

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

# Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
**SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

### **SOBRE EL CONSENTIMIENTO EN EL HOMICIDIO IMPRUDENTE**

**Comentario a la STS de 17 de julio de 1990**

Por **SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

#### **I**

La sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1990 (ponente Bacigalupo) se enfrenta con un caso que plantea varios problemas dogmáticos y político-criminales de gran actualidad, como son los del ámbito de disponibilidad del bien jurídico de la vida, el consentimiento, la imputación objetiva y la codelinuencia en los hechos imprudentes. Es de celebrar, ante todo, que cuestiones tan importantes como éstas no hayan escapado a la consideración del Tribunal Supremo. La sentencia referida es, en este sentido, una muestra de la línea de preocupación que en los últimos tiempos está demostrando la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo por las construcciones dogmáticas actuales: algo fundamental para la tan necesaria aproximación de una teoría cada vez más compleja y una práctica que, aunque a menudo se halle desbordada, no puede renunciar a incorporar los progresos doctrinales.

Los hechos probados son, básicamente, los siguientes: El procesado, Carlos, se hallaba en compañía de otros jóvenes en el interior del chalet de los padres de uno de ellos, celebrando una velada, y, en un momento dado, Héctor, tomando una botella, retó a Carlos a acertarle a la misma de un disparo, mientras bebía, ya que el

procesado era portador de una pistola que le había sido oficialmente adjudicada en su calidad de miembro de la Guardia Civil y con la cual había estado jugando y haciendo alardes de puntería desde su llegada al lugar. Carlos aceptó el reto, apuntó con el arma a la botella que sostenía Héctor y disparó sobre ella en el instante mismo en que aquél efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima. Héctor fue alcanzado por el proyectil en el hemitórax derecho y falleció como consecuencia de ello 23 días más tarde.

La Audiencia Provincial de Burgos, en sentencia de 30 de octubre de 1987, condenó al acusado como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, sin circunstancias, a la pena de dos años de prisión menor, a las accesorias correspondientes y al pago, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, de 4.000.000 de pesetas, solidariamente con otras dos personas.

La representación del recurrente alega un único motivo: infracción de ley por aplicación indebida del artículo 565 del Código penal y su jurisprudencia interpretativa, entendiéndose que, al constar que la víctima había retado al procesado, la Sala debió estimar la doctrina legal que proclama que la existencia de culpa interconcurrente degrada la gravedad de la infracción culposa y modera el *quantum* de la indemnización. El Tribunal Supremo desestima el recurso por las siguientes razones principales:

a) No puede hablarse de interconurrencia de culpas en sentido jurídico-penal cuando la víctima se limita a consentir en un peligro propio dentro del marco de su libertad, quedando la realización del mismo en manos del autor.

b) Dicha provocación no puede operar tampoco como consentimiento que afecte a la imprudencia del que disparó, porque la vida no es un bien jurídico disponible por su titular. Sin embargo, la norma que prohíbe el homicidio culposo no sólo protege la vida, sino también otro bien jurídico, el de la autodeterminación de la víctima; éste no resulta lesionado en nuestro caso, por lo que procede una atenuación de la pena (art. 9, 10.<sup>o</sup> Código penal). Pero ello se respeta por la Audiencia al fijar la pena en el tercio menor del marco penal.

c) Aunque se admite que excepcionalmente la provocación por la víctima de la conducta descuidada de un tercero que equivalga a una autopuesta en peligro podría eliminar la imputación objetiva, no es éste el caso cuando — como ocurre aquí — el tercero no ejecuta el hecho de la forma propuesta por la víctima. Recuérdese que, según los hechos probados, el acusado disparó en el instante en que la víctima efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse.

d) La compensación de culpas no puede determinar una disminución de la responsabilidad civil en este caso porque el daño causado no se ha visto incrementado por la conducta de la víctima.

## II

El comentario que sigue no se ceñirá estrictamente al orden de los fundamentos jurídicos expuestos, que viene a corresponderse con el de la sentencia. Empezaremos por distinguir la problemática de la interconurrencia y compensación de culpas, por una parte, y el tema del consentimiento en la puesta en peligro de la propia vida, por otra.

1. Sobre la llamada *interconurrencia de culpas* existe una doctrina jurisprudencial que puede resumirse del modo siguiente: En Derecho penal no puede admitirse la *compensación de culpas*, a diferencia de lo que sucede en materia civil. Pero la concurrencia de *culpa* en la víctima puede afectarse a la gravedad de la imprudencia e incluso —aunque algunas sentencias lo niegan— llegar a excluirla, en la medida en que modifique o excluya la previsibilidad del resultado (1). ¿Por qué esta diferencia de trato de la conducta de la víctima en Derecho penal y en Derecho civil?

En orden a la responsabilidad civil se trata de imputar el daño, como resultado meramente económico, a aquél o aquéllos que deben soportarlo. Para decidir quiénes se encuentran en tal situación pueden utilizarse criterios diversos. El de la *culpa* no es el único, como lo prueba la tendencia a considerar suficiente la imputación *objetiva*. Ello demuestra que la responsabilidad civil, que no debe entenderse como castigo civil, sino como pura reparación económica, no presupone ninguna *infracción* de una norma prohibitiva o preceptiva. Si fuera necesaria dicha infracción, sería inadmisibles no exigir su aspecto subjetivo, por la misma razón que la responsabilidad penal —que sí es castigo por una infracción— sería intolerable sin dolo o culpa. Pero, como decíamos, la responsabilidad civil no es ningún castigo, ni siquiera civil. No cumple ninguna de las funciones posibles de un castigo: ni la retribución basada en el reproche por una infracción, ni la prevención dirigida a disuadir, con la amenaza legal y con su ejecución, de futuras infracciones. En ningún caso la responsabilidad civil constituye —a diferencia de la penal— el refuerzo de una prohibición normativa: tampoco sirve para *estabilizar la norma*. La responsabilidad civil es básicamente un mecanismo de reparación económica. De ahí que, mientras las normas penales se dirigen al ciudadano *ex ante*, para que no delinca, las normas que regulan la responsabilidad civil no tratan de evitar el daño, sino que actúan *ex post*, determinando, una vez causado, quién debe soportarlo (2). Todo ello puede explicar que pueda hacerse soportar a la víctima parte del daño económico —con disminución correlativa de la cantidad a pagar por el sujeto del delito— cuando aquélla ha contribuido a la producción de dicho daño en determinadas condiciones. Es lo que sucede cuando se estima la *compensación de culpas* para rebajar la cuantía de la responsabilidad civil del delincuente. Adviértase que en tal caso la víctima no realiza ninguna infracción, puesto que ninguna norma penal considera típica la autolesión —salvo que haya otros bienes jurídicos no disponibles en juego, en cuyo caso, no concurriría sólo un autolesión—, ni ninguna norma civil le prohíbe que se cause un daño económico a sí mismo. No es, entonces, que concorra una infracción por parte de la víctima que *compense* la del sujeto activo, sino que, no siendo necesaria ninguna infracción, sino sólo que pueda imputarse un daño económico, la

---

(1) Cfr., con abundantes referencias jurisprudenciales, LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2. ed., 1990, pp. 75 y ss.

(2) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, 3. ed., 1990, p. 16, donde de todos modos se señala que lo dicho no obsta a la conveniencia de contemplar la responsabilidad como un arma político-criminal de primer orden. Hoy, en efecto, se advierte que la responsabilidad civil puede llegar a bastar en hechos poco graves para tranquilizar a la sociedad. Pero ello no ha de entenderse en el sentido de que entonces la responsabilidad civil opera como *castigo* civil sustitutivo de la pena, sino en el sentido de que en tales casos cabe renunciar a todo castigo, porque la víctima, y las posibles víctimas, se sienten satisfechas con la reparación económica.

*contribución de la víctima a dicho daño puede considerarse razón suficiente para que contribuya también a soportarlo.*

Bien distinta es la situación cuando se trata de la responsabilidad penal. Aquí es evidente la necesidad de una infracción previa que constituya delito. Y también es evidente que la víctima, como veíamos, no comete ningún delito ni infringe norma alguna por el hecho de contribuir a la *sola* lesión de un bien jurídico-penal del que sólo él es titular: incluso el suicidio es atípico. Ello bastaría para hacer imposible ninguna forma de *reparto* de la responsabilidad penal entre el sujeto activo y el pasivo. Por otra parte, el delito no es un daño económico que pueda pagarse *entre varios*. Pero es que ni siquiera puede hablarse correctamente de concurrencia de *culpas* en sentido jurídico-penal en los casos que estamos considerando, desde el momento en que se admite que la víctima no realiza tipo penal alguno: no es correcto hablar de culpa penal sin tipicidad.

Ahora bien, es igualmente cierto que el comportamiento de la víctima puede modificar o incluso suprimir la previsibilidad del resultado lesivo por parte de otras personas. Una actuación inesperada e imprevisible de la víctima puede explicar como correcta una reacción precipitada y que de otro modo sería descuidada. Por otra parte, aunque subsista una conducta excesivamente peligrosa inicial por parte del autor, la introducción de un nuevo riesgo por parte de la víctima puede hacer que el resultado final no aparezca ya como realización del primer riesgo y deba excluirse la imputación objetiva (3).

2. La sentencia que comentamos descarta que la conducta de la víctima disminuya la imprudencia del autor del disparo por la llamada interconurrencia de culpas. Considera, acertadamente, que la cuestión a examinar es si el *consentimiento* en el disparo puede excluir o atenuar la responsabilidad penal del que efectúa éste. ¿Cuál es la posición de la doctrina ante este problema? Parte, por lo pronto, de la distinción de dos grupos de casos: los de participación en una autopuesta en peligro ajena y los de puesta en peligro de otro consentida por éste. Lo primero que importa es, pues, decidir si el caso que contemplamos pertenece al primero o al segundo de estos grupos de casos.

Un ejemplo típico de participación en una autopuesta en peligro ajena sería el de quien induce a otro a poner en peligro su vida conduciendo a una velocidad excesiva por una carretera helada. El conductor pierde el control del vehículo y muere. Aquí la víctima realiza la conducta principal peligrosa: se pone en peligro a sí misma. En el segundo grupo de casos, en cambio, la víctima se limita a consentir —ya sea aceptando, ya sea induciendo o cooperando activamente— en que otra persona le ponga en peligro. Un ejemplo que suele citarse es el de la ayudante del lanzador de cuchillos que colabora en el número circense dejando que aquél lance los

---

(3) Cfr., desde la perspectiva de la víctima-dogmática, SILVA SÁNCHEZ, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?*, en "Libro-homenaje a Beristain, 1989", pp. 636, 643. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, cit., pp. 78 y ss., que se ha ocupado especialmente del tema, ofrece otra vía de fundamentación de la posible impunidad a consecuencia de la actuación de la víctima: la de considerar impune en nuestro Derecho la participación imprudente, puesto que entiende que en los casos en que la aportación causal fundamental propia del "autor" corresponda a la víctima, el otro sujeto no realizará, sino que sólo favorecerá la realización del hecho y deberá ser calificado de mero partícipe.

cuchillos en torno a su figura. El autor de la acción peligrosa es en este caso el lanzador.

La solución del primer grupo de casos —la víctima realiza la conducta principal peligrosa— es menos problemática que la del segundo. Con una u otra fundamentación, la doctrina se inclina claramente en favor de la impunidad del partícipe. En Alemania, en cuyo Derecho no es punible la participación en el suicidio de otro, ello se fundamenta por la vía de una “analogía restrictiva” (4) o del “principio de la propia responsabilidad de la víctima”, que excluye la vulneración del deber de cuidado salvo que el partícipe tenga un mejor conocimiento de la situación peligrosa (5). En España, en donde sí es punible la participación en el suicidio ajeno, existe otra vía abierta por nuestra doctrina: la admisión de la distinción de autoría y participación en los delitos imprudentes. En los casos de participación en una autopuesta en peligro estaríamos frente a supuestos de participación en un hecho atípico —el matarse a sí mismo es atípico, tanto si es con dolo como por imprudencia—, impunes en virtud del principio de accesoriidad limitada de la participación —salvo, claro está, que la ley las tipifique expresamente, como ocurre, sólo, con la inducción y auxilio al suicidio (art. 409 Código penal) (6) (7).

Más dudosa es la solución del segundo grupo de casos: aquéllos en que no es la víctima quien realiza la conducta peligrosa principal, sino otra persona que actúa con el consentimiento de aquélla. No concurre aquí una forma de participación en una autolesión atípica, sino el consentimiento en un comportamiento de lesión de un bien jurídico-penal ajeno. Si no se concede eficacia al consentimiento estaremos ante una lesión típica en principio punible. El problema es, pues, ahora, si el consentimiento de la víctima puede o no excluir o disminuir la responsabilidad de quien la mata por imprudencia. La sentencia que comentamos da por supuesto que se enfrenta a un caso de esta clase y llega a la conclusión de que la actitud de la víctima no puede excluir la responsabilidad penal del autor, porque la vida no es un bien

---

(4) En este sentido, ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción y notas de LUZÓN PEÑA, 1976, p. 198, para quien en estos casos faltaría la imputación objetiva en base al principio del fin de protección de la norma, “porque si ni siquiera la provocación dolosa de la lesión del bien jurídico —se refiere a la provocación del suicidio— está cubierta por el fin de protección de la norma del homicidio, menos lo podrá estar la participación en una autopuesta en peligro, que por regla general sólo se base en imprudencia en relación con el resultado” (p. 186).

(5) Cfr. por ejemplo, Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4.ª ed., 1988, p. 518.

(6) Cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 397 y ss. Ahora bien, si la participación en la autopuesta en peligro es dolosa, esto es, con voluntad de que se produjese el resultado lesivo, cabrá autoría mediata, por lo menos si concurre engaño o aprovechamiento de error: *ibidem*, pp. 426 y ss.

(7) Una fundamentación dogmática convincente de la necesidad de extender a los delitos imprudentes la distinción de autoría y participación ha sido ofrecida por LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, cit., pp. 108 y ss., que considera que tanto en los delitos dolosos como en los culposos la autoría se caracteriza por suponer la *determinación objetiva del hecho* (pp. 112 y ss.). Esta nota faltaría en las conductas de favorecimiento de una autopuesta en peligro ajena (p. 109). Pero debe señalarse que este autor considera impune toda forma de participación imprudente, y no sólo las que tropiecen con el obstáculo del principio de accesoriidad de la participación por ser atípico el hecho principal (pp. 121 y ss.).

jurídico disponible —aunque admite la atenuación de la pena—. ¿Es éste el único planteamiento posible?

En primer lugar: ¿son claras las fronteras que separan los dos grupos de casos mencionados?, ¿es seguro que el caso contemplado no puede verse como una forma de autopuesta en peligro o, por lo menos, como un caso a tratar del mismo modo que las típicas autopuestas en peligro? La propia sentencia examinada reconoce que en algunos casos “el riesgo proveniente de la acción de un tercero” puede ser “equivalente a la creación del peligro para sí por la propia víctima (cuando el pasajero con prisa ordena al conductor del coche que acelere la velocidad del mismo por encima de lo permitido)”. Y, en efecto, según una opinión, casos como éste, en que la víctima induce activamente a su puesta en peligro, han de tratarse del mismo modo que las más indiscutibles autopuestas en peligro (8). No es lo mismo, sin duda, limitarse a consentir pasivamente que inducir activamente al hecho y/o intervenir activamente en su ejecución. En el caso que aquí consideramos fue la víctima la que “tomando una botella, retó a acertarle a la misma de un disparo, mientras bebía”. Pero a continuación se produjo una circunstancia que a juicio de la sentencia fue decisiva para impedir la exclusión de responsabilidad penal: el disparo se efectúa con un “fallo en la ejecución” que la desvía de la propuesta inicial de la víctima, puesto que se produce “en el instante en que aquél (la víctima) efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima”. “Al disparar de esta manera —afirma la sentencia— el recurrente introdujo, sin previo aviso del momento de la acción, un factor elevador del riesgo consentido que excluye la equivalencia que *podría haber eliminado la imputación objetiva*” (9). Es interesante, pues, constatar que se admite la posibilidad de que, en otras circunstancias, la inducción de la víctima eximiera de responsabilidad al agente. Ello es de suma importancia en el tráfico automovilístico.

Hay otro sector en que se está planteando la delimitación de la autopuesta en peligro y el consentimiento en la puesta en peligro por parte de otro: el de las relaciones sexuales con una persona infectada del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), que puede transmitirlo y dar lugar al SIDA. La jurisprudencia alemana ha admitido que si la víctima conocía la infección de su pareja y el peligro que corría y, aun así, aceptó la relación sexual, el sujeto transmisor no realiza el tipo de lesión, sino que se limita a cooperar en una autopuesta en peligro querida por la víctima bajo su propia responsabilidad (10). Se trata de casos interesantes desde el punto de vista dogmático, porque están en la frontera de los dos grupos de casos —autopuesta en peligro y consentimiento en una puesta en peligro por otro— que tratamos de diferenciar. La sentencia alemana del Tribunal Superior del Land de Baviera, de 15 de septiembre de 1989, acoge el siguiente criterio de distinción: “Concorre una autopuesta en peligro cuando alguien realiza acciones que le ponen en peligro... Por el contrario, hay que estimar una puesta en peligro por otro consentida

(8) Así, ROXIN, *Problemas básicos*, cit., pp. 192 y ss.

(9) Coincide así la sentencia con la opinión de ROXIN, *loc. cit.*, según la cual la equiparación a la autolesión requiere, entre otros, el requisito de que el daño sea consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales.

(10) Así, la sentencia del Tribunal Superior del Land de Baviera de 15 de septiembre de 1989, que sigue a la importante sentencia de 4 de noviembre de 1988 del Tribunal Federal, vid. JZ 1989, pp. 1073 y ss.

cuando sólo el 'autor' ejerce el dominio del hecho sobre el acontecimiento que provoca la puesta en peligro para el bien jurídico y la 'víctima' se limita exponerse a los efectos de las acciones peligrosas del autor, de tal modo que, en definitiva, su destino queda en manos del 'autor'." En el caso de la relación sexual enjuiciada en esta sentencia el Tribunal entiende que "ambas personas dominaban conjuntamente el hecho", puesto que "cada una de ellas... podían en todo momento interrumpir el contacto sexual o disminuir esencialmente su peligrosidad, por ejemplo utilizando un preservativo". Por último, aunque también el portador del VIH comparte el dominio del hecho, "la puesta en peligro —en cuanto autopuesta en peligro querida— ha de imputarse al ámbito de responsabilidad de la víctima". Todo ello presupone, claro está, que la víctima conociera en no menor medida que el portador del virus el significado de la acción y sus posibles consecuencias (11).

En el caso objeto de la sentencia española que aquí comentamos, la situación es algo distinta. Es cierto que también el que reta a la apuesta ha de tomar parte en el hecho sosteniendo la botella y permaneciendo en una determinada posición mientras el otro ha de disparar. Hay en ello una base para afirmar el "tomar parte en la ejecución" del número 1.º del artículo 14, de modo parecido a como la hay para considerar coautor de asesinato a quien sujeta a la víctima según lo acordado. No obstante, "el destino" de la víctima queda en manos del que dispara, en el sentido de que depende de cómo ejecute el disparo —sobre lo que la víctima no tiene ningún control—. En el acto sexual completo, en cambio, el peligro de infección no depende en principio de la forma de ejecución de la parte correspondiente al portador del virus: depende básicamente de la introducción del semen, con independencia de cómo tenga lugar. En nuestro caso la dependencia de la forma de ejecución del disparo se manifiesta, por de pronto, en el hecho de producirse en un momento no controlado por la víctima. Ello puede que constituya una desviación de lo pactado, si la víctima había condicionado su apuesta a que pudiera elegir el momento del disparo. Pero también es posible —en realidad en los hechos probados no consta lo contrario— que no se hubiera concretado el momento exacto del disparo. En cualquier caso, aunque el disparo se hubiera efectuado en el momento fijado por la víctima, su peligrosidad seguiría dependiendo esencialmente de la puntería y concentración del autor.

Es correcto, pues, considerar que estamos frente a un supuesto de consentimiento —siquiera activo— de la víctima en una conducta peligrosa de otra persona. La cuestión es, entonces, si dicho consentimiento puede afectar a la responsabilidad penal del autor cuando el bien jurídico lesionado es la vida. Para resolverla hay que empezar por abordar el problema de si ante un comportamiento peligroso el consentimiento eficaz ha de comprender la posible producción del resultado (consentimiento referido al resultado) o, por el contrario, es suficiente que se limite a la voluntad de correr el riesgo, sin admitir el resultado posible (consentimiento referido a la conducta).

La respuesta a esta primera cuestión condiciona en gran medida el posible ámbito de operatividad del consentimiento. Es evidente que son pocos los casos en que el consentimiento en una conducta arriesgada va acompañado del consentimiento en la posible lesión resultante, especialmente cuando ésta es la muerte. Muy frecuente es, en cambio, que se consienta en el riesgo, a veces buscado o fomenta-

---

(11) Cfr. JZ 1989, p. 1074.

do, que implican determinados comportamientos ajenos. Desde el punto de vista de una concepción del injusto como infracción de una norma, hay que considerar suficiente el consentimiento referido a la conducta peligrosa. La norma sólo puede prohibir u ordenar al ciudadano *conductas* en la medida de su peligrosidad *ex ante*, no que de ellas *resulte ex post* la efectiva producción de una lesión (12). Para que el consentimiento excluya la infracción basta, pues, que alcance a la conducta que, sin él, la constituiría (13).

Estamos ahora en condiciones de abordar la cuestión de si el consentimiento de la víctima puede ser eficaz cuando se refiere a una conducta peligrosa de la que resulta la muerte. No se trata de preguntar si la vida humana es un bien jurídico *renunciable* por su titular, sino si cabe consentir con eficacia en la *puesta en peligro* de dicho bien. En nuestro Derecho el homicidio doloso consentido es punible, como lo prueba la tipificación expresa —siquiera pueda resultar privilegiada— del homicidio no sólo consentido pasivamente, sino solicitado (homicidio-suicidio) en el artículo 409 Código penal (14). Si ni siquiera la solicitud activa excluye la pena, menos podrá excluirla el simple consentimiento. Dejamos aparte el tratamiento que deban merecer casos extremos de eutanasia activa (15) y prescindimos de lo que sería deseable *de lege ferenda*. En cualquier caso, la ineficacia eximente del consentimiento en la conducta voluntaria de matar no implica lógicamente que deba ser igualmente ineficaz el consentimiento en la conducta que pone en peligro imprudente-

---

(12) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, pp. 60 y ss. [= ZStW 95 (1983), pp. 433 y ss.]; el mismo, *La perspectiva ex ante en Derecho penal*, en "ADPCP", 1983, pp. 10 y ss. (= Festschrift f. Jescheck, I, 1985, p. 344); el mismo, *Lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en "ADPCP", 1989 (= Festschrift f. Armin Kaufmann, 1989, pp. 254 y ss.); el mismo, *Derecho penal*, cit., pp. 142 y ss.

(13) Cfr., en este sentido, BERDUGO, *El delito de lesiones*, p. 77. De acuerdo también en el ámbito de los delitos culposos (sólo), CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, PG, II, 1990, pp. 99 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., pp. 533 y ss. (= *Tratado de Derecho penal español*, trad. y adiciones de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, 1988, pp. 813 y ss.).

(14) Defiende una interpretación restrictiva del segundo inciso del artículo 409 CP, excluyendo de él el mero homicidio consentido y exigiendo que la víctima mantenga hasta el final el dominio del hecho, de modo que pueda seguir hablándose de un suicidio, SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, «ADPCP», 1987, p. 467. De acuerdo en lo esencial VALLE MUÑIZ, *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, «CPC», núm. 37 (1989), pp. 172 y ss. Cfr. también MUÑOZ CONDE, *Provocación al suicidio mediante engaño...*, «ADPCP», 1987, p. 310.

(15) Para los que queda abierta la puerta de la eximente de estado de necesidad: cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Eutanasia y Derecho penal*; en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 52 y ss.; VALLE MUÑIZ, «CPC», núm. 37 (1989), pp. 179 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, «ADPCP», 1988, pp. 124 y ss. También dejamos aparte la problemática de la participación en el suicidio, supuesto de participación en una autolesión distinto al aquí contemplado de consentimiento en un homicidio. Sobre la problemática constitucionalidad del artículo 409 CP, cfr. DEL ROSAL BLASCO, *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio*, «ADPCP», 1987, pp. 74 y ss.; CARBONELL MATEU, *Lliure desenvolupament de la personalitat i delictes contra la vida. Dues questions: suïcidi i avortament*, Lección inaugural del curso 1989/90. Universitat de les Illes Balears, pp. 8 y ss.; VALLE MUÑIZ, *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, «CPC», núm. 37 (1989), p. 168.



mente la vida. Es éste un comportamiento socialmente mucho más tolerable que el primero. Toda la vida social está impregnada de actividades peligrosas que se estiman lícitas por la ampliación que suponen de la esfera de posibilidades del individuo *en orden a configurar su vida*. No se trata aquí de que pueda estimarse positivo que el hombre renuncie a su vida, porque no es eso lo que se piensa cuando se valora positivamente el riesgo, sino de que dicho riesgo abre *posibilidades de vida*. Ante la incerteza de la muerte, puede apostarse por su no producción. La situación es distinta ante una acción voluntaria de matar: consentir en ella no persigue ampliar la vida, sino que supone renunciar a ella. No discuto que en algún caso ello pueda considerarse una decisión admisible como forma extrema de configuración de la propia trayectoria vital. Pero es fácil comprender que es incomparablemente mayor el beneficio que supone para la mayoría de personas el poder exponerse libremente a los riesgos que pueden reportarle satisfacciones. Este es el fundamento de la licitud del *riesgo permitido*, entendiendo por tal el sector de riesgos menores socialmente adecuados. Comparando el grado de peligrosidad y la utilidad social que representan, la sociedad considera admisible asumir dichos riesgos como típicamente irrelevantes. Cuando el riesgo es mayor y menor su utilidad social (sólo), será valorable positivamente cuando la posible víctima prefiera libremente correrlo, en uso del derecho fundamental que le reconoce la Constitución al “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10,1). Y cuando el riesgo haya de proceder de una conducta ajena, la valoración positiva de la decisión de quien desea exponerse al peligro no sería coherente con el intento de impedirlo prohibiendo penalmente la conducta peligrosa.

El planteamiento expuesto conduce, pues, a considerar que para una sociedad basada en la libertad resulte positivo y obligado incluso constitucionalmente no obstaculizar la posibilidad de elegir libremente poner en peligro la propia vida, aunque sea exponiéndose a una conducta imprudente de otra persona: conduce a admitir la eficacia eximente del consentimiento verdaderamente libre en una acción imprudente. La vía argumental seguida ha podido prescindir de la cuestión de si la vida es o no disponible por su titular, porque en estos casos lo que se valora positivamente no es una decisión de morir, de renunciar al bien jurídico de la vida, sino de vivir arriesgadamente.

En el caso objeto de la sentencia que comentamos ocurre que no es seguro que la víctima hubiera consentido en que el disparo se efectuase en el momento de moverse. Tampoco el recurso planteó la cuestión de la posible eficacia eximente del consentimiento. Pero en el supuesto de que constase el consentimiento plenamente libre de la víctima —máxime si es activo, de reto a la otra persona— y no existiesen obstáculos procesales como el señalado, la solución debería ser la absolución.