the type of crime rather than of blame, treating the problem as an application of the theory of objective attribution, and specifically of the normative category of actions taken at one's own risk, as a cause for excluding the action as a type of crime, based on the concept of responsibility for the self.

**Key words:** objective attribution, objective type, conduct, victim, responsibility for yourself.

### **Actions à Risque Personnel.**

#### **Résumé**

Pour pouvoir imputer un comportement punitif, il faut déterminer à qui correspond le fait délictuel entre l'auteur, la victime et des troisièmes, pour avoir administré son rôle de façon déficiente, par lui-même ou aidé par d'autres. Mais si tous se sont conduits comme lui, il n'en reste que la possibilité d'expliquer ce qui est arrivé comme un malheur ou d'infortune. Ce travail étudie les nombreux cas dans lesquels le comportement de la victime déplace la responsabilité de l'auteur. Après, c'est à ce comportement, et seulement à celui-ci que l'on doit imputer de façon objective le dommage souffert à ses propres biens. Nonobstant, c'est dans le cadre de la typicité en non pas dans celui de la culpabilité, où l'on doit résoudre le problème, à travers de l'application de la théorie de l'imputation objective, et notamment dans celle-ci, le critère normatif des actions à risque personnel, comme cause de l'exclusion de la typicité, sur la base du concept de l'auto – responsabilité.

**Mots clés:** Imputation objective, type objectif, comportement, victime, auto - responsabilité.

### **Ações a próprio risco.**

#### **Resumo**

Para poder imputar uma conduta punível há de se determinar dentre o autor, a vítima e terceiros, a quem compete o sucesso delituoso por ter administrado deficientemente seu papel por si só ou junto a outros. Entretanto, se todos se comportaram conforme a ele mesmo, só resta a possibilidade de explicar o acontecido como desgraça ou infortúnio. No presente trabalho se estudarão os numerosos casos nos quais a conduta da vítima desloca a responsabilidade do autor, logo, é a ela e só a ela a quem há de se imputar objetivamente a lesão sofrida aos seus próprios bens. Por tanto, é no campo da tipicidade e não no da culpabilidade, onde deve ser resolvido o problema aplicando a teoria da imputação objetiva, e dentro dela o critério normativo das ações a próprio risco, como causal de exclusão da tipicidade, com fundamento no conceito de autor-responsabilidade.

**Palavras chave:** Imputação objetiva, tipo objetivo, conduta, vítima, autor-responsabilidade.

**Introducción.**

Bajo el concepto de acciones a propio riesgo han de agruparse todos aquellos casos en los que un tercero (autor) favorece, crea o facilita una situación en la cual el titular del bien jurídico (víctima) realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo de realización del resultado sólo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima. El punto a examinar está en determinar si el comportamiento de quien se arriesga a sí mismo, convierte la conducta del tercero en una conducta atípica, pues el resultado de lesión o puesta en peligro ha de imputársele a la propia víctima, por violación al principio de autoprotección. Para poder fundamentar esta atipicidad de la conducta del tercero, ha de acudirse a la teoría de la imputación objetiva entendida bajo los parámetros de una concepción funcional estructural de la sociedad.

Como ya se ha señalado, la construcción del sistema del derecho penal ha oscilado a través de los tiempos entre el ontologicismo y el normativismo. La imputación penal se ha venido haciendo desde criterios propios de las ciencias naturales, en los que la acción era entendida como una modificación del mundo exterior, ocasionada por una manifestación de voluntad del sujeto, en la que se debía probar el nexo causal que existía entre la acción y el resultado, utilizando para ello la teoría de la equivalencia de las condiciones, hasta la introducción de las categorías dogmáticas de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, en las que se muestra la importancia de separar la causalidad de la imputación, porque para poder hablar de imputación se requiere algo más que una simple relación de causalidad; se requieren criterios normativos valorativos. Esta tarea fue iniciada por la teoría de la relevancia típica, de Mezger, y continuada posteriormente con la teoría de la imputación objetiva desarrollada por los profesores Roxin y Jakobs. Actualmente, la orientación de la teoría del delito es funcionalista. Se dice que las categorías dogmáticas no pueden elaborarse con fundamento en criterios prejurídicos. Se debe estudiar la teoría del delito, de conformidad con los fines y funciones que cumple el derecho penal en la sociedad.

Esto significa entonces que estamos frente a una renormativización de la teoría del delito, ya que para poder imputar un hecho punible a un sujeto de derecho no basta con la existencia de una relación de causalidad. Se requiere además, que el sujeto activo del delito haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado

y que este riesgo se concrete en la producción del resultado. Esto es lo que la doctrina ha denominado teoría de la imputación objetiva.

Siguiendo la concepción que tiene Günther Jakobs sobre la teoría de la imputación objetiva, cuando un contacto social produce una defraudación, el hecho se puede explicar por lo menos mediante una de las siguientes formas: por un comportamiento incorrecto del autor; por un comportamiento incorrecto de un tercero; por un comportamiento incorrecto de la víctima; por la simple desgracia, o por las diferentes combinaciones que se produzcan entre las anteriores explicaciones. Para determinar en cada caso concreto cuál es la solución correcta que explica la imputación hay que tener en cuenta el desarrollo alcanzado por la sociedad concreta en cuestión. En el marco de la imputación se vinculan un suceso en el mundo y un destinatario de imputación, de tal manera que el destinatario aparece como aquél a quien pertenece el suceso. Él ha creado esa situación y a él debe reprochársele en la medida en que haya violado los deberes inherentes a su rol. Por lo tanto se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol.

Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condiciones de portadores de un rol, es decir, como personas que deben administrar un determinado segmento del acontecer social, conforme a un determinado estándar. Para poder imputar un hecho punible ha de poderse determinar entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, a quién le compete el acontecer relevante, por sí solo o junto con otros, es decir, ha de determinarse quién o quienes han quebrantado su rol al administrarlo de modo deficiente, lo que los lleva a responder penalmente. Si fue la víctima quien quebrantó su rol, ella debe asumir el daño. Y si todos se comportan conforme al rol asignado, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia o infortunio. La teoría de la imputación objetiva, por tanto, rige tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes. El rol funciona como límite de responsabilidad. Quien se mantiene dentro de los límites de su rol no responde de un curso lesivo. Por esto:

- a.-** No forma parte del rol de cualquier ciudadano que elimine cualquier riesgo de lesión de otro: existe un riesgo permitido.
- b.-** Cuando existe interrelación entre los seres humanos, no forma parte del rol

de ciudadano controlar permanentemente a todos los demás: existe el principio de confianza.

**c.-** Quien asume un vínculo inocuo con otro ser humano, no quebranta su rol como ciudadano aunque un tercero incluya ese vínculo en una organización no permitida: existe una prohibición de regreso.

**d.-** Un contacto social puede competir no sólo al autor sino también a la víctima. Puede que la conducta lesiva se impute a ella misma, por faltar al principio de autoprotección, o puede ser que esa víctima se encuentre en una situación desgraciada: existe una competencia de la víctima. La víctima no puede asumir un contacto social arriesgado so pena de verse lesionada por ello.

El ilícito entonces, consiste en arrogarse un ámbito de organización ajeno. En consecuencia, no hay arrogación de los bienes de otro cuando, con división de trabajo, ha sido la propia víctima la que ha configurado y modelado su propia autolesión<sup>1</sup>. Si al momento de la realización del riesgo es ella quien tiene el deber de evitación del resultado, porque la administración del peligro ha entrado dentro de la órbita exclusiva de su competencia, el suceso puede ser explicado como su obra y no como obra de un tercero. En este caso es la víctima quien ha defraudado las expectativas que nacen de su rol; es decir, los deberes de autoprotección que a ella le son exigibles como principal garante de la protección de sus propios bienes<sup>2</sup>.

Existen numerosos casos en los cuales la conducta de la víctima desplaza la responsabilidad del autor, luego es a ella y sólo a ella a quien ha de imputársele objetivamente el menoscabo sufrido a sus propios bienes. En estos casos, la valoración de las conductas de autor y víctima puede no resultar unívoca, es decir, están en duda las calidades de víctima y autor. Se debe entonces dejar muy en claro si estamos frente a una víctima o frente a un autor. Se trata pues de establecer si la conducta de la víctima determina o no la tipicidad de la conducta del autor, que ha intervenido junto a ella.

<sup>1</sup> Cfr. Jakobs, Günther "Zum Unrecht der Selbstötung und der Tötung auf Verlangen, ob cit, p. 462 y s. Del mismo, La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte, manuscrito, Trad. Manuel Cancio Melia, p.4

<sup>2</sup> Cfr. Jakobs, Günther, La imputación objetiva, ob cit, p. 31 Del mismo, La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte, manuscrito, Trad. Manuel Cancio Melia, p. 13 y s.

## 2.- Constelación de casos.

Siguiendo a Frisch, los casos de la denominada autopuesta en peligro de la víctima se caracterizan en términos generales por el hecho de que, junto a la persona que participó causalmente en la producción de resultados típicos contra la víctima, está la propia víctima que de una u otra forma ha contribuido a la producción del resultado mediante su conducta. La amplitud de las constelaciones de casos es considerable: El tercero y la víctima pueden haber colaborado con diferentes aportaciones y con actitudes subjetivas diferentes en la creación del peligro; la víctima pudo haber posibilitado al tercero una acción peligrosa o incluso haberle inducido a ella, pero también el tercero puede haber fomentado una conducta peligrosa, mediante la entrega de objetos o haber motivado a la víctima mediante su actuar, a una conducta autopeligrosa<sup>3</sup>.

**2.1.- Primer grupo de casos: la participación en una autopuesta en peligro (El tercero posibilita que otro se ponga a sí mismo en peligro).** En estos casos, la víctima ha organizado con la intervención de un tercero el peligro para sus bienes. La administración del riesgo está bajo el ámbito de responsabilidad de la víctima, quien tiene el control de la acción generadora del peligro. Es ella la que decide sobre el si y el cómo debe desarrollarse la acción. El manejo consciente o inconscientemente descuidado de sus propios bienes puede llevar a obrar a propio riesgo, eximiendo de responsabilidad al tercero autor o lesionador. Ej.: A, drogadicto, suministra a B drogadicto también, una jeringuilla para que se inyecte. A muere como consecuencia de una sobredosis<sup>4</sup>.

**2.2.- Segundo grupo de casos: el “consentimiento” no final en una autopuesta en peligro, realizada por otro.** Se trata de aquellos casos en los que la víctima no se arriesga a sí misma, sino que se hace poner conscientemente

<sup>3</sup> Cfr. Frisch, Wolfgang, Tipo penal e imputación objetiva. “Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre las autopuestas en peligro: Líneas básicas de una teoría de la conducta típica a la vista de la posible conducta de la víctima”. Título original: “Exwemplifizierung des Sichtwechsels and der Discusión um die Selbstgefährdung: Grundlinien einer Lehre von tatbestandsmassigen Verhalten im Blick auf mögliches opferverhalten”. Trad. Beatriz de la Gándara Vallejo, Ed. Constitución y Leyes S.A.-Colex-Madrid, 1995, pp. 119 y ss.

<sup>4</sup> Otros casos que pertenecen a esta constelación son: Caso de la entrega de heroína de alta calidad (S.TSE. Sala segunda. 20.02.93 RA 1383); Caso del aguardiente GA:14 (1866), 532-537; Caso de la entrega de heroína (NStZ, Sentencia de 09.11.84, pp 452 y ss); Caso del aguardiente de frutas (NStZ, 1986, sentencia de 27.11.85); Caso del monopatín (BayObLG en NZV, 1989, p.80).



en peligro por otro. La víctima acepta que el tercero realice la conducta riesgosa. El control del peligro se encuentra en manos del tercero por consentimiento de la víctima. El consentimiento dado por la víctima en estos casos se caracteriza por ser un consentimiento en el riesgo no final, en el que no se quieren las consecuencias, sino que la víctima crea una situación en la que su voluntad ya no es relevante. Se trata en palabras de Jakobs de la responsabilidad por los costes no deseados de un contacto social cuando la persona facultada para disponer no quiere el comportamiento lesivo en sí del autor, pero si pretende determinada clase de contacto social que no se puede obtener sin ese comportamiento acompañado de consecuencias<sup>5</sup>. Sin embargo, y tal como lo señala Roxin los casos que abarcan esta constelación no pueden ser resueltos con base en la teoría del consentimiento, porque de lo que trata es de consentir en una acción peligrosa y no en el resultado de lesión. La teoría del consentimiento por el contrario apunta a la aceptación del resultado lesivo y no a un riesgo de lesión<sup>6</sup>.

Ej.: A, se sube en una moto consciente de que el conductor B está ebrio. B se estrella y A sufre lesiones graves. Caso del río Memel<sup>7</sup>, caso Kempten<sup>8</sup>. Caso de los esquiadores<sup>9</sup>. caso del salto del avión<sup>10</sup>, Caso de la puntería<sup>11</sup>.

**2.3.- Tercer grupo de casos: las acciones peligrosas de salvamento.** Son los casos en los cuales alguien crea una situación de peligro para un bien jurídico, y una persona inicia libre y voluntariamente una acción de salvamento. Durante esta operación, esta persona se lesiona o muere. La pregunta a hacernos es: ¿Puede imputársele al primer autor las consecuencias perjudiciales que sufre el tercero cuando ejerce acciones de salvamento? o ¿dichas lesiones o muerte del salvador deben ser consideradas como acciones a propio riesgo y por esta razón el primer autor no debe responder penalmente por ellas?

Ej.: A tira una cerilla en el bosque. B, quien pasa por allí, intenta apagar el fuego pero en el desarrollo de esta actividad resulta lesionado (autopuesta en peligro

<sup>5</sup> Cfr. Jakobs, Ob Cit, A.T. 7/126, P.

<sup>6</sup> Cfr. Roxin, Claus, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, pp. 250 y ss.; del mismo autor, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11/100, pp.329 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. BGHSt 57, 172 y ss. Sentencia de 03.01.1923.

<sup>8</sup> Cfr. BayObL en NJW, pp. 131 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 91 IV, pp. 117 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. Landgericht LG München II, JW 1920, p. 922.

<sup>11</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español. Sala Segunda. (STS) 17.07.1990 en Registro de Jurisprudencia Aranzadi (RA 6728).

voluntaria en sucesos de salvación arriesgados) caso del incendio<sup>12</sup>; Casos de perseguidor o salvador (Verfolgerfall)<sup>13</sup>, (autopuestas en peligro en cumplimiento de un deber); casos en los que la víctima sólo ha sido lesionada por el autor inicial pero muere como consecuencia de una acción salvadora contraria a la *lex artis* practicada por el médico.

**2.4.- Cuarto grupo de casos: la creación de una nueva relación de riesgo por parte de la víctima, al violar sus deberes de autoprotección.** En estos casos la víctima unilateralmente, sin división de trabajo crea una nueva relación de riesgo que explica el suceso. Es decir, teniendo la oportunidad de evitar el peligro de sus bienes, traslada libre y voluntariamente el riesgo creado por otro a su propio ámbito de organización. Si bien es ciertos en estos casos hubo por parte del primer autor una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no existe relación de ese riesgo creado con el resultado, porque el riesgo creado no es el mismo que se materializa en el resultado. Por lo tanto en estos casos se excluye la relación de riesgo, porque está dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima, protegerse a sí mismo ante los peligros<sup>14</sup>.

Ej.: A lesiona a B. B es trasladado al hospital y se niega a recibir una transfusión de sangre por ser testigo de Jehová; caso de tratamiento de desintoxicación (Jetricium-Fall)<sup>15</sup>. Caso del líquido cáustico<sup>16</sup>. El caso de la viruela (Pockenartzfall)<sup>17</sup>.

**2.5.- Quinto grupo de casos: Autopuesta en peligro para evitar un daño inminente.** En estos supuestos existe una conexión entre la conducta inicial del autor y la conducta posterior de la víctima. El posterior comportamiento de la víctima que la hace autoponerse en peligro aparece explicado por la conducta

<sup>12</sup> Cfr. BGHSt 39, pp. 322-326. Otro caso En el que A incendia una casa. Durante los trabajos de extinción del fuego un bombero muere (Samariterfall). Cfr. Öst OGH. JurBl. 1962, 337).

<sup>13</sup> Cfr. BGH NJW 1971, 1980-1983 y NJW 1972, pp. 202 y ss. BGH ZG, 3, 185

<sup>14</sup> Cfr. López Díaz, Claudia. Introducción a la imputación Objetiva. Op Cit, pp. 190 y ss. Un caso clásico se da cuando por ejemplo alguien lesiona a una persona que profesa la religión de los Testigos de Jehová y al ser informada de que requiere una transfusión no acepta por sus creencias religiosas. Si esta persona muere o queda con una secuela superior a la que habría tenido por no haberse dejado hacer el tratamiento quirúrgico, crea una nueva relación de riesgo que solo le es imputable a ella. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T- 474 de 1996.

<sup>15</sup> Cfr. BGH Juristische Rundschau (JR) 1979, p. 429

<sup>16</sup> Cfr. Sentencia Tribunal Supremo español (TS) Registro de Jurisprudencia Aranzandi (RA) 6697.

<sup>17</sup> Pockenartzfall. BGHSt, 17, 359.

inicial, como una parte de una misma unidad de sentido impuesta por el autor y por lo tanto los daños que se ocasionen pueden ser objetivamente imputados al autor.

Ej.: caso del salto del camión<sup>18</sup>.

**2.6.- Sexto grupo de casos: confluencia de riesgos.** En estos casos se podría hablar en forma figurada de la existencia de una “autoría accesoria” de autor y víctima pues resulta evidente que el resultado también está relacionado con una conducta dolosa o culposa de la víctima<sup>19</sup>. En estos casos no deben existir factores que excluyan la imputación y el riesgo que se realiza es un riesgo respecto del cual existe responsabilidad múltiple y esto sucede generalmente cuando existen deberes o funciones de control de riesgo recíprocos<sup>20</sup>.

Ej.: El caso del ciclista<sup>21</sup>; el caso del lanzagranadas<sup>22</sup>.

**2.7.- Séptimo grupo de casos: provocación de suicidios.** El ser humano dentro de su propio ámbito de competencia es el único responsable para organizar su vida y por lo tanto también su propia muerte legitimando, cuando ésta se produce dentro de su ámbito de competencia, la intervención de terceros, ya como una mera forma de participación o incluso como una contribución ejecutiva a la muerte del suicida. Partiendo de que en verdad el bien jurídico de la vida es un bien personalísimo cuya disposición no se puede transferir a otro, lo cierto es que una cosa es que uno transfiera a otro ese derecho a disponer de su vida en la forma y cuando el receptor del permiso así lo decida y otra muy diferente es que alguien que no quiere vivir más organice su propia muerte sirviéndose de otro en división del trabajo para que lleve a cabo su propósito. Por esta razón el tipo penal consagrado en el parágrafo 216 del Código Penal alemán, homicidio a petición, el

<sup>18</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español. Sala Segunda (TS) 8.11.1991, en Registro de Jurisprudencia Aranzandi (RA) 8298.

<sup>19</sup> Cfr. Cancio Meliá, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Biblioteca de Derecho Penal. J.M Bosch Editor, 1998, Barcelona, p 343 y s.

<sup>20</sup> Cfr. Jakobs, Günther, At 7/83. pp. 229 y s.

<sup>21</sup> Cfr. BGHSt 11, 1, Citado por Roxin para explicar las conductas alternativas conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo. Cfr. Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Verlag C.H. Beck. Munchen, 1992, & 11/ 72, p.p. 242 y ss.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español de 23.05.1995. (Sala Quinta) Registro de Jurisprudencia Aranzandi. Cfr. Hechos relatados por Cancio Meliá, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Biblioteca de Derecho Penal. J.M Bosch Editor, 1998, Barcelona, p 28 y s.

que no quiere vivir más no trasfiere nada al tercero, sino que gestiona u organiza en división de trabajo su propia muerte. El que pide la muerte no trasfiere nada, sino que renuncia a la vida, que es una cosa muy distinta. Por esta razón el homicidio a petición es un suicidio consumado en división de tareas, en el que el solicitante es el quien determina el fin, no el ejecutor. La razón de ser de la prohibición del homicidio a petición es el peligro abstracto de que la petición de muerte pueda no ser madura<sup>23</sup>.

Ej.: caso del sobrino<sup>24</sup>; caso de la pareja de amantes; El conocido caso «Wittig»<sup>25</sup>; caso de la pistola (Pistolenfall)<sup>26</sup>; caso del herbicida<sup>27</sup>.

Todos los casos que aquí expondremos plantean de igual modo las siguientes preguntas: ¿Qué relevancia real tiene la contribución de la víctima a la producción del resultado mediante una conducta peligrosa propia?, ¿En qué medida la colaboración de la víctima para lograr el resultado contrario a derecho es apta para excluir la tipicidad del comportamiento del tercero o partícipe que también ha contribuido a la producción del resultado?<sup>28</sup>, ¿A qué título ha de responder, quien ha favorecido, creado o facilitado una situación en la cual otra persona realiza una conducta peligrosa para sus propios bienes?, ¿Qué relevancia tiene, en el plano de la imputación, que el peligro se realice cuando la administración del riesgo esta exclusivamente en el ámbito de competencia de la víctima, quien infringe sus deberes de autoprotección?

### **3.- Tratamiento dogmático que hasta ahora ha recibido la conducta de la víctima.**

Tradicionalmente como se verá estos casos se han resuelto de las siguientes maneras, a saber:

<sup>23</sup> Cfr. Jakobs, Günther. "Suicidio, eutanasia y derecho penal" Trad. Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Universidad Pablo de Olavide. Sevilla. Ed. Tirant to Blanch Alternativa. Valencia 1999., pp. 7 y ss.

<sup>24</sup> Sentencia de 25.11.1986, en NJW 1987, 1092.

<sup>25</sup> BGHSt 32, 367 ss., 368, 380 ss.

<sup>26</sup> Cfr: Sentencia del BGH 24, 342.

<sup>27</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español del 8 de julio de 1985. Con comentarios de Jesús María Silva Sánchez, en ADPCP, pp. 451 a 477.

<sup>28</sup> Cfr. Frisch, Wolfgang, Tipo Penal e imputación objetiva. "Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre las autopuestas en peligro: Líneas básicas de una teoría de la conducta típica a la vista de la posible conducta de la víctima". Título original: "Exwemplifizierung des Sichtwechsels and der discusión um die Selbstgefährdung: Grundlinien einer Lehre von tatbestandsmassigen Verhalten im Blick auf mögliches opferverhalten". Trad. Beatriz de la Gándara Vallejo, Ed. Constitución y Leyes S.A.-Colex-Madrid, 1995, pp. 119 y ss.

**3.1.- Se condenaba al tercero-autor como autor culposo de la muerte o de las lesiones de quien había expuesto sus bienes al peligro.** Esta posición se fundamentaba en el concepto unitario de autor en los delitos imprudentes donde no cabe la distinción entre autores y partícipes que existe para el delito doloso. Así las cosas, autor de un delito imprudente es quien causa la lesión al bien jurídico infringiendo un deber de cuidado. Desde la perspectiva de los casos citados anteriormente, el tercero autor ha cumplido con dos elementos de la autoría culposa: En efecto, ha contribuido causalmente con la producción del resultado muerte y además ha infringido un deber de cuidado por entregar a otro un instrumento, sustancia que es utilizado por la víctima para hacerse daño, conducta que excede los límites de lo socialmente tolerado. La responsabilidad por homicidio culposo fue la posición adoptada generalmente por el Tribunal Supremo alemán, como se verá, posición que fue criticada con ocasión a la sentencia del caso de la jeringuilla por Bernd Schünemann y que dio lugar al cambio jurisprudencial para hablar de las acciones a propio riesgo<sup>29</sup>.

**3.2.- Se condenaba al partícipe como autor doloso de un delito de comisión por omisión.** Se decía que el tercero con la conducta de entrega del instrumento o sustancia, había creado una situación de peligro para el bien jurídico de la integridad, salud o vida de la víctima y que al hacerlo tenía deberes de salvamento, cuando el riesgo creado por él había ingresado al ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>30</sup>.

**3.3.- Se condena al partícipe como autor de un delito de homicidio a petición, homicidio por piedad o ayuda al suicidio.**

**3.4.- Compensación de culpas.** Porque el resultado lesivo era consecuencia de una conducta imprudente de la propia víctima y de un tercero autor. Tal sería el caso de un conductor que marcha a exceso de velocidad y choca con otro que ha traspasado el semáforo en rojo, con el resultado de lesiones para ambos. Aquí la acción imprudente y la violación de los reglamentos de tránsito tanto por la víctima como por el tercero son ambas determinantes para el resultado. A estos casos se les ha aplicado el principio *paria delicta mutua compensationes*

<sup>29</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, BernFahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln? NStZ, Heft 3, 1982, pp. 60 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. BGHSt, 27.06.1984, NStZ, Heft 10, 1984, 452, publicada también en Strafverteidiger, 1985, pp. 56 y ss. con comentarios de Helmut Fünfsinn.

*dissolvuntur* (los delitos iguales se disuelven por mutua compensación). La compensación de culpas se ha negado desde siempre por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia pues consideran que tiene carácter y origen iusprivatista. En contra de esta postura están las opiniones de Karl Binding, Francesco Carrara y Giambatista Impollomeni, que consideraban que la “culpa” de la víctima podría tener la capacidad sistemática de excluir la responsabilidad del autor<sup>31</sup>.

Para Jiménez de Asúa<sup>32</sup>, Bettiol<sup>33</sup>, Maggiore<sup>34</sup>, Altavilla<sup>35</sup>, Manzini<sup>36</sup>, Soler<sup>37</sup>, Hungría<sup>38</sup>, Mesa Velásquez<sup>39</sup>, Estrada Vélez<sup>40</sup>, Reyes Echandía<sup>41</sup> y para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, la compensación de culpas no es aplicable en el derecho penal, porque debido a su carácter público de lo que se trata al imponer una pena por culpa es de influir en los miembros de la sociedad para que no realicen conductas imprudentes. En todo caso, no es que estos autores desconozcan que la acción culposa del autor puede verse facilitada por la conducta imprudente de la víctima, sino que en tales casos esas dos culpas no se compensan sino que permanecen incólumes en la responsabilidad de cada uno. Los efectos de esta “participación” se pueden ver en la punibilidad, al imponer una sanción menor, y en la dosificación de la tasación de los perjuicios (Art. 2341 y 2357 del C.C.C).

Nuestra Corte Suprema de Justicia sigue aplicando la vieja afirmación de que “en derecho penal no cabe la compensación de culpas”, y esto no significa nada distinto a que siguen manteniendo una concepción causal del injusto. Como diría Torio

<sup>31</sup> Cfr. Torio López, Ángel, “Significación dogmática de la “Compensación de culpas” en el derecho penal”, en: Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989, p. 715 y s.

<sup>32</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de derecho penal. Tomo V, 3ª. ed. Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, & 1675, p. 1088.

<sup>33</sup> Bettiol, Giuseppe, Diritto Penale, Palermo, Priulla, 1962, p.380 y ss.

<sup>34</sup> Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. v. I, Trad. Jorge Guerrero, Bogotá, ed Temis, 1954, p. 627.

<sup>35</sup> Aaltavilla, Enrico. La culpa, Trad. José J. Ortega Torres, Bogotá, ed. Temis, p. 265

<sup>36</sup> Manzini, Vincenzo. Trattato di diritto penale italiano, vol. I, Torino, Unione Tipografica, 1961, § 268, p. 785 y ss.

<sup>37</sup> Soler, Sebastián. Tratado de derecho penal argentino. Parte general, T.II, Buenos Aires, Tipografica Editora Argentina, 1956, p. 150.

<sup>38</sup> Hungría, Nelson, Comentarios ao código penal, T. II, Vol I, Rio de Janeiro, Revista Forence, 1958, p. 208 y ss.

<sup>39</sup> Mesa Velásquez, Luis Eduardo. Mesa Velásquez, Luis Eduardo, Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Ed. Universidad de Antioquía. Medellín, 1962, p. 134 y ss.

<sup>40</sup> Estrada Vélez, Federico, Derecho penal. Parte General, Bogotá, ed. Ediciones Librería El Profesional, 1981, p. 340.

<sup>41</sup> Reyes Echandía, Alfonso en Obras Completas. Tomo I, Ed. Temis S.A. Santafé de Bogotá- Colombia, 1998, p. 708 y ss.

López, en la Sala Penal se mantiene la proyección del criterio arcaico de que causación más previsibilidad individual de resultado equivale a imputación objetiva<sup>42</sup>.

**3.5.- Como problema del consentimiento.** De acuerdo con la máxima de Ulpiano “*nulla iniura est, quae in volentem fiat*” (lo que se realiza con la voluntad del lesionado no constituye injusto), se han resultado varios de los casos anteriormente expuestos. El consentimiento ha sido definido como la manifestación de voluntad mediante la cual el sujeto pasivo de un delito acepta, bajo determinadas condiciones, que el autor realice una conducta, que constituiría delito, sin dicho consentimiento<sup>43</sup>.

No podemos asimilar el consentimiento a las acciones a propio riesgo por las siguientes razones:

**a.-** No hay unanimidad para determinar si el consentimiento es causal de justificación o de tipicidad. Las acciones a propio riesgo es un problema que ha de plantearse en la tipicidad.

**b.-** El ámbito de eficacia del consentimiento se acepta sólo en los delitos en que el sujeto pasivo tiene poder de decisión y disposición y entre ellos gran sector de la doctrina y la jurisprudencia excluye el derecho a la vida y a la integridad corporal (eutanasia, huelgas de hambre, intervenciones estatales sobre los derechos fundamentales, esterilizaciones, cirugía transexual, trasplante de órganos, manipulación genética y clonaciones). Por esta razón se castiga al autor del homicidio a petición, del homicidio por piedad, del que induce al que se suicida, a pesar de que exista consentimiento del sujeto pasivo.

**c.-** En las acciones a propio riesgo la víctima coproduce el resultado típico a través de su propia conducta<sup>44</sup>. Respecto de la actitud subjetiva o psíquica de quien resulta lesionado (víctima, en el caso del consentimiento se desea la lesión del bien, mientras que en los casos de autopuesta en peligro por regla general se sabe que hay un comportamiento arriesgado, pero se confía que el resultado no

<sup>42</sup> Cfr. Torio López, Ángel. “Significación dogmática de la “Compensación de culpas” en el derecho penal”, en : Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989, p.723.

<sup>43</sup> Ranieri citado por Reyes Echandía define al consentimiento en los siguientes términos: “Consentimiento del derecho habiente es la manifestación de la voluntad, mediante la cual quien es capaz de actuar renuncia su interés jurídicamente protegido, del cual puede válidamente disponer”. Cfr. Reyes Echandía, Alfonso. Obras Completas, Volumen II, Ed. Temis, 1998, pág 255.

<sup>44</sup> Frisch, Wolfgang, Selbstgefährdung im Strafrecht, en NSTZ 1992, p. 2.

tenga lugar. Es lo que Jakobs denomina un consentimiento “no final o mediato”, en donde el lesionado no desea la lesión pero sí el contacto social que conlleva determinadas consecuencias que conoce la víctima. Al vincular su comportamiento a esa cadena de comunicación debe soportar los costes de ese contacto social asumido y querido<sup>45</sup>. Jakobs mantiene la terminología del “consentimiento” para hacer relación a un grupo de casos que pertenecen a las autolesiones de la víctima, pero es necesario que se tenga en cuenta la mayor exigencia que se requiere en relación con el conocimiento del riesgo por parte de la víctima.

**d.-** En el consentimiento el autor tiene conocimiento del mismo y actúa bajo su amparo. En cambio, en las acciones a propio riesgo el que debe tener conocimiento del riesgo es la víctima, ésta debe abarcar la situación de peligro y sus posibles consecuencias para que se pueda decir que estamos frente a una conducta autorresponsable de ella. Existe una voluntad de renuncia al bien jurídico que se pone en peligro. Por esta razón dice Otto: “Sólo podrá hablarse de una puesta en peligro autorresponsable cuando el afectado haya actuado libre y responsablemente en sentido jurídico, y conociendo el alcance de su decisión así como las posibles consecuencias de su comportamiento”<sup>46</sup>.

**e.-** El consentimiento debe ser dado con anterioridad a la comisión de la conducta y debe mantenerse hasta el momento de desarrollar la conducta. Por su parte en las acciones a propio riesgo no siempre está determinado ex ante cuál va a ser el desarrollo del comportamiento generador del riesgo; si se aplicara el requisito mencionado del consentimiento un amplio grupo de casos no podría ser resuelto.

Estas diferencias que existen entre el instituto del consentimiento y el criterio normativo de las acciones a propio riesgo, ha dado lugar a que varios tratadistas aborden la problemática desde una perspectiva propia y más objetiva; entre ellos podemos citar a Roxin y Jakobs. El primero, utilizando el criterio del fin de protección de la norma; el segundo, estableciendo ámbitos de competencia entre los participantes en una interacción social. El consentimiento, para los que seguimos a Jakobs, y consideramos que las autopuestas en peligro deben estudiarse dentro

<sup>45</sup> Cfr. Jakobs, Günther, Tratado. Parte General AT, 7/126.

<sup>46</sup> Otto, Harro, “Eigenverantwortliche Selbstschädigung und gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und gefährdung” en Hans- Heinrich Jescheck/Theo Vogler 8ed), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70 Geburtstag, Berlin/New York, 1989, p. 157-175. En el mismo sentido WALTHER, Susanne, ob cit., p. 103.



de los ámbitos de competencia de la víctima y del autor, sólo será un supuesto especial con ciertas particularidades que lo desdibujan frente a la institución tradicional del consentimiento.

De la institución del consentimiento tomaremos, siguiendo a Cancio Meliá, *en primer lugar*, la manifestación de la voluntad de la víctima para la disposición de sus bienes; *en segundo lugar*, el consentimiento, entendido como aceptación por parte de la víctima de un determinado contexto de interacción, también puede formar parte de la definición de riesgo permitido, cuando en el permiso del riesgo esté incluida la voluntariedad de la participación; *en tercer lugar*, el consentimiento en el peligro (de los costes de un contacto social) puede constituir, en casos de comportamientos de por sí no permitidos (consentimiento en el riesgo), un indicio de que el suceso ha de imputársele a la víctima. Sin embargo, no necesariamente el conocimiento implica que lo sucedido entre en el ámbito de responsabilidad de la víctima así como tampoco que se exija el conocimiento para fundamentar la responsabilidad.

**3.6. Estudiar el instituto dentro del fin de protección de la norma.** En la misma línea de querer explicar la participación activa de la víctima en la producción del resultado se encuentra el trabajo de Claus Roxin, con su construcción dogmática del fin de protección de la norma, reseñada por primera vez en su trabajo “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, presentado en la Festschrift für Wilhem Gallas zum 70. Geburtstag, en 1973<sup>47</sup>.

En el trabajo citado, Roxin le da a la víctima un papel determinante ya que ella puede jugar un rol activo en el desarrollo de la conducta punible y en el resultado lesivo. Para delimitar la responsabilidad de la víctima, Roxin diferencia entre *Einverständliche Fremdgefährdung* y *Teilnahme an einer Selbstgefährdung*, con base en el principio metodológico rector “del fin de protección de la norma, y luego lo amplía al principio del alcance del tipo penal<sup>48</sup>. En el primer evento se trata de una verdadera autopuesta en peligro de la víctima, ella es la que tiene el poder de decisión en el suceso arriesgado, y el tercero autor apenas participa en ella. En el

<sup>47</sup> Versión en castellano de Luzón Peña, Diego Manuel, Problemas básicos del derecho penal de Claus Roxin. “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros. Ed. Reus S.A. Madrid, 1976, p. 181-200.

<sup>48</sup> Roxin, Claus, AT I, 11/85 y ss.

segundo caso, denominado por algunos como heteropuesta en peligro consentida, para diferenciarlo del primer caso en donde hay una verdadera autopuesta en peligro, el tercero es autor y no participe pues es él quien decide el suceso delictivo, y la víctima tan sólo está de acuerdo en que sea puesta en peligro por otro, por eso se habla en general de una puesta en peligro de un tercero aceptada por la víctima.

En un primer apartado Roxin se refiere a la provocación imprudente de suicidio, de autolesiones y de casos de autopuesta en peligro, y para explicarlos se refiere al caso decidido por el BGH<sup>49</sup> del policía que, a sabiendas de la conducta depresiva y melancólica de su compañera después de ingerir licor, deja la pistola encima de la guantera del carro con la cual se mata su acompañante. Sin duda el procesado incrementa esencialmente el peligro de suicidio ya que para él era previsible y evitable el resultado, lo que habría dado lugar a castigarlo por homicidio imprudente. Y esto fue lo que hizo el Tribunal de primera instancia. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal, a propuesta del OLG Celle, se decidió por la absolución, basándose en la impunidad de la participación en el suicidio. Dijo el BGH: “No se puede castigar a quien con dolo de cómplice contribuye a causar la muerte de un suicida, porque el suicidio no es un delito [...] Por razones de justicia no se puede castigar a quien sólo pone imprudentemente una causa de la muerte del suicida”.

Lo anterior conduce a un principio general trazado por Roxin: si el hecho no puede ser sancionado a título de dolo, no está dentro del fin de protección de la norma la sanción de conductas que se originen por culpa. O sea: si la conducta ni siquiera puede ser imputada cuando alguien actúa dolosamente, menos aún podría ser atribuida cuando la misma actuación se ha realizado imprudentemente.<sup>50</sup> Sin embargo, la jurisprudencia está lejos de reconocer este resultado. En efecto, ha dicho el BGH: “También puede ser culpable de homicidio imprudente quien organiza una carrera de motos con una persona algo bebida, en el curso de la cual ésta última tiene un accidente por su culpa y muere a consecuencia del mismo”. Aquí se ve palmariamente la contradicción con la sentencia del caso del policía: si en aquella el suicidio de la mujer algo bebida excluía la responsabilidad imprudente del dueño del arma por la muerte de aquella, no se entiende porqué esta regla no se puede aplicar al caso del accidente ocasionado como consecuencia de una autopuesta en peligro dolosa y culpable.

<sup>49</sup> Cfr. BGHSt 24, p. 342 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. Roxin, Claus, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, ob cit, p. 243 y ss.

Igualmente, sostiene Roxin que el criterio de protección de la norma limita la responsabilidad en los casos en que alguien se pone en peligro a sí mismo para salvar a otros. Esto es claro cuando el salvador sobrepasa los límites de lo exigido jurídicamente. Por eso quien, para salvar a un montañista, emprende una expedición arriesgada y sufre lesiones, no puede exigir que se castigue al primer accidentado por lesiones personales, ya que el fin de protección del delito de lesiones personales culposas (§§ 229 StGB) no tiene por finalidad preservar a otras personas de los riesgos de una autopuesta en peligro voluntaria.

También se deberá excluir de responsabilidad al tercero que por imprudencia, en los casos de acciones de salvamento malogradas, sufre un daño en cumplimiento de un deber impuesto legalmente o en el ejercicio de una profesión que lleve aparejado el riesgo<sup>51</sup>. Por lo tanto, si un bombero se produce quemaduras en los trabajos de extinción del fuego, no se podrá castigar por lesiones culposas a quien culposamente ha causado el incendio, aunque de antemano fuera muy probable la posibilidad de estas lesiones. En estos casos el rechazo a la punición por imprudencia se deduce de consideraciones diferentes a la autopuesta en peligro voluntaria, y es que, si el legislador impone a determinadas personas un deber de actuar, las consecuencias de este actuar no se le pueden imputar a terceras personas. El que debe asumir la responsabilidad por los riesgos de sus imperativos es el Estado.

En un segundo acápite, Roxin trata sobre la problemática de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste o heterolesión consentida. Se trata de aquellos casos en los que la víctima no se pone en peligro a sí misma ni afronta un riesgo ya existente, sino que se expone con plena conciencia del riesgo a una puesta en peligro que es obra exclusiva del tercero. No es lo mismo acordar con otra persona una carrera alocada de motos y aceptar una posibilidad de sufrir un accidente por la propia imprudencia que ir sentado en la parrilla de la moto manejada por un conductor increíblemente temerario. En el primer caso, como ya lo señalamos, la conducta del cooperador es conducta impune en una autopuesta en peligro; en cambio en el segundo caso, si resulta lesionado el que va en la parrilla, no podemos decir sin más que la conducta del conductor es impune.

<sup>51</sup> Tal puede ser el caso en los que se producen daños como consecuencia de una persecución a un delincuente.

En derecho positivo alemán los §§ 226 y 228 del StGB muestran que para el legislador existe una diferencia entre auto daño o autopuesta en peligro impune y el daño causado a otra persona con su consentimiento<sup>52</sup>. Este supuesto debe ser válido para los casos aquí analizados en donde ni siquiera existe un genuino consentimiento. El sentido profundo 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 su propia conducta, 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 ya puede ser controlado ni interrumpido en un estadio en el que, en cambio, aún podría hacerlo quien se pone en peligro a sí mismo; además, quien se hace poner en peligro por otro no puede apreciar en el mismo grado la capacidad del otro para dominar situaciones arriesgadas a como podría apreciar la medida y los límites de su propia capacidad o habilidad.

El principio del fin de protección de la norma pretende limitar la responsabilidad, pues generalmente se piensa y se decide judicialmente los casos de autopuesta en peligro de un tercero aceptada por éste como casos de imprudencia. Se debe por tanto intentar saber si el fin de las normas de tráfico, por ejemplo, consiste en proteger también a las personas que participaron en su quebrantamiento y que querían soportar las posibles consecuencias.

Si nos queremos atener a los criterios de valoración es preciso decir que se debe negar la responsabilidad por imprudencia cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivalga bajo todos los aspectos relevantes a una autopuesta en peligro y esto se podrá establecer cuando: 1. La persona puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quien crea el peligro; 2. El daño es consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales; y 3. La persona puesta en peligro carga con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro.

La distinción que hace Roxin entre *Einverständliche Fremdgefährdung* y *Teilnahme an einer Selbstgefährdung* ha sido adoptada en diversos fallos del Tribunal Supremo

<sup>52</sup> § 216 del StGB: “Homicidio a petición: (1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces se impondrá pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años. (2) La tentativa es punible”. § 228: Consentimiento. “Quien efectúe una lesión personal con consentimiento del lesionado, entonces sólo actúa antijurídicamente cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres”.

alemán que cobijan casos que van desde la entrega de utensilios accesorios necesarios para correr el riesgo, por ejemplo, la entrega de una jeringuilla, hasta la entrega de elementos creadores del riesgo, por ejemplo, facilitar heroína. Igualmente se han aplicado estos conceptos a casos de tráfico rodado o en los que hay contagio del sida<sup>53</sup>. Esta aceptación de los planteamientos de la doctrina demuestra la importancia e influencia de esta última en la evolución de la línea jurisprudencial de los tribunales y juzgados en Alemania, a tal punto que se ha dicho que dicha evolución jurisprudencial ha sido el mayor éxito que ha tenido la teoría de la imputación objetiva en la praxis judicial<sup>54</sup>.

#### **4.- Un nuevo enfoque con base en la teoría funcional estructural. la competencia de la víctima y los deberes de autoprotección.**

##### **4.1.- Existe una competencia de la víctima.**

Nosotros sostenemos que en los casos anteriormente citados podemos fundamentar la impunidad del participante en las actuaciones a propio riesgo, en la existencia de una competencia propia de la víctima para la protección ante determinados peligros que afectan sus bienes jurídicos. Esta fundamentación tiene su origen en la renormativización de las categorías dogmáticas. Se parte de la idea de que la vida en sociedad no se determina con base en la determinación de relaciones de causalidad, sino que se conforma mediante la delimitación de ámbitos de competencia<sup>55</sup>. La teoría de la imputación objetiva tiene por tarea precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, porque el suceso puede ser explicado como obra exclusiva del autor, como obra

<sup>53</sup> Entre las decisiones que podemos citar estarían: BGHSt 32, p.262 y ss caso de la jeringuilla; el caso del médico que receta a dos pacientes una droga Jetrium y se aplican sobredosis, en BGH Juristische Rundschau (JR) 1979, p. 429; el caso del conductor que cede su vehículo a quien no tiene licencia de conducción y posteriormente resulta lesionado, OLG Stuttgart, MDR 1985, 162 (Sentencia de 21.09.1984 de la Tercera Sala en lo Penal). En la sentencia BGHSt, 32 de 1984, se supero el argumentum a maiore ad minus, con el que se venían resolviendo los casos de participación en autopuestas en peligro y se dijo: “Las autopuestas en peligro deseadas y realizadas de manera autorresponsable no se subsumen en el tipo de los delitos de lesiones o de homicidio cuando se realiza el riesgo asumido conscientemente con la puesta en peligro. Quien solamente provoque, posibilite o favorezca tal puesta en peligro, no incurrirá en punibilidad por los delitos de lesiones u homicidio”. Esta sentencia ha logrado ser comentada por diversos autores entre ellos citaremos: Wolfgang Frisch en su monografía “Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolg; Otto, Jura 1984, p 536 y ss. Roxin, NStZ, p. 411 y ss.; Horn, JR 1984, p. 513; Wilfred Hassemer, JuS 1984; Kienapfel, JZ 1984, p. 751 y ss; Dach, NStZ 1985, p. 24 y ss, Neumann, JA 1987, p.245 y ss.

<sup>54</sup> Roxin, Claus, CPC 1989, p. 763.

<sup>55</sup> Cfr: Jakobs, Günther, Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen), Op.Cit., p. 74.

exclusiva de la víctima, como obra de los dos, o como suceso fortuito o desgraciado. Así las cosas, la víctima puede ser objeto de imputación penal<sup>56</sup>. La configuración de un contacto social compete no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino o por el infortunio. Existe, por tanto, una “competencia de la víctima”. Son supuestos en los cuales la víctima puede todavía ejercer un mínimo de protección de sus propios bienes jurídicos y este ejercicio de autoprotección ser, incluso, efectivo. Esta lesión de deberes de “autoprotección” es agrupada bajo el rótulo de “actuación a propio riesgo”<sup>57</sup>.

El ilícito penal está presente cuando alguien se arroga un ámbito de competencia ajeno. No habrá por tanto ilícito penal cuando, con división de trabajo, ha sido la propia víctima quien ha configurado y modelado su propia autolesión<sup>58</sup>. Se trata de una forma (más o menos habitual o inusual, pero en todo caso privada) de modelar la vida de cada uno, que no sólo puede llevarse a cabo de propia mano, sino también en un régimen de división de tareas. El injusto del delito contra la persona consiste en arrogarse un ámbito de organización, por consiguiente, es imposible que haya injusto cuando la persona que tiene derecho a actuar en ese ámbito de organización participa de manera imputable en la organización: en este caso, ningún otro participante se arroga nada frente a él<sup>59</sup>. Si al momento de la realización del riesgo es la víctima la que tiene el deber de evitación del resultado, porque la administración del peligro ha entrado dentro de la órbita exclusiva de su competencia, el suceso puede ser explicado como su obra y no como la obra de un tercero. En este caso es la víctima quien ha defraudado las expectativas que nacen de su rol; es decir, los deberes de autoprotección que a ella le son exigibles, como principal garante de la protección de sus propios bienes<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Cfr. Jakobs, Günther, *La Imputación objetiva*, ob cit, pp. 9.10.15 y s.

<sup>57</sup> Cfr. Jakobs, Günther, *La Imputación objetiva*, Op. Cit., p. 34.

<sup>58</sup> Cfr. Jakobs, Günther *Zum Unrecht der Selbststötung und der Tötung auf Verlangen*, Ob cit, pp. 462 y s. Del mismo autor. *La organización de autolesión y heterolesión*, especialmente en el caso de muerte, Op. Cit., p. 4.

<sup>59</sup> Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*, Trad. de Manuel Cancio Melía, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 31 y ss.

<sup>60</sup> Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. de Manuel Cancio Melía, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 31 y ss. Del mismo autor. *La organización de autolesión y heterolesión*, especialmente en el caso de muerte, ob cit, p. 13 y 14.

#### 4.2.- El principio de autorresponsabilidad.

El principio de autorresponsabilidad ha despertado, desde la decisión del Bundesgerichtshof (BGH) en el caso de las jeringa de heroína de 1984, abundante atención y elaboración científica. A pesar de que la jurisprudencia y la doctrina<sup>61</sup> acuden continuamente a reforzar sus tesis sobre las autopuestas en peligro, son muy pocos los que se han dado a la tarea de establecer el significado, origen y valor que se debe dar a las expresiones “autorresponsabilidad o autonomía de la víctima” y “autopuesta en peligro bajo propia responsabilidad”<sup>62</sup>.

La autorresponsabilidad es un concepto altamente normativo al que se le han dado diversas connotaciones, lo que implica riesgos a la hora de aplicarlo al caso concreto pues se puede violar el principio de igualdad y por ende el de la seguridad jurídica<sup>63</sup>. La toma de posición acerca de lo que debe entenderse por autorresponsabilidad será la clave para determinar los ámbitos de responsabilidad de la víctima y del autor; el fundamento sistemático-dogmático propio de este principio y la solución dogmática uniforme a aplicar en los casos particulares. Sin

<sup>61</sup> Existen varias monografías en las que hay un capítulo especial dedicado a establecer lo que ha de entenderse por principio de autorresponsabilidad. Podemos citar a: Rainer Zaczyk. “Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten”, *Heidelberger Forum*, n.º 84, Heidelberg, C. F. Müller, 1993; Ralf-Peter Fiedler. *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung- Unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frankfurt a. M., 1990; “Rezensión”, en GA 1991, 571 y ss.; Bern Schünemann. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986; Ulfrid Neumann. “Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des ‘Opfer’”, en JA 1987, pp. 244 a 256; Maria Katharina Meyer. *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum*, Köln, 1984; Susanne Walther. *Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und ‘Opfer’ bei riskantem Zusammenwirken*, Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1991; Heribert Schumann. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Ander*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) t. 63, 1986; Wolfgang FRISCH. *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C. F. Müller, 1988, pp. 1 y ss.; id, *Tipo penal e imputación objetiva*, cit., en especial el cap. IV: “Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre las autopuestas en peligro”, cit., pp. 119 y ss.; y, Roland Derksen. “Handeln auf eigene Gefahr”, en *Schriften zum Strafrecht*, Heft 92, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.

<sup>62</sup> Respecto a este tema podemos encontrar las siguientes expresiones: *Selbstgefährdendes Opferverhalten*, que significa comportamiento de autopuesta en peligro de la víctima; *eigenverantwortliche Selbstgefährdung*, que la traducimos como autopuesta en peligro por responsabilidad propia, y *Mitverschulden des Opfers*, *coculpabilidad de la víctima*.

<sup>63</sup> Cfr. Wolfgang Frisch. *Tipo penal e imputación objetiva*, cap. iv: “Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre las autopuestas en peligro: líneas básicas de una teoría de la conducta típica a la vista de la posible conducta de la víctima”. (*Exemplifizierung des Sichtwechsels and der Diskussion um die Selbstgefährdung: Grundlinien einer Lehre von tatbestandsmassigen Verhalten im Blick auf mögliches Opferverhalten*), Beatriz de la Gándara Vallejo (trad.), Madrid, Colex, 1995, pp. 125 y ss.

embargo, dicha toma de postura no puede prender llegar a ser universal. Para poder determinar el concepto de autorresponsabilidad haremos referencia tanto a los fundamentos normativos que están en la base del tratamiento dogmático del ámbito de competencia de la víctima como a los criterios para establecer si la intervención de la víctima en un suceso hace que la conducta del autor sea atípica<sup>64</sup>.

Punto de partida debe ser el de que todos han de responder tan sólo por sus propios actos. De esta manera la idea de autodeterminación tiene como presupuesto la idea de responsabilidad personal. Y esto lo establece la Constitución de Colombia en su art. 16 en el que señala que “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. El libre desarrollo de la personalidad se traduce en la libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, siempre que no se interfieran o cercenen los derechos de los demás o el orden jurídico. El ejercicio concreto de este derecho exige un presupuesto básico: que la persona tenga la capacidad síquica, volitiva y cognitiva para autodeterminarse. De lo contrario el derecho de ese incapaz debe ser asegurado en su núcleo esencial mediante un debido tratamiento y curación, que le permita finalmente gozar a plenitud del mismo<sup>65</sup>. Una primera decisión de la Corte Constitucional es la contenida en la sentencia de Tutela 542 del 25 de septiembre de 1992<sup>66</sup>, en la que se afirmó que el concepto de autonomía de la personalidad comprende toda decisión que incida o influya en la evolución de la persona en el transcurso de las etapas de la vida, y que la llevará a tomar un camino como sujeto individual y como sujeto que pertenece a una comunidad específica.

<sup>64</sup> Manuel Cancio Meliá estudia las dos acepciones dadas al término “autorresponsabilidad” pero en dos secciones diversas. Dice Cancio: “... la cuestión de la autorresponsabilidad en cuanto fundamento desde la perspectiva aquí adoptada ha de concretarse ante todo en la atribución objetivo-normativa de un ámbito de administración y responsabilidad a la víctima, aquí se hablará respecto de la primera cuestión de la fundamentación de un ‘ámbito de responsabilidad’ de la víctima, mientras que al hacer referencia a la segunda cuestión, es decir, a los presupuestos operativos que han concurrido en la persona de la víctima, se aludirá al carácter ‘responsable’ de ésta”: Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Barcelona, Edit. Bosch, 1998, pp. 262 y ss., y 354 y ss.

<sup>65</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-176 del 6 de mayo de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Se demandaron los artículos 94, 95 y 96 del Código Penal de 1980 (Ley 100). Cfr. más adelante requisitos para la autodeterminación y las acciones a propio riesgo.

<sup>66</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia de tutela: T-542 del 25 de septiembre de 1992, exp. 3156, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, peticionaria: Teresa de Jesús Sandoval Santamaría. La peticionaria solicitaba que el director de la comunidad de los dominicos le permitiera visitar a su tío, un sacerdote que pertenecía a



El artículo 16 de la Carta parte del principio material según el cual se debe respetar el criterio de la persona sobre la mejor manera de vivir de acuerdo con el sentido de la propia dignidad, convicción y conveniencia, pero sin causar daño a otros o irrespetar el ordenamiento jurídico. Este principio de la autonomía es el que le ha servido a Jakobs para estructurar el concepto de competencia en virtud de organización, y que es la base para el estudio de las acciones a propio riesgo, en el que la persona, o mejor el ciudadano, tiene el derecho a la libre configuración de su mundo, de su entorno, y cuyo único límite consiste en el deber de no invadir ámbitos de competencia ajenos que conlleven el quebrantamiento de la norma impuesta por la sociedad a la que decidió pertenecer. Como anota Montaigne, “Lo más importante del mundo es saber pertenecer a sí mismo”<sup>67</sup>. Gracias al principio de autonomía, la persona capaz tiene la facultad constitucional de tomar, sin interferencias, decisiones que ayudan o no a su desarrollo para enfrentarse a la vida.

Así las cosas, el libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo de este derecho consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial<sup>68</sup>.

En el artículo 16 de la Carta se consagra la libertad *in nuce*, en la que se reconoce a la persona como autónoma en tanto que digna (art. 1.º C. N.), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos activos o pasivos u omisivos y, ante todo, sobre su propio destino. Una primera consecuencia que se deriva de su autonomía consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no

---

esa comunidad religiosa, por cuanto estaba enfermo y anciano. La Corte determinó, al revisar la decisión del ad quem, no tutelar los derechos porque consideró que el sacerdote estaba ejerciendo su derecho a la autonomía y que al pertenecer a una comunidad religiosa debía cumplir con los reglamentos establecidos en ella, y que en ningún momento se logró demostrar que el demandado se hubiera opuesto a los deseos del sacerdote en materia de visitas.

<sup>67</sup> “La chose la plus importante du monde c’est de savoir etre a soi”: Essais, t. III, Paris, 1985. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-542 del 25 de septiembre de 1992.

<sup>68</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-542 del 25 de septiembre de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma, afirma la Corte, tiene consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Si se decide por ella, se le arrebatada su condición ética y termina reducida a una cosa, pues se convierte en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.

Siguiendo a Dworkin, cuando se reconoce el derecho individual de autonomía se hace posible la auto-creación. Permite que cada uno de nosotros seamos responsables de formar nuestras vidas de acuerdo con nuestra personalidad, coherente o incoherente, pero distintiva. Nos permite guiar nuestras vidas en vez de ser guiados para que cada uno de nosotros podamos ser lo que deseamos ser. Permitimos que una persona escoja la muerte en lugar de una amputación, o una transfusión, si ese es su deseo informado, porque reconocemos su derecho a una vida estructurada de acuerdo con sus propios valores<sup>69</sup>.

El principio autorresponsabilidad también debe aplicarse cuando en el hecho punible han participado varias personas. A cada una se le debe delimitar su ámbito de responsabilidad en el hecho, para evitar terminar respondiendo por los hechos de los demás. Por eso cuando la víctima ha participado en conjunto con otra persona en el menoscabo de un bien jurídico del cual es titular se deben establecer unos criterios normativos para definir si esa participación es impune o no.

De acuerdo con nuestro modelo de Estado podemos decir que el principio de autorresponsabilidad estaría delineado así: En primer lugar a todo ciudadano le corresponde un ámbito de organización propia, por lo tanto los daños que se puedan derivar de ella lo hacen responsable. De esta manera se funden autonomía y responsabilidad derivada de aquella. En este ámbito debe considerarse en primer término la conducta lesiva que realiza el propio titular en contra de sus bienes y la conducta riesgosa que menoscaba o pone en peligro sus bienes con la participación de terceros. En este último caso se deberá determinar si dicha actuación riesgosa debe recaer exclusivamente sobre la víctima porque no es jurídico imponer a los demás un deber de tutela general sobre los bienes de

<sup>69</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-401 de septiembre 12 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

terceros<sup>70</sup>, o si por el contrario la participación del tercero es de tal envergadura que puede responder como partícipe o como autor mediato. Para poder determinar si el riesgo puede atribuírsele al tercero cuando la víctima también ha descuidado sus bienes jurídicos se debe partir de la relación o mejor de la comunicación que existe entre víctima y tercero, autor.

En primer término tendremos que establecer que estamos frente a dos sistemas psíquicos iguales titulares de su propio ámbito de organización. Existe un ámbito de responsabilidad preferente de la víctima. En segundo lugar debemos establecer la conducta *ex ante* y *ex post* de cada uno de los intervinientes. Por regla general se ha dicho que si el tercero, autor, realiza una conducta con posterioridad a la efectuada por la víctima cuando se pone en peligro, su conducta es punible. Para poder aplicar este principio de autorresponsabilidad debemos hablar de un sistema de imputación concreto. La autonomía conduce a la asunción de riesgos imputables.

¿Cuáles son las líneas fundamentales de la existencia de un ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, basadas en el principio de autonomía-responsabilidad?

*En primer lugar*, se trata de un problema de tipicidad, *en segundo lugar*, la idea de autorresponsabilidad podrá servir cuando el contexto normativo esté orientado a garantizar la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima, cuando hay separación en los ámbitos de organización, y *en tercer lugar*, sólo derivarán consecuencias jurídico penales del principio de autorresponsabilidad para la conducta del autor cuando la actividad pueda ser verdaderamente atribuida a la víctima, cuando este no sea el caso pueden operar otras instituciones, por ejemplo vulneración al principio de confianza.

En la sociedad actual en la que ya no existe un derecho natural que obligue al ser humano a perfeccionarse moralmente y en la que los vínculos religiosos corresponden a un ámbito residual privado, en el que el Estado ya no administra “objetividad, verdad y moral”, sino que en el mejor de los casos tan sólo sirve de garante para la protección, la previsión y el mejoramiento en la calidad de vida

<sup>70</sup> El Profesor Jakobs dice al respecto: “..quien participe en una actividad arriesgada... en caso de producirse un daño no puede invocar que los demás deberían haber tenido cuidado de él, pues tal tutela frente a una persona responsable sería incompatible con la relación negativa en cuanto relación entre iguales...” Cfr. Tun und Unterlassen, p. 28.

de sus asociados, la pregunta sobre el sentido de la vida ya no viene de la esfera de lo público sino del ámbito de lo privado. Por esta razón, la autolesión de personas responsables, incluso hasta su misma destrucción, no pueden constituir un injusto penal, como tampoco puede serlo la participación en ella. Tampoco la heterolesión con consentimiento o participación a propio riesgo del lesionado<sup>71</sup>.

Sólo podemos hablar de injusto penal cuando una persona se arroga un ámbito de competencia ajeno. Por esta razón, una lesión que no se produce por arrogación del ámbito de organización de otro, sino que ella es producto de una autoorganización de la otra persona responsable, sólo aparentemente vulnera la norma jurídica que protege el bien personal. Siguiendo a Hegel con su premisa, “sé persona y respeta a los demás como personas”, podemos deducir entre otras cosas, que cada cual puede y debe modelar su vida privada y esto lo puede hacer de propia mano o bajo el régimen de división de tareas<sup>72</sup>.

La claridad de esta premisa resulta oscurecida por el derecho positivo. En efecto, en algunos países como Alemania, a pesar de que se considere como principio que no puede haber participación punible en el suicidio de otro porque el hecho principal -suicidio- no es típico, se establecen tipos penales como el que trae el §216 del StGB, homicidio a petición<sup>73</sup>, o se establecen ciertas limitaciones a la efectividad del consentimiento cuando se trata de los bienes jurídicos que protegen la vida o integridad personal, porque extiende la posición de garante de los médicos incluso a la evitación de las consecuencias de intentos de suicidio de sus pacientes. Un caso de este tipo fue el fallado por el BGH en el que el médico formula a sus pacientes drogadictos una droga para que ellos mismos se la apliquen y ellos, contrariando la prescripción médica, se inyectan una dosis mayor y como consecuencia de ello fallecen. En la decisión del BGH, se consideró que el médico debía responder por homicidio culposo ya que su posición de garante respecto de las víctimas le obligaba a prever un suicidio con sobredosis de la droga formulada<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Cfr. Jakobs, Günther. “Die Organisation von Selbst-und Fremverletzung, insbesondere bei Tötung”. “La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte”. Trad. Manuel Cancio Meliá. Manuscrito. p. 1.

<sup>72</sup> Cfr. Hegel, G.W.F. Grund Linien in der Philosophie des Rechts, 1821 & 258, nota.

<sup>73</sup> §216:Homicidio a petición: Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años. La tentativa es punible.

<sup>74</sup> Cfr. BGH.

Por otra parte, en ciertos países como Colombia o España existe expresamente una prohibición de la participación en el suicidio de propia mano y se establecen tipos penales que aunque privilegiados tienen sanción de prisión: Ellos son: la inducción al suicidio y el homicidio por piedad, cuando la persona que padece intensos sufrimientos a causa de enfermedad grave e incurable, solicita que otro le ponga fin a su vida.

Todas estas normas: homicidio a petición (& 216 del StGB; inducción al suicidio (art. 107 del Código Penal colombiano y art. 143 1 y 2 del Código Penal español); homicidio por piedad (art. 106 del Código Penal colombiano y art. 143, 3 y 4 del Código Penal español<sup>75</sup>), no son más que el reflejo de una discrepancia entre la moral-religión y el derecho que denotan un retraso en la autoconciencia de la sociedad debido a una posición aún paternalista del Estado frente a sus ciudadanos, y que puede y debe rechazarse para aceptar que cada persona autorresponsable puede disponer libre y autónomamente de sus bienes jurídicos, incluso de su vida, siempre y cuando respete los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. Un intento por dejar de ser paternalistas y reconocer la autonomía de cada uno de los ciudadanos lo realizó la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia de constitucionalidad C-239, del 20 de mayo de 1997<sup>76</sup>, en la que respaldó la descriminalización del homicidio piadoso consentido (eutanasia activa) y para hacerlo se fundamentaron en las siguientes razones:

**a.-** La Constitución Política de Colombia, en su artículo primero consagra de modo inequívoco que nuestro país es una República unitaria constituida como Estado social de derecho, pluralista y fundada en el respeto a la dignidad humana.

**b.-** El artículo 16 de la Carta confiere a todas las personas el derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, sin afectar el núcleo esencial del derecho.

**c.-** La persona es reconocida por nuestra Constitución como sujeto moral autónomo, lo que significa que es ella la que ha de elegir los principios y valores morales que deben regir su conducta. El Estado, entonces, la asume como capaz de decidir sobre lo bueno y lo malo sin que puedan los órganos de poder,

<sup>75</sup> Para Jakobs este caso no es más que un supuesto de un suicidio realizado con división de tareas, que según la legislación penal alemana debería quedar impune, siempre y cuando la petición del que no quiere vivir más fuera objetivamente razonable.

<sup>76</sup> Cfr. Corte Constitucional sentencia C- de 20 de mayo de 1997. M.P. Carlos Gaviria.

sustituirla. Esto es lo que diferencia a un Estado democrático y liberal (como el que configura la Constitución) de un Estado paternalista que trata a sus súbditos como incapaces a quienes hay que indicarles el camino del bien como lo hace un buen padre de familia.

**d.-** Con base en lo anterior resulta como corolario obligado el pluralismo. Porque no se reconoce una sola sino múltiples perspectivas desde las cuales puede examinarse el problema de lo bueno. Esto implica para el caso que nos ocupa decidir qué camino, qué sentido ha de dársele a la vida, pues considerar que esta ya lo tiene conferido por un Ser Superior o por la Naturaleza, es apenas una de las opciones posibles. Una persona puede pensar y actuar creyendo que la vida es un bien sagrado acogándose a una moral religiosa; también puede considerarla como bien valioso pero no sagrado, bajo determinadas circunstancias, o incluso puede no valorarla como un bien.

**e.-** La vida es un derecho, nadie puede privarme de él legítimamente contra mi voluntad pero yo puedo libremente elegir entre la vida o la muerte, de la misma manera como puedo optar por quedarme quieto como una manera de ejercer mi libertad de locomoción. Si alguien cree, en virtud de la religión o filosofía que profesa, que vivir es una obligación, cualesquiera que sean las condiciones en que se vida transcurra, es sin duda alguna una creencia legítima, pero no es razón para que el Estado se la imponga coercitivamente a quienes no la profesan. Cada persona le puede reclamar al estado un ámbito de libertad para vivir su vida moral plena, pero no le puede exigir que le imponga a todos los demás como deber jurídico lo que ella vive como obligación moral. Como la vida constitucionalmente está consagrada como un derecho y no un deber, su titular puede legítimamente seguir viviendo o disponer que cese su curso vital. Y si no está en capacidad de ponerle él mismo término, es lícito solicitar ayuda a un sujeto libre, quien podrá acceder a petición o rehusarse. Si elige colaborarle no puede ser penalizado porque no ha atentado contra el derecho de nadie. No se ha arrogado un ámbito de competencia ajeno. Su conducta no constituye ilícito alguno.

**f.-** La vida no es un derecho indisponible<sup>77</sup>. No existe en la Carta Política una norma en tal sentido. Por eso, quien colabora a la efectividad del principio de que la vida es un bien disponible, ante la imposibilidad de hacerlo de propia mano

<sup>77</sup> Así, el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia: "El derecho a la vida es inviolable" no indisponible.

por el titular y ante la solicitud inequívoca, no realiza conducta reprochable alguna. Sólo un Estado paternalista y Colombia no lo es por lo menos en el papel, considera que la vida es un bien y que su deber es protegerla a toda costa incluso sustituyendo el deseo de una persona cuya decisión sólo es de su incumbencia. Quien accede a una petición de poner término a una vida sea por motivos piadosos o porque sencillamente no quiere vivir más pero carece de la fuerza para hacerlo por sí misma, no se ha arrogado un ámbito de competencia ajeno, no ha suprimido bien alguno, solamente ha puesto fin a una vida que ya carecía de sentido para su titular.

#### **4.3.- Presupuestos básicos para que se configure una acción a propio riesgo.<sup>78</sup>**

Para que la actuación a propio riesgo de la víctima excluya la imputación del tercero deben reunirse tres presupuestos básicos, a saber:

- √ La actividad riesgosa debe permanecer en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima. Para que haya autolesión, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el si y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa.
- √ La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible.
- √ El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro.

A continuación explicaremos cada uno de ellos.

#### **4.3.1.- La actividad riesgosa debe permanecer en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima. Para que haya autolesión, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el si y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa.<sup>79</sup>**

Este primer presupuesto implica que la actividad peligrosa que produce daños a bienes de la víctima se debe corresponder con la organización conjunta entre

<sup>78</sup> Cfr. Claudia López Díaz. Introducción a la imputación objetiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 151 y ss.

<sup>79</sup> Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil, cit., 21/58a, pp. 626 y s.; id. Zum Unrecht der Selbstötung und der Totung auf Verlangen, cit., p. 467; id. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en

tercero y víctima en un contexto común y con un mismo significado objetivo. Las aportaciones de ejecución material de tercero y víctima *per se* no pueden establecer a quien se debe imputar el resultado. Por esto una vez definida la actividad conjunta entre tercero y víctima el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima, porque la esfera de autonomía de la víctima da lugar a la atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de competencia. Existe un ámbito de responsabilidad preferente de la víctima que es la que justifica la imputación a la víctima. Cuando la conducta generadora del riesgo no responda a la organización conjunta las lesiones o la muerte no podrán ser imputadas al ámbito de competencia de la víctima, y esto sucede básicamente en dos supuestos: a.- Cuando hay extralimitación en la organización conjunta; y, b.- Cuando hay trasgresión de los deberes de cuidado en esa organización conjunta.

Estaremos en el primer supuesto cuando el tercero introduce un elemento adicional a los factores de riesgo presentes en la organización conjunta. Esto puede suceder cuando, por ejemplo, el tercero (autor mediato) proporciona a la víctima una pipa de opio, conociendo las circunstancias, a quien está dispuesto a fumarse una pipa de hachís. En estos casos el tercero-autor añade o excede la organización conjunta<sup>80</sup>. El segundo supuesto lo tenemos cuando la organización conjunta entre víctima y autor entraña una repartición de tareas que implica obligaciones de controlar uno de algunos elementos generadores del riesgo y no se hace, y es esa precisamente la causa de la realización del resultado lesivo para la víctima.

Por otra parte y con el fin de comprender mejor este primer requisito, debemos distinguir tres situaciones temporales en las en las que se puede desarrollar el comportamiento de la víctima:

√ *Si el comportamiento de la víctima es posterior al del tercero*, la participación de éste es impune, porque se deja en manos de la víctima el dominio de la decisión. En estos casos, no existe dificultad en afirmar que quien se autopone en peligro tiene bajo su control el desarrollo de la situación de riesgo. En

caso de muerte, cit., p. 5; Rudolphi. Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, cit., p. 150; Dölling. "Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfer", cit., pp. 77 y s.; Bern-Dieter Meier. "Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung", en GA 1989, p. 219; Walther. Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung, cit., pp. 145 y ss.

<sup>80</sup> Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil, cit., 21/79, p. 771.



consecuencia, el hecho debe atribuírsele al ámbito de responsabilidad de la víctima, porque es ella la que ha organizado, con división de tareas, su propia lesión.

Acudiendo al argumento de la participación también es fácil excluir la responsabilidad del tercero: si el comportamiento de la “víctima” es posterior, es ésta quien tiene el dominio del hecho; por lo tanto el tercero no es autor, sino un partícipe; y como la participación presupone un hecho principal típico, decae la responsabilidad de quien crea la situación peligrosa, porque la autolesión no es una conducta típica.

√ *Si el comportamiento de la víctima es simultáneo*, entonces se puede aceptar en estos casos una acción a propio riesgo, cuando la víctima puede decidir, en un mismo tiempo, como el tercero, sobre el si y el cómo de la situación peligrosa. En consecuencia, si el dominio de la víctima se acaba antes que el del tercero, a partir de ese momento el interviniente (es decir, quien crea la situación de riesgo) responde como autor de una heterolesión<sup>81</sup>. Existe simultaneidad cuando, por ejemplo, dos personas han aceptado voluntariamente tener relaciones sexuales sin protección a sabiendas de que uno de ellos es portador del VIH. En este caso la pareja domina conjuntamente el hecho, porque cada uno tiene la posibilidad de intervenir en la dirección del suceso; ellos pueden interrumpir en cualquier momento el contacto sexual y disminuir su peligrosidad mediante el uso de preservativos. Los compañeros sexuales son coportadores del dominio del hecho, debido a la simetría de sus aportes y a su mutuo consentimiento en el riesgo. En consecuencia, el portador del virus no puede responder como autor unitario. Debe hacerlo con base en las reglas de la coautoría.

√ *Si el comportamiento del tercero es posterior al de la víctima*, estamos por regla general ante una heterolesión. Más puede suceder que fácticamente el tercero actúe con posterioridad a la víctima pero sea ésta la que tiene el dominio de la decisión, pues está en el ámbito de su incumbencia evitar el resultado y además tiene capacidad para hacerlo.

Ejemplo: dos personas, A y B, se ponen de acuerdo para ocasionarse la muerte. El método utilizado consiste en intoxicarse con gas de automóvil, mediante un tubo que será conectado a una de las ventanillas del carro; las dos personas

<sup>81</sup> Ibid., 21/78a, pp. 637 y s.

permanecen sentadas dentro el vehículo, con los vidrios cerrados<sup>82</sup>. Así pues, si A coloca en último lugar el escape de gas y conecta el automático del acelerador para dar entrada al letal tóxico, su actuación naturalista no es per se jurídicamente relevante si después de su conducta hay un comportamiento de la víctima: una omisión, consistente en que voluntariamente no se retira del auto. En este caso la víctima tiene el dominio de decisión porque después de la intervención del tercero está dentro de su ámbito de competencia la evitación del resultado<sup>83</sup>.

El hecho naturalista de que el tercero actúe en último lugar no es per se, jurídicamente relevante. Lo importante es determinar quién era el competente para la evitación del resultado en el momento en que el riesgo se realiza. En consecuencia, siempre habrá acción a propio riesgo cuando la competencia de la víctima es posterior a la del tercero.

#### **4.3.2.- La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible.<sup>84</sup>**

Quien se coloca a sí mismo, consciente y voluntariamente, en peligro, debe tener capacidad para valorar el significado de su conducta, las consecuencias y dimensiones del riesgo asumido, y en especial la importancia del bien jurídico que pone en peligro<sup>85</sup>. Este requisito es una consecuencia del anterior presupuesto, porque sólo puede considerarse que el hecho es “obra” de la víctima cuando ésta puede decidir sobre el si y el cómo de la actividad riesgosa. Si no se trata de un sujeto autorresponsable, el hecho se explicaría mejor como obra de quien actúa desde atrás, es decir, del autor mediato, quien es el que tendría el dominio de la decisión, convirtiéndose de esta forma el que se autopone en peligro en un mero instrumento<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Un caso similar falló el Tribunal Supremo alemán: Cfr. BGHSt, 19, 135 y ss., Gisela-Fall.

<sup>83</sup> Otros autores consideran que el dominio del hecho que tiene la víctima sobre el suceso no es el criterio decisivo para fundamentar la participación en una autopuesta en peligro. Para ellos el criterio determinante es la renuncia de la víctima a la protección de sus bienes. Cfr. Peter Dach. “Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung”, en NSTZ, Heft 1, 1985, pp. 24 y s.

<sup>84</sup> Cfr. López Díaz. Introducción a la imputación objetiva, cit., pp. 157 y ss.

<sup>85</sup> Cfr BGHSt 32, 262, 265 y ss.; Wolfgang Frisch. “Selbstgefährdung im Strafrecht”, en NDtZ, 1992, 2. Teil, pp. 63 y s.; Sesanne Waltyher. Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung, cit., pp. 182 y ss.; Harro Otto. “Eigenverantwortliches Selbstschädigung und gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und- gefährdung”, en Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 174 y ss.

<sup>86</sup> Cfr. Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil, cit., 21/38, pp. 615 y s.; Claus Roxin. “Täterschaft und Teilnahme”, en LK StGB, 11.<sup>a</sup> ed., Berlin, De Gruyter, 1993, 25/106 y ss.; Rudolphi. Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, cit., p. 150; Bern-Dieter Meier. “Strafrechtliche Aspekte der Aids-übertragung”, en GA 1989, pp 200 y ss.

La responsabilidad de la víctima estará presente en la medida en que su comportamiento no haya sido instrumentalizado por el tercero-autor, y esto puede ocurrir o porque aquella carece de capacidad de responsabilidad respecto a sus propios bienes o porque no tiene la base cognitiva suficiente para podersele considerar autorresponsable, es decir, en ella concurren defectos cognitivos que le impiden autoorganizarse.

√ *Defectos de responsabilidad de la víctima que impiden imputarle una conducta autolesiva*<sup>87</sup>. La doctrina, analizando los casos de autopuesta en peligro en que concurren defectos de responsabilidad en la víctima, suele utilizar o el instituto jurídico del consentimiento<sup>88</sup> o el de la inimputabilidad<sup>89</sup>, ambos criterios

<sup>87</sup> Cfr. Cancio Meliá. Conducta de la víctima e imputación en derecho penal, cit., pp. 354 a 372.

<sup>88</sup> Vale decir, que la víctima haya cumplido con los requisitos de un consentimiento eficaz, que son: 1. Que tenga capacidad jurídica para disponer del bien y para comprender la situación en la que conciente; 2. Que el consentimiento haya sido dado con anterioridad a la comisión del hecho y que se mantenga hasta el momento de realizarse la acción u omisión; 3. Que el consentimiento no tenga vicios, por lo tanto no debe provenir de error, ni haber sido obtenido mediante engaño, amenaza o coacción; que la víctima tenga facultad jurídica para disponer válidamente de aquellos bienes sobre los cuales goza de disposición. Los siguientes autores están de acuerdo con esta fundamentación: Jähne en LK n.m. 26 previo al § 211; Horn en SK, § 212 n. m. 15; Lanker, en StGB, n. m. 13b previo al § 211; Neumann, en JuS 1985, pp. 679 y ss.; Frisch. Tatbestandsmäßiges Verhalten, cit, pp. 166 y ss., Sánchez Silva, en ADPCP 1987, pp. 459 y ss.; Otto, en FS Tröndle, p. 174. “§ 20. Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones síquicas. Actúa sin culpabilidad quien en el momento de la comisión de un hecho punible es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave, de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión”. “&21. Capacidad de culpabilidad disminuida. Si la capacidad del autor, por las razones señaladas en el § 20, está considerablemente reducida en el momento de la comisión del hecho punible o para comprender lo injusto del hecho o para comportarse de acuerdo con esa comprensión, entonces la pena puede ser atenuada de acuerdo con el párrafo 1 § 49”. Los siguientes autores están de acuerdo con aplicar las reglas de la inimputabilidad para estos casos de autolesión, y en especial para el suicidio. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, cit., pp. 236 y ss.; Hirsch, en JR 1979, pp. 432 y ss.; Dölling, en GA 1984, pp. 71 y ss., Jakobs. AT, 21/71, 21/97; Zaczyk. Selbstverantwortung, cit., pp. 43 y ss.

<sup>89</sup> prevé el artículo 33 del C. P. colombiano: “Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. “No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. “Los menores de 18 años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil”. El Código Penal alemán trae tres normas que hacen referencia a la inimputabilidad, que son los parágrafos 19, 20 y 21 que prevén: “§ 19. Incapacidad de culpabilidad del niño. Es incapaz de culpabilidad quien en el momento de la comisión de un hecho, aún no ha llegado a la edad de los 14 años”. “§ 20. Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones síquicas. Actúa sin culpabilidad quien en el momento de la comisión de un hecho punible es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave, de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión”. “&21. Capacidad de culpabilidad disminuida. Si la capacidad del autor, por las razones señaladas en el § 20, está considerablemente reducida en el momento de la comisión del hecho punible o para comprender lo injusto del hecho o para comportarse de acuerdo con esa comprensión, entonces la pena puede ser atenuada de acuerdo con el párrafo 1 § 49”. Los siguientes autores están de acuerdo con aplicar las reglas de la inimputabilidad para

encaminados a excluir la responsabilidad de la víctima e imputar el suceso al tercero-autor<sup>90</sup>.

Consideramos que no se debe aplicar el instituto jurídico del consentimiento por las siguientes razones: 1. Porque deben probarse todos los requisitos que debe tener el consentimiento para que sea válido y hoy es muy difícil predicar que existan bienes indisponibles por su propio titular; 2. La constelación de casos que aquí se estudia no abarca sólo a la víctima, sino que entre ésta y el tercero-autor existe una interrelación que conduce a la lesión de la primera, y en casos de error de la víctima siempre repercuten penalmente sobre aquél de una manera grave; 3. No se tiene en cuenta el principio de autorresponsabilidad ni la esfera de protección sobre sus propios bienes que le debe incumbir a la propia víctima. Por otra parte, en el derecho alemán se exige, por ejemplo, en el delito de homicidio a petición (§216 StGB), que exista por parte de la víctima “una expresa y seria petición”, circunstancia que hace más dispendioso poder cumplir con los requisitos del consentimiento para exonerar al tercero-autor.

Por su parte, quienes opinan que debe partirse de una aplicación analógica de los criterios que determinan la inimputabilidad consideran que el ordenamiento jurídico ha establecido reglas claras para determinar la imputabilidad de una persona para hacerla responsable ante la ley, y que el fundamento de esa imputabilidad está en que el autor al ejecutar la conducta típica y antijurídica tenga la capacidad para comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo a esa comprensión, no sea inmaduro psicológico, no padezca trastorno mental (transitorio o permanente), no haya preordenado su trastorno mental *-actio libera in causa-*, no sea menor de edad y no tuviera una cosmovisión diferente por pertenecer por ejemplo, a una comunidad indígena<sup>91</sup>.

estos casos de autolesión, y en especial para el suicidio. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 236 y ss; Hirsch, en JR 1979, pp. 432 y ss.; Dölling, en GA 1984, pp. 71 y ss., Jakobs. AT, 21/71, 21/97; Zaczyk. *Selbstverantwortung*, cit., pp. 43 y ss.

<sup>90</sup> Cfr. Jesús María Silva Sánchez. “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado”, en ADPCP 1987, pp. 451 a 477.

<sup>91</sup> Nuestro Código Penal establece en su artículo 33 como causa de inimputabilidad la diversidad cultural o estados similares. La Corte Constitucional, en sentencia C-370 del 14 de mayo de 2002, M. P.: Luis Eduardo Montealegre Lynett, consideró que la expresión “diversidad sociocultural” era exequible, bajo los siguientes entendidos: 1. Que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente; y 2. Que en casos de error invencible de prohibición de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en la citada providencia. Cfr. Código Penal. Bogotá, Edit. Legis [art. 33 nota, p. 63].

Entre estas dos posiciones dogmáticas y para efectos de fundamentar nuestra tesis central de las acciones a propio riesgo, consideramos que el criterio más acertado para determinar la responsabilidad de la víctima debe ser el de aplicar analógicamente los criterios de imputabilidad, ya que nuestro punto de referencia está en aceptar que la víctima tiene una competencia preferente y es autorresponsable, y por lo tanto cualquier limitación o disminución de su status como persona le haría perder su calidad de imputable y por ende no se podría predicar de ella una acción a propio riesgo.

√ *Defectos cognitivos de la víctima.* El análisis de la existencia o no de los defectos cognitivos en la víctima tiene por objetivo establecer si la víctima ha sido instrumentalizada por el autor por tener conocimientos superiores a ella respecto al comportamiento riesgoso y a las consecuencias lesivas para los bienes jurídicos de aquella. Para lograr esta meta partiremos de la discusión doctrinal dada en Alemania respecto de los casos de la intervención de un tercero en un suicidio ajeno, en los que generalmente se afirma una autoría mediata porque la víctima que es la que yerra no domina la situación y actúa de manera causal ciega, sin valorar como mortal la conducta que realmente la podrá conducir a la muerte. Se trata de aquellas situaciones en las que el “hombre de atrás” se sirve de un instrumento que está en error para cometer una conducta punible<sup>92</sup>.

Para entender mejor estos supuestos acudiremos a la decisión de la Sala Primera del BGH (BGHSt, 32), sentencia del 5 de julio de 1983, en la cual se decidió el caso Sirio, en el que se trataba de la delimitación entre la autoría mediata en el homicidio y la participación en el suicidio, impune. Los hechos del caso se pueden resumir así:

El acusado había hecho creer a una joven que él era originario de la estrella Sirio y podría ayudarla a llegar a una vida nueva y sublime si se separaba de su viejo

<sup>92</sup> Roxin divide en seis grupos los casos de dominio de la voluntad en virtud de error: 1. El que yerra obra no dolosa o inculpablemente o con imprudencia inconsciente; 2. O realiza el tipo con imprudencia consciente; 3. El ejecutor actúa dolosamente, pero sin conciencia de la antijuridicidad; 4. O con suposición errónea de un hecho que excluye la culpabilidad; 5. El que yerra obra, a pesar de su error, típica, antijurídica y culpablemente; 6. El ejecutor realiza un suceso que en su persona es atípico o lícito. Este último grupo de casos y el primero, en los que la víctima se quita la vida no dolosamente, son los que nos competen pues se refiere al problema de establecer una autoría mediata a través de un instrumento (víctima) que obra erradamente o atípicamente, y que se presenta principalmente en el suicidio provocado mediante error: Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6.<sup>a</sup> ed., Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, Universidad de Extremadura y Edit. Marcial Pons, 1998, pp. 192 y ss. y 250 y ss.).

cuerpo. Debía introducirse en una bañera y dejar caer un secador conectado. En un espacio rojo, junto al lago de Ginebra, la estaba esperando un cuerpo nuevo, en el que despertaría tras su aparente muerte accidental. De todos modos, en su nueva vida necesitaría dinero, por lo que debería contratar un seguro de vida para caso de muerte accidental por valor de 500.000 marcos, designándole como beneficiario a él. Tras cobrarlo, él le llevaría el capital a Ginebra. “La joven se lo creyó todo. En efecto, dejó caer el secador al agua con la esperanza de despertar inmediatamente en un nuevo cuerpo, sin pasarse por la cabeza la idea de un “suicidio en sentido genuino” mediante el que “se acabara su vida para siempre”. Es más, rechazaba la idea del suicidio por creer que el ser humano no tiene derecho a quitarse la vida. “El plan urdido por el acusado fracasó al final porque el secador no funcionaba como era debido. El acusado llamó por teléfono a casa de la joven y quedó sorprendido que aún viviera. Entonces, en el curso de unas diez conversaciones telefónicas le fue dando instrucciones para continuar sus esfuerzos por suicidarse, hasta dejarlo por imposible”<sup>93</sup>.

El BGH condenó al acusado por tentativa de asesinato en autoría mediata, ya que se trataba de un supuesto en el cual el que atentaba contra su propia vida estaba bajo influencia ajena y por ende no se encontraba bajo un estado psíquico del § 20 StGB<sup>94</sup>, ni en una situación de necesidad en el sentido del § 35 StGB, sino que fue impulsada mediante engaño a una situación de hacerse daño a sí misma mediante una acción de matar<sup>95</sup>.

Otro caso fallado también por el Tribunal Superior alemán (BGH) fue el de un supuesto suicidio doble fingido, que lo resolvió la Sala Quinta, el 3 de diciembre de 1985<sup>96</sup>. La acusada, que mantenía relaciones extramatrimoniales, se liberó de su marido preparando un veneno y proponiéndole un suicidio conjunto. Ella desde el principio estaba decidida a que su marido tomara el veneno, pero ella no lo bebería. El marido aceptó la propuesta del doble suicidio manifestando: así estaremos juntos para siempre”. La acusada llevó a su marido a las 10 de la

<sup>93</sup> Ibid., §43, pp. 626 y ss.

<sup>94</sup> §29 del StGB: “Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas. Actúa sin culpabilidad quien en el momento de la comisión de un hecho punible es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave, de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión”.

<sup>95</sup> Cfr. BGHSt, 32, p. 41.

<sup>96</sup> Cfr. GA 1986, pp. 508 y ss.; comentarios a esta decisión de Neumann, en JA, 1987, pp. 244 a 256.

noche a un aparcamiento desierto. El marido tomó un gran trago de la sustancia -ya letal- pero al ofrecérselo a la acusada esta se rehusó. Entonces el marido, advirtiendo el engaño, tomó un trago más y murió envenenado esa misma noche.

A pesar de que el Tribunal Supremo alemán no discutió sobre si fingir un suicidio doble fundamenta la autoría mediata del que engaña con perfidia, consideró responsable a la acusada porque: tenía el dominio sobre el suceso planeado; aprovechó el estado de depresión del marido; preparó el veneno; llevó a cabo rápidamente el plan y no dejó que éste reflexionara la propuesta de doble suicidio; y, determinó la ejecución en todos sus pormenores e incluso prometió a su marido “una última relación sexual”.

Esta decisión es criticada por Roxin por considerar que en el caso no se estableció que el estado de depresión del marido fuera tal que anulara su responsabilidad ya que por más rápida y enérgica que procediera la acusada, los medios que empleó ni siquiera alcanzan a fundamentar coacciones, y menos aún anular la responsabilidad de aquél por sus decisiones<sup>97</sup>.

Para valorar si existe o no desnivel de conocimientos entre autor y víctima lo determinante será verificar si existe una “organización conjunta del hecho entre víctima y autor”<sup>98</sup>. Si esto sucede el resultado deberá, en principio, imputársele a la víctima porque entra dentro del ámbito de su competencia protegerse de conductas que le causen peligro o perjuicio. Pero si no se establece esa organización conjunta entre víctima y autor, sino que más bien en el caso concreto se logra demostrar que en realidad la víctima fue utilizada como instrumento del tercero

<sup>97</sup> Cfr. Roxin. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, cit., §43, pp. 637 y ss. Roxin señala que también omitió el Tribunal Supremo preguntarse si la propuesta de la mujer no fue más bien el motivo incidental y no la verdadera causa de la muerte del marido. La circunstancia de que la mujer quisiera a otro, presumiblemente fue más importante para la decisión suicida del hombre que la muerte de su mujer. Y esta hipótesis la fundamenta también en que el marido, tras haber advertido su error, no exigió que lo trasladaran al hospital sino que se tomó otro trago de veneno para acabar definitivamente con su triste vida. De todas maneras, esto no significa dice Roxin que la conducta de la mujer no mereciera punición, pero sólo la creación de un tipo específico que conmine con pena la cooperación en un suicidio por móviles egoístas brindaría una solución satisfactoria, desde el punto de vista dogmático y de política criminal. Este caso, a la luz del derecho penal colombiano, podría analizarse bajo los supuestos de inducción o ayuda al suicidio, y no de autoría mediata mediante engaño, porque en verdad tal y como está planteado el caso existen muchas dudas sobre la motivación y el dominio del hecho por parte de la mujer.

<sup>98</sup> No hay organización conjunta cuando el contexto imputable a la víctima sea distinto e inferior en potencial lesivo al contexto imputable al tercero autor. De esta manera se eliminan las peculiaridades subjetivas, que distorsionan el concepto de responsabilidad y competencia. Cfr. Cancio Meliá. Ob. cit., pp. 369 y ss.

autor, tales resultados lesivos deberán ser imputados a éste último, generalmente como autor mediato.

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

Cuando la conducta o comunicación se ha realizado por un número plural de personas, el ordenamiento jurídico del sector correspondiente prevé la existencia de ciertas pautas, reglas o normas de comportamiento especiales conforme a las cuales a uno o varios de esos sujetos les corresponde la obligación de protección y tutela frente a los demás, y es lo que se ha denominado, empleando la terminología utilizada para establecer uno de los requisitos de los delitos de omisión impropia, la posición de garante<sup>99</sup>. Esta posición de garante se deriva entonces de una situación normativa especial y puede en el caso concreto desplazar al principio de autorresponsabilidad con sus consecuencias dogmáticas<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Artículo 25 del C. P. colombiano: “Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley. “Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: “1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de peligro, dentro del propio ámbito de dominio. [Cfr. Corte Constitucional colombiana Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre del 2001, M. P.: Luis Eduardo Montealegre Lynett].“2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. “3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. “4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente [injerencia]. “Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales”. Sobre las posiciones de garante en derecho colombiano cfr. también Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de 04.04.2003. y de 20.05.2003, M. P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. También cfr. sobre el tema en detalle. Fernando Velásquez Velásquez. Manual de Derecho penal. Parte general, 2.<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 329 y ss.; Juan Carlos Forero Ramírez. El delito de omisión en el nuevo Código Penal, Bogotá, Universidad del Rosario y Edit. Legis, 2002, Jesús María Silva Sánchez. Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión, Barcelona, Edit. Bosch, 1986. José Urbano Martínez. “Los delitos omisivos en el nuevo Código Penal”, XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. Fernando Perdomo Torres. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; *ib.* El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

<sup>100</sup> Cfr. Cancio Meliá. Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal, cit., pp. 308 y ss.



Los casos que se presentan, en los que se puede determinar una posición de garante, son los siguientes: la injerencia, los deberes en virtud de responsabilidad por competencia y los deberes en virtud de responsabilidad institucional.

Veamos:

### **a.- La injerencia.**

Partiendo del pensamiento de la injerencia, se sostiene que quien le entrega una dosis de estupefacientes para su consumo a un tercero (comportamiento precedente anterior), tiene la obligación de prestarle ayuda (deberes de salvamento) cuando el drogadicto entra en grave estado. Si no lo hace, será autor de un delito de comisión por omisión.<sup>101</sup> Otro sector de la doctrina en el que nos incluimos, si la persona que acepta la droga, ha actuado consciente del riesgo, la simple creación de una situación peligrosa anterior (entregar el estupefaciente) no fundamenta una posición de garante, cuando la víctima ha organizado el riesgo en división de trabajo con un tercero y esto es así porque si la entrega de estupefacientes fuera antijurídica frente al receptor responsable (y no sólo en interés de la salud pública), esto supondría ya un delito de comisión por lo menos en el grado de tentativa de lesiones personales y contrariaría el principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad o derecho a la autonomía personal<sup>102</sup>. En otras palabras, en algunos casos la posición de garante termina con la acción a propio riesgo de la víctima.

### **b. Deberes en virtud de responsabilidad por organización.<sup>103</sup>**

La acción a propio riesgo de la víctima no excluye la imputación al tercero,

<sup>101</sup> Una opinión, considera que en el caso de entrega de estupefacientes, y en el caso alemán, al existir los §§ 29 III n. 2 y 30 I n. 1 de la ley de tráfico de estupefacientes BtMG (Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln), por ley se suspende para los drogadictos el principio de autorresponsabilidad. Así lo consideró el Tribunal Supremo alemán en BGHSt 37, 179 ff; comentada por Beulke y Schröder en NStZ 1991, 939 y ss. y Rudolphi en JZ 1991, 572. Cfr. Zaczyk. Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, cit., pp. 60 y s. De acuerdo con esta posición, debe tenerse en cuenta la ley especial y considerar que la víctima es una persona enferma para la cual la ley estableció una forma de protección especial en los párrafos citados.

<sup>102</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, M. P.: Carlos Gaviria Díaz (sentencia que acepta la dosis personal y no la considera delito ni contravención). Salvamento de voto de José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa; Otras sentencias de la Corte Constitucional pertinentes al caso: SU-642 del 5 de noviembre de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T- 542 del 25 de septiembre 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; T-420 del 19 de junio de 1992, M. P.: Simón Rodríguez Rodríguez; T- 067 del 5 de marzo de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

<sup>103</sup> En lo que sigue Cfr. Jakobs. AT, cit., 29/29-56, pp. 802 a 820.

cuando éste tiene deberes especiales de protección con respecto a la persona que se autopone en peligro<sup>104</sup>.

√ *Deberes de aseguramiento*, se trata de deberes de relación, es decir, de los deberes de asegurar frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales, son por ende deberes de seguridad que surgen del tráfico jurídico, por ejemplo, el del patrón con respecto a la observancia de los reglamentos de protección de la empresa. En este ámbito hay una organización conjunta de una actividad generadora de riesgo que está dirigida por uno de los sujetos intervinientes y en interés de éste. En estos casos el ordenamiento del sector correspondiente puede imponer o atribuir ciertas funciones de tutela a ese sujeto frente a determinadas puestas en peligro de los otros intervinientes. El obligado tiene que preocuparse que su ámbito de organización no tendrá efectos externos dañinos. El propietario debe velar por que sus empleados observen las normas de seguridad en el trabajo. Si uno de ellos se autolesiona, su acción a propio riesgo, en principio, no puede excluir la imputación al patrono, pues éste tiene el deber de evitar ese tipo de conductas en el contexto de la actividad laboral. Sin embargo, la existencia de esas reglas especiales no excluye de modo absoluta la posibilidad de que la actividad arriesgada se pueda imputar al que se autopone en peligro.

Las posiciones de garantía en virtud de competencia también rigen en la organización de, por ejemplo, espectáculos públicos, en los cuales el ordenamiento jurídico, en especial los códigos de policía, impone a los organizadores determinadas medidas de seguridad, que tienen por finalidad evitar o neutralizar conductas del público de carácter de autopuestas en peligro<sup>105</sup>.

También existen para el propietario deberes de aseguramiento en las instalaciones que están abiertas al público, ellas deben ser mantenidas en un estado que excluya daños para usuarios y terceros<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Cfr. *Ibid.*, cit. 21/78a, pp. 637 y s.; 29/53 y ss., pp. 818 y ss.; Derkens. *Handeln auf eigene Gefahr*, cit., pp. 162 y ss.; 246 y 247; Walther. *Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung*, cit., pp. 205 y ss.; Walter Gropp. "Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Trechsprechung", en *NStZ*, Heft 3, 1985, pp. 99 y s.; Theodor Lenckner. "Vorbemerkungen zu den # 3", en *Schonke y Schröder*, Ob. cit., 13/101, p. 104; Reyes Alvarado. *Imputación objetiva*, cit., pp. 177 y ss.

<sup>105</sup> Aquí en Colombia han sucedido verdaderas tragedias en los estadios de fútbol cuando los hinchas han caído de las tarimas o se ha derrumbado una parte de ellas. Un caso que resulta clásico también es el de las corralesas del 20 de enero en Colombia, o las corridas de San Fermín en España, en las que las personas que participan se ponen en peligro. En estos casos se debe establecer hasta dónde los organizadores, por tener posición de garantes, desplazan las autopuestas en peligro de los espectadores y participantes de esos eventos.

<sup>106</sup> Así RG, 14, 362 y ss. (alumbrado de un hueco de tras escalera en una casa de inquilinos); BGH, VRS, 18, 48 y ss. (aseguramiento de una instalación deportiva fin de que no caigan pelotas a la carretera cercana); RG, 57,

√ *Deberes de salvación*, que están al lado de los deberes de aseguramiento con un alcance más limitado y que consisten en la obligación de inhibir cursos causales peligrosos, que se salen del ámbito de organización propio señalado y que pueden incluso alcanzar el de la víctima. Por ejemplo, un alimento perjudicial para la salud ya está vendido y está en la casa del consumidor o ya se ha consumido. En este evento si el consumidor necesita auxilio médico, lo debe brindar quien elaboró el alimento. Aquí no se trata de procurar un simple auxilio solidario a la eventual víctima, sino que el deber de salvación se prolonga hasta el ámbito de organización ajeno, pues se debe responder por las consecuencias de la organización propia.

En estos casos entonces el ámbito de organización propio no se determina a través de las cosas o comportamientos como en los deberes de aseguramiento, sino a través de las consecuencias de la relación con las cosas y del comportamiento, es decir, a través de los resultados potencialmente delictivos. De una acción previa antijurídica siempre se deriva un deber de salvamento. Si alguien empuja a una persona a una piscina, poniéndola en peligro de ahogarse, debe rescatarla para no incurrir en los tipos penales de homicidio por comisión por omisión.

√ *Dentro de los deberes en virtud de responsabilidad también está la asunción*, en el que el autor al igual que en la injerencia, debe responder de las consecuencias de cómo configura su propio ámbito de organización. La asunción sólo se puede dar por disposición expresa o declarada concluyentemente que persigue la salvación o el aseguramiento de unos bienes ajenos o que ya no se pueden garantizar de otra manera. Se puede asumir una expectativa cognoscitiva (que ha de apreciarse conforme a los hechos) y no una expectativa normativa (garantizada jurídicamente), por ejemplo cuando se deja el hijo al cuidado de una vecina. En cambio, sí se convierte en garante aquel que asume el auxilio eficaz de una persona que está obligada a prestar ayuda. También es garante quien asume las obligaciones de autoprotección de la persona a la que se trata de proteger<sup>107</sup>.

148 y ss. (cobertura de una zanja en una finca muy frecuentada); BayOBLGSt, 1971, 230 y ss. (aseguramiento de maquinaria. Cfr. Jakobs. AT, cit, 29/31, pp. 803 y s., en especial cita a pie de página 64.

<sup>107</sup> Cfr. Jakobs. AT. cit., 29/47, p. 815.

Existe asunción no sólo cuando el autor promete una prestación expresa o concluyentemente sino cuando además da a entender que él, como consecuencia de su promesa, espera y considera adecuado el abandono de otras medidas de protección, lo que en efecto ocurre. Dicha promesa no necesariamente debe tener eficacia jurídica, ya que puede tratarse de hacer un favor cuyo cumplimiento no cabe demandar judicialmente. Ejemplos, el transeúnte ofrece su brazo al invidente para atravesar la calzada; el maestro anima al alumno de natación para que nade en la parte honda de la piscina. Lo importante en estos casos no es el vínculo contractual sino la conexión fáctica por la que hay que responder y que existe entre el ámbito de organización propio y el ajeno.

También puede suceder que tras la asunción se comprueba que la protección que se esperaba y que se abandonó no habría sido eficaz; permanece entonces el deber del que asumió, pues este deber se rige por la existencia de las expectativas originariamente existentes (ex ante) y no por su viabilidad (ex post). Igualmente tampoco se debe reajustar el deber en perjuicio del que asume si luego resulta que las medidas de seguridad originariamente existentes tenían superior eficacia. El deber de garante en la asunción termina cuando se ha realizado lo prometido o cuando surge un sucesor que lo reemplazará. Por eso el médico de urgencias que deja al enfermo en manos de un especialista no tiene que estar preocupado o atento a la conducta de éste, pues su competencia consiste en garantizar la disponibilidad continua de asistencia médica. No sucede lo mismo cuando se trata de deberes por institución, un padre con respecto al hijo solo queda liberado respecto a la salud del hijo cuando el que asume el tratamiento realiza reglamentariamente su labor.

Finalmente, en los deberes en virtud de responsabilidad por organización para impedir una autolesión encontramos tres casos, a saber<sup>108</sup>:

√ *En primer lugar*, cuando el tercero autor que omite es garante ante la víctima de la evitación de su daño. Por eso, el titular o encargado de una actividad tiene que estar pendiente de que los trabajadores a su cargo cumplan con los reglamentos de seguridad en el trabajo, aun cuando éstos no le presten atención ni le den valor a tales normatividades. Esa posición de garante sólo cesa cuando el interviniente que será la

<sup>108</sup> En lo que sigue, Cfr. *ibid.*, 29/53-56, pp. 818 a 820.

posterior víctima conozca la situación y, sin ser inferior al primariamente obligado en sus capacidades para apreciar y valorar el peligro, introduce en su ámbito de organización la actividad peligrosa que le ocasionará el daño para sus bienes.

√ *En segundo lugar*, cuando hay autoría mediata por omisión. La autoría mediata se configura en las autolesiones dolosas en aquellos supuestos en que la organización del que omite coloca al que se lesiona en una situación de instrumento cuasi-justificado<sup>109</sup>. Quien injustamente acusa a otro falsamente de una conducta punible, y como consecuencia de ello se le dicta medida de aseguramiento de detención, se convierte en garante (injerencia) de que el acusado no se suicide como consecuencia de la angustia por la pérdida injusta de su libertad.

√ *En tercer lugar*, cuando la víctima, sin ser instrumento, no puede consentir con eficacia en el comportamiento lesivo del autor. Si un acróbata, cansado de la vida le pide a su pareja que en el próximo salto no lo coja al vuelo, y éste accede al ruego, responderá por homicidio a petición en comisión por omisión (§§ 216 y 13 StGB). No responderá si es el propio acróbata suicida el que evita que su compañero lo coja al vuelo<sup>110</sup>.

### **c.- Los deberes en virtud de responsabilidad institucional.<sup>111</sup>**

Con estos deberes se pretende proteger al igual que en los delitos de infracción de deber, relaciones permanentes y jurídicamente reconocidas de una sociedad, las cuales han sido denominadas en sentido estricto instituciones<sup>112</sup>. Todas estas instituciones están reguladas positivamente en la Constitución, la ley, decretos o reglamentos, al menos de forma incipiente, y tienen por finalidad garantizar la protección de determinadas expectativas que se refieren al mantenimiento de determinados bienes importantes para el desarrollo de la sociedad en cuestión. Su protección está garantizada en la mayoría de los casos desde el punto de vista penal y disciplinario.

<sup>109</sup> *Ibid.*, 21/88 y ss.; 21/97 y ss., pp. 642 y ss. y 646 y ss.

<sup>110</sup> *Ibid.*, 29/56, pp. 819 y 820.

<sup>111</sup> En lo que sigue, cfr. *ibid.*, 29/ 57-77e. pp. 820 a 833.

<sup>112</sup> Cfr. H. Dubiel, en Titter y K. Gründer (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. IV, 1976. Los deberes en virtud de responsabilidad por organización también se pueden entender como deberese en virtud de responsabilidad.

### √ *La relación paterno-filial.*

El paradigma de los deberes de garante de los padres para con los hijos matrimoniales, extramatrimoniales<sup>113</sup> o adoptivos<sup>114</sup> se encuentra en el deber de guarda del patrimonio de éstos y se fundamenta en la vinculación natural, personal, estrecha, pero fundamentalmente en la ley<sup>115</sup>. Los padres tienen el deber de alimentar y cuidar a sus hijos, darles educación y asistencia médica también tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente, así como de evitar peligros para su vida e integridad, incluidos los peligros de autolesiones dolosas o imprudentes e incluso los peligros provenientes del otro cónyuge<sup>116</sup>.

No es obligación que estos deberes se cumplan de propia mano. No obstante, cuando se delegan, los padres únicamente se liberan si quien los asume satisface el estándar mínimo.

Para algunos el deber del padre se inicia con la consumación del nacimiento, por

<sup>113</sup> Cfr. Ley 54 de 1990.

<sup>114</sup> Cfr. Inc. 6° art. 42 C. N. de Colombia; arts. 213 y ss. C. C. colombiano y Ley 29 de 1982. La expresión “legítimo” que aparece en el Código Civil, referida a los hijos concebidos dentro del matrimonio de sus padres, fue modificada por las disposiciones anteriormente citadas, entendiéndose actualmente que los hijos son matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, y que tienen igualdad de derechos y obligaciones.

<sup>115</sup> Cfr. arts. 213 a 334 C. C. colombiano. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de octubre de 1994, M. P.: Eduardo García Sarmiento.

<sup>116</sup> Cfr. RG, 66, 71 y ss.; BGHSt, 7, 268 y ss., 272. El artículo 42 de la C. N. colombiana indica que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley...”. Por su parte, la Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 575 de 2000, establece medidas de protección para la víctima de daños físicos o psicológicos de una familia. El Código Penal prevé en el título VI, “Delitos contra la familia”, el tipo penal de violencia intrafamiliar que dice: “El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de 1 a 3 años” (art. 229), y el nuevo artículo 230 dice: “Maltrato mediante restricción a la libertad física. El que mediante fuerza restrinja la libertad de locomoción a otra persona mayor de edad perteneciente a su grupo familiar o de menor de edad sobre el cual no se ejerza patria potestad, incurrirá en prisión de 1 a 2 años de prisión y en multa de 1 a 16 salarios mínimos mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”. También existe un tipo penal que consagra la inasistencia alimentaria: artículo 233 del C. P. colombiano, que dice: “El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de 1 a 3 años y multa de 10 a 20 salarios mínimos legales vigentes. La pena será de prisión de 2 a 4 años y multa de 15 a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de 14 años”. Cfr. también Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de abril de 1990 (el delito de inasistencia alimentaria es un delito de carácter permanente); Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-125 del 27 de marzo de 1996, M. P.: Jorge Arango Mejía (alcance del delito de inasistencia alimentaria entre parientes extramatrimoniales); Corte Constitucional. Sentencia C-92 del 13 de febrero de 2002, M. P.: Jaime Araújo Rentería (los créditos alimentarios son de primera clase y prevalecen sobre los demás); Corte Constitucional. Sentencia C-237 del 20 de mayo de 1997, M. P.: Carlos Gaviria Díaz (elementos del tipo penal de inasistencia alimentaria, que estaba consagrado en el anterior Código Penal en el artículo 263. Bien jurídico protegido,

esta razón sobre él no recaen deberes de garante para evitar la interrupción del embarazo<sup>117</sup>, lícita o antijurídica, por parte de la madre<sup>118</sup>.

En Colombia este punto suscita controversia, sobre todo por el antecedente de la Corte Constitucional cuando se pronunció sobre el delito de aborto<sup>119</sup>. En efecto ha dicho esta corporación:

la familia y no el patrimonio. La carencia de recursos como causal de inculpabilidad). El Código Penal alemán trae en su § 170 el delito de “Violación del deber de prestar alimentos (1) Quien se sustraiga del deber legal de prestar alimentos, en tal forma que peligre la necesidad vital del acreedor de alimentos o que los hubiese puesto en peligro de no existir la ayuda de otros, será castigado con pena privativa de la libertad hasta por tres años o con multa. (2) Quien estando obligado a pagar alimentos a una embarazada le retenga estos alimentos de una manera reprobable, y ocasione con ello la interrupción del embarazo, será castigado con pena privativa de la libertad hasta por 5 años o con multa”. Igualmente se castiga la violación al deber de asistencia o educación, en el § 171: “Quien viole gravemente su deber legal de asistencia o educación para con una persona menor de 16 años y con ello ponga en peligro al protegido, de dañarlo considerablemente en su desarrollo físico o psíquico, de conducirlo a una vida criminal o ejercer la prostitución, será castigado con pena privativa de la libertad de uno hasta tres años o con multa”: Código Penal alemán (StGB), cit., pp. 208 y s.

<sup>117</sup> Cfr. Código Penal alemán: § 218. Interrupción del embarazo. “(1) Quien interrumpa un embarazo, será castigado con pena privativa de la libertad hasta por 3 años o con multa. Acciones cuyo efecto se presenta antes de la terminación de la anidación del huevo fecundado en la matriz de la madre, no pueden ser entendidas como interrupción del embarazo en el sentido de esta ley. “(2) En casos especialmente graves, el castigo será de pena privativa de la libertad de 6 meses hasta 5 años. Un caso especialmente grave se presenta por regla general cuando el autor. “1. Actúa contra la voluntad de la embarazada, o “2. Causa culposamente un peligro de muerte o un grave daño en la salud de la embarazada. “(3) Si la embarazada comete el hecho, entonces el castigo será de pena privativa de la libertad hasta por 1 año o multa. “(4) La tentativa es punible. La embarazada no será castigada por la tentativa”. “§ 218 a. No punibilidad de la interrupción del embarazo. “(1) El tipo penal del § 218 no se realiza cuando: 1. La embarazada solicita la interrupción del embarazo y le ha demostrado al médico por medio de un certificado, según la frase 2 inciso 2.º § 219, que ella se ha dejado asesorar por lo menos tres días antes de la intervención. “2. La interrupción del embarazo se practica por medio de un médico, y “3. Desde la concepción no han transcurrido más de 12 semanas. (2) La interrupción del embarazo practicada por un médico con consentimiento de la embarazada no es antijurídica cuando de acuerdo con el conocimiento médico sea necesaria la interrupción para eliminar un peligro para la vida de la embarazada y el peligro de un perjuicio muy grave para su salud física o anímica, y éste peligro no pueda ser eliminado de otra manera exigible para ella. (3) Los presupuestos del inciso 2, se dan como cumplidos también en el caso de una interrupción del embarazo que ha sido practicado por un médico con consentimiento de la embarazada cuando según dictamen médico, se ha cometido contra la embarazada uno de los hechos antijurídicos según los §§ 176 a 179 del Código Penal y existan razones fundadas para la creencia de que el embarazo se fundamenta en los hechos y que desde la concepción no han transcurrido más de doce semanas. (4) La embarazada no se castigara de acuerdo con el §218, cuando la interrupción del embarazo haya sido practicada por asesoramiento ( §219) de un médico y desde la concepción no hayan transcurrido más de 22 semanas. El tribunal puede prescindir del castigo según el § 218 cuando la embarazada al tiempo de la intervención se hubiera encontrado en especial situación de apremio”. Cfr. López Díaz, Claudia, Traducción del Código Penal alemán (StGB) , pp. 2 43 y ss. Por su parte el Código penal colombiano sanciona el aborto doloso y las lesiones al feto dolosas y culposas en los artículos 122; 125 y 126; que dicen: Art. 122. Aborto: La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. “A la misma sanción estará sujeto quien con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior” (Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-133 de 17.03.1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. El artículo 125 señala: “Lesiones al feto. El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años. “Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.” “Artículo 126: “Lesiones culposas al feto. Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de 1 a 2 años. “Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término”. Cfr. López Díaz. Nuevos códigos Penal y de Procedimiento Penal, cit., pp. 153 y ss.

“En atención a que la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado, la disposición constitucional en virtud de la cual “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos” debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida, esto es, a la existencia humana, que reclama la tutela jurídica del Estado, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento. No implica desconocimiento de la autonomía o autodeterminación de la mujer o de la pareja para decidir sobre tan trascendente aspecto de sus vidas, a través de las prácticas anticonceptivas, o que se ignoren los derechos a la dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, honor e intimidad personal y familiar, pues dicha autonomía y el ejercicio de los referidos derechos deben compatibilizarse con la protección de la vida humana”.

Sin embargo, esta sentencia tuvo un salvamento de voto suscrito por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero quienes, a pesar de aceptar que la Constitución y la ley protegen al nasciturus, no es correcto que a éste se le otorgue personalidad jurídica, porque no es lógica ni jurídicamente posible ser titular de derechos fundamentales sin ostentar la calidad de persona o sujeto de derechos. “La Corte, al atribuir al nasciturus el derecho fundamental a la vida, confunde la protección constitucional a la vida con el derecho fundamental mismo. Esta errónea deducción lleva a la corporación a equiparar el aborto a un asesinato”. Por otra parte, afirman estos magistrados que la mujer embarazada sí goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. (arts. 42 y 16 C. N.) y por lo tanto “el Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios científicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa”<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Cfr. Brammsen. Entstehungsvoraussetzung, p. 157. De otra opinion RG, DStr., 1936, 178 s.; BGH, en Dalliger, MRD, 1973, p. 369; así mismo Jescheck, § 13, n. m. 22, citados por Jakobs. AT, cit., 29/61, p. 822.

<sup>119</sup> Sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>120</sup> Ídem. El salvamento termina reprochando que la Corte por mayoría acepte que el aborto siempre es punible en un país como Colombia, donde la mujer carece de toda ayuda para sobrellevar un embarazo no deseado. En efecto, dice el salvamento: “No escapa a los magistrados que suscribimos este salvamento de



Nosotros consideramos que efectivamente la Carta Fundamental sí le da a la mujer el derecho a elegir libremente la maternidad a pesar de que el constituyente haya guardado silencio y no haya realizado una consagración expresa de tal derecho. Así las cosas, compartimos la propuesta de JAKOBS y consideramos que el padre no tiene deberes de garante para evitar el aborto de la mujer. Los deberes de garante de los padres terminan cuando el niño alcanza la mayoría de edad, porque ya no tienen deberes en el mundo vital del niño. Claro que existen casos en los que la misma ley obliga a los padres a que sigan cumpliendo con sus deberes y que sigan siendo garantes de sus hijos. Tal sería el caso de seguir pagando la universidad o el seguro de salud. También en los casos en que el niño ya adulto no se pueda valer por sí mismo por problemas de salud, físicos o psicológicos, y en general por ser incapaz ante la ley.

Los abuelos en principio no tienen deberes de garante, a menos que se les haya transmitido el derecho de guarda o exista una confianza especial. Lo mismo se puede predicar de la relación entre los hermanos.

Por último, no existe posición de garante de los niños en relación con sus padres, porque no es un deber de los niños asegurar el ámbito vital de sus padres. Sin embargo, puede suceder que el niño deba alimentos a sus padres por estar en una mejor posición económica en un momento determinado.

√ *El matrimonio.*<sup>121</sup>

Los deberes correspondientes al matrimonio son también deberes en virtud de institución porque apuntan a la configuración conjunta de un mundo vital. Al igual que en la relación paterno-filial, el deber de garante que se exige es el estándar mínimo. Si se trata de la protección de los bienes o patrimonio que se tenga dentro del matrimonio rige más bien la institución de la confianza especial y no la del matrimonio, pues la función de esta institución es la de fundamentar la comunidad de vida entre dos personas y no la de maximizar el patrimonio.

---

voto que la sociedad y el Estado obran con una doble moral al ser complacientes y aceptar la impunidad del aborto, pero, a la vez, pretender encubrir esa actitud con una drástica y absoluta penalización formal de dicha conducta, a sabiendas de que las mujeres, ayunas de su apoyo, se ven forzadas por circunstancias insuperables -violación, incesto, malformación, peligro para la salud o la vida de la madre- a adoptar la decisión de abortar, justamente para aspirar a una vida digna".

<sup>121</sup> En lo que sigue cfr. Jakobs. AT, cit., 29/ 63-66, pp. 822 a 824.

Dada la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges en la configuración del mundo común, contenido del deber no puede ser un comportamiento que esté contra la voluntad del otro cónyuge responsable. Tampoco existe el deber de garante cuando uno de los cónyuges que es responsable decide autolesionarse dolosamente o cometer conductas punibles<sup>122</sup>. Así mismo, tampoco se le puede exigir al otro cónyuge el deber de evitación de estas conductas utilizando la persuasión o convencimiento del otro, eso sería extender demasiado la institución.

Igualmente, en caso de suicidio de uno de los cónyuges ese deber de garante tampoco se puede ampliar, porque ello implicaría un deber de extender la vida en común hasta extremos no queridos por el cónyuge suicida, y esto sería incompatible con la institución del matrimonio. Por esta razón, cuando hay una decisión de suicidarse por uno de los cónyuges, al otro sólo se le debe exigir no haber omitido el deber de socorro.

Entre cónyuges también deben evitarse peligros que surjan para el otro y que puedan lesionar la vida, la integridad, la libertad, el honor y otros bienes personalísimos, no han sido queridos de manera responsable por el otro. Estos deberes subsisten mientras exista el vínculo aun cuando no se conviva. En todo caso, en situaciones extremas, suponiendo separación de hecho por muchos años, iniciación de divorcio, o en aquellos casos cotidianos en los que marido y mujer viven en el mismo lugar pero no existe ninguna comunicación, es discutida esta afirmación.

No existe la posición de garante sino una vez contraídas nupcias por el rito civil o religioso que se quiera. Así pues, no existen deberes de garante a partir de la promesa de matrimonio o petición de mano, porque aún existe la posibilidad de “echarse para atrás” y no cumplirla.

Para algunos no existe relación jurídica reconocida que sustituya el matrimonio de modo que las relaciones *de facto* más o menos parecidas al matrimonio, por ej., concubinato de personas heterosexuales y homosexuales, no crean deberes de garante *per se*; ellas podrían examinarse bajo los presupuestos de la institución

<sup>122</sup> Cfr. BGHSr 19, 295 y ss., 297: OLG Stuttgart, en NJW, 1986, pp. 1768 y ss. E otro sentido, BGHSr, 6, 322 y ss.

de la confianza especial<sup>123</sup>. Nosotros creemos que un concepto tan estricto de matrimonio no reconoce la crisis que actualmente tiene esta institución y que en la sociedad actual existen muchas relaciones extramatrimoniales -heterosexuales u homosexuales (estas últimas con más limitaciones)- que están equiparadas por la misma ley a la institución del matrimonio, exigiendo igualdad de derechos y obligaciones entre los “compañeros permanentes” o “concubinos”, por lo tanto para tales relaciones se deben predicar también deberes de garante como si se tratara de la institución del matrimonio.

√ *La confianza especial.*

En los contactos sociales en muchos eventos se puede confiar que los demás no se comporten contrario a lo esperado sin motivo alguno. Esto no significa tampoco que esa confianza implique cualquier tipo de auxilio, sino sólo aquél que previsiblemente tenga un efecto adecuado. La confianza especial se divide en dos clases: confianza que genera garantía y confianza que proporciona garantía.

*Confianza que genera garantía*<sup>124</sup>. En estos supuestos, a quien está obligado por la confianza se le atribuye la responsabilidad por el aseguramiento de un bien o por la obligación de combatir un peligro. Un primer supuesto se encuentra cuando alguien brinda acogida a una persona necesitada de cuidado, por ejemplo ancianos, enfermos, niños, para prestarle ayuda en su propio hogar, en ancianatos, orfanatos, etc. También entran en este grupo los casos en los que hay una administración que otro (garante) hace de un patrimonio o negocio ajeno. En estos supuestos el que se obliga debe realizar su promesa antes de la situación de necesidad y ejecutar actos de organización para el evento en que se presente la situación de necesidad.

También existe una posición de garante respecto de la persona que está en peligro cuando se vive bajo un mismo techo (en sentido de familia extensa y servidores de la familia, también en otros lugares, p. Ej., hoteles). Sin embargo, la sola convivencia de hecho no da lugar a un deber de actuar<sup>125</sup>. Sólo cuando se promete el auxilio y se llevan a cabo preparativos para éste existe la confianza especial que genera deberes de garante.

<sup>123</sup> Cfr. Jakobs. *AT*, cit., 29/66, p. 824. En el mismo sentido Schönke, Schröder y Stree, §§ 13, n. m. 17; así mismo Baumann y Weber. *AT*, § 18, II, 4 d.

<sup>124</sup> Cfr. Jakobs. *AT*, cit., 29/69, p. 827.

<sup>125</sup> Cfr. BGH, *NJW*, 1987, 850.

Otro caso típico de confianza que genera garantía se encuentra en las denominadas comunidades de peligro, en las que varias personas emprenden una actividad riesgosa, pero no delictiva, en un ámbito de organización, antes de la situación de necesidad para el auxilio mutuo. Por ejemplo, escalar una montaña. Sin embargo, en el caso de los terroristas, en donde las acciones son arriesgadas, no se puede predicar ese deber de garante de los demás integrantes de la banda ya que el derecho en eventos delictivos no garantiza la constancia de los roles.

Un último grupo de casos lo tenemos cuando la confianza que da lugar a garantía frente al titular nace en aquellas organizaciones que sustituyen a la protección elemental estatal, y que además se ponen en práctica, por ejemplo, los bomberos voluntarios, las damas grises de la Cruz Roja, hospitales privados o que pertenezcan a una religión o secta.

*Confianza que proporciona garantía*<sup>126</sup>. A diferencia del anterior grupo de casos, aquí existe ya un deber de garante. La circunstancia de que en un hospital exista un médico de turno en la noche como garante es consecuencia de que un hospital vincula su organización con un comportamiento de auxilio; pero quién sea responsable (vinculación obligado-organización) no se rige por quien se haya ocupado previamente de los pacientes, sino por el plan del servicio, en este caso de salud y hospitalario<sup>127</sup>. Al igual que en la confianza que genera garantía, no se debe tener en cuenta si mediante el comportamiento realizado se anula otra posibilidad de protección, pues las expectativas dirigidas al obligado se rigen por su posición, sin tener en cuenta las condiciones de azar que puedan existir o llegar a existir al momento de asumir la función. Esta confianza que proporciona garantía se puede apreciar fácilmente en los ámbitos de responsabilidad por organización referida a las organizaciones estatales, en las que el funcionario competente en concreto es responsable de la organización porque actúa en lugar del Estado.

√ *Los deberes genuinamente estatales.*<sup>128</sup>

Se trata de aquellos deberes que afectan a personas físicas o a entes territoriales que actúan para el Estado en virtud de la confianza especial que proporciona garantía.

<sup>126</sup> Cfr. Jakobs. *AT*, cit., 29/71.

<sup>127</sup> Cfr. *Ibid.*, 29/73, p. 828

<sup>128</sup> En lo que sigue, cfr. *ibid.*, 29/74-77e, pp. 828 a 833.

*Relaciones estatales de poder*<sup>129</sup>. En las relaciones estatales de poder no hay alternativas de organización, por eso los efectos de la organización sobre la integridad de los bienes del sometido se ve oscurecidas y constituye asunto del “sometido” ajustarse a la relación de poder. Por eso el poder de organización en las relaciones estatales de poder solo da lugar per se a deberes de garante en la medida que la organización empeore las condiciones de existencia del bien. De otra manera no sería viable la organización de poder. Si, por ejemplo, un reconocido ganadero debe cumplir una pena de prisión y es apresado, sólo le compete a él cuidar de que los animales no mueran o se enfermen. No puede pretender demandar al Estado por daño en bien ajeno si el ganado muere durante su estancia en la cárcel.

Sólo cuando se trata de efectos que no dependen de la organización de la integridad de los bienes del supeditado, sino que afectan a cualquiera, la relación de poder se corresponde con un deber de cuidar, como un deber de garante. Los límites del deber de asistencia son dudosos en los casos en los que hay defectos preexistentes (¿se puede decir que hay deber de garante de cuidar los dientes de un recluso cuando este en la vida lo ha hecho?)<sup>130</sup>. No existe deber de garante para evitar las autolesiones dolosas de una persona sometida a una relación de poder, ni siquiera cuando la sumisión constituye la razón de la autolesión (suicidio). No obstante, en el caso de las huelgas de hambre en las cárceles para exigir algún cambio, existe un deber de salvación, porque a pesar de que “también tiene un componente autodestructivo en cuanto que constituye una conducta autolesiva contra el propio cuerpo o salud, ante todo se presenta como un medio de lucha social-político en la medida en que el menoscabo del propio bienestar físico se perfila como un medio de presión sobre determinada instancia, como pueden ser las autoridades estatales, mediante la creación en la opinión pública de una corriente de simpatía y solidaridad o cuando menos de interés hacia la persona del huelguista y sus reivindicaciones...”<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> Cfr. *Ibid.*, 29/74-75, pp. 828 y s.

<sup>130</sup> Cfr. Código Penitenciario y Carcelario. Ley 65 de 1993. art. 104 y ss. Servicio de sanidad, Atención social, penitenciaria y carcelaria, art. 151-158. También Reglamento de Régimen Interno para los Pabellones de Alta Seguridad. (Res. 3152/2001, del INPEC.

<sup>131</sup> De La Gandara Vallejo, Beatriz. Consentimiento, Bien Jurídico e imputación objetiva, Ed. Colex, Madrid, 1995, pp. 202 y ss.

*Fines estatales*<sup>132</sup>. Un Estado social y de derecho se define por las prestaciones que debe llevar a cabo y que son irrenunciables: previsión social elemental, seguridad exterior e interior y derechos fundamentales. El Estado debe por lo tanto reconocer y garantizar instituciones sociales elementales, con el fin de asegurar expectativas y crear su propia estructura. Así las cosas, no todas las funciones que realiza el Estado están garantizadas, sólo lo están aquellas que son irrenunciables, es decir, las que se tienen que llevar a cabo, con independencia de sus posibilidades financieras. Se es garante institucional cuando la observancia de la norma afecta a aquellas autoridades a cuyo ámbito de competencia corresponde la aplicación de las normas.

En relación con la previsión social elemental que el Estado tiene que prestar como garante, no se abarca toda actividad asistencial, sino tan sólo el ámbito de cuidados para la protección contra peligros graves en los que está excluido el aseguramiento individual. Se trata aquí del aseguramiento en casos como catástrofes naturales, incendios grandes, peligros masivos, daños contra el medio ambiente, graves accidentes y enfermedades peligrosas, así como de actividades de salvación en caso de que se presentan calamidades como las anteriormente descritas.

Los derechos fundamentales del Estado de derecho sólo están garantizados en la medida que se refieren a la estructura del Estado, y que se refieran a la legalidad e igualdad. Se debe garantizar el mínimo vital de cada derecho fundamental.

Por ser un fin del Estado de derecho la seguridad externa e interna, tiene como efecto que la persona pase del status de sujeto aislado al de ciudadano, pues debe limitar su libertad natural para la autodefensa y prestar obediencia a las leyes que rigen el Estado. Las instituciones estatales creadas para garantizar esta función de seguridad son esencialmente la policía y el ejército<sup>133</sup>. Por eso cuando un miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar un resultado contrario al derecho nacional o internacional humanitario (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de contar con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional.

<sup>132</sup> En lo que sigue Cfr. Jakobs. *AT*, cit., 29/76-77e, pp. 830 a 833.

<sup>133</sup> Art. 216 de la Constitución colombiana: "La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional..." Cfr. Corte Constitucional Sentencia SU 1184 de 13 de noviembre

### Conclusiones.

1. La sociedad no puede entenderse como un sistema que tiende básicamente a la protección de bienes jurídicos, porque la realidad demuestra que ellos están constantemente expuestos al peligro. Su estructura apunta más bien a facilitar la interacción, es decir el intercambio de bienes y servicios. Como se trata de conglomerados con varias relaciones, la complejidad de éstas solo se reduce mediante la creación de roles, es decir, señalándole a cada persona un status en la vida de relación, status que genera a su vez un haz de deberes y obligaciones. Esto implica que el hombre no debe ser considerado individualmente sino como portador de un rol, esto es, como persona que administra un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar.
2. Ha de determinarse entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, a quién le compete el acontecer relevante, por sí sólo o junto con otros, es decir, quién ha quebrantado su rol al administrarlo de modo deficiente y por ello responde jurídico penalmente; o, si fue la víctima quien quebranto su rol, debe asumir el daño por sí mismo. Si todos se comportan cumpliendo su rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.
3. Las acciones a propio riesgo tienen su fundamento en el principio de autorresponsabilidad. Cada cual puede y debe modelar su vida privada, y esto lo puede hacer de propia mano o bajo el régimen de división de tareas y siempre y cuando no se arrogue un ámbito de competencia ajeno y sea capaz constitucional y cognoscitivamente.
4. Son presupuesto de las acciones a propio riesgo: a. La actividad riesgosa debe permanecer en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima.

---

de 2001. M.P. Luis Eduardo Montealegre Lynett. Art. 189 ibídem. “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) “3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como comandante supremo de las Fuerzas Armadas de la República...” Art. 217 ibídem: “La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, La Armada y la Fuerza Aérea. “Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional...” Así mismo ver decreto 1512 de 2000. Art. 218 ibídem: “La ley organizará el cuerpo de policía. “La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz...” Cfr. También Ley 62 de 1993. En la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania ver artículos 87a y 87b.

Para que haya autolesión, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa. b. La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible. c. El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro.

5. Las acciones a propio riesgo a través del tiempo han tenido diverso tratamiento dogmático, que va desde la compensación de culpas, pasando por el consentimiento, para llegar a la competencia de la víctima y los deberes de autoprotección. De esta manera llegamos a tres conclusiones fundamentales: *en primer lugar*, que se trata de un problema de tipicidad. Por lo tanto, al momento de examinar la imputación objetiva debe tenerse en cuenta si la víctima fue la que creó un riesgo jurídicamente desaprobado que afectaba sus propios bienes. *En segundo lugar*, la idea de autorresponsabilidad podrá servir cuando el contexto normativo esté orientado a garantizar la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima, cuando hay separación en los ámbitos de organización; y *en tercer lugar*, sólo derivarán consecuencias jurídico penales del principio de autorresponsabilidad para la conducta del autor cuando la actividad pueda ser verdaderamente atribuida a la víctima; cuando éste no sea el caso pueden operar otras instituciones, por ejemplo, vulneración al principio de confianza.

6. Siempre hay autolesión cuando no hay nadie que adquiriera competencia respecto de la lesión de la víctima más tarde que ésta, es decir, no se priva a la víctima de la decisión acerca de la realización del hecho. Es indiferente que la víctima organice su lesión de modo consciente o incluso doloso; lo relevante es que sea competente respecto de la organización que se produce.

7. Los casos de autoría mediata se resuelven con las reglas generales. El autor mediato puede utilizar un autor cuasi no doloso, cuasi justificado o cuasi inculpable.

8. Hay autolesión en todos aquellos casos en los que la competencia de la víctima en cuanto a su autoprotección no se genera antes de que se fundamente la competencia de los demás partícipes; en este caso es la víctima misma la que decide acerca de si se realiza el comportamiento.



9. El autor mediato responde de la decisión que toma desde una posición de superioridad. Como existe la autoría mediata a través de un instrumento cuasi justificado, también es posible que el homicidio a petición esté justificado.

10. El hecho de que concurra una heterolesión no implica de por sí que haya injusto, ya que quien sufre la lesión pudo haber participado en ella mediante su consentimiento, excluyendo de esta forma el injusto. Falta el injusto porque nadie se arroga la determinación sobre su ámbito de organización.

11. En el ámbito de la competencia por organización, un delito se comete a través de la arrogación de organización. Pero la víctima no puede arrogarse la organización frente a ella misma, ya que no es posible determinar un sentido objetivo de la existencia humana. La autolesión no sólo es impune, sino que no constituye injusto. Siempre que la víctima misma participe, es decir, organice conjuntamente con otros, no hay por parte de éstos arrogación de la organización del ámbito de la víctima. Por lo tanto, toda organización en la que participa la víctima de manera imputable no constituye un injusto de heterolesión.

12. La prohibición del homicidio a petición, en Alemania, o el homicidio por piedad, en Colombia, no contienen un delito de lesión contra una persona por falta de la arrogación de un ámbito de organización, sino -en el mejor de los casos- una protección paternalista frente a decisiones precipitadas.

13. Existen tres situaciones en las que la acción a propio riesgo de quien resulta lesionado, no excluye la imputación penal de quien ha contribuido a la creación del peligro: a. Casos en los que el autor tiene posición de garante con respecto a la víctima. b. En los casos de autoría mediata. c. Cuando el consentimiento de la víctima en una autolesión no tiene fuerza vinculante. Ej. Homicidio consentido. d. Cuando el tipo penal está destinado precisamente a proteger la conducta de personas que se exponen voluntariamente al peligro.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Altavilla, E. (1971). *La culpa*, Trad. José J. Ortega Torres, Bogotá, ed. Temis.
- Bettiol, G. (1962). *Diritto Penale*, Palermo, Priulla.
- Cancio Meliá, M. (1998). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Biblioteca de Derecho Penal. J.M Bosch Editor, Barcelona.
- De la Gandara Vallejo, B. (1995). *Consentimiento, Bien Jurídico e imputación objetiva*, Ed. Colex, Madrid.
- Derksen, R. (1992). "Handeln auf eigene Gefahr", en *Schriften zum Strafrecht*, Heft 92, Berlin, Dunker & Humblot.
- Dölling, D. (1984). "Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers".
- Dubiel. (1976). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, en Titter y K. Gründer (eds.), t. IV.
- Estrada Velez, F. (1981). *Derecho penal. Parte General*, ed. Ediciones Librería El Profesional, Bogotá.
- Fiedler, R. (1990). *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung- Unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frankfurt a. M.
- Frisch, W. (1995). *Tipo Penal e imputación objetiva. "Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre las autopuestas en peligro: Líneas básicas de una teoría de la conducta típica a la vista de la posible conducta de la víctima"*. Trad. Beatriz de la Gándara Vallejo, Ed. Constitución y Leyes S.A.- Colex-Madrid.
- \_\_\_\_\_ (1998). *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnungs des Erfolgs*, Heidelberg, C. F. Müller.
- Forero Ramírez, J. (2002). *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*, Universidad del Rosario y Edit. Legis, Bogotá.
- Gropp, W. (1985). "Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Trechsprechung", en *NStZ*, Heft 3.
- Hungría, N. (1958). *Comentarios ao código penal*, T. II, Vol I, Rio de Janeiro, Revista Forense.
- Jakobs, G. (1993). "Zum Unrecht der Selbstötung und der Tötung auf Verlangen. Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit", en Frihoft Haft et al. (ed.). *Strafgerichtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.*
- \_\_\_\_\_ (1995). *Tratado de Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid.

- \_\_\_\_\_ (1996). La imputación objetiva en derecho penal. Trad. Manuel Cancio Meliá, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_ (1996). "Die Organisation von Selbst- und Fremverletzung, insbesondere bei Tötung". "La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte". Trad. Manuel Cancio Meliá. Ed. Civitas, Madrid.
- \_\_\_\_\_ (1999) "Suicidio, eutanasia y derecho penal" Trad. Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla. Ed. Tirant to Blanch Alternativa. Valencia.
- Jiménez de Asua, L. (1976). Tratado de derecho penal. Tomo V, 3ª. ed. Buenos Aires, Ed. Losada.
- Katharina Meyer, M. (1984). Ausschluss der Autonomie durch Irrtum.
- Lenckner, T. (1991). "Vorbemerkungen zu den # 3", en Schonke y Schröder. Munich.
- López Díaz, C. (1996). Introducción a la imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- \_\_\_\_\_ (1999). Traducción del Código Penal alemán (StGB). Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Maggiore, G. (1954). Derecho Penal. Parte General. vol. I, Trad. Jorge Guerrero, Bogotá, ed Temis.
- Manzini, V. (1961). Trattato di diritto penale italiano, vol. I, Unione Tipografica, Torino.
- Meier, B. (1989). "Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung", en GA.
- Mesa Velásquez, L. (1962). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Ed. Universidad de Antioquia, Medellín.
- Neumann, U. (1987). "Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des 'Opfer'".
- Otto, H. (1989). "Eigenverantwortliche Selbstschädigung und Gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und Gefährdung" en Hans- Heinrich Jescheck/ Theo Vogler 8ed).
- Perdomo Torres, F. (2001). La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Roxin, C. (1973). Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten. en Karl Lackner et al. (eds.). Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin.
- \_\_\_\_\_ (1976). Problemas básicos del derecho Penal de Claus Roxin. "Sobre el fin e protección de la norma en los delitos imprudentes". Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros. Ed. Reus S.A. Madrid.

- \_\_\_\_\_ (1992). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I, "Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre"*. Verlag C.H. Beck. Munchen, 1992.
- \_\_\_\_\_ (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6.<sup>a</sup> ed., Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Universidad de Extremadura y Edit. Marcial Pons, Madrid.
- Schünemann, B. (1986). *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- \_\_\_\_\_ (1991) "Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?".
- Silva Sánchez, J. (1986). *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, Edit. Bosch, Barcelona.
- \_\_\_\_\_ (1987). "Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado)", en ADPCP, pp. 451 a 477.
- Soler, S. (1956). *Tratado de derecho penal argentino. Parte general, T.II*, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires.
- Reyes Alvarado, Y. (1994). *Imputación objetiva*, ed. Temis, Bogotá.
- Reyes Echandía, A. (1998). *Obras Completas. Tomo I*, Ed. Temis S.A. Santafé de Bogotá- Colombia.
- Rudolphi, H. (1992). *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*.
- Torio López, Á. (1989). "Significación dogmática de la "Compensación de culpas" en el derecho penal", en: *Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela.
- Urbano Martínez, J. (2001). "Los delitos omisivos en el nuevo Código Penal", XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- \_\_\_\_\_ (2001). *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Velásquez Velásquez, F. (2004). *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed. Temis. Bogotá.
- Walther, S. (1991). *Eigenverantwortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- Zaczyk, R. (1993). "Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten", *Heidelberger Forum*, n.º 84, Heidelberg, C. F. Müller.