

# Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes

Günter Stratenwerth

Universität Basel

### Abstract\*

*Con ocasión de su contribución al libro-homenaje a Ingeborg Puppe, el autor hace suya la postura de la homenajeadora en relación con el tratamiento jurídico-penal de las contribuciones imprudentes en la lesión de un bien jurídico penalmente protegido, incluidos la vida e integridad física, cuando la lesión procede de una autopuesta en peligro o de una heteropuesta en peligro consentida. En una reciente sentencia, el BGH ha tomado postura al respecto en línea con la conocida postura de Claus Roxin, según la cual, por regla general, tan solo deberían considerarse impunes las contribuciones en una autopuesta en peligro. Sin embargo, Stratenwerth aboga, al igual que Puppe, por resolver estos supuestos a través de la tradicional figura del consentimiento, sin otorgar relevancia a la distinción fenomenológica entre auto- y heteropuestas en peligro consentidas.*

*In einem Beitrag zu der Festschrift für Puppe macht Günter Stratenwerth sich die Auffassung von Puppe bezüglich der strafrechtlichen Behandlung der fahrlässigen Beiträge zu der Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts—einschliesslich Leben und körperliche Unversehrtheit— zu eigen, wenn solche Verletzung auf eine Selbstgefährdung oder eine einverständliche Fremdgefährdung zurückzuführen ist. Der BGH hat in einer jüngsten Entscheidung die bekannte Ansicht Roxins übernommen, nach der ausschliesslich der Beitrag zu einer Selbstgefährdung in der Regel straflos bleiben soll. Demgegenüber setzt sich Stratenwerth genauso wie Puppe für die Lösung dieser Fälle durch die traditionelle Figur des Einverständnisses ein, ohne dabei dem Unterschied zwischen Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung Bedeutung beizumessen.*

*On the occasion of the Festschrift für Puppe, the author makes his own the thesis of the honoree in relation with the criminal treatment negligent contributions to criminally relevant harms should have, including harms to life or physical integrity, when they come from a self-endangering or from a consented hetero-endangering of the victim. In a recent decision, the stand of BGH on the matter is mostly coincident with that of Roxin, according to which, in general, only self-endangerings should be permitted. However, Stratenwerth, just the same as Puppe, considers applicable the institution of consent, thereby becoming irrelevant the distinction between self-endangering and consented hetero-endangering.*

*Titel:* Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten.

*Title:* Consented hetero-endangering in negligent wrongdoings.

*Palabras clave:* imprudencia, consentimiento, autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro.

*Stichwörter:* Fahrlässigkeit, Einverständnis, Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung.

*Keywords:* negligence, consent, self-endangering, consented hetero-endangering.

---

\* Este trabajo es la traducción de la contribución del profesor Günter Stratenwerth al libro homenaje a la profesora Ingeborg Puppe, titulada: «Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten», y publicada en PAEFFGEN/BÖSE/*et al.* (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2012, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 1817-1824. La traducción ha ido a cargo de Albert Estrada i Cuadras.

Uno de los temas que Ingeborg PUPPE ha abordado con la contundencia que la caracteriza en sus soberanas contribuciones al *Nomos-Kommentar* es el de «la libertad de autoponerse en peligro como fundamento de exclusión de la corresponsabilidad». Suya es la siguiente frase: «ni la participación en una autopuesta en peligro ni la heteropuesta en peligro consentida son conductas imprudentes»<sup>1</sup>. Mientras tanto, en una sentencia reciente el BGH se ha pronunciado en sentido contrario sobre esta cuestión<sup>2</sup>, sentencia que ROXIN ha suscrito en lo fundamental en un largo comentario a la misma<sup>3</sup>. Todo ello es razón suficiente para coger el machete –por así decirlo- e intentar poner un poco de orden en la confusa y apenas abarcable discusión a la que ese tema ha dado lugar. El reducido espacio del que se dispone impide ocuparse con detalle de todos y cada uno de los trabajos publicados al respecto<sup>4</sup>.

## I.

La sentencia del BGH resuelve un caso en el que, brevemente resumido, cuatro jóvenes varones organizaron una carrera con dos coches trucados en una autopista de doble carril sin arcén. Con velocidades superiores a los 240 km/h los dos coches intentaron adelantar al mismo tiempo a un tercer coche que no tomaba parte en la carrera. En medio de esa maniobra uno de los conductores provocó un brusco giro de la dirección, lo que dio lugar a que su coche empezara a colear y terminara estrellándose, produciéndose la muerte de su acompañante. Se planteó la cuestión de si cabía condenar a los dos conductores, no así al otro acompañante sobreviviente, por homicidio imprudente. El BGH respondió afirmativamente: «el criterio decisivo de delimitación entre la participación impune en una autolesión o autopuesta en peligro autorresponsable y una heterolesión –por principio penalmente típica- es la línea divisoria entre autoría y participación» (nm. 22)<sup>5</sup>. Así, «el dominio del hecho» lo tuvieron «directamente, los dos conductores, tanto antes como a partir del inicio de la maniobra de adelantamiento» (nm. 24). La sentencia sigue de este modo la tesis de ROXIN, según el cual la cuestión depende de si «quien se deja poner en peligro por un tercero se encuentra más a merced de los acontecimientos que quien se pone en peligro a sí mismo»<sup>6</sup>. Este será el caso «no cuando el sujeto emprenda actos por sí mismos peligrosos o se introduzca en peligros preexistentes, sino cuando se exponga de forma

<sup>1</sup> «vor §§ 13 ff.», KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Nomos-Kommentar zum StGB*, 2ª ed., 2005, nm. 192.

<sup>2</sup> BGHSt 53, 55. La decisión será citada en el texto que sigue mediante números marginales.

<sup>3</sup> «Zur einverständlichen Fremdgefährdung. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 20.11.2008», *Juristen Zeitung* (8), 2009, pp. 399-403.

<sup>4</sup> Además de los apartados correspondientes en los grandes comentarios al Código penal alemán, véanse, entre otros, los trabajos de FIEDLER, *Einverständliche Fremdgefährdung*, 1989, pp. 14 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 148 y ss.; HELLMANN, «Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung», en SCHÜNEMANN et al. (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 271 y ss.; Susanne WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1991, p. 20 y ss.

<sup>5</sup> Esta fórmula se puede encontrar ya en la BGHSt 49, p. 34 y ss., p. 39, aunque allí hace referencia a conductas dolosas.

<sup>6</sup> ROXIN, *Allgemeiner Teil*, t.I, 4ª ed., 2006, § 11/123.

plenamente consciente en el peligro procedente de un tercero»<sup>7</sup>. Sin embargo, el simple ejemplo de quien se sube en el automóvil de un conductor embriagado pone ya en evidencia lo insegura que resulta una tal delimitación: ¿existe el peligro en el mismo momento de subir al coche, o no se manifiesta hasta que gira la llave para arrancarlo, hasta que pone la primera marcha, hasta que empieza a avanzar, o hasta que comete los primeros errores debido a la influencia del alcohol?

También el BGH se ve enfrentado a estas dificultades. El Tribunal trata de resolverlas a través de la diferenciación entre los riesgos ligados a la carrera: entre ellos, por un lado, los que generalmente existen con la participación en una actividad irracional como la de ese tipo (en los cuales, si se quiere asumir la distinción, todos los participantes “se introdujeron”); por otro, los que tan solo surgen cuando se llevan a cabo maniobras como la del adelantamiento (y que a los participantes en la carrera del caso, a lo sumo, “amenazaban”). Respecto del primer grupo de riesgos, las circunstancias del caso permiten inferir sin ningún lugar a dudas que los cuatro jóvenes participantes en la carrera eran conscientes de los mismos, habiendo buscado en efecto la emoción de poner sus vidas en peligro: los dos acompañantes, quienes habían participado en otras carreras en ocasiones anteriores (nm. 5) filmaron la carrera (nm. 7), con la intención de repetirla, al menos, a través de medios audiovisuales. Aquí no cabe dudar, si se quiere ser mínimamente serio, de la *autopuesta* en peligro de todos los participantes, independientemente de quiénes se sentaran delante del volante y quiénes viajaran como acompañantes<sup>8</sup>. Respecto de las maniobras de adelantamiento especialmente arriesgadas, por el contrario, los acompañantes «simplemente fueron expuestos a las consecuencias de la conducta defectuosa» de los otros dos conductores (nm. 24), sin que, por ahora, sea tomada en consideración la pregunta de si los acompañantes eran plenamente conscientes de los riesgos a ella inherentes. En este sentido, se trataría en cualquier caso de una *heteropuesta* en peligro.

Lo verdaderamente curioso de todo esto es que, de hecho, el especial peligro que acabó dando lugar a la muerte de uno de los acompañantes no procedió de la maniobra de adelantamiento en sí misma, sino del giro brusco de la dirección provocado por el conductor cuyo vehículo empezó, debido a ello, a colear, para acabar finalmente estrellándose y producir el fatal desenlace. Giro brusco de la dirección que, por lo demás, a esas velocidades puede ser provocado por cualquier giro erróneo del volante. Respecto de este riesgo guarda silencio el BGH y, sin embargo, nadie lo “dominó”. Así sucede *siempre* en los supuestos de imprudencia: precisamente, forma parte de su definición el que se trate de hechos no dominados por nadie. Como es sabido, el dominio del hecho implica dolo. Cuando en los delitos imprudentes no puede trazarse una «línea divisoria entre autoría y participación», entonces tampoco puede decidirse

---

<sup>7</sup> ROXIN, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en LACKNER ET AL. (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, pp. 241-259, p. 250.

<sup>8</sup> ROXIN, *JZ* (8), 2009, p. 402, columna izquierda, habla en este sentido de una heteropuesta en peligro consentida que, no obstante, admite igualmente la exclusión de la imputación.

en estos casos sobre la delimitación entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, siendo indiferente el hecho de que –parafraseado de nuevo a Ingeborg PUPPE– de acuerdo con «alguna descripción del transcurso externo de los hechos» alguna intervención pueda aparecer como una participación en el acontecimiento peligroso<sup>9</sup>. Esto deja de ser evidente cuando de todos modos en los delitos imprudentes se considera correcto el concepto unitario de autor<sup>10</sup>.

Dicho sea de paso: ¿quién si no el barquero tuvo el “verdadero” dominio del peligroso curso del acontecer en el famoso caso Memel, en el que el RG dictó en 1924 sentencia absolutoria<sup>11</sup>? El hecho de que, a pesar de ello, esta sentencia haya sido aplaudida de forma cuasi unánime demuestra el desacierto de intentar fijar la autorresponsabilidad en el criterio del dominio del hecho<sup>12</sup>.

## II.

No pudiéndose distinguir en tal sentido entre auto- y heterorresponsabilidad en los delitos de imprudencia, se plantea entonces, naturalmente, la pregunta acerca de si y en qué medida la distinción resulta aquí, en realidad, obligada, o si, al fin y al cabo, tiene algún sentido trazarla.

Volvamos al planteamiento de ROXIN. El autor ha explicado el “sentido” de dicha distinción de la siguiente manera: «lo lejos que uno quiere llevar el riesgo a través de su propio actuar está en todo momento bajo su dominio. En cambio, la mera tolerancia de un peligro generado por un tercero expone a la víctima a un desarrollo inabarcable, no siendo ya posible, a menudo, la intervención para (re)dirigirlo o para detenerlo. Por el contrario, quien se pone a sí mismo en peligro aún podría hacerlo»<sup>13</sup>. Esta es una descripción ciertamente plástica. No obstante, con ella aún no se ha dicho lo más mínimo respecto de por qué está justificado que las dos constelaciones sean *valoradas* penalmente de forma opuesta. En su lugar, se nos remite en este contexto al recurrente argumento estándar relativo a que «el Derecho positivo», en los §§ 216, 228 StGB muestra «como el legislador distingue entre las autolesiones (o autopuestas en peligro) impunes y las heterolesiones consentidas por la víctima»<sup>14</sup>. Pero debe advertirse que el legislador tan solo introduce la distinción en los delitos de homicidio o lesiones (graves) *dolosos*. En efecto, en estos casos tiene sentido (o, mejor, es comprensible) la distinción: se corresponde con la irrevocabilidad de la prohibición de matar a otra

<sup>9</sup> «vor §§ 13 ff.», NK, 2ª ed., 2005, nm. 192.

<sup>10</sup> STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., 2004.

<sup>11</sup> RGSt 57, p. 172.

<sup>12</sup> Coincidente en este sentido, HELLMANN, FS-Roxin, 2001, p. 284, cuando afirma que el barquero *no* domina los “peligros procedentes de la naturaleza” y, por tanto, no carga, por su parte, con ningún peso cualificado por el dominio del hecho.

<sup>13</sup> FS-Gallas, 1973, p. 250.

<sup>14</sup> ROXIN, FS-Gallas, 1973, p. 250; igual en AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 11/123.

persona o de lesionarla gravemente de manera infundada<sup>15</sup>. Un tabú que resulta cuestionado en distintos términos cuando se trata de la “mera” puesta en peligro de la vida o de la salud<sup>16</sup>. Y ello significa que, a partir de aquí, *nada* habla a favor de extender la amenaza de pena a la puesta en peligro de la vida o la salud que goza del consentimiento del afectado.

Por el contrario, ROXIN quiere excluir la responsabilidad por imprudencia tan solo allí «donde la heteropuesta en peligro consentida equivale atendiendo a todos los aspectos relevantes a una autopuesta en peligro»<sup>17</sup>. Si es ello posible depende, naturalmente, como él mismo subraya, de *cuáles* son los aspectos que se consideran relevantes. Y por lo visto para él se presenta aquí en primer lugar la pregunta de «si el afectado ha abarcado el riesgo en la misma medida que quien le ha puesto en peligro»<sup>18</sup>. No se trata sino de la pregunta relativa a si el afectado consentía *aquella* puesta en peligro. Responderla puede resultar sumamente difícil. Así, mientras en el comentario a la sentencia aquí mencionada ROXIN parte de la base que «el incremento del riesgo generado con la maniobra de adelantamiento no fue abarcado por la consciencia del riesgo de la víctima»<sup>19</sup>, el BGH, por su parte, no descarta en un momento posterior de su fundamentación jurídica (nm. 30) que los acompañantes estuvieran de acuerdo «a cualquier precio» con la organización de la carrera, pues todo apuntaría a que la que acabó siendo la víctima siguió grabando durante la maniobra de adelantamiento<sup>20</sup>. Por tanto, fueron «incluidos en el precio» todos los riesgos inherentes a una conducción a tan altas velocidades con coches que no estaban preparados para ellas. Tampoco está claro si los acompañantes se representaron de forma diferenciada los riesgos de la carrera; de todos modos, a las velocidades que se condujo durante la carrera *cualquier* maniobra defectuosa podía dar lugar a un accidente por la pérdida de control del vehículo. Al fin y al cabo, tampoco cabe contestar a la pregunta de qué pensó el acompañante que finalmente murió al comienzo o durante la carrera<sup>21</sup>. (La disposición al riesgo de los dos acompañantes podría haber sido, incluso, sustancialmente distinta.) Sea como fuere, los riesgos que no fueron cubiertos por el consentimiento del afectado no entran aquí bajo la discusión.

<sup>15</sup> Con más detalle, STRATENWERTH, «Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen», en BÖSE/STERNBERG-LIEBEN (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrecht, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 355-366, p. 358 y ss.

<sup>16</sup> Sobre esto ya SCHAFFSTEIN, «Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 557-578, p. 568 y ss., con toda la claridad que aquí cabe desear.

<sup>17</sup> FS-Gallas, 1973, p. 252; también textualmente en su AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 11/123.

<sup>18</sup> FS-Gallas, 1973, p. 252; de modo similar en AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 11/124.

<sup>19</sup> JZ (8), 2009, p. 402, columna izquierda. El autor se remite así a la opinión coincidente de RENGIER, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 10ª ed., 2009, § 20/14. Debe advertirse, no obstante, que de lo que aquí se trata no es de opiniones doctrinales, sino de una *quaestio facti* (N.d.T.: cuestión de hecho).

<sup>20</sup> Obviamente el Tribunal de instancia partió del consentimiento del acompañante sobreviviente en la maniobra de adelantamiento cuando le condenó por participación en un delito de puesta en peligro de la seguridad vial del § 315c StGB: tan solo el “adelantamiento irregular”, no la carrera en sí, puede satisfacer los requisitos de ese tipo (véase su numeral 2 b).

<sup>21</sup> En cualquier caso, *in dubio pro reo*, los conductores habrían partido de la asunción de que el consentimiento de sus acompañantes cubría la maniobra de adelantamiento.

Distintas son las cosas en relación con otra circunstancia en la que ROXIN insiste. Si se presta atención ya en el barquero del Memel, se puede advertir que el timonel «cedió a regañadientes» ante los dos pasajeros «debido a sus incesantes prisas y a que pusieron en duda su valor». Por ello la absolución por parte del Tribunal fue acertada<sup>22</sup>. Exactamente del mismo modo debe ser relevante en un caso de infección del SIDA el hecho de que la relación sexual sin protección haya tenido lugar «por iniciativa» del afectado; o en el caso de quien viaja en el coche de un conductor alcoholizado, el hecho de que la posterior víctima haya «insistido» en subir al coche a pesar de ser conocedora de dicha circunstancia (o de que haya participado «en contra de su verdadera voluntad después de haber sido convencida por el autor con insistencia»...)<sup>23</sup>; o en nuestro caso del BGH, que el acompañante posteriormente fallecido no fuera «empujado a participar en el adelantamiento a tres por la llamada enfurecida de quien posteriormente sería quien «dirigiría la maniobra»<sup>24</sup>. Sin embargo, por ningún lado aparece la razón *por la cuál* debería atenderse a esta circunstancia. Al final, se trata de las conductas y relaciones de personas adultas con capacidad de juicio que, voluntariamente, pueden llevar a cabo de forma conjunta una empresa arriesgada. Igualmente, tampoco queda claro cómo esa pregunta debe operar de acuerdo con el criterio del dominio del hecho. En el juicio sobre la eficacia del consentimiento *en la lesión* no juega, como es sabido, ningún papel. Ante este escenario, la decisión sobre quién a influido a quién y con qué intensidad es una decisión sujeta únicamente a la discrecionalidad del juez y, de este modo, una aportación de inseguridad que, en las propias palabras de ROXIN, «resulta difícilmente compatible con el mandato de determinación»<sup>25</sup>.

### III.

Así las cosas, resurge finalmente renovada la pregunta relativa a si una puesta en peligro con el consentimiento de todos los participantes no debería ser enjuiciada (exclusivamente) conforme a las reglas del *consentimiento* justificante o excluyente de la tipicidad. ROXIN ha advertido al BGH que «en casos como los aquí presentados el consentimiento y la heteropuesta en peligro consentida deberían ser estrictamente separados», quedando el consentimiento excluido de inicio<sup>26</sup>. Y ello a pesar de que para el RG este fue el elemento decisivo en el reiteradamente citado caso Memel. El autor se apoya en tres argumentos: que el riesgo debe referirse necesariamente al resultado, que en una puesta en peligro concreto de la vida es ineficaz y que, en

---

<sup>22</sup> JZ (8), 2009, p. 399 columna derecha, 401, columna derecha, p. 403, columna izquierda.

<sup>23</sup> JZ (8), 2009, p. 401, columna derecha.

<sup>24</sup> JZ (8), 2009, p. 403.

<sup>25</sup> FS-Gallas, 1973, p. 251; AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 11/123; JZ (8), 2009, p. 400, columna izquierda.

<sup>26</sup> JZ (8), 2009, p. 402, columna derecha.

cualquier caso, es irrelevante en la ponderación de las responsabilidades por el suceso riesgoso<sup>27</sup>. Pero ninguno de estos argumentos es convincente.

Que el consentimiento en un homicidio imprudente (también) debe ir referido al resultado de muerte, lo que no es el caso en el consentimiento de un mero peligro, es una aproximación refutada desde hace tiempo de modo concluyente<sup>28</sup>. En absoluto niegan los defensores de esta tesis que, por regla general, y con la excepción quizá de la ruleta russa u otras situaciones de necesidad, quien se comporta conscientemente de forma peligrosa para su vida confía en que no se producirá el resultado de muerte. Si, por el contrario, dicho sujeto tuviera que haber «consentido con dolo eventual su muerte»<sup>29</sup>, no concurriría prácticamente nunca un consentimiento eficaz en un comportamiento de puesta en peligro de la vida. No veo, sin embargo, ninguna razón sólida para afirmar que un individuo tiene libertad para autoponerse en peligro de muerte pero que, no obstante, no debería tenerla para exponerse a peligros que proceden de un tercero y respecto de los que, por tanto, no puede «intervenir con poder de (re)dirección», cuando él se expone a dicho riesgo con plena consciencia de su incapacidad de «abarcarse» el riesgo o, más concretamente, de su limitada capacidad de control. En efecto, tal comportamiento puede ser considerado no especialmente racional. No obstante, ¿debería ser hecho siempre responsable por el resultado en estos casos aquel que, por el contrario, sí tiene la capacidad de abarcar o controlar el riesgo?<sup>30</sup> Se trata, de hecho, de fenómenos cotidianos. Piénsese, por ejemplo, en el conductor de un bob a cuatro\* en una pista de hielo o en el guía de una arriesgada excursión de alta montaña. Que el § 216 no se opone a estos fenómenos ya ha sido comentado arriba. También Ingeborg PUPPE ha dado en el clavo: «el ordenamiento jurídico no le da al individuo [sin duda] la libertad de que, dolosamente, se deje matar por otro. Pero sí le da la libertad de comportarse de forma peligrosa, incluidos los peligros para la vida»<sup>31</sup>.

No más plausible resulta denegar la eficacia del consentimiento en un peligro para la vida. El BGH lo ha hecho de momento en lesiones que estaban vinculadas con un tal peligro, en la petición de una inyección de heroína por parte de un individuo que ya se encontraba alcoholizado de forma considerable y en un estrangulamiento sadomasoquista que la afectada pidió con insistencia. Para fundamentar jurídicamente sus decisiones se ha remitido al § 228: una tal puesta en peligro es inmoral y, por ello,

---

<sup>27</sup> JZ (8), 2009, p. 403.

<sup>28</sup> Con ulteriores referencias, véase, por todos, LENCKNER, «vor §§ 32 ff.» en SCHÖNKE/SCHRÖDER (dir.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27ª ed., 2006, nm. 104.

<sup>29</sup> ROXIN, JZ (8), 2009, p. 400, columna derecha.

<sup>30</sup> Con la única excepción, y esto es discutido, del caso en el que un garante del afectado tuviera que protegerlo de sí mismo. Esto vale para el empleador que, con el conocimiento del trabajador, omite proporcionarle las medidas de seguridad necesarias, ejemplo puesto por ROXIN en relación con este sentido (AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 11/124).

\* N. del t.: un bob a cuatro es un trineo de cuatro plazas empleado en el deporte de invierno conocido como *Bobsleigh*.

<sup>31</sup> «vor §§ 13 ff.», NK, 2ª ed., 2005, nm. 194.



antijurídica<sup>32</sup>. En su decisión aquí comentada se refiere solamente de forma genérica tanto al «fin de protección de la norma del § 228 StGB como a las valoraciones del legislador derivables del § 216 StGB» (nm. 28). Pero el recurso al § 216 no permite derivar, de acuerdo con lo que aquí ya se ha comentado, tal limitación. Y por lo que respecta al § 228, debería tratarse de peligros vinculados con una lesión (¡dolosa!), pero este no es aquí el caso<sup>33</sup>. Por lo demás, es sabido en qué grado puede hablarse de una puesta en peligro de las llamadas “concretas” de la vida: ¿debe depender, en el caso aquí comentado de la heroína, del grado de alcoholización del afectado; o en el caso del estrangulamiento, del hecho de que el palo de madera inicialmente empleado fue sustituido por un tubo de metal? Esta sería, de nuevo, una cuestión notoriamente perteneciente a la discrecionalidad judicial, que no debería ser decisiva en la determinación del injusto y de lo conforme a Derecho. Por último, y dicho sea de paso: un riesgo para la vida difícilmente puede ser más concreto que el que tuvo lugar en el caso Memel.

Queda el tercer argumento a favor de la separación entre el consentimiento y la heteropuesta en peligro consentida, a saber, que en el consentimiento no cabe una ponderación de las responsabilidades por el hecho. Este argumento es una petición de principio en estado puro. Lo discutible es, precisamente, si y en qué medida una tal ponderación debe o puede jugar algún papel en estos supuestos. De hecho, los presupuestos fundamentales de la responsabilidad del afectado –su capacidad de juicio, su conocimiento del alcance del suceso en cuestión y con él de los necesarios conocimientos del sector, así como la libertad de decisión- deben ser satisfechos en cualquier caso. Por el contrario, en primer lugar debería fundamentarse el por qué de esta restricción de la autorresponsabilidad acabada de mencionar en los casos de consentimiento de un peligro (concreto) para la vida, *cuando* de este modo se quiere excluir la eficacia de este consentimiento en el riesgo a los efectos de excluir la imputación. Del mismo modo falta también, como ya se ha indicado, una mínima justificación de por qué, a diferencia del consentimiento en una lesión de bienes vitales, en su mera puesta en peligro debería atenderse a si y en qué medida el afectado ha sido motivado por otros en el otorgamiento de su consentimiento. Todo ello lleva a una única conclusión: la heteropuesta en peligro consentida debería ser eliminada del catálogo de grupos de casos especiales.

La conclusión a la que ha llegado Ingeborg PUPPE en relación con estas consideraciones ha sido ya presentada en la segunda frase de este texto. No veo qué podría ser más útil para la hipertrofiada dogmática jurídico-penal de nuestros días que la claredad e insobornabilidad de sus análisis.

---

<sup>32</sup> BGHSt 49, pp. 33 y ss., p. 44; igualmente BGHSt 49, pp. 166 y ss., p. 175, sin ulterior fundamentación.

<sup>33</sup> Sobre ello también advierte ROXIN, *JZ* (8), 2009, p. 400, columna derecha.

*Listado de bibliografía*

Ralf-Peter FIEDLER (1990), *Einverständliche Fremdgefährdung: unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frankfurt am Main, Peter Lang.

Wolfgang FRISCH (1988), *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C.F. Müller.

Uwe HELLMANN (2001), «Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung», en Bernd SCHÜNEMANN *et al.* (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter.

Theodor LENCKNER (2006), «vor § 32 ff.» en SCHÖNKE/SCHRÖDER (dir.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27<sup>a</sup> ed., München, Beck.

Ingeborg PUPPE (2005), «vor §§ 13 ff.», KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (ed.), *Nomos-Kommentar zum StGB*, 2<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos.

Claus ROXIN (2009), «Zur einverständlichen Fremdgefährdung. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 20.11.2008», *Juristen Zeitung* (8), pp. 399-403.

(2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4<sup>a</sup> ed., München, Beck.

(1973), «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en LACKNER *et al.* (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, pp. 241-259.

Friedrich SCHAFFSTEIN (1974), «Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, pp. 557-578.

Günter STRATENWERTH (2009), «Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen», en BÖSE/STERNBERG-LIEBEN (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrecht, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 355-366.

Günter STRATENWERTH/Lothar KUHLEN (2004), *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5<sup>a</sup> ed., Köln, Carl Heymanns.

Susanne WALTHER (1991), *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg im Breisgau, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

*Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Publicación</i>
Reichsgericht	03.01.1923	IV 529/22	RGSt 57, p. 172 y ss.
Bundesgerichtshof	11.12.2003	3 StR 120/03	BGHSt 49, p. 34 y ss.
Bundesgerichtshof	26.05.2004	2 StR 505/03	BGHSt 49, p. 166 y ss.
Bundesgerichtshof	20.11.2008	4 StR 328/08	BGHSt 53, p. 55 y ss.