

APA:

GIMBERNAT ORDEIG, E. (2023). Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, (37), 69-93.

IMPUTACIÓN OBJETIVA, PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA*

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG**

*Dedicado a la memoria de
Luis Felipe Ruiz Antón*

SUMARIO: 1. El problema. 2. La necesidad de distinguir entre la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida. 3. Crítica a la tesis que mantiene que es el criterio del fin de protección de la norma el que soluciona los problemas planteados. 4. Crítica a la tesis que mantiene que el criterio de la “competencia por organización” y el de las supuestas “incumbencias” de la víctima y del tercero son los que solucionan los problemas planteados. 5. Primera toma de posición: la participación en una autopuesta en peligro es en principio, impune en derecho español. 6. Segunda toma de posición: la heteropuesta en peligro consentida es punible en derecho español. 7. La participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida en la jurisprudencia del tribunal supremo. 8. Otra vez: la participación en una autopuesta en peligro. 9. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN:

El autor, en el presente artículo, analiza dos de las cuestiones más debatidas en la teoría de la imputación objetiva, es decir, lo referente a: la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida. En este sentido, parte de una diferenciación entre ambos supuestos y desarrolla el contenido dogmático que se le debe asignar a cada una de ellas para poder comprender la repercusión jurídico-penal que trae tal diferenciación.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida, fin de protección de la norma, competencia por organización.

* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 14, 2004, pp. 125-151.

** Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

TITLE: Objective Imputation, Participation in Self-Endangerment, and Consensual Endangerment by Another.

ABSTRACT:

In this article, the author analyzes two of the most debated issues in the theory of objective imputation: participation in self-endangerment and consensual endangerment by another. He begins by differentiating between these two situations and develops the dogmatic content that should be assigned to each, in order to understand the legal-penal implications of such a differentiation.

KEYWORDS: Criminal Law, objective imputation, participation in self-endangerment, consensual endangerment by another, norm protection purpose, organizational competence.

1. EL PROBLEMA

En la participación en una autopuesta en peligro —por ejemplo: el tercero vende heroína al drogadicto, falleciendo éste posteriormente al inyectársela, debido al alto grado de pureza de la droga, circunstancia que era desconocida tanto por el vendedor como por el comprador¹; a instancia de otro conductor, un motorista acepta competir con aquél en una carrera prohibida por las normas de diligencia, muriendo o resultando herido el segundo en el curso de su propia actividad imprudente²— el problema que se plantea es el de si la muerte o las lesiones sufridas por la víctima deben imputársele a quien generó la autopuesta en peligro, es decir, y en nuestros ejemplos: al vendedor de la heroína, al que desafió al motorista muerto o herido a participar en la competición, o si, por el contrario, la propia imprudencia de la víctima excluye la imputación objetiva del resultado a quien, imprudentemente también, dio origen a que el sujeto pasivo se sometiera voluntariamente a una situación de riesgo.

En la heteropuesta en peligro consentida, al igual que en la autopuesta, la víctima acepta también el riesgo de lesión, pero, a diferencia de la segunda, donde es el sujeto pasivo el que, en última instancia, *y con su propia actividad*, se autocausa su muerte o el daño a su integridad física, en la heteropuesta es un *tercero* el que, como autor directo, mata o lesiona a la víctima, si bien ésta es consciente de —y asume— el riesgo de lesión para su vida o su integridad al que aquél le está sometiendo. Como ejemplo de heteropuesta en peligro puede acudirse al de la persona que, consciente de que quien se encuentra al volante de un automóvil ni tiene permiso ni sabe con-

1 Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 20 de febrero de 1993, A. 1383. V. también la sentencia de 29 de mayo de 1991, A. 3983.

2 Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 25 de septiembre de 1986, A. 4837.

ducir, accede, no obstante, a ocupar el puesto de acompañante, produciéndose posteriormente, a consecuencia de una previsible maniobra imprudente del conductor, un accidente de circulación en el que la víctima pierde la vida o resulta lesionada, lo que plantearía nuevamente la pregunta de si esa asunción consciente del peligro por parte del acompañante excluiría—por ausencia de imputación objetiva— la responsabilidad del conductor por un homicidio imprudente³.

2. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE LA PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y LA HETERO-PUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA

Independientemente de si la hetero y la autopuesta en peligro deben recibir o no el mismo tratamiento juridicopenal y que la posición dogmática más extrema mantiene que, por ausencia de imputación objetiva, *en ambos casos* queda excluida la responsabilidad por delito imprudente del tercero, tanto cuando convence a otro de que se ponga a sí mismo en peligro, autocausándose este último una lesión, como cuando es el propio tercero el que, como autor material, causa la muerte o las lesiones de una víctima que ha asumido la situación de riesgo-, lo cierto es que en el *delito doloso* el CP, tanto en los delitos contra la vida como en los delitos contra la integridad física o psíquica, exige que se lleve a cabo esa diferenciación—que, naturalmente, y como toda diferenciación, presenta casos límite en los que es difícil decidir si, por ejemplo, estamos ante una cooperación al suicidio o ante un homicidio consentido—, y parte de ella para vincular distintas consecuencias jurídicas. Porque en los *delitos dolosos* contra la vida si el tercero entrega a la víctima, con conocimiento de que ésta la va a utilizar para causarse su propia muerte, una inyección con una sobredosis de morfina, siendo la propia víctima la que se la aplica, y, de esta manera, se suicida, aquél responde, sobre la base del art. 143.2, de una cooperación al suicidio con la pena de prisión de dos a cinco años, mientras que si ese tercero *aplica por sí mismo* a la víctima, y con la anuencia de ésta, la inyección letal, entonces el tipo que entra en juego es el del homicidio consentido del art. 143.3 y la pena aplicable sería entonces la más elevada de prisión de seis a diez años⁴. Y por

3 En las sentencias del TS de 23 de diciembre de 1963, A. 5168, y 26 de enero de 1981, A. 2465, se contemplan supuestos de hecho en los que, a consecuencia del comportamiento imprudente del conductor del vehículo, fallecen los acompañantes que habían consentido en la situación de riesgo que estaban corriendo.

4 V., por ejemplo, la sentencia del TS de 15 de diciembre de 1977, A. 4898, donde se castiga por un homicidio consentido del art. 409, último inciso, CP 1973 (que se corresponde con el vigente art. 143.3 CP 1995) al hombre casado que, con la anuencia de su amante soltera, que deseaba morir, “personal y materialmente inyectó a la referida joven los dos gramos de dicho medicamento diluidos en agua [una dosis mortal de ‘Nembutal’], determinando así su fallecimiento”, revocándose, con ello, la sentencia del tribunal de instancia que, equivocadamente, había aplicado a

lo que se refiere a los delitos *dolosos* contra la integridad física: Si el tercero da a la víctima un hacha para que se ampute la mano, y la víctima lo hace, entonces aquél no responde penalmente de nada, ya que se limita a participar en una conducta atípica —en una autolesión—, y ya que el legislador en el Título “De las lesiones” no ha creado un precepto especial que incrimine la inducción o la cooperación a esa autolesión, al contrario de lo que sucede en los delitos contra la vida, donde existe una disposición expresa que castiga la inducción y la cooperación al *comportamiento atípico* del suicidio; en cambio, *si el tercero*, en vez de entregar el hacha a la víctima con la que ésta después se automutila, *secciona por sí mismo* la mano que el sujeto pasivo ha colocado voluntariamente, y con el propósito de que se la corten, sobre la tabla de una carnicería, la consecuencia jurídica es que ese tercero ya no queda impune como si se hubiera limitado a participar en la autolesión de otro, sino que responde penalmente como autor de unas lesiones consentidas, entrando en juego el tipo privilegiado del art. 155⁵.

De todo ello se sigue: Si en los *delitos dolosos* el CP exige diferenciar, porque los tipos que entran en juego son distintos, o ni siquiera existe un tipo aplicable, y porque son distintas también, obviamente, las consecuencias jurídicas —inducción y cooperación al suicidio u homicidio consentido, participación *impune* en una autolesión o responsabilidad como autor de unas lesiones consentidas—, entre quien *mata* a otro con su anuencia (art. 143.3) y quien coopera a que otro se mate a sí mismo (art. 143.2), entre quien mutila a la víctima con su consentimiento (art. 155) y quien ayuda a otro para que se autolesione (comportamiento atípico), entonces *también tiene que ser posible distinguir entre la participación imprudente en una autopuesta en peligro* de quien, con su actuación asimismo imprudente, *se mata a sí mismo* (es el propio drogadicto el que negligentemente se inyecta la heroína adulterada letal que le ha vendido un tercero) y *la heteropuesta en peligro* de quien *mata a otro*, porque, sin saber conducir, estrella un coche contra un árbol, pereciendo el acompañante que ha accedido a viajar en el vehículo, a pesar de que conocía el peligro que corría al dejar en manos del conductor inexperto el manejo de dicho vehículo.

quien administró la inyección el auxilio al suicidio del art. 409, primer inciso, CP 1973 (que se corresponde, en lo fundamental, con el vigente art. 143.1 y 2 CP 1995).

5 Cfr., por ejemplo, la sentencia del TS de 5 de junio de 2002, A. 8035, en la que se condena por unas lesiones consentidas del art. 155 CP al hombre que, en el curso de unas relaciones sadomasoquistas libremente consentidas por ambas partes, causó gravísimas lesiones a su pareja sexual.

3. CRÍTICA A LA TESIS QUE MANTIENE QUE ES EL CRITERIO DEL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA EL QUE SOLUCIONA LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

Según una dirección dogmática mantenida en los inicios de la teoría de la imputación objetiva, y que todavía se sigue defendiendo actualmente, en los supuestos de conducta imprudente de la víctima, *y muy especialmente en aquellos de autopuesta en peligro*, la responsabilidad del tercero que originó imprudentemente esa autopuesta debería quedar excluida sobre la base del criterio del “fin de protección de la norma”.

Ciertamente que este criterio —a pesar de las críticas a las que está siendo sometido últimamente— *sigue conservando su plena vigencia para fundamentar* en algunos casos de causación dolosa o imprudente de un resultado típico *por qué*, no obstante, queda excluida la imputación objetiva y, con ella, la tipicidad de la conducta. Y así, el “fin de protección de la norma” es el que explica, por ejemplo, por qué no responde el autor imprudente de un atropello por la muerte de la víctima que, después de ser arrollada, fallece a consecuencia de un incendio que se declara en el hospital al que ha sido trasladada para ser curada de sus heridas. Si el legislador prohíbe que se circule negligentemente, la finalidad que con todo ello persigue es, obviamente, la de prevenir que quien resulta atropellado pueda morir por las lesiones que le produce el conductor imprudente, pero lo que con ello ni quiere —ni puede— impedir es que el accidentado perezca abrasado en el incendio de un edificio, ya que el establecimiento de esa prohibición no tiene incidencia alguna en la evitación o no-evitación de una muerte en tales circunstancias, *porque podría muy bien suceder que precisamente ese atropello* —si variamos uno de los factores del supuesto de hecho con el que estamos operando— *hubiera impedido que la víctima pereciera abrasada*, pues si lo que se incendia no es el hospital, sino su casa, en donde se habría encontrado en el caso de no haber resultado lesionada por el autor imprudente, entonces habría sido precisamente en el hospital donde se hubiera encontrado a salvo, evitando así que las llamas acabasen con su vida mientras se encontraba en su vivienda —ileso hasta entonces, porque no habría sufrido atropello alguno— contemplando tranquilamente la televisión. Con otras palabras: Si el legislador quiere prevenir, en serio, que una persona perezca abrasada en un edificio, entonces le surgiría la duda de si debía prohibir o permitir que alguien atropellara a otro imprudentemente, porque si lo que se incendia es la casa donde vive la víctima, entonces sería precisamente la circunstancia de encontrarse en el hospital— por lo que lo procedente sería permitir el atropello—la que habría salvado la vida del sujeto pasivo, de donde se sigue: la finalidad que persigue el legislador al prohibir que se atropelle imprudentemente a otra persona es prevenir que se pueda producir la muerte a consecuencia de las heridas sufridas en el accidente, pero no a consecuen-

cia de un incendio, ya que aquella acción puede condicionar *indistintamente* que perezca abrasado (si lo que es pasto de las llamas es el hospital) como que se salve de esa clase de muerte (si, mientras se encuentra en el hospital, lo que se incendia es su casa): el fin de protección de la norma que veda esa conducta no es el de impedir un fallecimiento a consecuencia de incendios de edificios, y, por ello, si se produce en esas circunstancias, procede la absolución del autor del accidente por un homicidio imprudente, por falta de imputación objetiva, ya que la muerte por incendio no pertenece a la clase de las que quería impedir el legislador cuando estableció la prohibición de circular imprudentemente por las carreteras⁶.

Que el criterio del “fin de protección de la norma” siga siendo uno de los básicos para excluir la imputación objetiva, como acabo de exponer en el análisis del “caso del incendio”, sólo demuestra su vigencia para los casos que caen dentro de su ámbito de aplicación; pero dicho criterio es solamente uno de los que informan la teoría de la imputación objetiva, sin que sea posible extender su aplicabilidad a otros supuestos en los que la eventual ausencia de imputación objetiva sólo puede explicarse sobre la base de otra clase de consideraciones.

Cuando se mantiene que en los casos de participación en una autopuesta en peligro quien, por ejemplo, ha propuesto imprudentemente la carrera de motocicletas dentro del casco urbano, debe quedar exento de responsabilidad criminal por ausencia de imputación objetiva sobre la base del criterio del fin de protección de la norma, si el otro competidor, también imprudente, resulta muerto, no se alcanza a comprender cómo con ese criterio se puede llegar a semejante solución. Pues si alguien impulsa a otra persona a colocarse en una situación de autorriesgo que acaba desembocando en un resultado lesivo para la víctima, aquél, con su conducta imprudente, está condicionando la conducta asimismo imprudente de quien le hace caso, siendo previsible que, como de hecho sucede, este último resulte muerto.

Si el tercero causa imprudente y previsiblemente las lesiones de la víctima, por mucho que ésta sea consciente del riesgo que corre, la afirmación apodíctica de que la norma que establece deberes de diligencia no quiere abarcar aquellos casos en los que la víctima asimismo actúa de manera negligente, y que, en consecuencia, queda excluida la imputación objetiva del resultado, carece de cualquier clase de explicación razonable, pues en ninguna parte está escrito, ni ello puede deducirse tampoco de una inexplicada e inexplicable interpretación teleológica, que la responsabilidad por homicidio o lesiones imprudentes deba quedar restringida sólo a aquellos casos en los que la víctima se ha comportado cuidadosamente.

6 Que en casos similares al del incendio la ausencia de imputación objetiva había que reconducirla al criterio del fin de protección de la norma, es una tesis que establecí ya en mis “Delitos cualificados por el resultado y causalidad”, 1966, pp. 156/157 (p. 161 de la reimpresión de este libro de 1990).

Lo que acabo de exponer no significa que el factor de la conducta arriesgada de la víctima no pueda excluir —al menos en determinados casos— la imputación objetiva: significa solamente que en estos supuestos al criterio del fin de protección de la norma no se le ha perdido nada, que la eventual ausencia de imputación objetiva tendrá que ser fundamentada necesariamente sobre la base de otras consideraciones, y que pretender decidir aquí sobre la responsabilidad o irresponsabilidad con aquel criterio no pasa de ser una afirmación gratuita con la que se trata de argumentar una solución intuitiva —pero no racionalmente— alcanzada, para la que se recurre a un “topos” prestigioso —al del fin de protección de la norma— cuya aplicabilidad a los casos que nos ocupan ni siquiera se intenta —porque no se puede— desarrollar con una mínima solidez.

4. CRÍTICA A LA TESIS QUE MANTIENE QUE EL CRITERIO DE LA “COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN” Y EL DE LAS SUPUESTAS “INCUMBENCIAS” DE LA VÍCTIMA Y DEL TERCERO SON LOS QUE SOLUCIONAN LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

1. Según un sector creciente de la doctrina, que ha encontrado también eco en la jurisprudencia, y que cuenta con muy cualificados defensores en la literatura nacional, la presencia o ausencia de imputación objetiva en los casos de auto- y de heteropuesta en peligro debe resolverse argumentando, como criterio rector, con el de la “competencia por organización”, criterio éste ideado originariamente por *Jakobs* como determinante, junto al de la “competencia institucional”, para clasificar en la omisión impropia los dos grupos imaginables de posiciones de garante⁷. Dentro de la competencia por organización, donde, aquellos a quienes les incumbe, “tienen que asegurar su propia organización, de tal manera que no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido”, *Jakobs* incluye, por ejemplo, la posición de garante del empresario para contener los riesgos derivados de su industria, así como la del propietario de una casa para controlar su tejado, a fin de que las tejas que lo integran no se desprendan sobre la calle⁸.

7 Esta bipartición de JAKOBS de las posiciones de garante no es más que un nuevo nombre para denominar la venerable teoría de las funciones de ARMIN KAUFMANN, coincidiendo la posición de garante derivada de la competencia por organización, en lo esencial, con la del garante-vigilante de KAUFMANN, y la que tiene su origen en la competencia institucional, con la de garante-protector de este último autor.

8 Por su parte, las posiciones derivadas de la competencia institucional coinciden básicamente con las que atribuye ARMIN KAUFMANN al garante-protector, incluyendo JAKOBS entre ellas las derivadas de la relación paternofilial y las del matrimonio, figurando aquí, por ejemplo, la obligación de los padres de alimentar y de cuidar de sus hijos, y la de cada uno de los cónyuges de impedir peligros para la vida, la salud o la libertad de su pareja

Transponiendo este criterio de la “competencia por organización” de la omisión impropia a los casos de auto- y de heteropuesta en peligro, se habla de que “un afectado que se coloca en una situación arriesgada, o que, imputablemente, no se desprende de ella, es competente él mismo para las consecuencias [lesivas], tanto de las conocidas como de las que no lo son”, ya que “las terceras personas no tienen que adaptar su organización con un mayor cuidado que el propio titular del bien jurídico a riesgos que ha originado este titular”, existiendo una “competencia de la víctima” y una “competencia del autor”, para lo cual es “decisivo ... determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima”. Sobre la base de las precedentes consideraciones se plantea la pregunta de si la víctima “ha organizado su lesión o no”, de qué es lo que pertenece a la “incumbencia de la víctima”, y qué es lo que sería de la “incumbencia de un tercero”, de “actividades arriesgadas organizadas conjuntamente por víctima y autor”, y de “esferas de competencia”.

2. a) En la omisión impropia, donde de lo que se trata es de determinar los deberes (“las competencias”, “las incumbencias”) que se imponen a los posibles garantes, el criterio de la competencia por organización no es uno vacío, sino que está lleno de contenido, lo que permite deducir para el caso concreto, mediante un proceso de subsunción, si a una determinada persona le incumbía o no mantener un foco de peligro dentro del riesgo permitido.

Como al anestesista, dentro de la “organización” de una intervención quirúrgica, le “incumbe” vigilar las constantes vitales del paciente, de ahí que, si omite hacerlo, deba responder de las consecuencias lesivas que se sigan de su abstención. Como el guardabarreras, en el marco de la “organización” del tráfico ferroviario, es el “competente” para bajar las vallas, de su “rol” como vigilante deriva su responsabilidad por las eventuales muertes y lesiones de los viajeros, en el caso de que no abata aquéllas cuando un convoy se aproxima al cruce de las vías férreas con una carretera. Como al controlador aéreo, dentro de la “organización” del tráfico de aviones, le corresponde la responsabilidad de que éstos despeguen y aterricen cuando no existan obstáculos, de ahí se sigue su “incumbencia”, y consiguiente responsabilidad, si una aeronave colisiona con un autobús que se encuentra en la pista, porque ese controlador ha omitido advertir de ello al piloto. En la “organización” de las obras de rehabilitación de un edificio, pertenece al “rol” del arquitecto técnico vigilar que el andamiaje cumpla con las normas reglamentarias, por lo que, si descuida su “competencia”, y permite que un obrero trabaje en unas condiciones que están en contradicción con las establecidas por las normas de prevención de riesgos laborales, en el caso de que el trabajador caiga al vacío, y fallezca, será ese arquitecto técnico el que tenga que responder de un homicidio imprudente.

b) Ciertamente, por tanto, y por ejemplo, que las intervenciones quirúrgicas, los tráficos aéreo o ferroviario y las rehabilitaciones de edificios se “organizan”, que

dentro de esas “organizaciones” ciertas personas tienen un “rol” *predeterminado por normas extrapenales o por la correspondiente lex artis* que hacen posible determinar con una relativa seguridad cuáles son las “competencias” de cada una de ellas, y que de ahí es posible inferir para el caso concreto si se han comportado o no conforme a lo que es de su “incumbencia”.

Pero el criterio de la “competencia por organización”, que puede ser de utilidad en la omisión impropia para establecer quién y con qué alcance es garante, carece de cualquier sentido inteligible cuando se transpone, como criterio de imputación objetiva, a los casos de participación en una autopuesta en peligro y de heteropuesta en peligro consentida. Porque: ¿en qué norma extrapenal o integrante de una *lex artis* figuran *predeterminadas* las competencias que corresponden, por una parte, al motorista que propone una carrera dentro del casco urbano, y, por otra, a un segundo motorista que la acepta, de tal manera que sea posible inferir de esas supuestas y, en realidad, inexistentes competencias a quién hay que atribuir las lesiones que se autocausa este último participante? Ciertamente que tiene sentido preguntarse si el guardabarreras se ha comportado conforme a su “rol” —esto es: si ha cumplido las obligaciones preestablecidas que le impone su papel como tal—, pero ¿dónde están las normas previas —escritas o no— que nos permitan poder establecer a priori “si la víctima ha desempeñado [o no] el rol de víctima”? Naturalmente que las intervenciones quirúrgicas y las rehabilitaciones de edificios como el tráfico aéreo o ferroviario se “organizan”, pero ¿cómo es posible decir, en serio, que si un sujeto incendia una casa, resultando con graves quemaduras el viandante que, al advertir el siniestro, penetra en el edificio y logra salvar a uno de los moradores, todo ello puede describirse como la “organización de una autolesión” para, sobre esa base, determinar cuál es la “competencia” del incendiario y cuál la del heroico ciudadano que, para salvar a otra persona, ha resultado él mismo lesionado?

Lo que aquí realmente está sucediendo, al contrario del procedimiento que se sigue en la omisión impropia, en donde, de la “competencia por organización” y de las “incumbencias” preestablecidas se pueden deducir, para el caso individual, los deberes —y la consiguiente imputación penal en el supuesto de que éstos se infrinjan— que corresponden a quienes detentan los distintos “roles” dentro de la concreta organización, es que, primero, tanto en los casos de auto- como de heteropuesta en peligro, se alcanza intuitiva e irracionalmente la solución de que la responsabilidad por el homicidio o por las lesiones imprudentes le incumbe a la víctima con exclusión de la del partícipe en la autopuesta en peligro o de la del autor en la heteropuesta en peligro consentida, o que le incumbe a estos últimos con exclusión de la de la víctima, o que corresponde compartidamente a todos ellos y, posteriormente, se cuelga a la percha de la “competencia por organización” y de unas supuestas “incumbencias”, para fundamentarlas, esas soluciones previamente alcanzadas.

3. Como con esas pretendidas “incumbencias” que corresponderían —o dejarían de corresponder— a la víctima y/o al partícipe en la autopuesta en peligro y/o al autor de la heteropuesta en peligro consentida, tales “incumbencias” —y al contrario de lo que sucede en la “competencia por organización” de la omisión impropia— carecen de cualquier contenido conocido *previo*, un importante sector de la dogmática jurídicopenal pretende rellenar esa “laguna” —pero, por así decirlo, a toro pasado— con el llamado “principio de autorresponsabilidad”. Según este principio, deducido de unas supuestas consideraciones constitucionales, quien se pone en peligro o acepta que otro le someta a un riesgo, sería responsable de las consecuencias lesivas que de ahí podrían derivar, su muerte o sus lesiones las habría “organizado” él mismo, y serían, consiguientemente, de su “incumbencia”, de donde habría que llegar a la conclusión final de que tanto en la auto- como en la heteropuesta en peligro el único “competente” para esas consecuencias sería la propia víctima, quedando exentos de responsabilidad por un homicidio o, en su caso, por una lesiones imprudentes el “no-competente” partícipe en la autopuesta en peligro y el “no-competente” autor de la heteropuesta en peligro consentida.

Contra todo ello hay que decir:

En primer lugar, que aunque se admitiera que el supuestamente constitucional “principio de autorresponsabilidad” es el que delimita la “competencia” de la víctima, ello no permite dar la cuestión por zanjada, si antes no se pregunta si no existe también algún otro principio que establezca cuál sería la “competencia” del partícipe en la autopuesta en peligro o del autor de la heteropuesta consentida, y como ese principio existe, ya que es el principio jurídicopenal de que está prohibido causar dolosa o imprudentemente la lesión de la vida o de la integridad física de otra persona, este proceso de argumentación con principios “competenciales” lleva al callejón sin salida de que en los supuestos que estamos estudiando todos los intervinientes —tanto quienes generan imprudentemente el autopeligro como quienes, como autores materiales, heterolesionan a quienes aceptan la situación de riesgo, como las víctimas que asumen el peligro— son “competentes” —los unos sobre la base del “principio de autorresponsabilidad”, y los otros, del de la prohibición jurídicopenal de la causación dolosa o imprudente de lesiones de bienes jurídicos ajenos—, y, con ello, responsables de las consecuencias lesivas.

La segunda objeción que hay que formular al “principio de autorresponsabilidad” —de acuerdo con el cual, siempre que la víctima asuma el riesgo de lesión, a ella deben imputársele, con carácter exclusivo y eximiendo de cualquier responsabilidad a los terceros, los resultados típicos sobrevenidos— es que si alguna cosa hay segura es que ese principio no es el que rige en el Derecho penal vigente. Pues

nuestro Código Penal, no de manera excepcional y no-generalizable, sino con *carácter absoluto*, ha establecido que *en todos los delitos dolosos contra la vida* la inducción y la cooperación al suicidio de personas autorresponsables —porque, si el suicida no fuera autorresponsable, entonces estaríamos en presencia de un homicidio o de un asesinato cometido en autoría mediata—, por muy autorresponsables que sean, ello no excluye, sino que deja intacta la punibilidad de quienes participan en la automuerte (art. 143.1 y 2), y que el homicidio en el que consiente una persona autorresponsable —porque, si no lo fuera, entraría en juego otra vez una autoría mediata—, igualmente, y por muy autorresponsable que ella sea, tampoco excluye, sino todo lo contrario: condiciona la responsabilidad del homicida por un delito del art. 143.3. Asimismo, y con *carácter absoluto* —que no excepcional ni no-generalizable— para *todos los delitos dolosos contra la integridad física o psíquica*, el Código Penal vigente ha establecido —excluyendo la responsabilidad únicamente en los supuestos de participación dolosa en una autolesión— que quien lesiona a una persona autorresponsable con su consentimiento —si no fuera autorresponsable, serían aplicables los tipos de las lesiones comunes, y no el privilegiado de las lesiones consentidas—, de nuevo, y por muy autorresponsablemente que preste su anuencia, es punible por unas lesiones del art. 155, sin que ese supuesto “principio de autorresponsabilidad” tenga virtualidad alguna para impedir la ineludible aplicación al autor de dicho precepto. De donde se sigue, resumiendo esta segunda objeción: No sólo es que el “principio de autorresponsabilidad” —con el que se quiere fundamentar la imputación a la víctima y la no imputación a los terceros de las consecuencias lesivas cuyo riesgo de producción ha sido aceptado por aquélla— no ha sido contemplado por el Código penal: es que *lo ha tenido en cuenta expresamente*, con carácter general para todos los delitos dolosos contra la vida y la integridad, *pero para descartar su vigencia*, y para establecer, por encima de cualquier duda posible, que, con la excepción de la participación dolosa en una autolesión, la actuación autorresponsable de la víctima no excluye la punibilidad de los terceros.

Finalmente: El autor de este trabajo está muy lejos de profesar respeto reverencial de clase alguna por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: ésta, como cualquier otro producto intelectual, sólo puede tener la fuerza de convicción que le den, no su autoridad, sino la solidez de los argumentos racionales sobre los que se base. Pero que cientos de magistrados de la Sala 2ª del Tribunal Supremo —cada uno, por así decirlo, de su padre y de su madre—, a lo largo de más de un siglo, ininterrumpidamente, y con algunas reservas y matizaciones en fechas muy recientes, hayan establecido que no existe “compensación de culpas” en Derecho penal, y que la imprudencia de la víctima no puede excluir la punibilidad del autor, si éste ha actuado también de manera negligente, no deja de ser un indicio de que no puede ser correcta esa “vuelta a la tortilla” que propugna la teoría de las “esferas de competencia” y del “principio de autorresponsabilidad”, en el sentido de que ahora hay que

mantener la tesis completamente opuesta de que por muy imprudentemente que haya actuado el autor de una heteropuesta en peligro consentida o el partícipe en una autopuesta, si ha concurrido también la culpa de la víctima, sólo ésta, y nunca aquéllos, será responsable por las consecuencias lesivas sobrevenidas.

5. PRIMERA TOMA DE POSICIÓN: LA PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO ES EN PRINCIPIO, IMPUNE EN DERECHO ESPAÑOL

1. En su art. 143.1 y 2 el CP castiga, respectivamente, la inducción y la cooperación necesaria *dolosas* al suicidio. El suicidio no es un homicidio, porque, si lo fuera, esos dos preceptos serían superfluos, ya que la punibilidad de la inducción y de la cooperación necesaria al homicidio deriva, sin más, poniendo en relación el art. 138 con el art. 28 a) y b). Pero como en el art. 138 la conducta que se castiga es la de “matar a *otro*” —el sujeto activo es distinto del pasivo— y el suicidio en lo que consiste es en “matarse a sí mismo” —el sujeto activo es aquí el mismo que el pasivo—, por ello no existe ninguna descripción legal que tipifique esta última conducta, y porque es atípica, ha sido necesario crear el art. 143.1 y 2 que, excepcionalmente, castiga la participación en un comportamiento —la automuerte— en sí no punible.

Como el art. 12 CP dispone que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”, ello quiere decir que únicamente si existe un precepto específico que tipifique la conducta imprudente paralela a la del *correspondiente* delito doloso, sólo entonces será punible también la realización imprudente del tipo objetivo. Y ello es lo que sucede en el homicidio: si se mata a “otro” —tipo objetivo— intencionadamente —tipo subjetivo del delito doloso—, el precepto aplicable es el art. 138, y si se mata a “otro” —tipo objetivo— por negligencia —tipo subjetivo del delito imprudente— entra en juego el art. 142, ya que en el supuesto del homicidio la ley sí que ha dispuesto “expresamente” el “castigo” de las correspondientes “acción u omisión imprudentes”. Por eso, si el conductor, al saltarse imprudentemente y a gran velocidad un semáforo en rojo, atropella y “mata a otro” que cruzaba confiadamente el paso de peatones, aquél responderá sobre la base del art. 142, porque en este caso la ley sí que ha dispuesto “expresamente” el “castigo” de la “muerte de otro” realizada por imprudencia.

En cambio, la conducta imprudente paralela a la participación (siempre dolosa) en el suicidio (art. 143. 1. y 2) no es punible en Derecho español. Ello es así, porque, por una parte, aquella conducta no es subsumible en el art. 142 (homicidio imprudente), ya que aquí no estamos ante un supuesto en el que, negligentemente, el autor mata “a otro”, sino ante un supuesto distinto en el que el sujeto ayuda a que “otro se mate a sí mismo”. Y porque, por otra parte, no existe en el CP una dis-

posición que “castigue expresamente” la inducción y la cooperación imprudentes al suicidio, por lo que, a falta de una disposición explícita que penalice esas conductas imprudentes, éstas, de acuerdo con lo previsto en el art. 12, deben considerarse atípicas.

2. Ciertamente que en los casos de participación imprudente en una automuerte imprudente —el “dealer” vende al drogadicto heroína, falleciendo éste posteriormente al inyectársela, desconociendo ambos que la droga estaba adulterada; el motorista invita a otro a competir dentro del casco urbano, falleciendo el último a consecuencia de su propia actividad imprudente—, ese sujeto que se automata imprudentemente no es un suicida, ya que el suicidio exige conceptualmente que uno se prive a sí mismo de la vida *queriendo hacerlo*. Pero si formulamos en términos técnicos juridicopenales la diferencia entre suicidio y autopuesta en peligro con resultado de muerte, a pesar de que ambas son conductas indubitadamente atípicas, habría que definir a aquél como la *automuerte dolosa* y a ésta como la *automuerte imprudente*, y, como en Derecho penal el dolo es más grave que la imprudencia, de ahí habría que deducir que la primera conducta: la automuerte dolosa (suicidio), también es más grave que la automuerte imprudente (autopuesta en peligro con muerte no querida de la víctima), y habría que deducir, asimismo, que, como la conducta más grave —participación imprudente en un suicidio— es impune —por ejemplo: si el “dealer” desconoce que la droga está adulterada, y que sus efectos son letales, pero el comprador lo sabe, y la compra precisamente para suicidarse, la conducta de aquél sería impune, porque sólo sería constitutiva de una participación imprudente en un suicidio—, también tiene que serlo la menos grave, esto es: la participación imprudente en un suicidio “imprudente” —por ejemplo: tanto el vendedor como el comprador ignoran la adulteración de la droga, y este último se la inyecta (autopuesta en peligro), suicidándose, así, “imprudentemente”—. Expresándolo todo ello con una frase: si, como debería estar fuera de discusión, la participación imprudente en un suicidio —que, para ser tal suicidio, tiene que ser siempre doloso— es impune, con mayor motivo tiene que serlo la participación imprudente en un suicidio “imprudente”, esto es: en una autopuesta en peligro que desemboca en la muerte de la víctima.

Si la autopuesta en peligro no conduce a la muerte, sino sólo a la lesión de la integridad física de la víctima, es todavía más fácil de demostrar por qué la participación imprudente en la autolesión, imprudente también, no puede ser punible: si la participación dolosa en una autolesión *dolosa* es impune, con mayor motivo lo tiene que ser la participación *imprudente* en una autolesión *dolosa*, y, con mayor motivo aún, la participación *imprudente* en una autolesión *imprudente*, es decir: la participación *imprudente* en una autopuesta en peligro que desemboca, asimismo imprudentemente, en la lesión de la víctima, por ejemplo: ignorando que la heroína

está adulterada, el vendedor se la entrega al drogadicto, quien, después de inyectársela, no muere, sino que sólo sufre un grave daño en su salud.

3. Resumiendo en pocas palabras todo lo que se acaba de exponer: Como la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio, siempre doloso) es impune en Derecho español, y como también lo es la participación imprudente (lo es, incluso, la dolosa) en una autolesión dolosa, de ahí se sigue que igualmente tienen que ser impunes las participaciones imprudentes en una automuerte o en unas autolesiones imprudentes, consecuencias de la autopuesta en peligro en la que se ha colocado la propia víctima.

6. SEGUNDA TOMA DE POSICIÓN: LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA ES PUNIBLE EN DERECHO ESPAÑOL

1. La conclusión general a la que acabamos de llegar: la participación en una autopuesta en peligro con consecuencias lesivas para la víctima es impune, conclusión que infra VIII será sometida a algunas matizaciones y limitaciones, fundamentando todo ello sobre la base de que el Código Penal no castiga ni la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio, siempre doloso) ni tampoco la participación imprudente —ni siquiera la dolosa— en unas autolesiones dolosas, de donde hay que seguir que, por ello, también tienen que ser impunes los comportamientos aún menos graves de participación imprudente en suicidios “imprudentes” y en autolesiones imprudentes, aquella conclusión no es extensible, porque no se puede utilizar la misma vía argumentativa, a los supuestos de heteropuesta en peligro consentida.

2. Si la correspondiente figura dolosa del homicidio consiste en “matar a otro” (art. 138 CP), sin que para la aplicación del tipo tenga trascendencia alguna el que la víctima haya aceptado o no el riesgo de que la podían matar —tan homicidio es el que se ejecuta sorpresivamente sobre un sujeto pasivo desconocido para el autor, y con el que éste acaba de cruzarse en la calle (es decir: sobre una víctima que nunca ha asumido el riesgo de que podían matarla) como aquél que comete el marido sobre la esposa enamorada, que, a pesar de las continuas y serias amenazas de muerte de las que está siendo objeto, no ha denunciado al esposo y ha preferido seguir conviviendo con él en el hogar familiar (es decir: sobre una víctima que sí que ha asumido el riesgo que corre su vida)—, no se ve el motivo por el cual en el homicidio imprudente tendría que regir otra cosa, y excluirse su aplicación en el supuesto de que la víctima fuera consciente de que la acción descuidada del autor podría conducir a su propia muerte: el CP castiga a “el que por imprudencia grave causare la muerte de otro” (art. 142.1) y al que “por imprudencia leve causare[n] la muerte de otra persona” (art. 621.2), y la muerte “se causa imprudentemente” tanto cuando la

víctima ignora como cuando conoce el peligro al que está siendo sometida, por lo que no existe razón alguna que pueda impedir la subsunción de ambos supuestos en el tipo correspondiente del homicidio imprudente (por imprudencia grave o leve, según los casos).

Y como lo mismo es aplicable a las lesiones dolosas: el tipo doloso es igualmente aplicable tanto si el sujeto no ha asumido riesgo alguno como si lo ha aceptado —la esposa enamorada de nuestro ejemplo ha recibido continuas y serias amenazas, no demuerte, sino de sermaltratada físicamente, amenazas que terminan convirtiéndose en realidad—, de ahí se sigue que las lesiones imprudentes son asimismo aplicables, independientemente de que la víctima haya conocido y asumido, o no, el peligro al que la sometía el autor.

3. Y si la imprudencia consciente de la víctima no anula la punibilidad del autor —el conductor responde del homicidio o de las lesiones imprudentes de la víctima, aunque ésta, como acompañante en el vehículo, hubiera conocido y asumido el manejo descuidado de aquél, y que, finalmente, se materializó en la muerte o en el menoscabo de la integridad física del sujeto pasivo—, lo mismo debe regir cuando la imprudencia de la víctima es inconsciente, siendo inconsciente también, en consecuencia, del peligro que corría: si el sujeto pasivo, abstraído en sus pensamientos y sin darse cuenta de ello, cruza la calle de una ciudad por un lugar que no es un paso de peatones, y resulta atropellado, y muerto o herido, por un automóvil que, en lugar de a la velocidad máxima permitida en vías urbanas de 50 kilómetros por hora, circula a 140, el conductor será responsable, en función de los resultados causados, de un homicidio o de unas lesiones imprudentes, porque la negligencia del peatón, irrelevante en el correspondiente delito doloso, lo es asimismo en el culposo, y no hace desaparecer de la faz de la tierra lo que es elemental: que ese conductor “ha causado por imprudencia grave la muerte de otro”, y que, por consiguiente, su comportamiento es subsumible en el art. 142.1 CP.

4. La tesis que aquí se defiende para los casos de heteropuesta en peligro consentida, en el sentido de que la imprudencia de la víctima no exime de responsabilidad al causante culposo de la lesión del bien jurídico, coincide con la tradicional del TS de que en Derecho penal no existe “compensación de culpas”. Sin embargo, la ulterior doctrina tradicional del TS de que, en tales casos, la imprudencia de la víctima puede degradar la del autor de grave a leve, no puede convencer. Porque la imprudencia grave—por ejemplo, circular a 140 kilómetros por hora en una vía urbana— se queda en lo que es: en imprudencia grave, sin que esa infracción temeraria de las normas de cuidado pueda verse afectada porque la víctima haya actuado o haya dejado de actuar también imprudentemente. Sin embargo: ciertamente que en la heteropuesta en peligro consentida —como ha sido puesto de manifiesto, acertadamente, por la doctrina—, el sujeto, sólo asume un riesgo, pero no consiente ni

en su muerte ni en sus lesiones —ni quiere morirse ni acepta el menoscabo real de su salud—, por lo que aquella figura no es paralela a la del homicidio consentido privilegiado del art. 143.3 —donde el sujeto pasivo quiere que le maten— ni a las lesiones consentidas privilegiadas del art. 155 —donde la víctima quiere que atenten contra su integridad física—; pero de la existencia de esos dos tipos privilegiados puede deducirse, analógicamente, que en estos supuestos de concurrencia de culpas la de la víctima puede condicionar, no la degradación de la imprudencia del autor —de grave a leve—, ni mucho menos aún la impunidad de éste, pero sí que aquella circunstancia sea tenida en cuenta para la determinación de una pena menos severa dentro del marco punitivo correspondiente.

7. LA PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Hasta ahora, en el presente trabajo se han defendido dos tesis:

Primera tesis: En la participación en una autopuesta en peligro de la víctima que desemboca en su muerte o en el menoscabo de su integridad física, esa conducta del partícipe es impune, porque si el Código Penal no castiga ni la participación imprudente en un suicidio doloso ni tampoco la participación imprudente en unas autolesiones dolosas —ni siquiera castiga la participación dolosa en unas autolesiones dolosas—, con mayor motivo aún tiene que considerar impunes las participaciones imprudentes en un suicidio “imprudente” o en unas autolesiones imprudentes.

Y segunda tesis: En la heteropuesta en peligro consentida, es decir: en aquellos casos en los que el tercero—no ya como partícipe, sino como autor material, mata o lesiona a otro imprudentemente, siendo este último conocedor del riesgo que asume—, ese autor material responde penalmente de un homicidio o, en su caso, de unas lesiones imprudentes, porque como en el homicidio y en las lesiones dolosas es irrelevante para la aplicación del tipo correspondiente que la víctima haya sido o no consciente del riesgo que corrían sus bienes jurídicos, lo mismo debe regir para los tipos paralelos del homicidio y de las lesiones imprudentes, que serán aplicables independientemente de si el “matado” o el lesionado conocían la situación de peligro en la que se habían situado. De todas formas, y como en los supuestos dolosos el consentimiento de la víctima, no en la situación de riesgo, sino en la lesión directa del bien jurídico —quiere que la maten, quiere que la lesionen— da entrada a los tipos privilegiados de, respectivamente, el homicidio consentido (art. 143.3) y de las lesiones consentidas (art. 155), de ahí se sigue que en tales casos puede ser procedente, no, como ha mantenido en ocasiones el TS, la degradación de la imprudencia de grave a leve —ya que la imprudencia, si es grave, no deja de serlo

porque la víctima conozca el peligro al que se expone—, pero sí tener en cuenta esa circunstancia para, analógicamente, determinar una pena menos severa dentro del marco punitivo correspondiente.

2. Independientemente de la fundamentación jurisprudencial, que habitualmente suele argumentar las conclusiones a las que llega con la no-relevancia en Derecho penal de la “compensación de culpas”, la primera tesis que he establecido—impunidad de la participación en una autopuesta en peligro— discrepa de la posición que, en términos generales, ha mantenido y sigue manteniendo el TS, mientras que la segunda tesis—responsabilidad del autor de una heteropuesta consentida— coincide en los resultados con la doctrina de nuestra jurisprudencia.

a) Y así, y por lo que se refiere a la participación en una autopuesta en peligro, han de ser rechazadas, por ejemplo, la sentencia del TS de 25 de septiembre de 1986, A. 4837, en la que se condena por homicidio imprudente al conductor de una motocicleta que, imprudentemente, compite con otro motorista a gran velocidad por una calle de Barcelona, falleciendo el último a consecuencia de una colisión ocasionada imprudentemente también, y las sentencias de 29 de mayo de 1991, A. 3983, y de 20 de febrero de 1993, A. 1383.

Estas dos últimas resoluciones se ocupan de la responsabilidad de quienes entregan heroína a terceras personas, quienes se la autoinyectan, resultando el drogadicto lesionado en el supuesto de hecho de la sentencia de 1991, y muerto en el de la sentencia de 1993, y, aunque por consideraciones ajenas al problema que ahora nos ocupa, en ninguna de las dos sentencias se imputan esas consecuencias lesivas a las personas que proporcionaron la droga, no obstante, y a nivel de “obiter dicta”, ambas sentencias se inclinan por hacer responsables por las lesiones, en un caso, y por la muerte, en el otro, a los suministradores de la sustancia.

Frente a esto ha que decir que, como la heroína es una droga que se produce y comercializa de forma clandestina y sin control de clase alguna, y, en consecuencia, ni el “dealer” que la vende ni la persona que se la inyecta pueden saber en el caso concreto cuál es su composición, ni, por consiguiente, cuál es su grado de pureza ni si está adulterada o no, de ahí que, en el supuesto de que su administración desemboque en la lesión de la integridad física o de la vida del consumidor, *estaríamos ante una participación imprudente en una autolesión o automuertes también imprudentes*, y, como la participación imprudente en una autopuesta en peligro con consecuencias lesivas debe considerarse, como ya he fundamentado anteriormente, impune, por ello hay que rechazar tanto el resultado al que llega la sentencia de 25 de septiembre de 1986 como los “obiter dicta” contenidos en las de 29 de mayo de 1991 y 20 de febrero de 1993.

b) aa) En la heteropuesta en peligro consentida con resultado de muerte o lesiones la tesis que acoge el TS coincide, en los resultados, con la mantenida en el presente trabajo: el autor responde por las consecuencias lesivas producidas.

Así se ha pronunciado el TS en, entre otras, las sentencias de 3 de diciembre de 1963, A. 5168 (responsabilidad por homicidio imprudente del conductor de una motocicleta que circula “a excesiva velocidad, en competición con otros motoristas, por una carretera estrecha, en la que existen muchas curvas, sin guardar las precauciones obligadas”, chocando contra un automóvil, y pereciendo en el accidente quien, consciente del riesgo que corría, viajaba en dicha motocicleta como acompañante), 26 de enero de 1981, A. 246 (condena por homicidio imprudente del conductor de un tractor, que se precipita por un desnivel de 1,50 metros, falleciendo el obrero agrícola que, negligentemente, iba subido en el apero que el tractor remolcaba), y 18 de marzo de 2002, A. 6691 (responsabilidad por homicidio imprudente del conductor de un automóvil que, tras haberse parado en el lateral de la calzada, y sin “comprobar que la vía se hallaba expedita”, se reincorpora a ésta, arrollando y matando a una persona que, imprudentemente también, estaba caminando “como peatón por la carretera dentro de la zona destinada a la circulación de coches”⁹). Aunque, como ya he señalado anteriormente, el TS suele fundamentar éstas y otras resoluciones similares con el argumento de que en Derecho penal no existe la “compensación de culpas”, sin embargo, la razón determinante de la no-exención de responsabilidad del autor reside, de acuerdo con la tesis que aquí se mantiene, en que, como en el homicidio y en las lesiones dolosas es irrelevante para la aplicación del tipo correspondiente que la víctima haya sido o no consciente del riesgo que corrían sus bienes jurídicos, lo mismo debe regir para los tipos paralelos del homicidio y de las lesiones imprudentes.

bb) De la doctrina prácticamente unánime del TS de que, quien, por negligencia, mata o lesiona a otro, responde por el correspondiente delito imprudente, independientemente de si la víctima se ha comportado, a su vez, también imprudentemente, discrepa, aisladamente, la sentencia de 17 de julio de 1990, A. 6728.

Dicha sentencia se ocupa de un supuesto de hecho en el que la víctima, Héctor José R., reta al procesado, Carlos O. R., a que, para probar la puntería de éste, dispare contra él mientras bebe de una botella. Carlos O. R. acepta el desafío y dispara, pero, en vez de acertar en la botella, marra el tiro, alcanzando el proyectil en el hemitórax derecho de Héctor, quien fallece a consecuencia del disparo. El TS confirma la condena por homicidio imprudente del tribunal de instancia, argumentando

9 En este último supuesto, de la sentencia no puede deducirse si la víctima era consciente o no de su imprudencia, y, por ello, tampoco si había asumido o no el riesgo que corría. Pero, como ya se ha señalado supra VI 3, la responsabilidad del autor de una heteropuesta en peligro permanece intangible independientemente de si la víctima imprudente conoce o no el riesgo que corre.

su decisión en que, en el momento del disparo, la víctima “efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima”, es decir: con el argumento de que la *víctima no había consentido en un riesgo tan elevado como aquél al que le sometió el autor*, ya que lo acordado era que éste disparase mientras aquella bebía de la botella, y no cuando se movía para limpiarse una mancha de vino.

Según esta sentencia del TS, habría procedido la absolución, en cambio, por ausencia de imputación objetiva, y sobre la base del criterio del “fin de protección de la norma”, y aunque se hubiera producido igualmente la muerte de la víctima, *si el riesgo corrido por ésta hubiera coincidido con el realmente aceptado*, es decir: si el autor hubiera disparado cuando el sujeto pasivo se encontraba, no limpiándose la mancha, sino bebiendo efectivamente de la botella, ya que lo que fundamenta aquella responsabilidad por homicidio imprudente es la circunstancia de que Héctor José R. “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*”.

La tesis defendida en esta sentencia del TS no puede convencer: en primer lugar, porque el criterio del fin de protección de la norma, como se ha expuesto supra III, es completamente inidóneo para resolver los casos de heteropuesta en peligro consentida; y, en segundo lugar, porque, como creo haber demostrado supra VI, la heteropuesta en peligro consentida —es decir: la causación imprudente de la muerte o de las lesiones de una víctima que, aún sin “factor alguno elevador del riesgo”, asume precisa y exactamente aquél al que le está sometiendo el autor— es punible en Derecho español, tal como también ha mantenido y mantiene, correctamente, la doctrina prácticamente unánime del TS, reflejada, entre otras, en las sentencias que, a modo de ejemplo, se han recogido supra aa).

8. OTRA VEZ: LA PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO

1. Para finalizar, paso a ocuparme de algunos grupos de casos que pueden servir para perfilar —y profundizar en— el *principio general* de que la participación en una autopuesta en peligro es impune.

2. a) Como se ha explicado ya anteriormente, el *motivo* por el cual es impune la participación en una autopuesta en peligro reside en que, si la participación imprudente en un suicidio —esto es: en una automuerte dolosa *consentida*— y la participación imprudente en unas autolesiones dolosas *consentidas* son impunes, también—y con mayor motivo— tiene que serlo la participación igualmente imprudente en una autopuesta en peligro *consentida* que, asimismo por la imprudencia

de la víctima, desemboca en el fallecimiento de ésta o en una lesión de su integridad física.

Pero, para que pueda hablarse de un *consentimiento eficaz* en Derecho penal, es preciso que éste se preste, en palabras del art. 155 CP, “válida, libre, espontánea y expresamente”; por ello, y por ejemplo, habrá que negarle esa eficacia al consentimiento cuando éste se manifieste como consecuencia de la *coacción delictiva* a la que el autor está sometiendo a la víctima¹⁰. De ahí que, aunque preste su “consentimiento” la víctima, existirán un ataque antijurídico contra la propiedad, si aquélla “accede” a entregar la cosa al autor que la está coaccionando, y un allanamiento de morada típico, cuando el morador haya “permitido” la entrada en la vivienda ante la amenaza del sujeto activo, y un aborto punible, si la mujer, que se encuentra embarazada de un niño que va a nacer con una tara física grave, presta su “consentimiento” a la interrupción del embarazo porque el médico que va a practicarlo le hace objeto de una coacción delictiva; ciertamente que, tanto en el hurto, como en el allanamiento de morada, como en el aborto por indicación eugenésica, el consentimiento del sujeto pasivo excluye la punibilidad, pero ese consentimiento, para que pueda ser tenido en cuenta jurídicopenalmente, ha de ser eficaz, lo que, a la vista de la forma coactiva en que se ha obtenido en nuestros tres ejemplos, no es el caso en ninguno de ellos. Igualmente, y por lo que se refiere al consentimiento, no como causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad, sino como mero factor de atenuación, y tal como se deduce del ya mencionado art. 155 CP, el autor responderá por unas lesiones genéricas, y no por el tipo privilegiado contenido en ese precepto, si dicho consentimiento es *ineficaz* porque el autor de las lesiones lo ha obtenido coaccionando delictivamente a la víctima.

Pues bien: Si el *único fundamento* que justifica la exención de responsabilidad del partícipe imprudente en una autopuesta en peligro de la víctima, que, imprudentemente, se autocausa su muerte o sus lesiones, es el del consentimiento de esta última en la situación de riesgo, dicho *fundamento pierde toda su vigencia* cuando el consentimiento es *ineficaz* porque tiene su origen en la *coacción delictiva* —entendida ésta, genéricamente, como cualquier ataque o amenaza *delictivos* a la libertad de esa víctima— de quien ha maniobrado a esa víctima en una autopuesta en peligro que ni desea ni acepta válidamente. En tal caso, y como estaríamos ante una *causación imprudente de un resultado típico de muerte o de lesiones* —sin la concurrencia de un consentimiento eficaz en la autopuesta en peligro, que es el que habría fundamentado la ausencia de imputación objetiva—, el causante responderá de un homicidio o, en su caso, de unas lesiones imprudentes —o dolosoeventuales,

10 Cfr. en este sentido, por todos, y con ulteriores referencias bibliográficas, ROXIN, *AT I*, 3ª ed., 1997, § 13 nn. mm. 81 ss.

en el supuesto de que el autor, consciente de ello, hubiera sometido al bien jurídico protegido a una muy alta probabilidad de lesión—.

b) En consecuencia, y de acuerdo con la acertada tesis defendida por el TS, en casos análogos, en las sentencias de 3 de mayo de 1982 (A. 2625), 8 de noviembre de 1991 (A. 8298) y 15 de marzo de 1999 (A. 2943), el conductor de un vehículo que se niega a detenerlo, amenazando a la acompañante con hacerla objeto de una agresión sexual, y a pesar de que aquélla ha anunciado que se va a arrojar del vehículo en marcha, para impedir el ataque a su libertad en general —y deambulatoria y contra su derecho a la autodeterminación sexual, en particular—, lo que finalmente realiza la víctima, al persistir el conductor en su actitud coactiva y antijurídica, resultando muerta o lesionada al chocar violentamente contra el piso de la carretera, ese conductor responderá de un homicidio o, en su caso, de unas lesiones imprudentes —o dolosoeventuales, si concurren los presupuestos de esta modalidad de dolo—; pues con su comportamiento imprudente ha causado unas consecuencias lesivas previsibles¹¹, sin que pueda hablarse aquí de una participación imprudente en una autopuesta en peligro, excluyente de la imputación objetiva, dado que el consentimiento de la víctima en dicha autopuesta ha sido ineficaz.

c) De la correcta tesis mantenida por el TS en las tres citadas sentencias de 3 de mayo de 1982, 8 de noviembre de 1991 y 15 de marzo de 1999 se apartan las sentencias del mismo Tribunal de 30 de diciembre de 1996 (A. 9244) y de 26 de febrero de 2000 (A. 1149).

En esta última sentencia de 26 de febrero de 2000 el TS se ocupa de un supuesto de hecho en el que el conductor de un vehículo (Joaquín C. S.) exige al autostopista que ocupa el sitio del acompañante (Iván) que le entregue el dinero y el reloj que lleva, insistiendo “en sus pretensiones, diciéndole que tenía una navaja”, rogándole el acompañante a Joaquín, “asustado, ...que parara el vehículo para bajarse, a lo que aquél se negó, pese a la insistencia de Iván, el cual nervioso insistía en que parara o se tiraba del vehículo, haciendo incluso ademán de abrir la puerta. Ante la insistencia de Iván, Joaquín se negó a parar el vehículo, diciéndole que se tirara si quería, ante lo cual, Iván abrió la puerta saltando del vehículo en marcha”, sufriendo como consecuencia de la caída “lesiones de las que tardó en obtener la

11 En contra de una dirección doctrinal y jurisprudencial que en la imprudencia, y argumentando con que “todo es previsible”, niega cualquier clase de significación al requisito de la previsibilidad, hay que mantener que éste sigue siendo un elemento del delito culposo, ya que, en sentido técnico, previsible no es todo lo que se puede prever, sino sólo aquello que se puede prever como “posible”, lo que significa la coincidencia del juicio de adecuación con el de previsibilidad (en este sentido, cfr., por ejemplo, GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, p. 52 n. 169 (p. 56 n. 169, de la reimpresión de 1990), y, más recientemente, FRISCH, *Nishihara-FS*, 1998, p. 71 n. 18, y SCHÜNEMANN, GA 1999, pp. 213 y 215).

sanidad 45 días”. El TS anula la sentencia del tribunal de instancia, que había condenado a Joaquín por las lesiones sufridas por Iván, con el argumento de que “en los casos en los que la víctima opta por crear con su acción un peligro mucho mayor que el realmente generado por el autor, sin una justificación especial, los resultados que sean producto de la introducción de este nuevo peligro más grave no deben ser imputados a dicho autor”, añadiendo que “en la ponderación entre peligro corrido y peligro asumido tiene singular relevancia la diferencia jerárquica de los bienes jurídicos afectados y la configuración real de la situación en la que el agredido se encuentra”. Este razonamiento del TS no puede convencer: porque, independientemente de que la víctima se autocausa unas lesiones para evitar un ataque actual a su libertad deambulatoria —la estaban transportando, en contra de su voluntad, en el vehículo en el que ya no quería viajar— y una agresión física potencial con una navaja, si no entregaba el reloj que llevaba, por lo que no se alcanza a entender qué se quiere decir con que “la víctima [ha] opta[do] por crear con su acción un peligro mucho mayor que el realmente generado por el autor”, independientemente de todo ello, lo único *determinante* para imputar las lesiones al conductor —tal como había decidido, correctamente, la sentencia recurrida— es que aquí no estamos ante una impune participación en una autopuesta en peligro *consentida*, ya que ese *consentimiento* en la situación de riesgo, por venir condicionado por una coacción delictiva, es *ineficaz*, y ya que el resultado provocado imprudentemente por el conductor era perfectamente previsible, en cuanto que la víctima había insistido a aquél “en que parara o se tiraba del vehículo, haciendo incluso ademán de abrir la puerta”.

En la otra sentencia de 30 de diciembre de 1996 se anula la condena por un delito de lesiones impuesta a un marido que agarró “a su cónyuge por un brazo y la arrastró hasta el domicilio conyugal y la tiró sobre la cama y seguidamente mientras Andrés [el marido] la asía por las muñecas con la otra mano la agarraba por el cuerpo, diciéndole que la mataría”, reaccionando la esposa, para escapar de esas agresiones físicas de su marido, acompañadas de amenazas de muerte, arrojándose “a la calle desde una altura de tres metros, cayendo sobre el capot de un coche y luego rebotando sobre el suelo, determinando un aplastamiento de la vértebra B-12 y 464 días de asistencia facultativa e impedimento de sus ocupaciones”. El TS anula la sentencia de instancia sin otro argumento que el de que “el resultado acaecido [las lesiones] quedó fuera del ámbito de protección de la norma”, a lo que hay que objetar: en primer lugar, que, como ya se ha expuesto detenidamente supra III, al criterio del fin de protección de la norma —que en esta sentencia se utiliza, sin ninguna ulterior explicación, como un mero eslogan— no se le ha perdido nada en los casos de autopuesta en peligro; y, en segundo lugar, que en este supuesto —y ante la agresión física actual y las amenazas de muerte de que estaba siendo objeto la víctima— era previsible que ésta no quisiera dejarse matar como un conejo e intentara quedar fuera del alcance del potencial homicida cuanto antes y más efectivamente

mejor: el comportamiento imprudente del marido en relación a las previsible lesiones que podía sufrir quien trataba de escapar de un intento de homicidio por la vía que se le ofrecía como la más eficaz, fundamenta la responsabilidad de aquél por las consecuencias lesivas sobrevenidas, la *autopuesta en peligro de la víctima no es reconducible a un consentimiento válido*, y, por ello, tampoco puede excluir la imputación objetiva del resultado al autor.

3. Hasta ahora nos hemos ocupado de supuestos de participación en una autopuesta en peligro en los que ambos sujetos —partícipe y víctima— estaban situados en un *plano de igualdad*: el “dealer” callejero que vende al drogadicto la heroína —desconociendo ambos la adulteración y el motorista que provoca a otro a una competición en un casco urbano, falleciendo o resultando lesionadas las víctimas al autoinyectarse la droga o al estrellarse contra un árbol, esos partícipes en la autopuesta en peligro no tienen ningún deber especial que les obligue a proteger a —ni a cuidar de— quienes, por su propia voluntad, han decidido ponerse a sí mismos en peligro.

La situación es distinta cuando en el partícipe concurre una posición de garante que le obliga a vigilar que de la fuente de peligro que está a su cargo no se deriven consecuencias lesivas para terceros. Pues, en virtud de normas imperativas, la obligación de mantener el foco de peligro dentro del riesgo permitido, y de evitar que pueda originar daños a otros, permanece con toda su vigencia y no se ve alterada porque la persona que puede resultar lesionada en su bien jurídico se haya comportado o no imprudentemente.

El socorrista tiene la obligación de arrojar al agua para salvar a quien se ahoga, tanto si el bañista es un imprudente que, sin saber nadar, se ha sumergido en la piscina en una zona donde no hace pie, como si lo que ha sufrido es un repentino e imprevisible desmayo; el controlador aéreo tampoco puede desvincularse de su deber de evitar que el piloto de la avioneta monoplaza aterrice en una pista donde existe un obstáculo que va a provocar un accidente, independientemente de si ese piloto, en vez de estar en contacto radiotelefónico con la torre de control, como era su obligación, venía escuchando en su “disc-man” una canción de moda que le había impedido captar las advertencias del controlador: éste, si aún puede evitar el accidente, tiene que seguir tratando de avisar al piloto, sin que pueda desentenderse de la situación, fumándose un puro, pretendiendo exonerarse de toda responsabilidad, apelando a que si la avioneta se estrella, y su único ocupante se muere, a él ese accidente ni le va ni le viene, dado que, al fin y al cabo, ha sido la propia víctima la que se ha autopuesto en peligro imprudentemente. E igualmente, y por dar un último ejemplo: Si ninguno de los maquinistas de las dos locomotoras ha prestado atención a los semáforos en rojo que les ordenaban parar, de tal manera que amenaza un choque frontal, el guardagujas sigue teniendo la obligación de evitar el accidente,

cambiando las vías para evitar la colisión, sin que esa obligación —y la consiguiente responsabilidad que derivaría de su infracción— desaparezca porque son los maquinistas quienes imprudentemente se han autocolocado en una situación de peligro.

Las normas que regulan el comportamiento del garante que tiene a su cargo un foco de peligro —y que le imponen la obligación de mantener ese foco dentro del riesgo permitido, y de evitar, así, las consecuencias lesivas que pudieran originarse si se rebasara ese nivel, convirtiéndose el foco en uno prohibido— son *imperativas*, y no existe ninguna disposición ni principio jurídicos que limite ese deber a los supuestos en que la víctima se está comportando correctamente, pudiendo desentenderse el garante de su obligación cuando la conducta de aquélla tiene un carácter imprudente, entre otras razones, porque uno de los *casos más frecuentes* que pueden amenazar la estabilidad conforme a Derecho de un foco es aquél que tiene su origen *precisamente* en la actuación negligente de otra persona, tanto si es ésta la propia víctima —el no-nadador se ha sumergido en la piscina donde no hacía pie—, como si lo es un tercero —es un “bromista” el que, por sorpresa, ha tirado al agua a una persona que no sabía nadar—.

En estos casos el razonamiento analógico que ha fundamentado la impunidad de la participación imprudente en una autopuesta en peligro —si la participación imprudente en un suicidio (doloso) o en una autolesión dolosa es impune, con mayor motivo lo tiene que ser la participación imprudente en un suicidio “imprudente” o en una autolesión imprudente— estaría operando con factores de comparación heterogéneos: el partícipe-garante dolosa o imprudentemente en una autopuesta en peligro responde del resultado que se autocausa la víctima, no porque sea un partícipe sin más —en ese supuesto sería impune—, sino porque es un garante que responde frente a la sociedad de que el foco de peligro que tiene a su cargo no va a rebasar el riesgo permitido, provocando así consecuencias lesivas a terceros, a cuyos efectos es absolutamente irrelevante que esos terceros se hayan comportado o no negligentemente.

En la práctica, los supuestos más frecuentes de *responsabilidad por homicidio o lesiones imprudentes de un partícipe-garante* en una autopuesta en peligro igualmente imprudente, son los accidentes laborales, especialmente los que suceden en la construcción, donde difícilmente es imaginable que la víctima no actúe *siempre negligentemente* cuando se presta a trabajar en un edificio donde el empresario, imprudentemente también, ha infringido las correspondientes normas de prevención de riesgos laborales: si el andamio colocado en un tercer piso no tiene anclajes, ni barandillas, ni existen tampoco redes de protección, junto a la negligencia del empresario, tiene que concurrir también necesariamente la imprudencia, consciente o inconsciente, del obrero que ha aceptado trabajar en esas condiciones. Pero como aquí ese empresario no es un mero partícipe, sino un partícipe-garante de que el foco de peligro no rebase el riesgo permitido —y lo ha rebasado desde el momento en que

no ha observado las preceptivas medidas de seguridad—, de ahí que, como tal garante, y como se acaba de exponer, responda *penalmente* de las consecuencias lesivas que ha sufrido el obrero —cuya actuación ha sido también, sin duda, imprudente— al precipitarse al vacío desde esa altura.

Por lo demás, ésta ha sido siempre la posición del TS, que en estos casos habla de un “principio definitivamente adquirido”, tal como se ha manifestado, por sólo citar dos recientes sentencias, en la de 5 de septiembre de 2001, A. 8340 (“Tampoco puede ser excusa [para no condenar a los garantes por un homicidio imprudente] la evidente existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo, al no haberse dado cuenta de que allí estaba ese hueco de escalera, de modo que caminando hacia atrás se precipitó en el vacío. Es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo. La propia dedicación a la tarea encomendada, como en este caso la realización del apuntalamiento de la futura techumbre, concentra la mente del obrero en esa tarea y si tiene un descuido ha de estar protegido para evitar, pese a ello, el percance. Esta es la razón de ser de las medidas de seguridad vigentes al respecto”), y en la de 18 de marzo de 2002, A. 6691 (“Esto último se manifiesta con evidente claridad en materia de accidentes de trabajo en que se considera un principio definitivamente adquirido, como una manifestación más del carácter social que impera en las relaciones laborales, el de la necesidad de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales”).

9. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que se ha llegado en el presente trabajo son, por una parte, que la heteropuesta en peligro consentida es siempre punible, y que, por otra parte, la participación en una autopuesta en peligro es impune, a no ser que el consentimiento en esa autopuesta sea ineficaz o que el partícipe, además de partícipe, sea también garante.

BIBLIOGRAFÍA

- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990). *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA)
- ROXIN, C. (1997). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (3ª ed.). Beck