

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona

CONCURRENCIA DE CULPAS Y CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHOLICAS

(Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988)

UJALA JOSHI JUBERT

I

1. Los hechos de la sentencia que voy a comentar (STS de 25 de octubre de 1988) son los siguientes:

«Segundo... el referido imputado, conducía, a la sazón, su automóvil, bajo la influencia de bebida alcohólicas (...), siendo evidente que, el acusado, atravesó el paso de peatones de autos, es decir, por el paso de peatones debidamente señalizado y regido por semáforos, «atolondradamente» y cuando dicho semáforo, presentaba luz verde, próxima al ámbar, para los vehículos y roja para las peatones, no puede dudarse que, la culpa en que incidió (el ofendido), al no respetar las señales ópticas reguladoras del tránsito, influyó, muy poderosa e intensamente, en la causación del resultado dañoso...»

La Audiencia Provincial de Soria condenó al procesado, luego recurrente como autor de un delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas y de una falta de imprudencia simple. El recurso del Fiscal contiene dos motivos que, amparados en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia, respectivamente, la inaplicación del artículo 565.2 del Código Penal, en lugar del artículo 586.3 del mismo, y la aplicación indebida de su artículo 340 bis a) 1, de menor penalidad que la prevista en aquel artículo 565.2. Por su parte, el recurso del

procesado tiene tres motivos en los que, con igual sede procesal que los del Fiscal, se alega la aplicación indebida del repetido artículo 340 bis a) 1 y la infracción de los artículos 19 y 104 del mismo Código Penal. El Tribunal Supremo desestima todos los motivos.

2. El supuesto de hecho de esta sentencia se repite desgraciadamente a diario. Son muchos los conductores que conducen bajo la influencia de las bebidas alcohólicas, y también muchos los peatones que cruzan la calle sin respetar las mínimas normas de cuidado exigible. Consecuencia de todo ello son los accidentes, que pueden llegar a tener, y tienen, efectos letales. Esta sentencia del Tribunal Supremo, a parte de ser un caso muy usual, plantea algunas cuestiones dogmáticas que merecen ser analizadas en esta sección.

En primer lugar, prestaré atención a la llamada «conurrencia de culpas»: la evolución jurisprudencial desde la compensación a la concurrencia de culpas, los fundamentos jurisprudenciales y dogmáticos, y el lugar que debería ocupar en la actual teoría del delito. En segundo lugar, haré una breve referencia a algunos de los problemas que presenta la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando a consecuencia de ello se produce un resultado más grave [art. 340 bis a) 2 par.].

II

1. La concurrencia de culpas

1.1 *Posición tradicional de la jurisprudencia*: La no «compensación de culpas». Tradicionalmente la jurisprudencia entendía que la «compensación de culpas» no podía tener aplicación en Derecho penal. Son numerosas las sentencias en esta dirección (1). Cuando excepcionalmente se reconocían algunos efectos a la conducta de la víctima, en realidad era porque el resultado sólo era imputable a la conducta de ésta o porque el resultado no había sido previsible ni evitable para el autor (2).

Sin embargo, esta postura de no tener en cuenta en ningún caso la conducta de la víctima, no es aceptable puesto que infringe el principio de culpabilidad y significa además una vuelta a la doctrina del «*versari in re illicita*», imposible ya de sostener a partir de la reforma parcial y urgente del Código Penal de 1983.

En efecto, no tener en cuenta la conducta imprudente de la víctima significa resucitar la vieja doctrina del «*versari in re illicita*». Como es sabido, esta figura permitía atribuir a su autor todas las conse-

(1) Vid. CORCOY BIDASOLO, *Criterios jurisprudenciales entorno al delito imprudente*. «Tesina» mecanografiada, Barcelona, febrero 1984, p. 210 y ss.

(2) Vid. CORCOY, *Tesina*, pp. 212 y ss.

cuencias derivadas de una conducta inicial ilícita. Y esto es lo que ocurre si no se tiene en cuenta la conducta imprudente de la víctima: se atribuyen al autor que infringe una norma de cuidado todas las consecuencias de esta infracción aunque no fueran previsibles.

Esta doctrina es manifiestamente contraria al principio de culpabilidad y más específicamente al artículo 1 del Código Penal, que actualmente exige que por lo menos haya habido imprudencia en relación al resultado. Así pues, en el reconocimiento del principio de culpabilidad en el sentido de exigir dolo o imprudencia para que el autor responda penalmente, encontramos un primer argumento a favor del reconocimiento de la conducta de la víctima. Pues, si el autor sólo puede responder penalmente cuando el resultado por lo menos haya sido previsible, muchas veces la intervención de la víctima provocará un resultado distinto al previsto por el propio autor. No obstante, este límite no es suficiente. En efecto, a veces lo que ocurre es que el autor no ha creado ni tan sólo el riesgo realizado en el resultado.

1.2. *Posición actual de la jurisprudencia:* «la concurrencia de culpas»:

En la actualidad, la doctrina jurisprudencial mayoritaria reconoce efectos penales a la concurrencia de culpas. Un primer paso significativo ha sido el cambio de nombre. Ya no se habla de compensación de culpas sino de concurrencia de culpas. En palabras del propio Tribunal Supremo: «la más reciente doctrina de esta Sala tiende a considerar, *que en el ámbito penal, si bien no cabe la compensación de culpas, puede hablarse de concurrencia de conductas, que desplaza el problema, al campo propio de la causalidad, con su correlativa repercusión en la culpabilidad*, valorando los comportamientos confluente en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción —autor— como desde el pasivo de sus consecuencias —víctima—, de forma que cuando aparezcan conductas plurales y simétricas en el suceso precedente de varias personas que ocasionan un evento dañoso, se origina un concurso de conductas, para cuya calificación debe procederse al examen de cada una con individualización, como si se tratase de entidades separadas, y obtenida la graduación específica de cada conducta concurrente, a fin de determinar su eficacia preponderante, análoga o de inferioridad respecto a las otras, llegando por este sistema a su delimitación y estimación penal más adecuada y correcta (3)».

(3) STS de 30 de diciembre de 1987 (R. 9.905) (el subrayado es mío). Vid., en el mismo sentido, SSTS de 28 de marzo de 1985 (R. 2.040), 1 de octubre de 1985 (R. 4.605), 26 de septiembre de 1985 (R. 4.452), 8 de junio de 1985 (R. 2.976), 23 de julio de 1987 (R. 5.619), 31 de enero de 1986 (R. 213), 18 de febrero de 1986 (R. 621), 2 de junio de 1986 (R. 3.090), 25 de septiembre de 1986 (R. 4.837), 23 de enero de 1985 (R. 343), 5 de febrero de 1985 (R. 867), 22 de febrero de 1985 (R. 1528).

De acuerdo, pues, con esta doctrina jurisprudencial, la concurrencia de culpas es una estructura vinculada, en primer lugar, al problema de la relación de causalidad, y en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, con efectos en el campo de culpabilidad.

¿Pero, cuales son, para el Tribunal Supremo los efectos concretos que debe producir la concurrencia de culpas? Son también numerosas las sentencias recientes que declaran que «esa interferencia de la culpa de la víctima al resultado común, puede influir de los siguientes modos, tanto en lo que concierne a la responsabilidad penal, como en lo referente a la responsabilidad civil: 1.º *degradando la intensidad de la culpa en que haya incurrido el agente*, y ello, según la mayor o menor incidencia que dicha culpa concurrente haya tenido en la causación del suceso, pudiendo producirse el descenso en uno o dos peldaños en la escala culposa; 2.º *moderando el «quantum» de la indemnización*, en proporción a la influencia que el comportamiento del ofendido a la víctima hayan tendido en la afectación del evento, si bien dicha moderación no puede afectar a aquellos ofendidos o perjudicados, que ni por si mismos, ni a través de la persona de la que traen causa hayan influido para nada en el curso causal de los acontecimientos..., 3.º en casos sobre si el sujeto pasivo, toda la responsabilidad de la causación del resultado, *exonere de toda responsabilidad al activo»* (4).

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucedía en la jurisprudencia tradicional, en la actualidad, para el Tribunal Supremo, la llamada «concurrencia de culpas» no sólo puede degradar la responsabilidad penal del sujeto activo, sino que incluso puede haber casos en que debido a la mayor intensidad y eficacia de la culpa de la víctima, el sujeto activo quede exento de toda responsabilidad penal.

En mi opinión es correcto otorgar a la concurrencia de culpas toda esa gama de efectos prácticos, que —recordemos puede ir desde la absoluta irrelevancia penal de la conducta de la víctima hasta la sola apreciación de la conducta de esta última, y puede también, por último, influir en la indemnización civil. En cambio, no me parece acertada la fundamentación y ubicación dogmática que la jurisprudencia da a este problema. En efecto, según el Tribunal Supremo las consecuencias del comportamiento de la víctima deben estudiarse en la teoría de la causalidad y en la culpabilidad. Sin embargo, no deja de ser dudoso que el comportamiento de la víctima pueda desplegar sus efectos en el ámbito de la relación de la causalidad: en estos casos no estamos ante un problema causal. No cabe duda de que existe una relación de causalidad entre la conducta de la víctima y el resultado lesivo, y entre la conducta del autor y el mismo resulta-

(4) STS de 30 de diciembre de 1987 (R. 9.905) (El subrayado es mío), Vid. en el mismo sentido las sentencias citadas en la nota 3.

do. En nuestro caso es evidente que la conducta del autor —conducir un vehículo a motor atropellando a la víctima— es causa del resultado, como también lo es el hecho de que la víctima cruce la calle en luz roja y sin cerciorarse de que no viene ningún coche. Sin embargo, de la confirmación de esta relación no se puede sin más derivar consecuencias jurídicas para los intervinientes en el hecho. Es necesario además que la conducta del autor cree un riesgo jurídicamente desaprobado (*ex-ante*) que se realice en el resultado (*ex-post*) (5). Es decir, hace falta que entre la conducta y el resultado pueda constatare una relación de imputación objetiva (6).

Es también dudosa, por otro lado, su vinculación con la categoría dogmática de la culpabilidad. Se trata más bien, como veremos más adelante, de un problema de conductas concurrente, y por lo tanto de injusto. Otra cuestión distinta es bajo qué condiciones de motivabilidad se han comportado los sujetos.

Antes de analizar estos dos puntos en relación con los hechos de nuestra sentencia, me gustaría exponer de forma breve las opiniones de la doctrina.

1.3. *La doctrina*

1.3.1. En primer lugar una advertencia: la problemática de los efectos que deben reconocerse a la conducta de la víctima que causa junto con la del autor el resultado lesivo aparece no sólo en los delitos imprudentes, sino también en los delitos dolosos. Este es por ejemplo el tema del que se ocupa la reciente doctrina de la victimodogmática. Silva Sánchez (7) dice que la victimodogmática parte de la constatación victimológica de la existencia de ciertas víctimas que, ya sea por actos dolosos, ya por actos imprudentes, contribuyen a la producción del hecho delictivo y pueden calificarse, en mayor o menor medida, de co-responsables del mismo».

En realidad, son bastantes las combinaciones que se pueden dar de concurrencia de una conducta del autor y una conducta de la víctima. Así por ejemplo puede ocurrir que la lesión de un mismo bien jurídico se produzca por la concurrencia de una conducta dolosa del autor y una imprudente de la víctima, o una dolosa del autor y una también dolosa de la víctima, o una imprudente del autor y una dolo-

(5) Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la STS sala 2 de 27 de enero de 1984)*, p. 1044, «La Ley», 1984.

(6) La necesidad de la imputación objetiva no es sólo aceptada por la mayoría de la doctrina sino que la acoge también un sector de la jurisprudencia, vid. en este sentido por ejemplo STS de 5 de abril de 1983.

(7) Vid. sobre la victimodogmática SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito. Introducción al debate sobre la victimodogmática en «Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona»*, libro Homenaje a Beristáin, San Sebastián 1989, pp. 633 y ss.

sa de la víctima, o bien, una imprudente del autor y una imprudente de la víctima.

Ejemplos: 1. Dolo del autor + autopuesta en peligro dolosa de la víctima: A se quiere suicidar y B le ayuda, incluso con actos ejecutivos, a morir. 2. Dolo del autor + autopuesta en peligro imprudente de la víctima: A quiere atropellar a B. A conoce que cada día al salir de trabajo B cruza la concurrida autopista X. En efecto, el día previsto, B cruza la autopista sin cerciorarse de si viene algún coche, y A lo atropella. 3. Imprudencia del autor + autopuesta en peligro dolosa de la víctima: El procesado había emprendido un viaje en automóvil con una mujer con la que tenía estrechas relaciones, habiendo dejado sobre el salpicadero su pistola reglamentaria que llevaba cargada. La mujer cogió la pistola del salpicadero durante una interrupción del viaje en un momento en que el procesado no lo notó y se mató de un disparo. El procesado sabía que la señora S. frecuentemente caía de repente en un estado de depresión y melancolía y aunque él conocía su propia costumbre de colocar la pistola sobre el salpicadero cada vez que se ponía al volante (supuesto de hecho del Tribunal Supremo Federal Alemán, BGHSt. 24, 342 y ss.). 4. Imprudencia del autor + autopuesta en peligro imprudente de la víctima: la víctima conducía por la noche un ciclomotor, llevando en el sillín posterior una compañera por la autopista, lo que reglamentariamente está prohibido; y aunque correctamente circulaba por su derecha fue golpeado por el automóvil del inculpado, que con luz de cruce circulaba a cien Kilómetros hora, lo que no le permitió apercebirse de la existencia del ciclomotor fuera de la zona iluminada y de poder frenar de forma efectiva, por lo que colisionando con el ciclomotor lo derribó cayendo sus ocupantes y muriendo su viajera (supuesto de hecho de la STS de 26 de septiembre de 1985).

En esta ocasión me ocuparé tan solo de los supuestos que responden a la estructura de imprudencia del autor + autopuesta en peligro imprudente de la víctima, como sucede en los hechos de la sentencia elegida. Estas situaciones se caracterizan por reunir los siguientes elementos: 1. una conducta imprudente de un sujeto no consentida por la víctima; 2. una conducta imprudente de la propia víctima, a veces no previsible por el autor; 3. la lesión de un bien jurídico de la víctima causada por ambas conductas.

La cuestión consiste en saber si hay que imputar la lesión del bien jurídico al autor exclusivamente, o bien si su responsabilidad puede variar debido a la contribución causal al daño por parte de la víctima.

1.3.2. Examinemos a continuación que dice la doctrina al respecto.

El sector doctrinal que defiende la existencia de un principio victimodogmático parte de una de las siguientes consideraciones (8):

(8) Vid. SILVA, *Homenaje a Beristain*, p. 633 y ss.; WAIWALD, *Ein alltäglicher Straffrechtstall oder: einige Schwierigkeiten der Fahrkässigkeitstheorie* OLG Celle, URS 63 (1982), 72 JuS 1989, p. 188.

1. A veces la víctima no adopta ni las mínimas medidas de protección que le serían exigibles, en estos casos es de suponer que no quiere protegerse, si esto es así, entonces no es necesaria la intervención del Derecho penal.

2. La otra consideración se deriva en parte de la anterior, y dice lo siguiente: si el derecho penal debe intervenir, según mandato constitucional, sólo cuando no haya ningún medio menos lesivo —principio de última ratio y principio de subsidiariedad del Derecho penal— (9) en los casos en que la víctima no se protege, luego, en virtud de este principio, el Derecho penal no tiene que intervenir. Según esto, el principio victimodogmático debe presidir la interpretación de los tipos penales, operando pues como un sistema de reducción teleológica.

No se trata en este lugar de entrar a discutir el principio victimodogmático, ni su alcance en Derecho penal (10), sino sólo si la co-causación del resultado por el autor y la víctima, en los delitos imprudentes puede influir en la responsabilidad del primero. Y, si la respuesta es afirmativa, deberemos también resolver de que modo debe influir y a que categoría dogmático-penal debe de afectar.

Corcoy (11) señala que la doctrina ha propuesto tres soluciones para tener en cuenta la concurrencia de culpas:

1. Según una primera postura la concurrencia de culpas debería tomarse en cuenta en la determinación de la infracción de la norma de cuidado, es decir, para determinar la gravedad del injusto;

2. para una segunda doctrina se trata de un problema de autoría y participación, y

3. finalmente, una tercera postura entiende que en estos casos queda excluida la responsabilidad penal del «autor» por faltar la imputación objetiva.

A estas tres posturas es necesario añadir una cuarta según la cual la concurrencia de la conducta de la víctima en el resultado lesivo sólo puede tener relevancia en la medición de la pena. Pasemos a continuación a examinar cada una de estas soluciones.

A) La concurrencia de culpas debe resolverse en el ámbito de la doctrina de la autoría y participación. Esta es la posición que por ejemplo defiende para algunos supuestos Luzón Peña (12). En efecto, para este autor puede suceder que debido a la escasa aportación causal de la conducta imprudente al resultado, al sujeto («el autor») no se le pueda calificar de «autor» sino sólo de «partícipe»; pero si en

(9) *Ibidem* not. 8

(10) Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Homenaje a Beristain*, pp. 633 y ss.

(11) CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el Delito imprudente*, «Tesis» mecanografiada, Barcelona junio 1988, pp. 190 y ss.; El mismo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. 1989, PPU, pp. 345 y ss.

(12) LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la circulación (Estudios de la jurisprudencia del T.S.) 1985, *passim*, ed. Bosch.

el delito imprudente no cabe castigar la participación, su conducta será atípica, y por tanto impune (13). Sin embargo, en mi opinión esta afirmación no es correcta por varias razones.

En primer lugar, la distinción entre autoría y participación no puede realizarse a partir de la «contribución causal» de cada uno de los intervinientes en el suceso. Como este mismo autor señala citando a Jescheck (14) «una acción es causal para el resultado o no lo es, pero no es más o menos causal (11); la relación de la causalidad, como dice también Gimbernat (15), existe o no existe, pero no es cuantificable. Si una condición ha sido causa del resultado podemos sin más decir que entre tal condición y el resultado existe la relación de causalidad. Lo que sí es, en cambio, cuantificable es el riesgo creado. Se puede haber creado más o menos riesgo. Pero, entonces no estamos ya ante un problema de causalidad sino de imputación objetiva. Por lo tanto, si la relación de causalidad no puede graduarse, no tendrá sentido decir que una conducta es más causal que otra, y en consecuencia la distinción entre autoría y participación tampoco podrá tener lugar en este ámbito. Entre la conducta del autor y el resultado habrá relación de causalidad, igual como la habrá entre la conducta del partícipe y el resultado. Así pues, la distinción entre estas dos formas de intervención en el delito se realizará en base a otros criterios, como por ejemplo pueden ser el del «dominio del hecho», «el de la pertenencia del hecho»... (16).

En segundo lugar, la concurrencia de culpas, en sentido estricto, no es un problema de autoría y participación. En efecto, precisamente, una de las características de los supuestos que aquí estamos analizando es que entre el «autor» y la «víctima» no existe relación alguna. El hecho de que la conducta del autor y la de la víctima pongan en peligro a un mismo bien jurídico es meramente casual. En ninguno de los dos sujetos concurre el ánimo de participar en el hecho de otro, y en cierto modo los dos tienen el dominio del hecho respecto a su contribución. A lo sumo se podría hablar de autoría accesoria (17).

En definitiva, las categorías dogmáticas de autoría y participación no ofrecen ninguna solución para estos casos.

B) La concurrencia de culpas es un problema de imputación ob-

(13) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal*, p. 79

(14) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal*, p. 29

(15) GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, 1966, Madrid, p. 92.

(16) Evidentemente no voy a discutir en este lugar cual es el criterio más adecuado, puesto que ello requiere un estudio en profundidad. Vid. sobre este tema, por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., 1985, pp. 311 y s.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.ª ed. 1984, passim.

(17) Vid. en este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Injusto*, p. 453.

jetiva. Esta es la posición que por ejemplo defienden Roxin (18), Gimbernat (19), y en algunos casos también Luzón Peña (20).

En realidad Roxin analiza casos en los cuales la conducta de la víctima es dolosa y la del autor imprudente (21). En efecto, este autor estudia cuatro constelaciones a modo de ejemplo, a saber, la provocación imprudente de suicidios, de autolesiones, y de casos de autopuesta en peligro; la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste; los daños sobrevenidos posteriormente; y casos en que se produce un segundo daño. En todos ellos estima que la imputación del resultado no es posible porque las conductas que han causado el resultado quedan fuera del fin de protección de la norma. Entiende que su tratamiento adecuado es de carácter civil: aplicación del párrafo 254 BGB, que contempla el supuesto de que la propia víctima haya tenido culpa también en la producción del daño, en cuyo caso se hace depender de las circunstancias no sólo la cuantía de la indemnización sino incluso la propia existencia del deber de indemnizar (22). Esta solución puede ser adecuada para los casos que Roxin estudia. En efecto, como he dicho más arriba, en todos estos supuestos o bien la conducta de la víctima es dolosa, con lo que tiene el dominio del hecho ella misma, o bien la víctima consiente en que el autor la ponga en peligro. Pero, en el supuesto de hecho de la sentencia que analizamos no ocurre ninguna de estas dos cosas. Ni la víctima tiene el dominio del hecho sobre la totalidad —no «domina» la conducta del conductor— ni consiente que el autor realice la conducta que le pone en peligro. Por lo tanto, como veremos más abajo, la solución tendrá de ser otra.

Luzón (23) entiende también que en caso de concurrencia de conductas del autor y la víctima para determinar la existencia de responsabilidad del primero habrá que comprobar si concurren los elementos del delito imprudente, entre los cuales hay que contar con la imputación objetiva. Puede suceder, en su opinión, que falte la imputación objetiva porque el resultado producido está fuera del fin de protección de la norma. Evidentemente esto puede ocurrir, no obstante encontraremos casos de concurrencia de conductas en que el problema sea otro.

C) La concurrencia de conductas influye en la gravedad del injusto.

(18) ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, Madrid, (Trad. Luzón Peña), pp. 128 y ss. y 181 y ss.

(19) GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 156 y ss.

(20) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal*, pp. 29 y ss.

(21) Vid. ROXIN, *Problemas básicos* pp. 183 y ss.

(22) ROXIN, *Problemas básicos*, p. 178, en donde dice además: «...el Derecho penal, que sólo tiene la alternativa de apreciar o excluir toda la responsabilidad, debería optar por la vía de la limitación del fin de protección, dada la subsidiariedad de las sanciones jurídicopenales».

(23) LUZÓN, *Derecho penal* pp. 77 y ss.

Algún autor considera que la concurrencia de culpas en algunos casos no llega a excluir la imputación objetiva, pero disminuye la gravedad del injusto (24). Esto sucede, por ejemplo cuando no todo el peligro creado y realizado después en el resultado es atribuible al «autor», sino que el resultado es consecuencia de «dos riesgos»: el creado por la víctima y el creado por el autor.

Estimo que esta posición es correcta. La mayoría de las veces en que la jurisprudencia «degrada» la imprudencia del autor es porque el resultado no se puede imputar tan sólo a la infracción de la norma del autor. A parte del riesgo creado por este, hay que sumar el creado por la propia víctima.

D) La concurrencia de conductas sólo tiene relevancia en el marco de la medición de la pena. Esta postura se ha defendido sobre todo en relación a los delitos dolosos (25). Desde este punto de vista se alega que la argumentación victimodogmática tiende a una limitación del Derecho penal a costa de la víctima y que puede llevar al hundimiento del Derecho penal. Además, continúa, de tomarse en cuenta la conducta de la víctima ya en el tipo se estaría realizando, en realidad, una reducción teleológica de los tipos penales o bien se recurriría a una utilización analógica de las causas de justificación. Y ambos métodos son, sino inconstitucionales, por lo menos de dudosa constitucionalidad (26).

En cambio, en los delitos imprudentes tanto la doctrina como la jurisprudencia —que en España acude al concepto de concurrencia de culpas y en Alemania al de *Mitverschuldens*— reconoce que la conducta de la víctima puede excluir la imputación objetiva del resultado al autor o por lo menos disminuir su injusto. Sin embargo, en mi opinión, no hay que descartar la posibilidad de que la conducta imprudente de la víctima determine tan sólo una menor pena del delito imprudente realizado por el autor. Pero esto lo analizaremos en el apartado siguiente.

1.4. Más arriba ya he dicho que el supuesto de hecho de la sentencia que comentamos no es un caso de «daño causado a otra persona con su consentimiento» —supuesto este que se caracteriza por el hecho de que la víctima no domina en todo momento con su decisión el peligro a que se expone—, sino que la víctima tolera que otro le ponga en peligro, perdiendo muchas veces el control (27) sobre el hecho.

(24) Vid. en este sentido, CORCOY, *Tesis*, p. 459; el mismo, *El delito imprudente*, pp. 345 y ss.

(25) Vid. HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opeferverhalten*, 1981, Göttingen. p. 8.

(26) Vid. AMELUNG, en la recensión a la obra de Hillenkamp citada en la nota anterior, G.A. 1984, pp. 580.

(27) Vid. ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 190 y ss. Cita como ejemplo de autopuesta en peligro el caso del sujeto que concierda con otra persona una alocada carrera de motos y acepta al hacerlo la posibilidad de sufrir un accidente por la propia impru-

Pero a diferencia de los supuestos usuales de autopuesta en peligro, en los cuales la víctima crea con su conducta todo el riesgo que ex post se verá realizado en el resultado, y en los cuales además el autor puede a lo sumo ser un partícipe, en la sentencia que aquí se analiza la víctima no crea por sí sola el riesgo del resultado. En otras palabras, en «la autopuesta en peligro» en sentido escrito, el resultado se puede imputar objetivamente a la víctima, puesto que es ella la que ex ante crea con su propia conducta un riesgo, y es este riesgo el que ex post se realiza en el resultado. En cambio, los otros casos de «autopuesta en peligro» también la víctima crea ex ante un riesgo para ella misma, pero no es este el que realiza en el resultado, sino otro, más grave debido a la creación también de riesgo por parte del autor, sin que, sin embargo, haya consentimiento de la víctima. Es decir, autor y víctima crean un riesgo dirigido a un mismo resultado, sin que exista acuerdo previo o simultáneo, expreso o tácito, y sin que haya habido relación de tipo alguno entre víctima y autor. En el plano de la causalidad ambas conductas son causales para el resultado. Por tanto, es imposible solucionar la concurrencia de culpas, como pretende la jurisprudencia, en el ámbito de la relación de causalidad. Como apuntaba más arriba, su correcta ubicación sistemática será normalmente en el injusto. Y digo normalmente, porque habrá casos en que se tratará tan sólo de un problema de medición de la pena.

No existe entonces, en mi opinión, una única solución. Lo correcto es distinguir esencialmente tres supuestos que analizaremos a continuación.

1. El autor crea un riesgo típicamente relevante que es el que se realiza en el resultado. Concorre previsibilidad. La víctima crea también un riesgo para ella misma.

Como puede observarse, concurren aquí todos los elementos necesarios para formular tanto el juicio de imputación objetiva como el de imputación subjetiva respecto del autor. El riesgo que crea el autor imprudentemente es el que se realiza luego en el resultado. De no concurrir ninguna causa de justificación y ser el sujeto normalmente motivable podrá en principio imponérsele la pena del delito imprudente correspondiente. Sin embargo, debemos preguntarnos si la conducta de la víctima de autopuesta en peligro puede tener alguna repercusión.

La característica principal en estos casos es que el resultado se hubiera también producido de comportarse la víctima correctamente.

Ejemplo: Un peatón cruza la calzada estando el semáforo en rojo. En aquel momento pasaba B conduciendo un coche a gran velocidad

dencia; y como ejemplo de daño causado a otra persona... el caso del sujeto que acepta ir sentado en el asiento trasero de una moto manejada por un conductor increíblemente temerario.

y sin prestar la menor atención. B atropella a A. Aunque A hubiera cruzado la calzada en el momento debido, B lo hubiera atropellado igualmente.

En consecuencia, el comportamiento de la víctima no afecta a la infracción de la norma realizada por el autor. Es decir, la conducta concurrente de la víctima no influye en el resultado acaecido. Este puede imputarse en su totalidad a la conducta imprudente del autor. Por lo tanto, la autopuesta en peligro por parte de la víctima no repercute en el injusto realizado por el autor. De todos modos, cabe aún la posibilidad de tener en consideración la conducta de la víctima en el ámbito estricto de la medición de la pena. De esta forma, si bien la concurrencia de conductas no daría lugar, en estos casos, a la exclusión de la imputación objetiva del resultado al autor, ni a un injusto de menor gravedad, sí que podría rebajarse la pena del autor (28).

2. El autor crea imprudentemente un riesgo típicamente relevante. Además, concurre una autopuesta en peligro de la víctima que aumenta el riesgo. Puede pues considerarse que el resultado es debido a dos conductas: al comportamiento imprudente del autor y a la autopuesta en peligro de la víctima.

Este caso es totalmente distinto al anterior. Aquí no está tan claro que la conducta de la víctima sólo pueda tener relevancia en el ámbito de la medición de la pena. En estos casos, el análisis de la conducta concurrente de la víctima puede poner en evidencia que la infracción de la norma realizada por el autor es menos grave. Lo correcto sería entonces disminuir también la pena, pero con otro fundamento: por haber cometido el autor un injusto de menor gravedad.

Claro está, que para poder llegar a esta conclusión deberán tenerse en cuenta todos los principios que en la imprudencia configuran la imputación objetiva: así por ejemplo, aunque la conducta de la víctima sea negligente no podrá tenerse en cuenta si entra dentro de lo abarcado por el principio de adecuación social...

3. El autor crea imprudente un riesgo típicamente relevante pero no es el que se realiza en el resultado. Este es consecuencia única de la conducta de la víctima.

Es evidente que en estos casos el resultado no es imputable al autor sino exclusivamente a la propia víctima.

1.4. Hechas estas consideraciones anteriores podemos ahora pasar a analizar el supuesto de hecho de la sentencia elegida.

(28) Así pues, la conducta de la víctima podría actuar también como una atenuante de la punibilidad.

Según el considerando reproducido al principio del comentario, el autor, conducía «atolondradamente». Seguramente, con ello se quiere indicar que su modo de conducir infringía las normas de cuidado exigibles en el tráfico. Pero a continuación, la sentencia señala también que la conducta de la víctima —cruzar cuando el semáforo estaba rojo— influyó poderosamente en la producción del resultado lesivo. Así pues, el resultado ha sido consecuencia del riesgo creado imprudentemente por el autor y de la autopuesta en peligro de la víctima.

El Tribunal Supremo toma en cuenta la conducta de la víctima y estima que la imprudencia del autor es sólo constitutiva de falta simple de imprudencia. Sin embargo, la fundamentación del Tribunal, como ya apuntábamos más arriba, es incorrecta. El hecho de que la conducta de la víctima sea causal con el resultado, no significa todavía que merezca ser desvalorada por el Derecho. Como ha sido puesto de relieve por numerosos autores, de la existencia de relación de causalidad entre una conducta y un resultado no se desprenden sin más juicios jurídicos (29). Con la sola existencia de relación de causalidad sin creación de riesgo, que por lo menos sea imprudente, no cabe responsabilidad penal.

Pero, lo cierto es que en este caso la conducta de la víctima no es sólo causal para el resultado, sino que es creadora de riesgo. La conclusión del Tribunal Supremo es pues correcta: debe «degradarse» la imprudencia del autor. En fundamento no reside, como pretende la sentencia, en una menor culpabilidad por parte del sujeto activo, sino en un menor injusto. La ubicación dogmática no es la culpabilidad, sino el injusto.

III

1. Esta sentencia plantea otro problema: la conducción bajo los efectos del alcohol produciéndose a consecuencia de ello un resultado lesivo. Sobre este tema quiero plantear sólo una cuestión: el ámbito de aplicación del precepto que regula la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y otras sustancias y su relación con la estructura de la *actio libera in causa*.

No obstante, antes de abordar el anterior problema conviene hacer mención de los cambios que en este artículo ha introducido la reciente reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989 (Ley Orgánica 3/1989).

La redacción anterior del tercer párrafo artículo 340 bis a) del Código Penal planteaba la cuestión de si para su aplicación el resultado

(29) Vid. por ejemplo, MIR PUIG, JESCHECK GIMBERNAT SILVA.

«lesivo o dañoso» que debía producirse tenía que haber sido abarcado por imprudencia o dolo, o si en cambio era suficiente con que como consecuencia de la conducción bajo la influencia del alcohol «resultare» lesión o daño (30). Sostener esta última interpretación significaba estar de acuerdo con la tan criticada doctrina del «*versari in re illicita*». Antes de la reforma de 1983 se acudía, para limitar su aplicación a los casos en que había habido dolo o imprudencia, al término «infracción» (31). A partir de 1983, el artículo 1 del Código Penal deja claro que ya no es posible la responsabilidad objetiva, y que sólo se responderá del resultado más grave si por lo menos ha sido abarcado por imprudencia.

La última reforma ha cambiado algo los términos de este párrafo. [A parte de que ahora ya no es el tercer párrafo del art. 340 bis a) sino el art. 340 bis c).] De acuerdo con la redacción actual: «Cuando de los actos sancionados en los dos artículos anteriores se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo cualquiera que sea su gravedad...»

Así pues, no basta con que resulte una lesión o daño, sino que tiene que haberse ocasionado un resultado lesivo. De esta forma queda más claro lo que ya exige el artículo 1 del Código Penal: para responder penalmente es necesario por lo menos imprudencia. La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, ha modificado también el párrafo 1 del artículo 340 bis a). Además de castigarse al que conduce un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, se castiga también al que lo hace bajo los efectos de sustancias psicotrópicas. Se continúa exigiendo pues que la conducción se haga bajo su influencia: para la realización del tipo no es suficiente la ingesta de alcohol —o cualquiera de las otras sustancias mencionadas en este precepto— por parte del sujeto activo, sino que es necesario que este influya en su conducta, haciendo de este modo más peligrosa la actividad de conducción (32).

2. Pasamos ahora a analizar el ámbito de aplicación de estos preceptos y su relación con la estructura de la «*actio libera in causa*».

(30) Según este artículo, «cuando de los dos actos sancionados en este artículo o en siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño...» Vid., sobre estos delitos, GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 1985, Bosch, *passim*.

(31) Vid. en este sentido, CEREZO MIR, *El versari in re illicita* y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) Código Penal español, *ADPCP* 1970, pp. 295; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Tom. II, artículo 340 bis a) p. 1263. GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción*, pp. 204 y ss.

(32) Vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 1262; COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal*, Parte Especial, 2.^a ed. 1987, p. 316: «no basta con que se conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas si de ello no deriva un atentado para el bien jurídico protegido»; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción*, p. 83.

La estructura del «*actio libera in causa*» (33) hace referencia a aquellos supuestos en que el autor, en un momento en que aún goza de capacidad penal para delinquir, provoca —dolosa o imprudentemente— la ausencia o presencia de cualquier elemento del delito, para delinquir de este modo impunemente. Es decir, en el momento en que el sujeto ataca al bien jurídico se encuentra en una situación que podríamos llamar, siguiendo a la doctrina alemana (34), «situación defectuosa» porque falta alguno de los elementos necesarios para atribuirle tal ataque. Pero es este mismo sujeto el que anteriormente ha provocado dolosa o imprudentemente esta situación defectuosa. No se trata en este lugar de analizar cual debe ser el tratamiento que estos supuestos deben recibir en Derecho penal español ni si se debe castigar la acción provocadora de la situación defectuosa o la misma situación defectuosa (35). El objetivo es tan solo dilucidar si el artículo 340 bis a) párrafo 1 en relación con el artículo 340 bis c) regula un caso de «*actio libera in causa*», o si por el contrario se refiere a otros supuestos. Para ello distinguiremos diversos supuestos en base a los siguientes criterios:

1. Se tendrán en cuenta tres momentos: el momento de beber bebidas alcohólicas (T.1), el de conducir bajo sus efectos (T.2), y el del ataque o lesión al bien jurídico (T.3)

2. Se distinguirá en cada momento si ha concurrido dolo o imprudencia.

3. Entiendo, en este contexto, que las expresiones siguientes significan:

a) *Beber con doble dolo*: beber para luego conducir y lesionar en estado de embriaguez un bien jurídico.

b) *Beber dolosamente*: beber a sabiendas de que luego se conducirá.

c) *Beber con doble imprudencia*: beber con la previsibilidad de que luego se conducirá, y con la previsibilidad de lesionar en este estado de embriaguez y conduciendo un bien jurídico.

(33) Sobre este tema ver en España: SILVA, *El delito de omisión, Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 369 y ss.; El mismo, La embriaguez atenuante o eximente en el delito del artículo 340 bis a) 1 (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la «*actio libera in causa*») RDCir, 1988, p. 170 y ss.; El mismo, *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida*, «La Ley», 1988, 30 de septiembre de 1988, p. 1 y ss.; El mismo, La estructura de la «*actio libera in causa*» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas (Una visión crítica de la última doctrina jurisprudencial), *La Ley*, 1988, 1, pp. 910 y ss. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Síndrome de abstinencia y «actio libera in causa»* (comentario a la STS de 3 de enero de 1988), «Poder Judicial», núm. 13, 1989, pp. 129 y ss. ROXIN, *Observaciones sobre la «actio libera in causa»*, «ADPCP», 1988, pp. 21 y ss. (trad. Muñoz Conde).

(34) Vid. por todos NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung. Berlin, 1985, passim.

(35) Vid. not. 33.

d) *Beber imprudentemente*: beber con la previsibilidad de que luego se conducirá.

e) *Beber fortuitamente*: beber sin saber ni poder preveer que luego se conducirá.

f) *Conducir dolosamente*: atentar dolosamente contra la seguridad en el tráfico.

g) *Conducir imprudentemente*: atentar imprudentemente contra la seguridad en el tráfico.

	T.1. (beber)	T.2. (conducir)	T.3. (lesión)
1	doble dolo	dolo	dolo
2	dolo	dolo	imprudencia
3	dolo	dolo	fortuita
4	dolo	imprudencia	dolo
5	dolo	imprudencia	imprudencia
6	dolo	imprudencia	fortuita
7	imprudencia	dolo	dolo
8	imprudencia	dolo	imprudencia
9	imprudencia	dolo	fortuita
10	imprudencia	imprudencia	dolo
11	doble imprudencia	imprudencia	imprudencia
12	imprudencia	imprudencia	fortuita
13	fortuita	dolo	dolo
14	fortuita	dolo	imprudencia
15	fortuita	dolo	fortuita
16	fortuita	imprudencia	dolo
17	fortuita	imprudencia	imprudencia
18	fortuita	imprudencia	fortuita

La cuestión es la siguiente: ¿qué supuestos deben castigarse de acuerdo con el artículo 340 bis a), cuales por los artículos 340 bis a) y 340 bis c), cuales en virtud de los principios de la «*actio libera in causa*», y cuales finalmente deben quedar impunes?

Primero.—Analicemos, en primer lugar, cuándo deberá aplicarse el artículo 340 bis a). De acuerdo con un sector doctrinal (36) estimo que podría acudir a este precepto tanto en supuestos de conducción bajo los efectos del alcohol dolosa como en la imprudente. Pero sólo en estos casos. Esto quiere decir, por un lado, que cuando se ocasione un resultado lesivo por infringir el autor alguna otra norma deberá acudir a otros preceptos, y por otro lado, cuando en el que hemos

(36) Vid. COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal, Parte Especial*, p. 317, y bibliografía allí citada. Según estos autores: «el delito surgirá en versión dolosa cuando el agente decida conducir un vehículo de motor a consciencia de hallarse bajo la influencia del alcohol o de una droga, en tanto que la forma culposa podría aparecer en las ocasiones en las que un sujeto realiza el hecho típico de conducir en el estado prohibido a causa de haber infringido el deber de cuidado que le era exigible».

llamado T.1 concorra dolo o imprudencia concretos, es decir cuando el sujeto en el T.1 provoque su embriaguez dolosa o imprudente en relación con un determinado resultado, tampoco será de aplicación este artículo. En conclusión, este artículo podrá entrar en juego en los casos 3, 6, 9 y 12. Sin embargo, es discutible que la conducción bajo los efectos del alcohol... realizada imprudentemente deba castigarse (36 bis). Por lo tanto, es preferible acudir al 340 bis a) sólo cuando, como dice la jurisprudencia, se bebe «a sabiendas» de que se conducirá.

Segundo.—¿Cuándo, además del anterior artículo, podrá aplicarse el 340 bis c)? En primer lugar, será necesario que se produzca un resultado lesivo. Ahora bien, este resultado tendrá que ser objetiva y subjetivamente imputable a su autor. Esto quiere decir lo siguiente: existencia de relación de causalidad entre la acción de conducir bajo los efectos del alcohol y el resultado típico, y por lo menos previsibilidad del resultado. Y, en segundo lugar, es preciso que el resultado lesivo sea consecuencia no sólo de una conducción irreflexiva, sino que es además necesario que esta conducción irreflexiva, se deba, a su vez, a la ingesta de alcohol (37).

Por lo tanto, podrá aplicarse el artículo 340 bis c) en relación con el 340 bis a) primer párrafo, en los casos 2, 4, 5, 7, 8 y 10.

Tercero.—¿Pero qué sucede cuando la infracción más grave de la que habla el artículo 340 bis c) es dolosa?

Ejemplo: un sujeto conduce dolosa o imprudentemente bajo la influencia del alcohol. En un determinado momento surge en él la intención de matar a un peatón que en aquel momento cruzaba la calzada.

Un sector de la doctrina estima que en estos casos no es posible aplicar esta regla concursal (38). Y que habría que acudir a las reglas concursales generales y aplicar el concurso real entre el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el delito cometido.

Esto es lo que sucede en los números 13 y 16 y también 4, 7 y 10. No obstante, no hay que olvidar que en todos estos casos el delito de resultado lo realiza un sujeto embriagado, y que, por tanto, puede tener disminuida la capacidad de culpabilidad. Por lo tanto, de no poder aplicar la estructura de la alic, debería de tenerse en cuenta esta capacidad de culpabilidad disminuida o incluso inimputabilidad total.

Cuarto.—¿Cuándo no deberán aplicarse estos artículos, y en cambio habrá que acudir a los principios de la alic? La estructura de la alic entrará en juego en los restantes casos (1 y 11). Es decir, en todos aquellos casos en que haya habido una provocación dolosa o

(36 bis) Vid. GÓMEZ PAVÓN, *La conducción*, pp. 161 y ss., que distingue entre la posibilidad jurídica y conceptual de la comisión culposa, y acepta la conceptual.

(37) Vid. autores citados en nota 32.

(38) Vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 1265.

imprudente (concretos) de la situación defectuosa. El modo de resolver, entonces, estos casos dependerá de la teoría que se acoja sobre la alic.

En conclusión, los artículos 340 bis a) 1 y 340 bis c) no regulan una situación de «*actio libera in causa*». En efecto, lo característico de la alic es que el sujeto provoca dolosa o imprudentemente (acción precedente, o acción provocadora de la situación defectuosa, en un momento en que goza de su capacidad penal una situación o un estado en los que ya no le será posible atribuir la lesión que bajo ellos realice. Ahora bien, para considerar a tal provocación dolosa o imprudente no es suficiente con que la provocación en si sea dolosa o imprudente (uno puede por ejemplo embriagarse queriendo, o bien beber con la previsibilidad de que acabará totalmente embriagado sin que sea posible hablar de alic). Es necesario que el dolo o la imprudencia vayan dirigidos a un delito concreto. Cuando este dolo o imprudencia concretos no existan es cuando podremos analizar si es de aplicación el 340 bis c).

3. El Tribunal Supremo castiga en nuestro caso al autor por el delito de conducción bajo los efectos del alcohol en concurso con una falta de imprudencia simple. La razón de apreciar el artículo 340 bis a) es la siguiente: «...a la sazón, conducía el vehículo que pilotaba, tras haber ingerido bebidas alcohólicas y bajo su influencia, siendo sabido y ha declarado esta Sala, incesantemente que, dicha ingestión, debilita o aminora las facultades de concretada atención, que debe tener todo conductor, y que se proyectan, tanto sobre las incidencias del tránsito, como sobre el mando y funcionamiento de los mecanismos del móvil que dirige y pilota recayendo, asimismo, ese estado precario de sus facultades físicas y psíquicas, sobre su capacidad de reacción y de adopción de aquellas medidas de precaución o elusión que las circunstancias cambiantes del tráfico exigen, las cuales quedan conturbadas y disminuidas si se ha ingerido alcohol en mayor o menor cantidad».

Como ya hemos dicho más arriba, no basta para aplicar este artículo conducir embriagado, sino que se requiere que se conduzca bajo la influencia de las bebidas alcohólicas (39). Y esta influencia debe probarse: de la mera comprobación de que el sujeto conduce embriagado no puede deducirse su influencia en la conducción. Por ello hubiera sido preferible que la sentencia que analizamos hubiera fundamentado la aplicación del artículo 340 bis a), no en base a consideraciones generales relativas a la influencia que normalmente ejerce el alcohol sobre las personas, sino teniendo en cuenta el caso concreto.

(39) A parte de la doctrina ya citada, ver por ejemplo la STS de 9 de diciembre de 1987: «en la conducción bajo la influencia de bebidas no es determinante el grado de impregnación alcohólica en sangre, sino la influencia del alcohol en la conducción».