

Auto y heteropuesta en peligro consentida

Distinción entre la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida

Santiago Plou¹

SUMARIO: II.- Introducción; II.- Desarrollo: Sobre la autopuesta en peligro de la víctima; Distinción entre la participación en la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida; La solución de la imputación; III.- Conclusiones.

RESUMEN: En el presente trabajo analizaremos el rol de la víctima dentro de la teoría de la imputación objetiva.

En primer lugar, desarrollaremos el concepto de autopuesta en peligro de víctima, haciendo una breve descripción del mismo y sus características, para luego pasar a diferenciar: por un lado, la cooperación en una autopuesta en peligro, por el otro, la heteropuesta en peligro consentida.

Para ello, abordaremos los institutos jurídico-penales mencionados y trataremos de sintetizar las teorías en torno a sus límites y soluciones respecto de la punibilidad o no del tercero interviniente.

¹Abogado por la Universidad Abierta Interamericana. Maestrando en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires) y cumpliendo funciones en la Defensoría General de la Nación.

Respecto de la casuística, debemos señalar que sólo se realizará una sucinta mención (sin que falten referencias indispensables) debido a la brevedad del trabajo que nos convoca.

Finalmente, desarrollaremos las conclusiones a las que hemos podido arribar y expondremos la postura personal sobre las cuestiones analizadas.

PALABRAS CLAVE: Autopuesta, heteropuesta, víctima, tercero

I.- Introducción

En el presente trabajo analizaremos el rol de la víctima dentro de la teoría de la imputación objetiva.

En primer lugar, desarrollaremos el concepto de autopuesta en peligro de víctima, haciendo una breve descripción del mismo y sus características, para luego pasar a diferenciar: por un lado, la cooperación en una autopuesta en peligro, por el otro, la heteropuesta en peligro consentida.

Para ello, abordaremos los institutos jurídico-penales mencionados y trataremos de sintetizar las teorías en torno a sus límites y soluciones respecto de la punibilidad o no del tercero interviniente.

Respecto de la casuística, debemos señalar que sólo se realizará una sucinta mención (sin que falten referencias indispensables) debido a la brevedad del trabajo que nos convoca.

Finalmente, desarrollaremos las conclusiones a las que hemos podido arribar y expondremos la postura personal sobre las cuestiones analizadas.

II.- Desarrollo

Sobre la autopuesta en peligro de la víctima

En primer lugar, debemos hacer un breve señalamiento para ubicarnos en torno a la cuestión central que se desarrollará a lo largo del presente trabajo.

Como sabemos, la autopuesta en peligro de la víctima se inserta dentro del esquema dogmático de la teoría de la imputación objetiva junto con otros tres

eslabones que la completan: a) Riesgo permitido; b) Prohibición de regreso; c) Principio de confianza².

Así, puede decirse que «Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (“víctima”) emprende conjuntamente con otro (“autor”) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima.»³

De allí se desprende, entonces, los requisitos necesarios para la concurrencia del instituto en cuestión: a) un titular de derechos vulnerados (víctima); b) un tercero infractor (autor); c) una actividad riesgosa; d) que esa actividad pueda imputársele a la víctima⁴.

Este último requisito, es decir, la posibilidad de que el resultado lesivo pueda serle imputado a la víctima, es el punto controversial. Lo que *Jakobs* denomina «acción a propio riesgo», son los supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada. Son los casos en los que la modalidad de explicación no es la «desgracia», sino la «lesión de un deber de autoprotección» o incluso la «propia voluntad.»⁵

De esta manera, cada vez que la víctima interviene en la creación de un resultado lesivo, esta responde por su propio comportamiento en tanto sea causa del mismo, desvinculando así al autor de toda responsabilidad. De esta manera, el autor, si se mantiene en su rol, no responde de un curso lesivo aun cuando pudiera evitarlo.

En relación a la infracción de los deberes de autoprotección, cuestión central de este ensayo, *Jakobs* lo describe como el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado del rol, en general un quebrantamiento imprudente. Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose, simultáneamente, de manera válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado

² Ver *Jakobs G.*, «La imputación objetiva en derecho penal», 1ª ed. -Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, p. 37.

³ Ver *Cancio Meliá M. y Díaz-Aranda E.*, «La imputación normativa del resultado a la conducta», 1ª ed. -Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 85.

⁴ Ver *Urdangarin Mahn J.*, «La autopuesta en peligro de la víctima», Universidad Jesuita Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2011, p. 18.

⁵ Ver *Jakobs Ob. Cit.* p. 35.

sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles.⁶

En otras palabras, todo sujeto tiene el deber de auto resguardarse de los peligros que originan sus propios comportamientos respecto de sus bienes jurídicos, de lo contrario, debe aceptar las consecuencias de su propia conducta y no es posible responsabilizar a un tercero.

Varias posibilidades se desprenden de este instituto que, si bien no es posible abordarlas en su totalidad, resulta pertinente enumerar:

- a) Consentimiento de la víctima (se discrepa si se refiere al riesgo o al resultado).
- b) Imprudencia de la víctima y actuación imprudente del autor.
- c) Actuación dolosa del autor y actuación imprudente de la víctima.
- d) Infracción dolosa del autor e infracción dolosa de la víctima⁷.

Distinción entre la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida.

La autopuesta en peligro procede cuando el riesgo creado es originado exclusivamente por el accionar de la víctima, sin perjuicio de la participación de un tercero para la concreción del resultado lesivo. Así, por ejemplo, cuando una persona se inyecta a sí misma una dosis de heroína letal o cuando, en el curso de una carrera con infracción de las normas de tráfico, cae de su propia motocicleta, entonces, **concorre una autopuesta en peligro dolosa** y la cooperación de terceros queda impune en todo caso.

Si este acto de puesta en peligro no procede, en cambio, de la víctima, que se limita a someterse con conocimiento del riesgo a la puesta en peligro procedente de otra persona, estamos, entonces, ante una **heteropuesta en peligro consentida**⁸. Por ejemplo, quien, tras asistir a una fiesta nocturna se deja llevar en un automóvil por otro invitado, sabiendo que este ha consumido alcohol y que no

⁶ Ver Jakobs G., Ob. Cit. p. 36.

⁷ Ver mejor en Urdangarin Mahn J., Ob. Cit. p. 20 y ss.

⁸ Roxin, C., «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Pena»/. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, núm. 55 (2014), p. 78.

está en condiciones de conducir de forma segura, da lugar así a una heteropuesta en peligro consentida por la víctima.⁹

«Lo que tienen en común estos dos grupos de casos es que, en ambos, la víctima, que posteriormente resulta lesionada o muerta, es consciente del peligro al que -con la intervención de un tercero- se exponen sus propios bienes jurídicos. Pero mientras que en la participación en una autopuesta en peligro, es, finalmente, la propia víctima la que, como autora material, se autolesiona o automata, en la heteropuesta en peligro consentida, quien mata o lesiona a la víctima, como autor material, es el tercero».¹⁰

La figura de la puesta en peligro de otro con su consentimiento, es decir, la heteropuesta en peligro consentida (que *Roxin* comenzara a exponer ya en el año 1973¹¹) se ha convertido en una de las cuestiones más discutidas en la Parte General del Derecho Penal Alemán, con contribución del derecho español que ha tenido gran participación en el debate.

El punto de partida de las reflexiones de *Roxin* se encuentra en la distinción entre la cooperación a una autopuesta en peligro dolosa y la heteropuesta en peligro consentida. Concorre una autopuesta en peligro de la víctima, entonces, como dijimos, cuando alguien sufre un daño a través de su propia acción arriesgada, aunque también otro haya contribuido a producirlo.¹² La heteropuesta en peligro consentida, en cambio, concorre cuando una persona (víctima) se somete voluntaria y conscientemente a una situación riesgosa llevada a cabo por otro.

Hay buenas razones para diferenciar entre autopuesta y heteropuesta en peligro, ya que, como señala *Roxin*, aquél que no desencadena el suceso lesivo por sí mismo, sino que se expone al peligro originado por otro, se somete así, a un desarrollo imprevisible en el que a menudo no existe ya aquella posibilidad de intervenir para controlarlo o cancelarlo que todavía podría tener quien se pusiera así mismo en peligro. Además, quien se expone a una heteropuesta en peligro normalmente no tiene el mismo conocimiento de la capacidad del otro para

⁹ Ibid. P. 74.

¹⁰ Gimbernat Ordeig E., «De nuevo, sobre la heteropuesta en peligro consentida», España, Revista en Ciencias Penales y Criminológicas Nro. 2, 2019, par. I.

¹¹ Roxin, Festschrift (= FS) Gallas, 1973, pp. 241 y ss.

¹² Roxin C., «La Polémica en torno...» Ob. Cit. p. 2.

dominar las situaciones arriesgadas, que aquel que tiene la posibilidad de valorar la medida y los límites de su propia habilidad.¹³

«La heteropuesta en peligro consentida es por lo tanto estructuralmente distinta de la autolesión inmediata. El “poder de evitación” –menor, por lo general, aunque no siempre-, de aquel que se expone a la puesta en peligro ocasionada por otro habla en favor de no ignorar sin más su déficit de control y de conocimiento, dejando así abierta la comprobación acerca de si y, eventualmente, en que casos puede entrar en consideración, cuando concorra una heteropuesta en peligro consentida, la punición del tercero causante del daño.»¹⁴

Si se reconoce la heteropuesta en peligro consentida como un grupo autónomo de casos (cuestión controvertida por algunos sectores de la doctrina), entonces se plantea el problema de su delimitación respecto a la autopuesta en peligro. Tal delimitación viene siendo trazada por la jurisprudencia y parte de la doctrina de acuerdo con el criterio del dominio del hecho. Así, el BHG en el caso de la prueba de aceleración¹⁵ sostuvo que «El criterio decisivo para distinguir entre la intervención impune en una autopuesta en peligro o una autolesión realizada con propia responsabilidad y la –en principio típica- heterolesión es la línea que separa la autoría y la participación. Si el dominio del hecho sobre la acción que provoca la puesta en peligro o la lesión no solo concurre en el sujeto al que se lesiona o se pone en peligro, sino al menos también en el tercero que interviene en la producción de ese daño o peligro, éste último comete un hecho propio y no puede ser declarado exento de pena, en razón de la accesoriedad de la participación, aduciendo la inexistencia de un hecho principal del sujeto lesionado (...) Lo mismo rige en principio para los casos de hetero y autopuesta en peligro imprudentes. En ellos la delimitación entre auto y heteropuesta en peligro se establece también atendiendo al dominio ejercido sobre el curso del acontecimiento, que se puede

¹³ Ibid. P. 5.

¹⁴ Ibid. P. 6.

¹⁵ Recordemos el caso de la prueba de aceleración (BHGSt 53) resuelto por el TSF en 2008, en el que unos jóvenes habían organizado una competición automovilística (una „prueba de aceleración”), consistente en que dos automóviles, circulando el uno al lado del otro a una velocidad de 240 km/h adelantasen a un tercer vehículo no implicado en la competición. Al efectuar esta maniobra, muy difícil de realizar a causa de la estrechez de la calzada, uno de los coches participantes derrapó y volcó, muriendo uno de sus pasajeros. La cuestión es si ambos conductores fueron responsables de un homicidio imprudente, a pesar de que los pasajeros estaban de acuerdo con la prueba de aceleración y filmaron toda la carrera y de que quien sufrió finalmente el fatal accidente era además quien había dado la señal de salida.

constatar ampliamente con arreglo a los mismos criterios objetivos desarrollados para el dominio del hecho en los delitos dolosos...».

La delimitación mencionada, ha generado fuertes críticas debido a que en los delitos imprudentes no se distingue entre autoría y participación, y porque el dominio del hecho consiste en un señorío doloso de la acción típica que de antemano no puede estar presente en las auto o heteropuestas en peligro imprudentes.

A su vez, este recurso a la teoría de la participación fue criticado por *Roxin*, quien sostiene que **no se trata de quién tiene el dominio del hecho, sino de quién procede la puesta en peligro que se realiza inmediatamente en el resultado**. Si procede de la víctima, concurre una autopuesta en peligro dolosa y la cooperación del tercero queda impune en todo caso. Si, en cambio, este acto de puesta en peligro no procede de la víctima, que se limita a someterse con conocimiento del riesgo a la puesta en peligro procedente de otra persona, estamos entonces ante una heteropuesta en peligro consentida a tratar de acuerdo con sus propias reglas.¹⁶

En igual sentido, contrario a la utilización de la teoría del dominio del hecho para diferenciar la autopuesta en peligro de la heteropuesta en peligro consentida, también se expresa *Gimbernat Ordeig* al señalar que la concreción de la teoría del dominio del hecho llega a su punto más alto cuando se acude a ella para fijar un límite entre la heteropuesta y la autopuesta en peligro. Así, afirma que «(...) En el caso del auto de la AP de Córdoba, en el que la víctima muere a consecuencia de la ingestión de una gran parte del contenido de una botella de whisky, estamos ante una autopuesta en peligro, por la sencilla razón de que ha sido esa víctima -y no quien se ofreció a pagarle la botella- la autora material de su propia muerte; de la misma manera que, en el supuesto de hecho de la STS de 17 de julio de 1990, de lo que se trata es de una heteropuesta en peligro, porque ha sido la conducta del tirador la que es directamente subsumible en el art. 138 C.P., es decir: porque es el tirador el autor material de la muerte. Por consiguiente, la distinción entre heteropuesta y autopuesta en peligro consentidas se determina [...] únicamente planteando la cuestión de quién ha sido el autor material de la muerte o de las lesiones: si lo ha sido el tercero, entonces, estamos ante una heteropuesta en peligro; si lo ha sido la propia víctima, ante un caso de autopuesta. Ante algo tan evidente de toda evidencia, y que lleva a un resultado inequívoco, ¿cómo puede

¹⁶ Ver Roxin C., «La Polémica en torno...» Ob. Cit. p. 7.

pretenderse sustituir ese elemental razonamiento por una teoría (la del dominio del hecho), que no es evidente ni tampoco inequívoca?»¹⁷

Entre estos dos últimos autores, debemos señalar, surge una discrepancia en particular en el caso de las relaciones sexuales entre un portador del VIH y una persona sana, ambos conocedores de que uno de ellos está infectado con esa enfermedad. Para *Roxin*, el caso se ubica en torno a la heteropuesta en peligro consentida en tanto la puesta en peligro parte exclusivamente del infectado y la pareja sólo se somete a ella; en tanto que para *Gimbernát Ordeig* (quien también diferencia entre las distintas clases de relaciones sexuales) se trata de una autopuesta en peligro ya que implica una acción conjunta de quienes participan de la relación sexual, siendo la propia víctima quien con su actuar posibilita la transmisión que finaliza con el resultado lesivo.

Jurisprudencialmente, debemos mencionar que el Tribunal Supremo Federal Alemán trata la heteropuesta en peligro consentida como un caso de consentimiento, cuestión criticada por *Roxin*, quien concuerda con *Cancio Meliá* cuando sostiene que «el diagnóstico psíquico per se no puede ser relevante».

Para *Roxin*, la cuestión de si alguien debe responder penalmente por las consecuencias de una heteropuesta en peligro consentida es una cuestión de imputación de responsabilidad que ha de ser enjuiciada con arreglo a criterios normativos y que no se puede resolver atendiendo exclusivamente a una declaración de voluntad de la víctima. A ello le suma la objeción relativa a que un verdadero consentimiento habría de estar referido al resultado y no podría concurrir prácticamente nunca en los casos de heteropuesta en peligro consentida, pues en ellos se parte de la idea de que no se producirá la lesión del bien jurídico.¹⁸

La solución de la imputación

Para analizar las posiciones doctrinales de ambos institutos en este breve ensayo, las clasificaremos en tres teorías principales: la teoría de la diferenciación, la de la equiparación absolutoria, y la de la equivalencia absolutoria restringida.

¹⁷ Ver Gimbernát Ordeig E., «De nuevo, sobre la heteropuesta ...» Ob. Cit. par. V.2.

¹⁸ Ver desarrollo del consentimiento en los casos de heteropuesta en peligro en: Roxin C., «La Polémica en torno...» Ob. Cit. p. 8.

Entre estas tres teorías, que se ocupan de la calificación jurídica de aquellos supuestos en los que la víctima es consciente del riesgo que corre, existe acuerdo en que, en la participación en una autopuesta en peligro, el partícipe es impune.¹⁹

Ahora bien, es a la hora de abordar la heteropuesta en peligro consentida cuando surgen las discrepancias. Sintéticamente, podemos decir que: para la teoría de la diferenciación (*Gimbernat Ordeig*) el sujeto creador del riesgo es siempre punible; para la teoría de la equiparación absolutoria (*Otto*) es siempre impune; y para la teoría de la equivalencia absolutoria restringida (*Roxin*) -en la mayoría de los casos- impune y sólo en algunos punible.

De estas tres corrientes, desarrollaremos sólo la teoría de la diferenciación y la teoría de la equivalencia absolutoria restringida, ya que la teoría restante -la de la equiparación absolutoria (seguida por *Cancio Meliá, Otto, Frisch* y recientemente *Timpe*)- con suma sencillez y claridad, no hace más que equiparar la autopuesta y heteropuesta en peligro, absolviendo en ambos casos.

a) Para la teoría de la diferenciación que sostiene *Gimbernat Ordeig*, en «la participación en una autopuesta en peligro con resultados lesivos para la víctima, la conducta del partícipe es impune. Ello deriva de que la participación imprudente en un suicidio es impune, ya que en el CP, solo existe un precepto que castiga la inducción y cooperación necesaria –naturalmente, dolosas- en un suicidio, pero no un precepto paralelo -tal como sucede, por ejemplo, con el homicidio imprudente del art. 142 C.P.- que tipifique también, la forma imprudente de la participación en el suicidio del art. 143.1 y 2. C.P. Y como el art. 12 C.P. dispone que "[l]as acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley", como en el C.P., no se ha tipificado la participación imprudente en un suicidio, de ahí, que esa conducta sea impune. Así, lo ha estimado también, recientemente, la STS N° 2576/2017 (...)»²⁰

¹⁹ Jurisprudencialmente podemos decir que, respecto de la autopuesta en peligro, el TFSF alemán se ha expedido en 1984 de forma contundente en sentido de que «(...) las autopuestas en peligro queridas y ejecutadas por uno mismo de forma responsable no caen bajo el tipo de un delito de lesiones o de homicidio si el riesgo que se realiza es el conscientemente corrido con esa puesta en peligro. Quien se limita a incitar a tal autopuesta en peligro o simplemente la posibilita o favorece no se hace penalmente responsable de un delito de lesiones o de homicidio». Desde entonces, se sostiene en Alemania, de forma prácticamente unánime, la impunidad de la cooperación a una autopuesta en peligro dolosa.

²⁰ El «28 de junio, en un caso en el cual un agente de la policía local (Samuel) había quedado encargado de vigilar, para que no se suicidase, al detenido en una celda de una comisaría, quien

En otras palabras, sostiene el autor español, argumentando *a maiore ad minus*, que del razonamiento anterior se deriva que, si la participación imprudente en un suicidio (siempre doloso) es impune, con mayor motivo tiene que ser impune también -sea por acción o en comisión por omisión- la participación imprudente (compra la botella de whisky al amigo y lo desafía a bebérsela entera) de una conducta (la ingestión de parte del contenido de la botella por la víctima), de lo que lo más que se puede decir es que constituiría un suicidio (entre comillas) «imprudente».

«Y lo que rige para la autopuesta en peligro con resultado de muerte rige asimismo -y con mayor motivo aún-, para cuando el resultado es que la víctima se causa a sí misma, imprudentemente, lesiones, ya que, a diferencia de lo que sucede con la automuerte dolosa, el C.P. no ha previsto un precepto paralelo que castigue la participación dolosa en una autolesión, de donde se sigue: si ni siquiera es punible la participación dolosa en una autolesión intencional, entonces, tampoco puede serlo la participación imprudente en que alguien, dolosamente, se autosecciona una de sus manos con un hacha, y mucho menos aún, si esa participación imprudente lo es en una autolesión "imprudente"»²¹

Ahora bien, respecto de la heteropuesta en peligro consentida con resultado muerte o lesiones, el tercero (por ejemplo, el que dispara en el caso de la prueba de asertividad) responde por un homicidio imprudente de la víctima que fallece porque le alcanza el proyectil. Ello es así, porque en la heteropuesta en peligro, ya no es aplicable el argumento *a maiore ad minus*.

«Luego, si en el delito doloso es indiferente, para que sea calificado de asesinato, que la víctima conozca o deje de conocer el riesgo que corre de perder su vida, lo mismo debe regir para el homicidio imprudente, que ha de ser calificado como tal, tanto si la víctima es consciente, como si no, de que puede perder la vida

ya había llevado a cabo un intento frustrado de acabar con su vida. No obstante, el policía municipal descuidó sus deberes de vigilancia, subió a una planta superior a aquella en la que se encontraban las celdas, lo que aprovechó el detenido para quitarse la vida, ahorcándose con su camisa. La acusación particular estimaba que, con esa conducta negligente de Samuel, este se habría hecho responsable de un homicidio imprudente, en comisión por omisión, dada su posición de garante. La STS confirma la absolució en instancia del Policía local con el argumento de que la conducta de Samuel es "atípica por aplicación del art. 12 C.P., cuando, como en este caso, se descarta la existencia de dolo [en el acusado], pues ninguno de los preceptos citados [los que castigan la participación en el suicidio del art. 143] tiene prevista su versión imprudente».

²¹ Ver Gimbernat Ordeig E., «De nuevo, sobre la heteropuesta ...» Ob. Cit. par. I.3.

por la conducta negligente de un tercero».²² Lo mismo, siguiendo igual razonamiento, sucede en la heteropuesta en peligro con resultado de lesiones.

En la línea jurisprudencial española se sigue el mismo criterio señalado, es decir, la impunidad del partícipe en la autopuesta en peligro y la responsabilidad del tercero en la heteropuesta en peligro (por ej. STA 2576/2017). En similar sentido se ha expresado la reciente jurisprudencia alemana.

Esta tesis, en resumen, sostiene que la participación en una autopuesta en peligro con resultados lesivos o muerte es impune, mientras que responde por un delito imprudente de homicidio o de lesiones quien mata o lesiona a otro, independientemente de si la víctima conocía y aceptaba o no el peligro al que se exponía.

b) La teoría de la equiparación absolutoria restringida (sostenida por *Roxin* desde 1973, precisada con mayor exactitud en el Tomo I de su Parte General y en el más reciente artículo en la materia, del 2018) adquiere su nombre ya que, en la mayoría de los supuestos de heteropuesta en peligro consentida, *Roxin* sostiene que, normativamente, equivalen a una autopuesta y que, por consiguiente, el autor material de la lesión del bien jurídico debe ser absuelto. Sólo en algunos muy escasos supuestos de heteropuesta en peligro no concurre esa equivalencia normativa con la autopuesta, por lo que, entonces, dicho autor material debería responder por la lesión causada.

Así, el autor sostiene «Yo había propuesto ya en el año 1973 tratar la heteropuesta en peligro consentida como un caso de restricción teleológica del tipo y excluir la imputación al tipo objetivo allí “donde la heteropuesta en peligro equivalga, bajo todos los aspectos relevantes, a una autopuesta en peligro“. Se trata por tanto de una aplicación analógica de las reglas de la autopuesta en peligro con propia responsabilidad, un supuesto éste en el que hoy está prácticamente fuera de discusión la impunidad de la cooperación de terceros. Tal analogía puede ser admitida sin reparos porque opera en beneficio del autor y parece tener además fundamento porque ambas constelaciones de casos presentan tal semejanza que no pocos autores consideran incluso la heteropuesta en peligro consentida como un caso de la autopuesta en peligro».²³

²² Ibid.

²³ Roxin C., «La Polémica en torno...» Ob. Cit. p. 12.

«Ciertamente, como ya se ha dicho, esto no es del todo correcto porque hay una diferencia entre ponerse uno mismo en peligro o exponerse al peligro generado por otro. El que consiente en una heteropuesta en peligro tiene las más de las veces un menor “poder de evitación”. Aquel no puede valorar la capacidad de controlar el riesgo que posee quien lo genera con la misma precisión que éste y tampoco puede intervenir en ese acontecimiento en la misma medida».²⁴

«Por eso yo había condicionado de antemano la analogía al cumplimiento de determinados requisitos de equiparación. Junto al conocimiento del riesgo y al consentimiento en la acción arriesgada causante del daño o yo había exigido y exijo aún hoy además que “el sujeto al que se pone en peligro cargue con la misma responsabilidad que quien lo provoca por la acción común”».²⁵

«Mientras que los dos primeros requisitos resultan indiscutidos y son respetados también entre los teóricos radicales de la equiparación y en el marco de la solución del consentimiento, el criterio de la responsabilidad de igual rango precisa de alguna explicación. El punto de partida de mi pensamiento es fácilmente imaginable: si para el tratamiento de la heteropuesta en peligro consentida importa a quién se ha de atribuir la responsabilidad por el resultado producido (al sujeto dañado o a aquel que ha desencadenado inmediatamente el resultado dañoso), entonces es normativamente obligado convertir la medida de la responsabilidad por el acontecimiento en criterio de la imputación»²⁶

«Esto significa que quien se expone al peligro procedente de otro carga con la misma responsabilidad que éste si asume el riesgo en virtud de una propia y libre decisión, sin ser presionado por el causante del riesgo y sin haberse sometido a su voluntad. Pues el mencionado menor poder de evitación del sujeto expuesto al peligro queda compensado por la voluntad incondicionada de que se realice la acción con independencia de esa diferencia de riesgo».²⁷

Según *Roxin*, los únicos y excepcionales casos en los que la heteropuesta en peligro es punible para el autor material, porque no equivale normativamente a la autopuesta, son aquellos en los que el sujeto creador del peligro ha contribuido en mayor medida que la víctima a generar esa situación de riesgo, porque ha

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid. P. 13.

convencido a esta última, que, en principio, se oponía a someterse a esa situación, a que lo hiciera.

De esta forma, *Roxin* varía la solución del caso según si el conductor le advierte al acompañante de su estado de embriaguez o, si por el contrario, vence los reparos dubitativos del invitado. Es decir, dependerá de si el conductor se encuentra reticente o, por el contrario, si incentiva al invitado para que se suba al coche. Así sostiene «esta□ justificada una distinta valoración según que quien se sube al coche que conduce una persona que no se halla en condiciones de manejarlo por haber consumido alcohol, ante las advertencias de éste, termine por convencerle de que lo lleve (por ejemplo diciendo “¡no se preocupe, yo asumo toda la responsabilidad!”), o que sea a la inversa el conductor el que venza los reparos del dubitativo invitado (diciéndole por ejemplo “¡no tenga miedo, yo me hago cargo de todo!”). El primer caso, si se produce un accidente condicionado por el abuso del alcohol, yo lo equipararía a una autopuesta en peligro consciente y con propia responsabilidad. Aquí no habría que imputar por tanto el resultado al conductor. En el segundo caso, por el contrario, habría que admitir una lesión o un homicidio imprudentes».²⁸

Este criterio de la responsabilidad de igual rango por lo sucedido, que le ha sido ampliamente ignorado por la doctrina un rol relevante, ya el RG en el caso del Memel²⁹ puso el acento en que el barquero había hecho referencia repetida y enérgicamente a los dos viajeros sobre lo peligroso de la empresa e intentado disuadirles de ella, y sólo por la insistencia de aquellos y cuando pusieron en duda su valor personal, cedió a regañadientes y, por generosidad y para mostrarse amable con ellos, puso en juego su propia vida. Un supuesto de estas características ha de ser equiparado en efecto a una autopuesta en peligro. En cambio, si el barquero, para hacerse con algún dinero, hubiese despejado los reparos de los viajeros (“¡quién se atreve, gana!”), habría sido condenado por el RG por un homicidio imprudente.

²⁸ Ibid.

²⁹ Este caso, aún hoy famoso, fue resuelto por el Reichsgericht antes de la Segunda Guerra mundial. Un barquero, ante la insistencia de dos viajeros y a pesar de haberles advertido del peligro que suponían para su empresa tanto el tiempo tormentoso como la profundidad de las aguas, accedió□ a cruzar el río Memel con ellos a bordo. La barca zozobro□ y los viajeros se ahogaron. ¿Cometió□ el barquero un homicidio imprudente?

Finalmente también podemos mencionar «el caso de la furgoneta, en el que un trabajador, que estaba siendo transportado en la superficie de carga del vehículo, salió despedido de él al producirse un accidente sin culpa del conductor y falleció en el siniestro, el OLG de Zweibrücken puso expresamente el acento en que el conductor se había negado en un primer momento a transportarlo por no disponer de asiento. “Pese a todo X (esto es, el trabajador) se subió en el fondo de la furgoneta y se sentó... en el suelo”. El OLG ha advertido correctamente que existía una heteropuesta en peligro consentida, pero también que el accidentado era personalmente responsable de lo sucedido por haber aprobado su transporte y que había asumido el riesgo, de modo que el conductor tenía que ser absuelto».³⁰

También debe decirse, además de los casos jurisprudenciales señalados, que a la tesis de *Roxin* adhieren -con matices- *Fiedler*, *Eschweiler* y *Nidermair*.

Esta posición designa con la autorresponsabilidad el principio de imputación decisivo, evita los problemas metodológicos de la solución del consentimiento y no se ve obligada por lo demás a modificar las reglas del consentimiento. Y en cuanto a los grandes tratados, cabe citar a *Jakobs*, que sigue en la cuestión principal a *Roxin*. Este, por su parte, está «dispuesto a conceder que la posibilidad de control es una circunstancia que indica una responsabilidad de igual rango por el acontecimiento. Pero no querría que valiera esta circunstancia como el único criterio decisivo (...)»³¹.

III.- Conclusiones

Llegados a este punto, debemos hacer una breve reflexión sobre las posiciones repasadas.

En primer lugar, debe decirse que la teoría normativista de *Gimbernat Ordeig* resulta por demás interesante. Y ello es así porque la misma encuentra su base en valoraciones llevadas a cabo por el mismo legislador, llegando a una solución absolutoria o condenatoria dependiendo de si, en relación al delito doloso, es aplicable o no el argumento de *a maiore ad minus*.

El argumento normativista desarrollado por la teoría de la diferenciación de *Gimbernat Ordeig* resulta convincente porque además, implica una regla general que refuerza la seguridad jurídica en el terreno. Ello sin perjuicio de conservar ciertos

³⁰ Ibid. P. 14.

³¹ Ibid. P. 17.

reparos con respecto a la responsabilidad del tercero en la heteropuesta en peligro consentida.³²

Es que no convence por completo la idea de dejar fuera de toda consideración la cuestión relativa a quién tuvo la influencia dominante en el desarrollo de la conducta peligrosa, quién fue el iniciador de la empresa arriesgada o quién incitó a llevar a cabo la misma. No parece una cuestión menor el hecho de motivar al sujeto creador del peligro, incluso a pesar de sus objeciones, a la acción de peligro.

En su caso, siendo esta la postura a adoptarse, de responsabilizar necesariamente al tercero en la heteropuesta en peligro consentida, no puedo menos que adherir a una eventual atenuante que afecte el ámbito de la culpabilidad del tercero en los casos en que la propia víctima fue iniciadora o motivadora de la empresa peligrosa.

³² En este sentido, véase los ejemplos brindados en Gimbernat Ordeig E., Ob. Cit. «si en una relación homosexual, uno de los dos integrantes de la pareja (A), sádica al otro (B) -a pesar de conocer que es una persona violenta-, despertando continuamente sus celos, creando situaciones en las que sabe que el celoso va a sorprender a su pareja, en el hogar común, manteniendo relaciones sexuales con un tercer varón, y B reacciona matando o causando lesiones a A, el hecho de que, quien finalmente resulta la víctima, haya sido el único causante de la situación de riesgo, no influye para nada -a salvo de la concurrencia de una eventual atenuante que afectaría solo a su culpabilidad-, en la responsabilidad del autor material B por unas lesiones o un homicidio dolosos típicamente antijurídicos. Luego, si en el delito doloso, el que la víctima sea consciente de que estaba sometido a una situación de riesgo -caso de la esposa que sigue conviviendo con su marido maltratador-, o el que incluso haya sido ella misma la única que ha originado dicha situación -caso del homosexual que provoca que su pareja, al regresar a la casa común, presencie una infidelidad sexual de aquel-, no afecta para nada a la tipicidad antijurídica de la conducta del autor material de la muerte o de las lesiones intencionales, no existe tampoco ningún motivo plausible por el cual, en la heteropuesta en peligro consentida imprudente, la mayor o menor responsabilidad de la víctima en la creación de la situación de riesgo pueda afectar a la responsabilidad del autor material por un delito imprudente».