

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid, España.
Presidente de honor de la FICP.

~Imputación objetiva y equivalencia entre participación en autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida: el criterio del control del riesgo*~

I. Fin de protección o evitación de la norma y supuestos de favorecimiento de autopuesta en peligro o de autolesión y de heteropuesta en peligro consentida y heterolesión consentida

1. Introducción

Como es mayoritariamente reconocido, para la imputación objetiva del resultado (o del hecho, si no se limita tal concepto a la imputación de resultados) se requiere, además de la adecuación o creación de un riesgo penalmente relevante (que la doc. mayoritaria entiende como riesgo no permitido), que el resultado concretamente causado (o el hecho) encaje en el fin de protección o evitación de la norma, lo que supone un criterio de interpretación –y restricción– teleológica del tipo. Esta concordancia con el fin de la norma conlleva a su vez, en primer lugar el requisito de la realización de peligro(s) inherente(s) a la acción inicial, o sea, de uno de los riesgos típicos que de suyo implica tal acción y que por eso mismo son los que la norma pretende evitar que se realicen, o sea la también denominada “relación de riesgo” o “relación o nexo de antijuridicidad”. Pero además la idea del fin de protección (o evitación) de la norma típica (denominación a la que ROXIN añade posteriormente la del “alcance del tipo”) es un criterio interpretativo más amplio que puede excluir por otros diversos motivos la imputación objetiva de otros resultados no coincidentes con tal fin. Se discute si ello es así, entre otros supuestos, en los segundos daños, en daños diferidos o sobrevenidos muy posteriormente, en consecuencias de la asunción de riesgos legalmente impuesta en acciones de salvamento o de persecución policial, en resultados imputables a una esfera de responsabilidad ajena de profesionales o funcionarios, en la provocación de autopuestas en peligro o en puestas en peligro ajenas consentidas.

* Ponencia mantenida el 29-5-2015 en el I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito en la Fac. de Derecho de la Univ. de Barcelona.

Pues bien, entre esos diversos grupos de casos en que se puede debatir si concuerdan o no con el fin de la norma y por tanto si se afirma o se excluye la imputación objetiva, probablemente la mayor discusión en las últimas décadas ha girado en torno al tratamiento de los supuestos en que la propia víctima, si no provoca, al menos acepta o consiente el riesgo de lesión; se discute sobre todo si no hay imputación objetiva por no encajar el resultado en el fin de protección o evitación de la norma en casos de *favorecimiento de una autopuesta en peligro* o en los de *heteropuesta en peligro aceptada o consentida* por la propia víctima.

2. Precisiones terminológicas

Si se llega a producir la lesión del bien jurídico puesto en peligro, tal favorecimiento o tal heteropuesta en peligro normalmente serán imprudentes respecto de la lesión –que es lo que generalmente se suele dar por supuesto en la doctrina–, ya que el agente o bien ni siquiera es consciente del peligro, o es consciente del peligro pero no quiere ni acepta la lesión (imprudencia inconsciente en el primer caso, consciente en el segundo). Pero hay que advertir que, aunque menos frecuentemente, puede haber supuestos en que el tercero actúe con dolo eventual respecto de la lesión, aunque la víctima, que será lo más normal, sólo acepte el riesgo, pero no acepte su propia lesión con “dolo” eventual; y en tal caso, al producirse la lesión, el tercero realizará una participación dolosa en una autolesión imprudente o una (hetero)lesión dolosa con consentimiento en el riesgo por el afectado. Ahora bien, se debe reservar en este contexto hablar de “favorecimiento de una autopuesta en peligro” para los casos en que el sujeto que se pone a sí mismo en peligro no tiene voluntad (“dolo”) de lesionar su bien jurídico, y en cambio denominar favorecimiento de una tentativa de autolesión los supuestos en que el sujeto favorecido quiera lesionar su bien jurídico; pues, aunque en la tentativa de autolesión voluntaria objetivamente también hay una autopuesta en peligro, como veremos después (*infra* III.4), en estos supuestos el grado de peligro es mucho mayor que en los primeros. Por ello se puede distinguir también heteropuesta en peligro de tentativa de heterolesión.

II. Diversas posiciones

1. La distinción entre favorecimiento de una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, salvo equivalencia de ésta a la primera

ROXIN ha sostenido (desde 1973) que en muchos de estos supuestos hay que negar la imputación objetiva, pero en algunos no: Por una parte mantiene que, dado que según el Derecho alemán es impune la participación en el suicidio o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible ni abarcado por el fin de la norma el favorecimiento o cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, pues si se puede provocar impunemente lo más (la autolesión), con mayor razón ha de poderse provocar sin sanción lo menos (la autopuesta en peligro), o sea argumento sistemático *a maiore ad minus* (de mayor a menor). En cambio la puesta en peligro ajena (heteropuesta en peligro), por mucho que sea aceptada o consentida por el afectado, en principio es punible (como también lo son el homicidio consentido o gran parte de las lesiones consentidas).

Pero hay casos de heteropuesta en peligro aceptada que son equiparables a la simple participación en la autopuesta en peligro y entonces, igual que en ésta, no habrá imputación objetiva y serán atípicos. Ello sucederá según ROXIN sólo si la persona puesta en peligro es consciente del riesgo en la misma medida que el agente que le pone en peligro. Éste constituye el requisito fundamental, al que añade otros dos previos: que el daño sea consecuencia del riesgo que la persona acepta correr y no de otros fallos, y que la persona puesta en peligro tenga la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro, lo cual implica que sea imputable y no coaccionado, y que no se trate de un trabajador que, aunque conozca y acepte su puesta en peligro, tiene una situación de dependencia e inferioridad respecto del empresario en cuanto a la infracción de normas de evitación de accidentes laborales; si se dan todos esos requisitos, esa persona habrá “asumido el riesgo”.

Habrà una heteropuesta en peligro aceptada (o puesta en peligro ajena aceptada) equiparable a la cooperación en una autopuesta en peligro según ROXIN en casos como el de la persona que insta al patrón de una barca a que le cruce el río pese a que éste le advierte que es muy peligroso por la tempestad existente y la barca vuelca con el oleaje y se ahoga el pasajero, o el del acompañante que por tener prisa insta al conductor a que marche a velocidad excesiva, accediendo éste y causando por ello en un accidente la muerte o lesiones del pasajero, o el supuesto de quien sufre igual desenlace cuando

acepta ser llevado en un automóvil por un conductor que iba ostensiblemente ebrio, siempre que la víctima conociera las circunstancias y el riesgo exactamente igual que quien le pone en peligro y que se cumplan los otros dos requisitos indicados; o también en el caso de alguien que tiene libremente y sabiéndolo contactos sexuales sin protección con un enfermo de sida; o en el caso de los “auto-surfistas” (surfistas en autos), donde un conductor, que marcha a una velocidad previamente acordada de 70-80 km/h, lleva tendidos sobre el techo de su automóvil sucesivamente a varios jóvenes que de ese modo imitan la práctica del surf acuático sobre tablas, hasta que uno se cayó y sufrió lesiones irreversibles.

2. Distinción entre autoría de la puesta en peligro y participación en la misma

Otro sector propone resolver estos supuestos distinguiendo estrictamente entre autoría y participación¹: según este criterio sólo habrá atipicidad cuando el tercero sea mero partícipe y la víctima es el autor de su autopuesta en peligro o autolesión (porque al ser atípica tal autoría, por accesoriedad también ha de serlo la simple participación); pero si el tercero, y no la víctima, es autor de la puesta en peligro, ello será típico por mucho que la víctima consienta en el riesgo (pues consentimiento en el peligro no equivale a consentimiento en la lesión). Este criterio se limita a formular en principio la misma distinción que ROXIN, sólo que destacando el enfoque de la distinción entre autoría y participación; pero no hace la excepción roxiniana para casos de autoría de heteropuesta en peligro consentida que materialmente equivalen al favorecimiento de la autopuesta en peligro.

3. El principio de autorresponsabilidad

Otro sector, para resolver estos supuestos, invoca el “*principio de autorresponsabilidad*”², bien como criterio autónomo que excluye el injusto o el tipo, bien encuadrado dentro de la imputación objetiva, mencionando o no el fin de protección de la norma, a efectos de excluir la imputación (a la conducta del agente e imputársela a la de la víctima) en todos o parte de estos supuestos. Se afirma que este

¹ Así WALTHER, 1991. En la doc. española GARCÍA ÁLVAREZ, 1999, ROSO CAÑADILLAS, 2002 y 2003, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES, 2004.

² Así entre otros SCHUMANN, 1986; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1991. Sobre los orígenes y distintas utilidades del principio de autorresponsabilidad cfr. ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, 2002, 165 ss.; *Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro*, RDPP 10 2003, 196 ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en DP*, 1998, 219 ss., 259 ss., *passim*.

principio, en virtud del cual cada uno responde de sus propios actos y sus consecuencias, incluyendo los riesgos que el sujeto decide correr, es el reverso y correlato de la libertad del individuo o del libre desarrollo de su personalidad.

La fundamentación de tal principio no es excesivamente detallada. Unos parten simplemente del concepto filosófico de libertad humana con su correlato de responsabilidad (derivada p.ej. del imperativo categórico kantiano) o del modelo del ordenamiento jurídico que a su vez parte del ciudadano como sujeto autónomo, y titular de un ámbito propio de autoorganización, la mayoría parte del reconocimiento constitucional de la libertad o capacidad de autodeterminación del ciudadano y especialmente del “libre desarrollo de la personalidad” –en nuestra CE consagrado en el art. 10.1, igual que en el art. 2 I GG alemana– y del modelo que ello implica de autonomía del ciudadano en su esfera de organización; lo cual significa a su vez que el sujeto tiene una responsabilidad primaria o preferente en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos, que implica que como regla si corre un riesgo asume su responsabilidad y no puede exigir a terceros un deber de tutela de sus bienes jurídicos. Ahora bien, con ese punto de partida se puede luego dar distinto alcance y contenido al principio de autorresponsabilidad: desde posiciones que afirman que si la víctima participa en el riesgo (sin más o con algún otro requisito) hay una “actuación a propio riesgo” –concepto procedente del Derecho civil– que exime de responsabilidad al tercero, hasta posiciones más restrictivas en cuanto a los requisitos para que la aceptación de riesgo por la víctima fundamente su exclusiva autorresponsabilidad.

En una construcción muy elaborada, CANCIO (1988) sostiene que, concurriendo en la producción del hecho la conducta de autor y víctima, ésta, como consecuencia de su autonomía de organización, en principio tiene una responsabilidad preferente, por lo que se le imputará sólo a la víctima y no habrá imputación objetiva al comportamiento del autor cuando a) la actividad de riesgo “se corresponda con la organización conjunta de autor y víctima” y permanezca en el ámbito de esa organización conjunta, pero además, como restricciones, siempre que: b) la conducta de la víctima no tenga falta de responsabilidad o de conocimiento suficiente de modo que sea instrumentalizada por el autor, y c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima. Ahora bien, CANCIO considera que hay tal organización conjunta no sólo en la autopuesta en peligro de la víctima en la que participa un tercero o en la actividad compartida que pudiera calificarse como coautoría, sino tb. en todos los casos en que

autor y víctima han organizado conjuntamente la posterior actividad peligrosa, aunque quien ejecute ésta de propia mano sea exclusivamente el autor y la víctima meramente soporte el riesgo, pues si esto se puede reconducir a su autonomía de organización, el criterio normativo es el de la responsabilidad preferente del sujeto pasivo, que excluye la responsabilidad del autor y la imputación objetiva, entendiendo por riesgos de la organización conjunta aquellos elementos inherentes, inevitables a la actividad que con su autonomía elige la víctima; mientras que, en cambio, no se excluirá dicha imputación y responsabilidad del autor si la víctima acepta o provoca consciente o inconscientemente el riesgo pero sin previa o simultánea organización conjunta, o existiendo previamente pero extralimitándose el autor.

4. La victimodogmática

Pero también desde la llamada *victimodogmática* se defienden soluciones similares a las del principio de autorresponsabilidad, excluyendo, al menos para ciertos grupos de delitos, la tipicidad de la conducta del autor cuando la víctima corre el riesgo y no toma las medidas normales de autoprotección, por negar en tal caso la necesidad y merecimiento de protección de ese sujeto pasivo.

Desde esta perspectiva se mantiene que debe responder la víctima de sus propios actos y que da lugar a veces a atenuación, pero a veces a la impunidad de la conducta del agente negando la tipicidad –dentro o fuera de la imputación objetiva – en casos de favorecimiento de una autopuesta en peligro o equivalentes, o incluso, para una postura más amplia, en casos de consentimiento de la víctima en el riesgo o de provocación consciente o inconsciente del riesgo por la víctima, bien sólo para determinados grupos de delitos, como los llamados delitos de relación³, en los que el tipo requiere una relación directa (de colaboración fáctica) de la víctima con el autor, especialmente en la estafa, o tb. en otros como delitos contra la intimidad, o bien, en una tendencia más expansiva, ampliándolo a otros tipos, a delitos contra la libertad sexual o incluso la vida e integridad; y se añade como fundamento, basado en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la sanción penal, que en estos casos desaparece el merecimiento o la necesidad de protección penal del bien jurídico si su titular, pudiendo, no adopta suficientes medidas de protección y por tanto el merecimiento o la necesidad de pena⁴.

³ Así R. HASSEMER, 1981.

⁴ Así la corriente encabezada por SCHÜNEMANN, 1984.

Pero también hay un sector dentro de la victimodogmática⁵ que sostiene que esa perspectiva permite fundamentar el principio de autorresponsabilidad y mantener en una interpretación teleológica del tipo que deba responder la víctima de sus propios actos y por ello exonerar al autor.

III. Solución defendida: principio de alteridad o de no identidad en la creación del riesgo. Concreciones: imputación de la autoría de heteropuesta en peligro consentida y no imputación de la mera participación en una autopuesta en peligro. El control del riesgo por la víctima como criterio de equiparación de la heteropuesta en peligro consentida al favorecimiento de la autopuesta en peligro

1. El punto de partida: la distinción de ROXIN entre regla y excepción

La posición de ROXIN marca una línea de partida acertada, por las razones que veremos, la de la distinción clave entre el mero favorecimiento de una autopuesta en peligro o autolesión, como regla atípica, y la heteropuesta en peligro (o heterolesión) por mucho que sea aceptada por el otro, que en principio será típica, salvo que (excepción) se pueda equiparar a la primera, pero, como veremos, hay que introducir correcciones en los criterios de equiparación. Por esa misma razón es igualmente en principio acertada la línea de distinguir entre autoría de una puesta en peligro (o lesión) ajena y mera participación en la autopuesta en peligro o autolesión, pero también precisa correcciones, precisamente por no establecer ninguna excepción en que la heteropuesta en peligro se pueda equiparar a la participación en la autopuesta en peligro. Y por otra parte, como veremos, en ambas posiciones falta una fundamentación material suficientemente convincente de las mismas.

2. Crítica a la victimodogmática

Frente a esto, es desde luego insostenible la orientación general de la victimodogmática, según la cual la simple provocación, consciente o incluso inconsciente, del riesgo por la víctima o su consentimiento en el riesgo excluye la necesidad y merecimiento de protección de ésta y por tanto el merecimiento y necesidad de pena en la conducta del autor. Es inaceptable en su formulación generalista, que pretende aplicar el principio a la mayoría de los delitos, pero también lo es cuando se restringe a algunos grupos de delitos o sólo a los “de relación” como la estafa (salvo que

⁵ FIEDLER, 1990.

se formule de un modo mucho más restringido exigiendo que la asunción del riesgo por el engañado sea tal que ya determinadas no se pueda hablar de un engaño bastante o idóneo en el autor). Pues la simple provocación imprudente inconsciente o incluso consciente por la víctima de un riesgo de sufrir una lesión ajena, e incluso el que consienta en el riesgo y no tome medidas de precaución, no le puede privar de protección jurídica, ya que no se puede sostener que exista un principio general jurídicopenal, ni formulado expresamente ni deducible de ninguna regulación, según el cual por esa provocación o ese simple consentimiento en el riesgo la víctima deje de merecer y necesitar protección jurídicopenal y el posible autor pueda lesionar impunemente sus bienes jurídicos. En efecto, por una parte, cuando sólo hay provocación involuntaria del riesgo, la víctima ni siquiera consiente en el riesgo, y cuando provoca consciente y voluntariamente el peligro, ciertamente consiente en el riesgo, pero en ambos casos la víctima no consiente en la lesión a sus bienes jurídicos (objetivamente producida por otro y soportada pasivamente por la víctima), que sería lo que en diversos delitos podría justificar la exención del autor, e incluso su consentimiento en la lesión en algunos delitos como homicidio o lesiones sería ineficaz. Y además, desde la perspectiva de la parte objetiva del hecho, tampoco es el sujeto pasivo, sino el tercero, quien controla el curso del hecho, así que éste no le es imputable a la víctima sino al autor.

3. Crítica al principio de autorresponsabilidad

El principio de autorresponsabilidad ciertamente no lleva a una desprotección de la víctima tan amplia como a la que puede conducir la perspectiva victimodogmática, pues para imputar los resultados a la víctima no se conforma con que ésta provoque el riesgo consciente o inconscientemente, sino que exige que la víctima corra un riesgo consintiendo voluntariamente en él. Pero este principio, con independencia de sus distintas versiones, no se fundamenta suficientemente en una base legal, constitucional o de principios generales del Derecho, pues no es cierto que en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad y la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad esté escrito como reverso que el sujeto tiene una *responsabilidad* primaria o preferente –que en el fondo sería exclusiva y excluyente– en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos, que implica que como regla si corre un riesgo, asume exclusivamente su responsabilidad y los *terceros ya no tendrían un deber de tutela y respeto de sus bienes jurídicos y quedarían exonerados de*

responsabilidad si los lesionan; por tanto el pretendido principio de autorresponsabilidad es una mera *petitio principii*. Además este principio es nuevamente excesivamente general e indeterminado, y ello explica que haya tanta diferencia entre unas versiones y otras del mismo en cuanto a su alcance; y cuando se lo precisa suficientemente, como CANCIO, no se fundamenta el por qué de esos límites y restricciones, y además no siempre son satisfactorias las consecuencias concretas a las que llega.

4. Principio de alteridad o de no identidad como fundamento de la imputación (y de identidad o no alteridad como fundamento de la no imputación); concreción del mismo

El desarrollo y precisión del criterio ideado por ROXIN, según el cual no hay imputación objetiva en el mero favorecimiento de la autopuesta en peligro, pero sí se puede imputar objetivamente la heteropuesta en peligro aceptada o consentida, si bien con la excepción de aquella puesta en peligro ajena consentida que realmente equivalga al favorecimiento de una autopuesta en peligro, criterio que considero correcto como punto de partida, necesita sin embargo una fundamentación material más sólida que la ofrecida por su creador.

Y además, es preciso proceder en dos pasos: primero fundamentar materialmente la regla: fundamentar por qué se imputa la heteropuesta en peligro aunque sea consentida y no el favorecimiento de la autopuesta en peligro; y en segundo lugar fundamentar y precisar mejor cuándo se puede establecer la excepción de que una aparente puesta en peligro ajena consentida realmente equivale a un mero favorecimiento de una autopuesta en peligro.

En cuanto a lo primero, a la regla, su justificación no puede limitarse a fundamentar tal criterio en el argumento sistemático de similitud y coherencia (argumentación *a maiore ad minus*) con la impunidad por atipicidad de la simple participación en el suicidio o la autolesión, frente a la tipicidad del homicidio consentido y de muchas lesiones consentidas; pues ese argumento sistemático-formal es válido en la regulación positiva de algunos ordenamientos como el alemán, pero a la posición de ROXIN se le puede hacer la objeción que formulan algunos de que en los CP como el español, que sí castigan la participación en el suicidio, no vale el argumento, *a maiore ad minus* (de mayor a menor), de que si se puede lo más, participar en el suicidio, también se puede lo menos, participar en la autopuesta en peligro de la vida.

Ciertamente (aunque esto no siempre lo añaden quienes hacen esa objeción), habrá que reconocer que el argumento de ROXIN sí es válido para el resto de los casos de participación en autopuestas en peligro de otros bienes jurídicos, puesto que la autolesión de los restantes bienes jurídicos personales es atípica (salvo que se vea afectado algún interés comunitario) y por tanto también es atípica la mera participación en tal autolesión. Ahora bien, incluso en el caso de la vida, cabe perfectamente sostener que el mero favorecimiento de una autopuesta en peligro de la misma es atípico e incluso lícito (salvo excepciones)⁶ pese a que no lo sea el favorecimiento del suicidio (de la autolesión –aquí autodestrucción– voluntaria de la vida): pues el grado de peligro para la vida es mucho mayor en el intento de suicidio voluntario, encaminado precisamente a matarse y poniendo todos los medios para ello, y por tanto también es muy elevado el grado de peligro que supone el favorecer un intento de suicidio; mientras que en la autopuesta en peligro de la vida sin voluntad de destruirla (autopuesta en peligro imprudente o incluso con voluntad consciente de correr el peligro, pero sin voluntad de acabar con la propia vida), el grado objetivo de riesgo *ex ante* es mucho menor precisamente por la actitud del sujeto de poner medios para evitar el resultado mortal.

Un principio jurídico general, que hunde sus raíces en la antigüedad y concretamente en el Derecho romano, es el **“principio de alteridad” o “ajenidad” de la lesión** (*alterum non laedere*⁷, no dañar o lesionar al otro) para que surja responsabilidad jurídica; principio que se puede formular de modo negativo como **“principio de no identidad” entre el autor y la víctima de la lesión** para la existencia de responsabilidad jurídica, porque se parte de la base de que si un sujeto se daña a sí

⁶ Dichas excepciones pueden ser: por motivos de salud pública y de no plena libertad en el consumidor, como las del favorecimiento del consumo de drogas o en otros sectores jurídicos incluso el del tabaco; o por otros motivos de interés público que llevan al ordenamiento a una política tuitiva o tutelar (paternalista según los críticos) de la vida e integridad de los afectados pese a su consentimiento en el riesgo: así en la circulación por vías públicas (prohibición y sanciones a motoristas que no usan el casco o a usuarios de automóviles que no usan el cinturón de seguridad) seguramente por la preocupación que suscita la mayor frecuencia estadística de accidentes graves en la circulación, o en el ámbito laboral –seguramente en consideración a la menor preparación de los trabajadores y sobre todo por la posición de garante del empresario–, en materia de seguridad e higiene en el trabajo, donde tiene nula relevancia la autopuesta en peligro del trabajador si el empresario incumple sus deberes al respecto, incurriendo en los delitos del art. 316 CP o incluso de homicidio o lesiones imprudentes.

⁷ Así la célebre fórmula de Ulpiano en sus Instituciones (entre 211 y 222) y acogida posteriormente en el año 533 en el Digesto (Corpus iuris civilis justiniano, t. II: Dig. I, 1, 10, 1; y I, 1, 1, 3) *“Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”*: “Los preceptos del derecho son éstos: vivir honestamente, no dañar al otro, dar (tributar) a cada uno lo suyo”; y recogida en la Edad Media por S. Raimundo de Peñafort en sus Summa iuris y por la Partida 3.^a, Título I, [ley 3^a](#).

mismo, eso como regla no afecta a la convivencia externa y por tanto al Derecho, sino en todo caso al ámbito interno de la moral. De ahí deriva directamente en la Ilustración el principio liberal de lesividad, nocividad u ofensividad como límite del *ius puniendi* (que modernamente se denomina principio de protección exclusiva de bienes jurídicos): que para ser delito una conducta tiene que suponer un daño ajeno concreto, para otro o para la comunidad, y no basta su inmoralidad. Y a lo largo del siglo XX, como sabemos, la ofensividad o nocividad como base de la antijuridicidad material no se limita a la lesión, sino que se amplía también a la peligrosidad para bienes jurídicos ajenos, por lo que debe ampliarse la formulación del principio (prohibición) de alteridad como no lesionar a otro y no poner en peligro a otro (**principio de alteridad de la puesta en peligro**). En cambio –salvo alguna excepción concreta como las indicadas por razones de interés público– no existe prohibición de “identidad”, de lesionarse o ponerse en peligro a sí mismo, a los bienes jurídicos propios (**principio de no identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro**); y al no estar prohibido como regla lo principal, la autolesión o la autopuesta en peligro, tampoco –menos aún– se prohíbe el simple favorecimiento ajeno de la misma, que no está jurídicamente prohibida.

5. Concreción del principio de alteridad en la regla en caso de consentimiento: imputación de la autoría de heteropuesta en peligro consentida y no imputación de la mera participación en una autopuesta en peligro

5.1) Imputación objetiva

La aplicación de los principios hasta aquí expuestos puede parecer en principio que plantea alguna duda en el caso de consentimiento de la víctima, en el riesgo o incluso en la lesión, respecto de una heteropuesta en peligro o heterolesión. En efecto, aunque sea la actuación del tercero y no la de la víctima la que ponga en peligro y la que finalmente lesione el bien jurídico y por tanto parece que sería aplicable el criterio de la alteridad y por ello la imputación objetiva al tercero, sin embargo por otra parte cabría sostener que, como al fin y al cabo el titular del bien jurídico consiente en su puesta en peligro, o incluso en algunos casos en su lesión, en definitiva es él con su consentimiento quien somete al bien jurídico al peligro, y se podría mantener por tanto que sería aplicable más bien el criterio de la identidad entre víctima y autor de la puesta en peligro y con ello la imputación sólo a la víctima y no al tercero. No obstante, lo decisivo es que **en la heteropuesta en peligro consentida el sujeto pasivo, por mucho**

que consienta en el riesgo, tiene un papel puramente pasivo y **deja que sea el tercero quien de modo doloso o imprudente controle y determine objetivamente el peligro, el curso del hecho** (tenga el dominio en caso de dolo) y sea autor exclusivo de la puesta en peligro y posterior lesión, teniendo en sus manos con lo que vaya haciendo el crear, incrementar o disminuir el peligro y el controlarlo o perder el control (control objetivo del peligro o del riesgo que coincide materialmente con mi criterio de la determinación objetiva del hecho como criterio de autoría, especialmente imprudente), así que no se puede decir que es la víctima quien somete el bien jurídico al peligro. Por consiguiente, la regla es que en la heteropuesta en peligro o autoría de una puesta en peligro ajena, por mucho que sea aceptada o consentida por la víctima, es aplicable como totalmente prevalente el criterio de la alteridad (la prohibición de lesionar o poner en peligro a otro) y por tanto la imputación objetiva del resultado a la puesta en peligro realizada por el tercero; salvo en los casos excepcionales de equiparación al mero favorecimiento de una autopuesta en peligro: v. *infra* III. 6. Y exactamente lo mismo ocurre y por las mismas razones en los supuestos de heterolesión o lesión ajena consentida –en los que la víctima no sólo consiente en el riesgo, sino también en la lesión– a efectos de imputación objetiva, es decir que el resultado no se le puede imputar objetivamente a la conducta pasiva de la víctima, que no crea ni domina o determina objetivamente el riesgo, sino a la conducta que tiene esa cualidad (de modo doloso o excepcionalmente imprudente), o sea la del tercero autor de la lesión; otra cosa es, como luego veremos, que pese a la imputación objetiva el consentimiento pueda en algunos delitos operar como causa de justificación o de atipicidad.

Por el contrario, en caso de autopuesta en peligro (en la que la víctima acepta el peligro, pero no la lesión) favorecida por un tercero, por mucho que el tercero colabore o lo facilite no controla en absoluto la situación, **el único que tiene en sus manos el control o determinación objetiva** (o incluso el dominio si maneja el riesgo consciente y voluntariamente) **del curso peligroso**, de si se modifica, aumenta, disminuye o cesa, y por tanto el único que es autor de la puesta en peligro de su bien jurídico **es el propio sujeto pasivo**, de cuya conducta el tercero es mero partícipe. Por ello no es aplicable el criterio de la alteridad, sino el de la identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro, con la consiguiente imputación del resultado al propio sujeto pasivo y no a la conducta del tercero. Y exactamente lo mismo y por las mismas razones rige en cuanto a imputación objetiva en la mera participación de un tercero en una autolesión (en la

que la víctima acepta la propia lesión). Ya veremos (*infra* 5.2. b) si eso implica siempre también impunidad o si puede haber algún caso de participación en una autolesión voluntaria que se declare punible por otra razón.

Resumiendo: a efectos de imputación objetiva la solución es la misma para la heteropuesta en peligro consentida que para la heterolesión consentida: en ambos casos hay alteridad, no identidad y por ello imputación objetiva del resultado a la actuación del tercero; e igualmente es la misma en sentido inverso para la mera participación en una autopuesta en peligro que en una autolesión: identidad, no alteridad y por ello no imputación objetiva del resultado a la participación del tercero (se imputa sólo a la conducta de la propia víctima).

5.2) Responsabilidad penal

Pero con la afirmación o exclusión de la imputación objetiva no se cierra definitivamente la cuestión de si hay responsabilidad penal, pues aún hay que examinar si, pese a la imputación objetiva, el consentimiento opera como eximente (de la lesión consentida) en algunos delitos; y en sentido inverso también hay que examinar si, pese a la no imputación objetiva del resultado a la mera participación del tercero en una autolesión o autopuesta en peligro, existe algún supuesto en que excepcionalmente la ley castigue por sí misma tal participación. A diferencia de la imputación objetiva, la cuestión de si hay finalmente responsabilidad penal puede ser distinta en la heteropuesta en peligro consentida frente a la heterolesión consentida; y en la participación en una autopuesta en peligro frente a la participación en algún caso de autolesión.

a) En la heteropuesta en peligro aceptada o consentida, como el sujeto pasivo sólo consiente en el riesgo, pero no en el resultado lesivo (no quiere que su bien jurídico sea lesionado, confía en que se salve pese a aceptar su puesta en riesgo), el consentimiento no puede operar como eximente, sea causa de atipicidad o de justificación, y por tanto no sólo hay imputación objetiva, sino también responsabilidad penal. En cambio, si el sujeto pasivo consiente no sólo la heteropuesta en peligro sino también la lesión de su bien jurídico por otro, o sea en la heterolesión consentida, dicho consentimiento ciertamente, por la irreparabilidad o difícil y no plena reparabilidad del daño y otras consideraciones de intereses públicos, no opera como eximente en algunos delitos, fundamentalmente el homicidio y los delitos (no las faltas) de lesiones con algunas excepciones, pero sí tiene efecto eximente, excluyente de la tipicidad o justificante en la

mayoría de los delitos contra bienes jurídicos personales salvo que afecten también a algún interés público.

b) En la mera participación ajena en una autopuesta en peligro (en la que el titular del bien jurídico consiente en el peligro, pero no en su lesión), como la autopuesta en peligro no afecta a otros no está prohibida penalmente y por ello su mero favorecimiento, en virtud de la accesoriedad de la participación, también es impune como regla absolutamente general, incluso en el caso de autopuesta en peligro de la vida, en el que no se hace una excepción para la participación, a diferencia de la participación en el suicidio, dado que al no querer matarse la víctima, es bastante menor el riesgo que implica la ayuda. Solamente, como hemos visto, en algunos sectores de actividad –como circulación, salud pública, seguridad laboral– en que la autopuesta en peligro de salud o vida y su favorecimiento se considera que afectan a intereses públicos, excepcionalmente se prohíbe tal favorecimiento como un ilícito administrativo o en algún caso penal. En cambio, en la participación ajena en una autolesión voluntaria (con voluntad directa o al menos eventual de lesionar el propio bien jurídico) ciertamente rige también la regla general de la atipicidad de la autolesión de un bien jurídico y la consiguiente atipicidad de la mera participación, pero en el caso de los bienes jurídicos personales más importantes, salud y vida, no sólo rigen las mismas excepciones para algunos sectores de actividad que en el favorecimiento de la autopuesta en peligro, sino que para el bien jurídico más importante, la vida, existe en Derecho español y en otros ordenamientos (no así en el alemán p. ej.) una excepción general, debida a importantes intereses de orden público y no limitada a algunos sectores de actividad, sino que tipifica penalmente en todos los sectores la participación en el suicidio⁸ como delito autónomo para evitar su impunidad por la accesoriedad de la participación; la diferencia de trato con la participación en la simple autopuesta en peligro de la vida se explica porque, al tener el suicida voluntad de matarse y de no intentar evitar su muerte, el grado de peligro del favorecimiento de esa conducta es mucho mayor, de casi seguridad, como hemos visto, y se trata por ello de favorecimiento no de una conducta simplemente arriesgada, que muchas personas realizan precisamente porque confían en no morir, que es el deseo natural por el instinto

⁸ Pero hay que advertir que el art. 143.1 y 2 del actual CP 1995 sólo castiga la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, pero no la mera complicidad, a diferencia de la regulación en los anteriores CP españoles, que castigaba tanto la inducción como toda cooperación en el suicidio, sin distinguir si era cooperación necesaria o complicidad.

de conservación, sino de una conducta, la suicida, nada normal y debida a situaciones límite o incluso de no plena responsabilidad.

6. Excepción: La equiparación de alguna heteropuesta en peligro consentida a la participación en una autopuesta en peligro: el control objetivo del riesgo o peligro por la víctima

Para que lo que en principio parece un mero consentimiento en una puesta en peligro por un tercero se pueda equiparar a una autopuesta en peligro de la víctima que favorece el tercero, no puede bastar con los requisitos, exigidos por *Roxin*, de que la víctima tenga el mismo conocimiento del riesgo que el agente, que sea imputable y no esté coaccionada y que el tercero no cometa otros fallos y vaya más allá de lo que acepta o le pide la víctima. Pues por mucho que sea así y la víctima conozca bien el peligro en que la pone el otro, ello no se convierte en una autopuesta en peligro de la que es autor la víctima si ésta no llega a tener control objetivo sobre el hecho peligroso. Veámoslo.

Donde el ordenamiento jurídico, y no sólo el penal, manifiesta claramente su decisión normativa de cómo se distribuyen los ámbitos de responsabilidad, y cuándo se imputa el hecho precisamente a la conducta de la víctima y no al tercero agente, es precisamente en los supuestos de autoría exclusiva por parte de la víctima; y lo que habrá que examinar entonces es si se pueden equiparar a éstos otros supuestos de autoría compartida con otro agente, es decir, de lo que se denominaría coautoría en la teoría de la autoría y participación delictiva.

En general las categorías de la autoría y la participación son también formas de imputación, directa o accesoria, aunque distintas de la imputación objetiva. Ahora bien, en el caso de intervención de la víctima junto con otro sujeto agente existe la peculiaridad de que los bienes jurídicos afectados, puestos en riesgo, son precisamente de uno de los intervinientes, y por tanto respecto de éste la aplicación de las categorías de la autoría y participación no tiene el sentido de determinar su posible responsabilidad penal; pero sí tiene el sentido de indicar dónde –por ser autoría– se puede imputar la responsabilidad primaria (no necesariamente penal) por el hecho y a qué conducta –por ser mera participación– sólo se le puede imputar en su caso una responsabilidad accesoria. Con otra peculiaridad: que si en algún caso la víctima es coautor (aunque involuntariamente en cuanto a la lesión) de su puesta en peligro y posterior lesión,

parece más adecuado que la puesta en peligro o la lesión se le impute primariamente a ella y no al otro coautor.

Todo depende de **si la víctima**, la persona lesionada en sus bienes jurídicos, **tenía, aunque sea compartido con el otro agente, el control objetivo del riesgo, del hecho peligroso** (control objetivo del peligro o del riesgo que, como he destacado *supra* III.5.1, coincide materialmente con mi criterio de la determinación objetiva del hecho como criterio de autoría, especialmente imprudente, pero sin la mayor dificultad lingüística que tendría hablar de control objetivo del hecho en un delito de lesión); si lo tiene, que es la circunstancia que da lugar a coautoría, la víctima ya se está poniendo activamente a sí misma en peligro, ya es autor de su puesta en peligro⁹, que ahora sí se puede afirmar que es “cosa suya”, “obra suya” y no exclusivamente de otro (aquí sí está plenamente justificada la perspectiva del principio de autorresponsabilidad de que ese riesgo entra de lleno en el campo de la propia responsabilidad, de la esfera de organización del sujeto en sus cosas, del obrar a propio riesgo). Por tanto, *lo que cuenta es, no el conocimiento ni siquiera exacto del riesgo o el consentimiento en el mismo, sino el control objetivo del riesgo por la víctima*. Y en tales casos parece más justificado considerar que de los dos co-autores prevalece y predomina la autoría de la propia víctima sobre la puesta en peligro y no la autoría ajena, que **prevalece aquí la perspectiva de la “identidad” entre la creación del riesgo y víctima, de la “no alteridad”** de la creación del riesgo, y por tanto de la imputación primaria del riesgo y de su resultado a la conducta de la propia víctima. Pues, siendo suyos los bienes jurídicos afectados y siendo esa persona la esencial y primariamente interesada en su protección, al renunciar en parte a la misma por consentir en el riesgo no lo hace de modo simplemente pasivo dejando en manos de otro el control del hecho y la puesta en peligro, sino que interviene activamente controlando su propia puesta en peligro; por tanto, asume el papel primario y decisivo en su puesta en peligro, en su autopuesta en peligro, por mucho que comparta el control del riesgo con un tercero. Así indudablemente se considera y se valora socialmente tal intervención de la víctima y ello tiene la correspondiente acogida jurídica. En consecuencia, resulta justificado que por ser prioritaria la imputación del riesgo a la víctima *se excluya la imputación objetiva*

⁹ Ese control de la víctima sobre el riesgo, compartido con el otro agente, es lo que fundamenta la coautoría, el dominio o control compartido o, en hechos imprudentes, la co-determinación objetiva del hecho (cuando se trata del supuesto normal de hechos contra bienes jurídicos ajenos). Como hemos visto, no basta con los requisitos, exigidos por ROXIN, de que la víctima tenga el mismo conocimiento que el agente etc., si ésta no llega a tener control objetivo sobre el hecho peligroso.

a la conducta del tercero agente como autoría de la puesta en peligro y se la considere como mera participación secundaria (favorecimiento) atípica en una autopuesta en peligro.

Resumidamente: el control o dominio compartido del riesgo (sobre el hecho peligroso) entre la víctima y un tercero da lugar a que en estos casos **lo que en principio sería coautoría del tercero** (coautoría si se tratara de control o dominio compartido de dos terceros en la puesta en peligro de un bien jurídico ajeno) **valorativamente se convierta en simple participación secundaria (y atípica) en la autopuesta en peligro de la víctima.**

Ejemplos de equivalencia al favorecimiento de una autopuesta en peligro (y por tanto falta de imputación objetiva del resultado al tercero): La persona que acepta (a iniciativa del otro o suya o de ambos) tener acceso carnal sin protección, una o varias veces, con otra persona que sabe que está infectada de sida, tiene el mismo grado de control que ésta –por mucho que sea el infectado quien pueda contagiar al no infectado– sobre el hecho de llevar a cabo la actividad sexual peligrosa y el mismo grado de control o falta de control que el ya infectado sobre las posibles consecuencias lesivas. En el caso del barquero, el pasajero que le pide al barquero que se adentre a cruzar el río pese a que el barquero se lo desaconseja por la enorme turbulencia de las aguas, tiene el mismo grado de control y de poder ordenar que den marcha atrás que el barquero hasta que ambos se meten con la barca en la zona turbulenta, y a partir de ese momento realmente el descontrol de la barca por el barquero es prácticamente idéntico al del pasajero, de modo que la suerte de éste y de ambos ya no está en manos (en el control) del barquero, sino de los elementos. Igual sucede en la persona que como acompañante acepta o incluso incita al conductor de un vehículo a que marche a velocidad excesiva, si puede controlar el riesgo igual que el conductor (igual grado de influencia positiva o negativa sobre la actividad peligrosa y de control o descontrol sobre sus posibles consecuencias) porque éste se ha comprometido a reducir de inmediato la velocidad en cuanto se lo diga el acompañante, o porque éste dispone de un mecanismo que le permite frenar la velocidad en cualquier momento, p.ej. un sistema electrónico de corte de la velocidad, o pedales de freno y embrague para el copiloto como en los vehículos de las autoescuelas.

Esa situación no se produce en cambio en el ejemplo del acompañante que acepta que le lleve en automóvil una persona que ha bebido bastante alcohol, porque el

acompañante no tiene en absoluto posibilidad de controlar el riesgo; o lo mismo sucede en caso de que un paciente se someta a una operación excesivamente arriesgada y no conforme a lo indicado médicamente, porque una vez que comienza la intervención, y más aún si es con anestesia, el paciente no controla en absoluto el riesgo, que queda únicamente en manos del equipo quirúrgico. En tales casos por tanto sí habrá imputación objetiva del daño que sufra la víctima a la puesta en peligro del tercero. Y el caso de los “auto-surfistas”, en el que ROXIN sostiene que la puesta en peligro ajena consentida equivale a mera participación impune en una autopuesta en peligro porque los jóvenes conocían el riesgo exactamente igual que el conductor, debe solucionarse no obstante desde la perspectiva del control del riesgo. Y aunque en principio pudiera pensarse, al haberse pactado la velocidad con el conductor, en una analogía con el supuesto del copiloto que incita al conductor a ir a velocidad excesiva pero comprometiéndose a parar de inmediato si se lo pide el copiloto, sin embargo aquí los jóvenes “surfistas” no controlaban en absoluto el riesgo, pues una vez en marcha el vehículo desde lo alto del techo les sería difícilísimo o imposible indicar al conductor que redujera o parara la marcha y además, al no controlar los giros y movimientos del auto, no podían controlar tampoco la posibilidad de pérdida de equilibrio y salir despedidos; y por cierto, lo mismo sucedería si el “surfing” lo hubieran practicado subidos en tablas de patines y agarrados al lateral del vehículo. Por tanto, al tratarse de una heteropuesta en peligro consentida (y gravemente imprudente) no equivalente a la autopuesta en peligro, sí hay imputación objetiva del resultado de las lesiones y por ello responsabilidad del conductor por lesiones por imprudencia grave.

Para evitar malentendidos, en vista de alguna duda que formula *Roxin* frente a esta posición mía planteando la duda de si en los ejemplos citados la víctima realmente tiene o no el control del riesgo, conviene aclarar lo siguiente: el criterio del control del riesgo por la propia víctima o sólo por el tercero, que considero decisivo para calificar la conducta del tercero como mera participación en una autopuesta en peligro o por el contrario como heteropuesta en peligro consentida, es **control objetivo e inicial del riesgo**. Es control *objetivo* de la situación de riesgo o peligro por la conducta del sujeto, porque dicho control puede ser ciertamente consciente y voluntario por parte del sujeto, que dirige conscientemente sus actos e intenta dominar la situación, pero también puede ser que la actuación simplemente controle objetivamente, pero sin expresa voluntad o incluso inconscientemente, la situación de peligro, en el sentido de que de hecho la

ponga en marcha, la mantenga constante, o la modifique incrementándola, conteniéndola o frenándola. Y es **control inicial del riesgo**, aunque éste se descontrola al final y por tanto la actuación pierda ya el control del peligro en la fase final, por lo siguiente: *Dado que se trata precisamente de control objetivo sólo de un riesgo*, pero no de control de un proceso lesivo –más o menos– seguro, o bien por la actuación de la víctima o (solamente o también) por la actuación del tercero, y *dado que el agente (sea la víctima o el autor) a lo sumo acepta correr el riesgo, pero no quiere la lesión*, ciertamente **el sujeto al principio con su conducta controla objetivamente**, como hemos visto, **la creación, mantenimiento o modificación del riesgo**, es decir la acción determina objetivamente un proceso causal peligroso pero, a diferencia de los delitos lesivos dolosos, **intentando contener el riesgo para que no cause lesión** (y ello sucede incluso en el ejemplo extremo del conductor que maneja el volante y los mandos en estado de ebriedad, favorecido o impulsado a ello por tercero que le deja el vehículo o le acompaña, en el que el conductor, pese a sus mermadas capacidades y la imprudencia de conducir así, es quien maneja las mandos y con ello crea y prosigue el riesgo, pero también mantiene al principio pese a todo un cierto control del riesgo). Pero a pesar de ello **llega un momento** (generalmente, y siempre en los casos que aquí nos ocupan en los que el riesgo se transforma en resultado lesivo) **en el cual el acontecer peligroso** – p.ej. el modo de manejar del conductor bebido– **escapa ya al control del agente**, aquí **al control de contención**, no el control para transformar el peligro en lesión, y se produce el resultado lesivo no deseado. Pero **ello no obsta para nada a que en el estadio inicial** en unos casos la conducta de **la víctima controla objetivamente** por sí sola o decisivamente **el riesgo para sí**, por lo que la conducta del tercero (fácticamente o en los casos de “coautoría” normativamente) sólo favorece o participa en esa autopuesta en peligro, mientras que en otros casos es la conducta del tercero la que en la fase inicial controla objetivamente el riesgo y la víctima sólo consiente y favorece ese riesgo para sí, con las distintas consecuencias que estamos viendo.

7. No imputación objetiva pero posible responsabilidad extrapenal

El que no haya responsabilidad penal por falta de imputación objetiva al no encajar en el fin de protección de la norma (penal) estos casos de coautoría del tercero y la víctima en la actividad peligrosa equiparables a la simple participación en una autopuesta en peligro, no quiere decir necesariamente que no haya responsabilidad jurídica extrapenal del tercero coautor. Pues puede sostenerse que su conducta no

alcanza el grado de peligrosidad y relevancia preciso para considerarla un ilícito penal, pero tal puesta en peligro ajena consentida y controlada también por la víctima no es una conducta totalmente no peligrosa y no se puede decir que no afecte en absoluto a intereses públicos, por lo que podría constituir un ilícito extrapenal, concretamente administrativo si infringe alguna norma de ese sector. Ello de modo paralelo al hecho, que ya hemos visto (*supra* III. 5.2 b), de que la participación impune en una autopuesta en peligro, e incluso la propia autopuesta en peligro constituyen en algunos sectores de actividad ilícitos administrativos.