

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro
consentida**

¿Tiene responsabilidad penal el tercero productor de un riesgo?

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN
DERECHO PENAL**

AUTOR

Branko Slavko Yvancovich Vásquez

ASESOR

Dr. Raúl Belealdo Pariona Arana

Junio, 2017

RESUMEN

La relevancia penal de la intervención de terceros en la propia puesta en peligro de la víctima que deriva en la configuración de un resultado típico, es analizada mediante las categorías de la *participación en una autopuesta en peligro* y la *heteropuesta en peligro consentida*. En tal sentido, el objetivo de la presente investigación es determinar que existen escenarios donde es posible imputar responsabilidad penal, conforme a criterios de imputación basados en la legitimidad de la intervención penal y los deberes de protección del tercero interviniente. Asimismo, la justificación de esta investigación radica tanto en su conveniencia Por tal motivo, sostengo que la presente investigación es **conveniente** porque mediante este se podrá identificar la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico prevé para estos casos, en su relevancia, pues se trata de la primera investigación en el ámbito nacional sobre el tema, y además por en su utilidad, porque permitirá unificar los criterios jurisprudenciales. Finalmente, se llega a la conclusión que los casos de participación en una autopuesta en peligro y de heteropuesta en peligro consentida deben ser analizados conforme las características del caso concreto y sobre la base criterios específicos a este tipo de conductas.

Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida
¿Tiene responsabilidad penal el tercero productor de un riesgo?

A mi abuela, mamá Gloria.



AGRADECIMIENTOS

No puedo iniciar este trabajo sino agradeciendo en primer lugar a mi abuela, mamá Gloria, quien en momentos complicados tuvo a bien brindarme el primer empujón para seguir esta etapa de mi vida. Sé que ella ha hecho, tal vez sin saberlo, lo mismo que mi abuelo Rubén hubiera hecho en vida, a quien dediqué mi tesis de grado hace tres años.

Agradezco también a mi papá, Mirko, y a mi mamá, Isabel; quienes me han apoyado en absolutamente todo lo que me he propuesto y para quienes tengo el gran compromiso de darles mucho más de lo que ellos me han dado.

Agradezco, también, a mi hermano Mirko, quien, probablemente sin saberlo, ha significado una gran y bella compañía desde que vine a vivir a Lima.

Agradezco, asimismo, a Samantha, quien desde hace ya bastantes años me ha impulsado a tomar las decisiones más trascendentales de mi vida. Las cuales me han permitido tener ahora una vida mejor.

Finalmente, pero no de último, agradezco a mi hermano Zvonko, quien probablemente no sabe que es mi más grande admiración y tesoro en mi vida. Si bien todos en esta página son personas importantes para mí, él tiene en su haber el plus de haberme permitido verlo crecer todos los días. Solo por y para él, deseo ser un mejor hermano mayor cada día.

INTRODUCCIÓN

La participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida fácilmente podrían ser el dúo que más complicaciones presenta al momento de querer fundamentar la responsabilidad penal de una persona vinculada con un hecho delictivo. Las razones no son pocas, pues al analizar los diversos casos que presenta la jurisprudencia extranjera y nacional, podrá apreciarse claramente una serie de factores individuales y diferenciadores entre ellas. Pero, la principal pregunta que surge como antecedente a este tema es “¿de qué tratan?”.

La pregunta es absolutamente válida, pues creo que la dificultad de establecer cuándo se está en un escenario u otro es lo que ha puesto una serie de trabas metodológicas para su correcto análisis dogmático y adopción jurisprudencial. De hecho, el lector podrá encontrar en la batería de casos que acompañan estas páginas, cómo existen diversas interpretaciones, muchas veces confusas o hasta contradictorias,

Los aspectos metodológicos me impiden dar un breve resumen sobre el contenido de cada una de estas figuras, pues las líneas que a ello le dedicaría no harían justicia a las más de cuarenta páginas que he destinado a esquematizar metodológicamente el contenido de la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida. No obstante, la lectura de esta primera parte dará luces tanto de la problemática como la solución propuesta.

En efecto, considero necesario comentar que existe un sector de la doctrina que sostiene que tanto la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida no presentan mayores diferencias y que,

además, pueden ser fácilmente solucionadas con criterios de mera autopuesta en peligro excluyente de responsabilidad penal. Sin embargo, considero necesario también sostener que dicho sector no ha podido identificar las particularidades que presenta cada una de ellas tanto a nivel de imputación objetiva como de título de imputación.

Desde luego, varios argumentos fuertes pueden encontrarse entre ellos; sin embargo, considero que la complejidad de estas figuras penales que he desarrollado en el presente trabajo permite fundamentar la necesidad de darles un tratamiento tanto diferenciado como especializado.

La segunda parte del presente trabajo la he destinado a buscar el fundamento para la intervención penal. Personalmente, como persona que sigue el trabajo de Claus Roxin y con la debida asesoría de su discípulo y mi profesor, Raúl Pariona, he sabido incorporar en este trabajo la necesidad de encontrar, precisar y desarrollar dicho fundamento, el cual podrá ser encontrado en la teoría del poder como criterio legitimador de la intervención del Derecho Penal.

Finalmente, la tercera y última parte es la aplicación de la postura propuesta en el segundo capítulo, donde he aplicado a los casos tomados de la jurisprudencia extranjera mi teoría, la cual considero tanto coherente como válida.

Este breve resumen está destinado a crear en el lector la curiosidad suficiente de cómo en poco más de cien páginas se puede crear una teoría que busca solucionar para un problema jurídico que cuenta con varios años de debate entre juristas de España y Alemania. Considero que lo que sorprenderá es que es posible hacerlo.

Como absolutamente toda propuesta, esta irá mejorando con cada lectura y revisión que se haga. Tal vez, algún joven estudiante al leerla pueda decir que mi postura está errada y cree la suya. Pues, ¡que inicie el debate! Pero primero, los invito a leerla.

CAPITULO I

PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA

I. DIFERENCIA ENTRE HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA Y PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO

La trascendencia de la participación en una autopuesta en peligro y de la heteropuesta en peligro consentida en la determinación de la responsabilidad penal se presenta con especial importancia en las lesiones directa o indirectamente producidas con la creación de una fuente de peligro para un tercero que voluntariamente se termina exponiéndose a ese riesgo. Esta situación adquiere especial relevancia cuando se entra a debatir temas importantes como i) la imputación de una conducta a título de autor o cómplice, y ii) la relevancia de la intervención de la víctima el resultado final.

Tan importante ha sido la necesidad de diferenciar el contenido de ambas figuras que ha propiciado un pronunciamiento más o menos reciente del Tribunal Supremo Federal alemán en la BGHSt. 53 del 20 de noviembre de 2008, en el que busca establecer sus principales características:

“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 sólo 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 accesoriadad 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 constatar ampliamente con arreglo a los mismos criterios objetivos desarrollados para el dominio del hecho en los delitos dolosos (...)”¹.

La diferenciación desarrollada por el Tribunal Supremo Federal alemán ha sido blanco de duras críticas por la doctrina alemana. Probablemente estas tienen como punto común que ha sido un error del Tribunal haber asumido el criterio de dominio del hecho al momento de desarrollar su análisis de los escenarios de heteropuesta en peligro consentida y participación en una autopuesta en peligro, ya que, la gran mayoría de lesiones producidas en ambos casos derivan por lo general de conductas imprudentes que conllevaron a resultados no deseados por quienes se expusieron al riesgo.

Las principales características de la diferenciación entre la heteropuesta en peligro consentida y la participación en una autopuesta en peligro han sido tratadas por Schunemann², quien ha propuesto que en el primero encontramos “casos (que) concierne al comportamiento delictivo adicional de un tercero, que utiliza el curso causal creado por el autor y de un tercero, que utiliza el curso causal creado por el autor produce definitivamente el resultado”; y que en el primero se sitúan aquellos que consisten en “la facilitación o impulso dado para que la víctima realice una autopuesta en peligro”. No obstante, la diferenciación entre ambas no ha sido necesariamente pacífica.

Stratenwerth sostiene que si para los casos de delitos imprudentes no puede diferenciarse entre los partícipes y autores (no puede trazarse la línea divisoria

¹ ROXIN, Claus. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 55*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 78.

² SCHÜNEMANN, Bernd. “Consideraciones sobre la imputación objetiva”. En: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 219-248.

entre autoría y participación, menciona); no tendría sentido diferenciar los casos de participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida³. Lo dicho tiene también efectos muy importantes, pues por más adecuada que sea una teoría dogmáticamente válida para brindar soluciones específicas a estos casos, su falta de practicidad real no permitirá aceptarla como útil.

No obstante, y con esto comparto la postura de la doctrina dominante, considero que sí es necesaria dicha diferenciación, pues incluso en los delitos culposos donde no hay diferenciación entre autoría y participación existen límites para la imputación penal de un resultado mediante la unidad de título de imputación. Tal es el caso, por ejemplo, de los deberes de garante autoimpuestos o legalmente establecidos, en los que se rompe el escenario “normal” de la heteropuesta en peligro consentida y la participación en una autopuesta en peligro. No hace falta ya mencionar los casos en los que el tercero brinde un aporte al hecho con un dolo de lesionar y aprovecharse de la predisposición al riesgo de la víctima. Por lo tanto, no diferenciar cada una de estas figuras dogmáticas y reducirlo a principios de imputación de autoría y participación implicaría hacer responsables a todos los intervinientes cuando no deberían tener responsabilidad, o a ninguno cuando sí les es imputable el resultado.

1) Introducción a la participación en una autopuesta en peligro

La participación en una autopuesta en peligro es una figura particular de la participación en donde autor material y víctima son una misma persona. Esta persona será autor en tanto ejecuta por sí misma una conducta creadora del riesgo de lesión, y víctima en tanto es ella quien sufre las consecuencias del riesgo creado por sí misma.

Situación particular es la del tercero interviniente, el denominado partícipe. Este tercero es, por su parte, quien interviene en un estado anterior, brindando facilidades para que la víctima cree la fuente de riesgo que terminará

³ STRATENWERTH, Günter. “Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes”, pp. 4-5. En: *Indret*, Barcelona, 2013. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/957.pdf>

produciendo el resultado autolesivo. En líneas generales, se le suele identificar como la persona que facilita los medios necesarios para el resultado o que interviene en la creación de la voluntad de autoproducirse un mal.

En buena cuenta, la participación en una autopuesta en peligro engloba las conductas realizadas por terceros que brindan un aporte relevante para la creación de un peligro o la producción de un resultado autolesivo producidos por una persona. Una característica llamativa de estos casos es que los terceros no tienen ningún tipo de control sobre el resultado autolesivo generado por la víctima, quien en todo momento actúa consciente del peligro al que se está sometiendo y sobre el que sólo ella puede decidir; sino que intervienen en el momento anterior, en la creación de la fuente de riesgo.

Gimbernat ha intervenido en la tarea de delimitar el contenido de la participación en una autopuesta en peligro. Así, por ejemplo, ha sabido establecer que la producción del resultado final siempre recaerá sobre la víctima y nunca sobre otro sujeto. “Es la víctima la que en última instancia se lesiona o mata a sí misma”⁴, sostiene este destacado catedrático español.

Por otro lado, Roxin le da más relevancia a la conducta arriesgada de la propia víctima; no obstante, reconoce que la participación en una autopuesta en peligro implica un aporte en la producción de ese riesgo. El profesor alemán explica que “concorre la autopuesta en peligro cuando alguien sufre un daño a través de su propia acción arriesgada, aunque también otro haya contribuido a producirlo”⁵.

La doctrina no presenta mayores problemas respecto a aceptar denominadores comunes en el caso de la participación en una autopuesta en peligro, de hecho, es concebida muy uniformemente. Esta situación se debe a que la autopuesta en peligro como criterio de imputación cuenta con un desarrollo bastante

⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Imputación y conducta de la víctima”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 734.

⁵ ROXIN, Claus. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 55*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 74

difundido, lo que permite sostener que la idea de cuál es su contenido parece ser clara. Sin embargo, también es cierto que las consecuencias jurídicas que de ella derivan forman parte de la discusión penal actual.

2) Introducción a la heteropuesta en peligro consentida

A diferencia de la participación en una autopuesta en peligro, el debate sobre la *heteropuesta en peligro consentida* ha generado posiciones muy diferentes sobre su contenido.

Por un lado, tenemos al profesor alemán Roxin, quien le da mayor énfasis a la conducta del tercero que crea una fuente de peligro y a la necesidad de que la víctima tenga la posibilidad de poder aceptarla. En dicho marco, por heteropuesta en peligro debería entenderse “el caso de que alguien ponga en peligro a otro, pero de forma tal que éste asuma tal puesta en peligro con pleno conocimiento del riesgo”⁶.

Por otro lado, en la doctrina española se puede encontrar uno de los desarrollos más adecuados de mano de Gimbernat; quien tomando como base un punto de vista victimológico, sostiene que en la heteropuesta en peligro consentida es “la víctima quien acepta también el riesgo de lesión, pero, a diferencia de la autopuesta, 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 esta es consciente de –y asume– el riesgo de lesión para su vida o su integridad al que aquél le está sometiendo”⁷.

Ahora bien, de asumirse cualquiera de las posiciones, Maier sostiene que lo trascendental es que se pueda dar una respuesta normativamente adecuada para la valoración de la conducta de la víctima, pues “posiblemente sea una de

⁶ ROXIN, Claus. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 55*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 74.

⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Imputación y conducta de la víctima”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pp. 734.

las tareas más trascendentes de la teoría de la imputación objetiva el desarrollo de un principio normativo (victimodogmático) que evite las respuestas asistemáticas y logre reducir la tendencia algo casuística que manifiesta el desarrollo actual del problema”⁸.

Sobre la base de lo expuesto, puedo concluir qué debe entenderse por la heteropuesta en peligro consentido. En principio, consiste en el concurso de conductas de dos personas entendidas como un tercero y una víctima, en donde al menos la primera de ellas produce y controla una fuente de peligro. Luego, esta fuente de peligro es utilizada por la víctima para someterse voluntaria y conscientemente a una autopuesta en peligro, la cual es consentida tanto por ella como por el tercero. Finalmente, producto de dicha exposición a un riesgo, se produce un resultado autolesivo.

Asimismo, la heteropuesta en peligro consentida comprende también el concurso de riesgos creados por tercero y víctima, producidos conscientemente y que terminan generando un incremento del peligro para la víctima traducida también en un resultado autolesivo.

Finalmente, la característica primordial de la heteropuesta en peligro consentida es que el cese de la actividad riesgosa del tercero implica la anulación del peligro general, independientemente de lo que decida o haga la víctima.

II. CASOS TIPO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA

Si bien la jurisprudencia nacional no se ha preocupado en desarrollar las diferencias entre heteropuesta en peligro consentida y participación en una autopuesta en peligro, ni de sus implicancias en la responsabilidad penal de los involucrados, es posible recurrir a la jurisprudencia extranjera, de donde resaltan los argumentos vertidos especialmente en diversidad de pronunciamientos judiciales de Alemania y España.

⁸ MAIER, Julio. “Dogmática penal y la víctima del hecho punible”. En: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 349.

Un punto importante que se podrá ver en cada uno de los casos, es que han sido resueltos con fundamentaciones distintas, lo que ha derivado en decisiones hasta contradictorias. Ello se debe, creo yo, a la falta de sistematización del contenido de ambas figuras -algo que ya anotaba Maier-. Sin embargo, nos brindan el escenario ideal para comprender sus diferencias desde un plano práctico.

1) Casos de participación en una autopuesta en peligro

De este primer grupo de decisiones judiciales se puede identificar la existencia de un denominador común en la participación en una autopuesta en peligro: la fuente de peligro creada por el tercero es accesoria al riesgo asumido por la víctima. Es decir, para la producción del resultado autolesivo siempre será necesaria la intervención activa de la víctima, pues la creación de la fuente de peligro por parte del tercero nunca podrá hacerlo por sí sola.

Por otro lado, resulta bastante curioso cómo en algunos casos el juzgador ha optado por la absolución y en otros por una condena. Una diferencia en las decisiones que puede ser atribuida exclusivamente a la fundamentación utilizada tanto para calificar el hecho como uno de autopuesta en peligro como para la atribución de responsabilidad. Dicho proceso diferenciador muestra como tarea pendiente la estandarización del contenido de la participación en una autopuesta en peligro.

a) Caso del vendedor de heroína. Tribunal Supremo, España⁹

Un proveedor de heroína vende su producto a un drogadicto, quien, al inyectársela, fallece debido a la alta pureza de la droga, lo que era desconocido tanto por el vendedor como por el comprador.

El Tribunal Supremo español consideró que la ignorancia del traficante sobre el grado de pureza de la droga evitaba imputarle responsabilidad por dolo eventual. Sin embargo, sostuvo que la conducta del vendedor implicaba riesgos previsible para la salud de las personas; por lo que sí era posible exigirle la verificación de

⁹ Vid. Sentencia del TS de 20 de febrero de 1993, A. 1383. V

la calidad de su producto. Con este criterio se le condena como autor de homicidio imprudente.

b) Caso del motorista. Tribunal Supremo, España¹⁰

Ante la solicitud del conductor de otro vehículo motorizado, un motorista acepta realizar una carrera ilegal en las calles de Barcelona. Como resultado, el último sufre por propia imprudencia un accidente del que resulta muerto. El Tribunal Supremo español condenó por homicidio imprudente a quien solicitó la competencia.

c) El caso del SIDA, Tribunal Superior de Baviera, Alemania¹¹

Frente la insistencia de una mujer para mantener relaciones sexuales con ella sin protección, un sujeto le advirtió que era portador del virus del SIDA y le comunicó los riesgos que implicaba llevar a cabo el acto sexual. Sin embargo; ello no evitó que la mujer mantuviera su parecer; y que persistiera conscientemente a no adoptar medidas de protección. El resultado fue la transmisión del virus.

El Tribunal Superior de Baviera tuvo en consideración que la mujer decidió voluntariamente mantener relaciones sexuales sin protección con una persona portadora del virus del SIDA, a pesar de haber sido advertida reiteradamente por esta de los peligros que ello implicaba. Por lo tanto, absolvió de todo cargo al portador pues la víctima había actuado conforme a una autopuesta en peligro libre y responsable que excluía de responsabilidad a terceros.

¹⁰ Vid. Sentencia del TS de 25 de septiembre de 1986, A. 4837

¹¹ Vid. Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG) (15.09.1989), *JR*, 1990, p. 473.
Citado por: ROXIN, Claus. “La polémica en torno...”. Ob. cit.

d) Caso Utopía, Corte Superior de Justicia de Lima, Perú¹²

Durante una fiesta con malabaristas con fuego y animales en una conocida discoteca de la clase alta limeña, un barman empezó a realizar maniobras con fuego. Por la falta de precaución de los administradores, quienes no instalaron ningún tipo de sistema mínimo de seguridad como extintores, el fuego terminó quemando el techo lo que se esparció rápidamente creando un incendio dentro del local; consecuencia del cual murieron veintinueve personas.

Luego de un complicado proceso judicial y de la emisión y anulación de múltiples sentencias, la Corte Superior de Justicia de Lima condenó a varios implicados por los delitos de homicidio doloso por omisión y homicidio culposo por omisión.

Sin embargo, en ningún se debatió el hecho de que uno de los jóvenes, una vez fuera del local, se dedicó salvar a la vida de otros asistentes, ingresando y saliendo en varias oportunidades de la discoteca en llamas hasta que murió dentro de ella por intoxicación. Este hecho guarda similitud con el actuar de los socorristas (como bomberos y salvavidas) quienes para proteger bienes jurídicos se autoexponen a un riesgo a veces creado por terceros.

e) Caso de la ayuda negligente al suicidio. Tribunal Supremo, Alemania¹³

Un oficial de policía fue a comer con su novia quien sufría de trastornos depresivos. Luego de beber alcohol, ambos se sientan en el coche del acusado, quien sacó su arma y la puso sobre el tablero. Debido a que su depresión se acentuaba cuando bebía alcohol, la novia la tomó y se pegó un tiro.

¹² Múltiples pronunciamientos de la Corte Superior de Justicia de Lima: Vid. Sentencia del Expediente N° 8132-2014 emitida por el 21° Juzgado Penal de Lima (08/04/2014); y sentencia del Expediente N° 43-2005, emitida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima (22/11/11).

¹³ Vid. BGHSt 24, 343. Citado por: PUPPE, Ingeborg. *Auszug aus Puppe*. Disponible en: http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Strafrec ht2/dokumente/Strafrecht_AT_Vertiefung/Auszug_aus_Puppe_AT_6-5-12.pdf

El Tribunal Supremo considero que ciertamente fue negligente por parte del policía dejar el arma de servicio sobre el tablero dado que un oficial siempre debe mantenerla en su posesión para evitar la manipulación de terceros. Asimismo, también era previsible que la novia se disparara con el arma porque al estar bajo influencia del alcohol estaba más propensa a la depresión severa.

Sin embargo, el Tribunal Supremo absolvió al policía acusado debido a que solamente se había configurado una ayuda negligente al suicidio de la novia; lo que no genera responsabilidad penal.

2) Casos de heteropuesta en peligro consentida

La heteropuesta en peligro consentida también ha presentado una serie de inconvenientes para la imputación de responsabilidad penal al tercero. A pesar que la doctrina se encuentra en un largo debate luego del cual aún no se ha podido esquematizarla y que la jurisprudencia no ha podido unificar criterios; sí puede decirse que ambas han logrado establecer, al menos, un razonamiento común: la creación de la fuente de peligro corresponde mínimamente al tercero. Es a esta fuente de peligro a la que se le incorporan diversas variables que deben ser valoradas según el caso concreto y que se traducen en un abanico de escenarios, tales como los resultados producidos por la conducta culposa o dolosa de la propia víctima, o la aceptación y/o contribución dolosa o culposa de aquella a la fuente de riesgo, o la creación de fuentes de peligro intencionadas o imprudentes por parte del tercero, entre otros. Como se podrá apreciar, estos escenarios se encuentran presentes en los siguientes casos analizados por la jurisprudencia extranjera.

a) El caso de la prueba de aceleración. Tribunal Supremo, Alemania¹⁴

Un grupo de jóvenes organizó una prueba de aceleración como parte de una competición automovilística que consistía en adelantar, a 240 km/h, a un tercer

¹⁴ Vid. BHGSt, 53 (20.11.2008), p. 55. Citado por: ROXIN, Claus. "La polémica en torno...". Ob. cit.

vehículo ajeno a ella. Al realizar dicha maniobra, uno de los coches terminó volcando por lo que se produjo la muerte de uno de los pasajeros.

A consecuencia de ello, se debatió si debía hacerse responsable de la muerte de ese pasajero a ambos conductores a pesar que la víctima había participado en la carrera consciente y voluntariamente; siendo, además, ella quien dio la señal de salida. A ello se le suma que todos los demás acompañantes dentro del vehículo accidentado se encargaban de filmar toda la competencia.

El Tribunal Federal alemán reconoció la existencia de una heteropuesta en peligro consentida que resolvió conforme a las reglas del consentimiento. De este modo, dedujo que no podía considerarse la existencia de aceptación por parte del pasajero al momento de adelantar simultáneamente al tercer automóvil porque implicaba un riesgo para la vida que no le era controlable; por lo que en este tipo de puesta en peligro no es posible emitir un consentimiento justificante. Por lo tanto, les imputó responsabilidad penal a los conductores.

b) El caso de la furgoneta. Tribunal Superior de Zweibrücken, Alemania¹⁵

Contrariamente a lo que le aconsejaba el conductor de una furgoneta, un sujeto aceptó viajar de forma imprudente en la superficie de carga del vehículo. En el trayecto, el conductor sufre un accidente -sobre el cual no tuvo ningún tipo de responsabilidad- que ocasiona que el sujeto salga despedido del vehículo, ocasionándose su muerte luego que su cuerpo golpeará la calzada.

El Tribunal Superior de Zweibrücken identificó la existencia de una heteropuesta en peligro consentida y centró su análisis primeramente en la negativa del conductor de transportar al sujeto y que, pese a ello, fue la insistencia de la víctima la que lo puso en peligro. Por este motivo, concluyó que fue el accidentado el responsable de su propia muerte al aceptar ser transportado de esa manera y el riesgo que ello asumía. En consecuencia, el conductor fue absuelto.

¹⁵ Vid. Oberlandesgericht Zweibrücken (14.05.1993), *JR*, 1994, pp. 519 y s. Citado por: ROXIN, Claus. "La polémica en torno...". Ob. cit.

c) El caso del río Memel. Tribunal Supremo del Imperio, Alemania¹⁶

Una pareja de viajeros solicitó a un barquero que cruzara el río Memel con ellos a bordo. Sin embargo, este rechazó la solicitud debido al tiempo tormentoso y a la profundidad de las aguas, lo que constituía un peligro lo suficientemente alto para la vida de todos. Pese a esto, terminó aceptando por la insistencia de los dos viajeros y durante el cruce, la barca naufragó, quedando él como único sobreviviente.

El Tribunal Supremo del Imperio valoró la negativa reiterada y enérgica del barquero a realizar esa acción al momento de determinar la responsabilidad; de modo que aceptó que la situación de peligro fue creada exclusivamente por la insistencia de la pareja. Por tales motivos, el Tribunal absolvió al barquero.

d) El caso del auto surfista. Tribunal Superior de Düsseldorf, Alemania¹⁷

Un grupo de jóvenes realizaban una acción considerada por ellos “deportiva” de pararse sobre el techo de un vehículo en movimiento a una velocidad de 70-80 km/h. Mientras realizaban dicha actividad, uno de los jóvenes resulta lesionado de gravedad al caer. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó al conductor del vehículo por la muerte del joven.

e) El caso del sadomasoquista. Tribunal Supremo, España¹⁸

Durante una sesión de relaciones sadomasoquistas libremente consentidas, un sujeto causó lesiones graves a su pareja durante el acto sexual. El Tribunal Supremo español lo condenó por el delito de lesiones consentidas previsto en el artículo 155 del Código Penal español, pues si bien se contaba con el consentimiento de la mujer, este no facultaba al hombre a causarle daño a su integridad física.

¹⁶ Vid. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt), 57,172 (03.01.1923), p. 172. Citado por: ROXIN, Claus. “La polémica en torno...”, Ob. cit.

¹⁷ Vid. OLG Düsseldorf (06.06.1997), *NStZ-RR*, 1997, p. 325. Citado por: ROXIN, Claus. “La polémica en torno...”, Ob. cit.

¹⁸ Vid. Sentencia del TS de 5 de junio de 2002, A. 8035

III. ELEMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO

Por su naturaleza, la participación en una autopuesta en peligro excluye debería excluir cualquier posibilidad de imputar algún tipo de responsabilidad penal a título de autor al tercero interviniente. Sin embargo, considero que ello es una conclusión errada y basada sobre principios generales de accesoriedad de la participación, y no fundada en los hechos concretos. Así, por ejemplo, si tenemos que el resultado autolesivo generado por la víctima fue imprudente, también debería aceptarse la unidad de título de imputación, de modo que cualquier intervención de tercero en estos casos debería considerarse de autoría, a pesar que en buena cuenta se trate de meros actos de complicidad o de instigación. Sin embargo, incluso esta fundamentación me parece errada.

Personalmente, considero que la solución a este problema no radica en si constituye una conducta *a priori* asumible como de complicidad o de instigación, sino si de las características del hecho es posible fundamentar la autoría. Por lo tanto, debe aceptarse como premisa que para el caso peruano¹⁹ será posible imputar responsabilidad penal al tercero como autor independientemente de si la conducta por él desplegada pueda ser considerada como propia de instigación o complicidad. Una posición de tales características obliga a determinar si es posible imputar el resultado al tercero y, de serlo, cómo fundamentar esa imputación²⁰.

La diversidad de casos tipo que se presentan en la jurisprudencia extranjera hace complicado definir cuáles son las correctas consecuencias de identificar un hecho como uno de participación en una autopuesta en peligro o en uno de autoría directa por comisión u omisión. Así se puede apreciar, por ejemplo, en el caso del vendedor de heroína quien terminó respondiendo como autor por la

¹⁹ Vid. Artículos 24 y 25 del Código Penal peruano, sobre instigación y complicidad, respectivamente.

²⁰ Sin embargo, la imputación se verá afectada si sobre el tercero recae un deber de protección o deber de garante, lo que analizaré más adelante.

muerte de un cliente. Por su parte, en el caso de la ayuda negligente al suicidio tenemos una absolución.

1) Intervención de un tercero contribuyente

La intervención de un tercero contribuyente²¹ es el primer elemento de la participación en una autopuesta en peligro y el más importante en la medida que es esta persona quien fundamenta la existencia de un análisis diferente con la mera autopuesta en peligro.

Es el contribuyente quien se encuentra vinculado con la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante. Su intervención se circunscribe a la de generador de un riesgo que posteriormente termina siendo dominado por la conducta de la víctima, la cual será la encargada de la producción de un resultado autolesivo que dependerá solo de sus decisiones. Es decir, estamos en una figura en la que el tercero brinda una colaboración inicial con la producción del resultado, o, en casos de instigación, determinando a la víctima para que cometa un acto dirigido a la lesión de sus propios bienes jurídicos.

Lo expuesto me lleva a considerar que la intervención de los terceros requiere ser sometida a un análisis doble: en primer lugar, debe estudiarse el tipo de participación, mediante lo cual se determinará si la figura legal aplicable a un caso concreto es de mera instigación o complicidad a una autolesión, o si esta puede ser atribuida a título de autoría. Asimismo, el título de imputación también exigirá realizar conjuntamente otro análisis sobre el factor subjetivo que rigió en ese tipo de participación, sea doloso o culposo.

a) Por el tipo de participación

Con respecto al primer tipo de participación del tercero en la autopuesta en peligro, debemos determinar si la conducta puede constituir un mero acto de complicidad, o si las circunstancias particulares del hecho permiten atribuirle responsabilidad al contribuyente a título de autor.

²¹ Por razones didácticas, a partir de ahora se denominará indistintamente como “tercero contribuyente” o “contribuyente”.

La participación en una autopuesta en peligro permite confirmar que la lesividad de la conducta del cómplice radica en la puesta en peligro de bienes jurídicos de la víctima. Sobre ello, anteriormente he expuesto que “si concordamos en que el fundamento de la punibilidad del cómplice radica en la sola puesta en peligro de un bien jurídico, se refuerza el sentido de la norma jurídica de sancionar el aporte al delito con especial relevancia en el tipo de aporte brindado”²².

Lo expuesto me permite sostener que, si la puesta en peligro constituye el fundamento de la punibilidad para la complicidad, entonces si a ello le incorporamos un criterio de imputación de título de autor (como la infracción de un deber o el dominio del hecho, no existentes en la participación delictiva), dicha conducta inicial de mera complicidad cumpliría todo requisito para fundamentar la responsabilidad penal en calidad de autor.

Debe tenerse presente que, en la participación en la autopuesta en peligro, el autor material del delito y la víctima son una misma persona, por lo que resulta lógico que para fundamentar la relevancia penal de la conducta del tercero contribuyente la fórmula legal prevista en el artículo 25 del Código Penal solo será el punto de partida para la imputación de responsabilidad. Por lo tanto, para que la conducta del contribuyente sea punible, es necesario que el resultado lesivo producido por el autor/víctima deba ser penalmente relevante²³.

En conclusión, la relevancia penal de la conducta del tercero contribuyente solamente estará fundamentada si esta puede configurar un acto propio de complicidad primaria, para lo que es necesario que su aporte haya sido un requisito indispensable para la autopuesta en peligro de la víctima, o uno de complicidad secundaria, para lo cual deberá ser un aporte accesorio, tal vez facilitador, del riesgo. Luego de ello, la posibilidad de imputar responsabilidad penal al tercero a título de autor dependerá de la posibilidad de identificar si sobre

²² YVANCOVICH VÁSQUEZ, Branko Slavko. “Crítica al fundamento de la complicidad en el delito establecido en la Casación N° 367-2011-Lambayeque”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 61*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 81.

²³ Salvo que la conducta del cómplice haya sido elevada a grado de autor como en el delito de instigación o ayuda al suicidio regulado en el artículo 113 del Código Penal.

el tercero contribuyente tiene el dominio del hecho o ha infringido el deber. Los escenarios en los que esto puede ser posible serán tratados más adelante en este trabajo.

Por otro lado, la otra forma de participación prevista en el Código Penal peruano la encontramos en el artículo 24: la *instigación*. Dicha norma sostiene que “el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”. Por su naturaleza, consiste en crear la voluntad delictiva en un tercero, quien cometerá por propia cuenta un delito.

Sin embargo, para vincular la instigación con la participación en una autopuesta en peligro, sería necesario entender el texto del artículo 24 como “el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible *contra sí mismo*”; de modo que también constituya un requisito indispensable que la conducta autolesiva con la que el instigador busca determinar al autor/víctima también sea punible.

Un escenario así genera un grave problema de imputación; pues a diferencia de la instigación al suicidio que está prevista como delito, las autolesiones y demás delitos autolesivos no están comprendidos como figuras típicas en el ordenamiento peruano. Ello también tiene correlato con el bien jurídico protegido, que en principio serían disponibles y personales, cuyo titular es la propia víctima.

Por lo tanto, dado que el supuesto de hecho punible consistirá en la renuncia voluntaria a un bien jurídico protegido disponible y personal de la víctima, para el caso de la instigación no podrá establecerse una posibilidad de imputación. No obstante, la relevancia penal de la conducta producida por el autor-víctima sí merece un análisis distinto que será desarrollado más adelante.

b) Por el elemento subjetivo

Finalmente, un aspecto importante que caracteriza a la participación en una autopuesta en peligro es aquel que tiene incidencia directa en el tipo de responsabilidad que pueda tener el tercero contribuyente es el elemento subjetivo.

En primer lugar, tenemos las conductas dolosas, entendidas como las cometidas con conciencia y voluntad de prestar una contribución o aporte a la víctima para que pueda a cometer una conducta con resultado autolesivo.

Para ser doloso, es necesario que el tercero sea consciente que la conducta desplegada por la víctima producirá una autolesión -querida o no, conocida o no, por la víctima-; y que con este conocimiento decida voluntariamente brindar la contribución destinada a crear una fuente de peligro para bienes jurídicos de la víctima.

Si bien el dolo del partícipe requiere necesariamente el conocimiento de la intención del autor de producir un resultado lesivo, en el caso de la participación en una autopuesta en peligro no será suficiente que el tercero contribuyente brinde dolosamente un aporte, sino que además es necesario que sepa que, con ella, la víctima creará una fuente de peligro contra sus propios bienes jurídicos. Desde luego, que el autor sea también la víctima genera consecuencias en la intervención del contribuyente que serán analizadas más adelante.

Un escenario completamente diferente se presenta en la participación *culposa*, que se entiende simplemente como la conducta imprudente mediante la cual el tercero contribuyente no tiene voluntad de brindar un aporte que genere la autopuesta en peligro bienes jurídicos de la víctima. Una situación es especialmente clara en el caso de la suicida, en donde el aporte culposo del policía genera involuntariamente una fuente de peligro para la víctima, quien termina creando un resultado lesivo contra sí misma.

Por último, la importancia de determinar si la participación fue culposa la encontramos en nuestra legislación. Y es que dentro del ordenamiento peruano no es posible que imputarle responsabilidad penal a quien haya incurrido culposamente en un acto de auxilio o de instigación, pues ello iría en contra del principio de legalidad.

2) Autopuesta en peligro propiamente dicha

Es el elemento más desarrollado al ser parte de uno de los criterios de imputación objetiva que actualmente ha ganado bastante terreno en la jurisprudencia y en la doctrina. Básicamente, consiste en la decisión voluntaria y consciente de una persona de exponerse a un peligro capaz de lesionar sus propios bienes jurídicos. El resultado de esta acción es la exclusión de toda responsabilidad penal de terceros cuando la fuente de peligro es creada por ellos. Asimismo, cabe precisar que la autopuesta en peligro también puede ser dolosa o culposa.

IV. ELEMENTOS DE LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA

Dentro de los sistemas de participación e imputación, probablemente la heteropuesta en peligro consentida es la que menos análisis ha tenido en el estudio de nuestro sistema penal. Considero que ello se debe a que es complicada su esquematización dentro de los criterios de autoría y participación, lo que deriva en la dificultad de generar un criterio uniforme sobre los elementos que en ella se presentan y de los cuales pueden derivar consecuencias jurídicas muy diferentes a las establecidas para la simple autoría.

En principio, al constituir un concurso de conductas de dos personas es necesario que al menos una de ellas produzca una fuente de peligro para ambas y que la otra la consienta. A diferencia de la participación en una autopuesta en peligro; se presenta en una intervención activa del tercero en la producción de un riesgo. Dicho riesgo es el que debe ser la causa del resultado lesivo final en el que se ve involucrada la víctima

Otra particularidad de la heteropuesta en peligro es que, si bien al igual que en la autopuesta en peligro, la víctima puede producir un riesgo mayor para sus propios bienes jurídicos con una autoexposición riesgosa, la diferencia radica en que la decisión de la víctima de no continuar con el aumento de ese riesgo no excluye el peligro creado por el tercero, por lo que es éste quien tiene también la posibilidad de eliminar toda fuente de peligro, sea que haya sido creado por él o por la víctima que lo consiente.

La heteropuesta en peligro consentida se caracteriza porque se crea una fuente de peligro que afecta al menos a dos sujetos que la controlan en mayor o menor medida. Es decir, no hablamos de un tercero que simplemente colabora con la víctima sino de una actitud activa en la conducción del riesgo que se crea por ambos.

Luego de estas generalidades, considero necesario exponer concretamente los elementos que constituyen la heteropuesta en peligro para desarrollarlos en extenso.

1) Los intervinientes

En la heteropuesta en peligro consentida, tanto el tercero como la víctima tendrán papeles bastante diferenciados que podrán generar consecuencias importantes en la generación de fuentes de peligro y, sobre todo, en la atribución de responsabilidad penal.

Y es que, a diferencia de la participación en la autopuesta en peligro, la intervención de cada uno de los sujetos contiene en sí mismo un contenido especial y esencial para el desarrollo de los hechos y el eventual resultado lesivo.

a) Intervención de un tercero causante

El tercero causante²⁴, casi como regla general, será quien realice la conducta inicial de la cual se generará la fuente de peligro. La necesidad que sea él quien intervenga en la producción debe a que el control que tiene sobre la fuente de peligro tendrá siempre una mayor trascendencia en la heteropuesta en peligro que la del contribuyente en una autopuesta en peligro.

Asimismo, mientras que en la autopuesta en peligro solamente es posible una participación dolosa, es indistinto que el tercero haya realizado una conducta dolosa o culposa, pues al ser el quien conduce los hechos, la responsabilidad puede abarcar también los resultados imprudentemente producidos.

²⁴ Por razones didácticas, a partir de ahora se denominará indistintamente como “tercero contribuyente” o “contribuyente”.

Ahora bien, con respecto a la producción culposa de riesgos, podemos tomar como referencia el caso de la furgoneta, ya que en él la fuente de peligro principal es creada primariamente por la conducta del chofer, quien imprudentemente acepta llevar a la víctima en una zona no segura. Entonces, si bien la producción del accidente proviene de una conducta no atribuible al conductor, al ser su conducta la que crea el peligro principal de parte de una infracción de deber de cuidado, es completamente válido atribuirle responsabilidad culposa.

b) Intervención de la víctima causante

Es necesario precisar que la víctima de la heteropuesta en peligro tiene que ser una persona capaz de reconocer la fuente de peligro a la que se está sometiendo y de consentirla. Lo primordial de esta acotación radica en que el análisis de los efectos del consentimiento dependerá únicamente de que este sea válido, al menos para la fuente de peligro. Dicha situación implica que debe descartarse la configuración de una heteropuesta en peligro consentida cuando estemos en escenarios de ausencia o invalidez del consentimiento al menos de la fuente de peligro.

Asimismo, la capacidad la víctima de reconocer la existencia de la fuente de peligro es trascendental, porque por la naturaleza del riesgo, ella también puede jugar un papel determinante en la producción del resultado cuando con su conducta aumente el peligro que él también controla luego de consentir el creado por el tercero causante.

Dejado esto en claro, por qué es posible y necesario diferenciar la participación en una autopuesta en peligro de la heteropuesta en peligro consentida.

En la autopuesta en peligro consentida²⁵, la víctima tiene pleno dominio sobre su conducta y sobre el resultado lesivo; en la que no es relevante la participación

²⁵ En tal sentido se pronuncia Gimbernat Ordeig: “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 autopuesta, 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

del contribuyente, quien se limita a ser mero colaborador de los actos preparatorios de una autolesión. En contraste, en la heteropuesta en peligro consentida, i) el tercero crea la fuente de riesgo que termina generando la autolesión de una víctima que la consintió y se autoexpone a ella con su propia acción peligrosa; y, además, ii) la víctima puede formar parte de la creación de la fuente de riesgo conjuntamente con el causante, para posteriormente autoexponerse a peligro.

2) Creación de una fuente de peligro

A diferencia de la participación en una autopuesta en peligro donde es la víctima quien por sí misma genera una fuente de peligro para sus bienes jurídicos y quien en última instancia decide lesionarlos; en la heteropuesta en peligro es el tercero quien siempre debe crearla, de modo que será la víctima quien decidirá si decide consentirla o someterse a dicho riesgo.

Ahora bien, como se explicaba, la creación de la fuente de peligro debe derivar de una conducta eminentemente dolosa porque solo en esa circunstancia puede reconocerse que el autor ha podido prever la eventual lesión de bienes jurídicos que acarrea dicho riesgo; no obstante, quedará para el análisis de los casos concretos determinar si el resultado debe ser en sí mismo doloso o si, al escapar a la voluntad inicial de generar una conducta peligrosa, debe configurar uno culposo. Es decir, bajo este criterio, puede hacerse penalmente responsable al autor cuando se produzcan hechos culposos.

Lo contrario ocurre cuando un resultado lesivo derivado de este tipo de conductas genera la creación de otra fuente de peligro ajena a la prevista inicialmente por el autor. No puede imputarse penalmente al autor por heteropuesta en peligro los daños penales que por su propio actuar sufran terceros; debido a que esta segunda fuente de riesgo constituye un evento

aquél le está sometiendo”. En: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Imputación objetiva y conducta de la víctima”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, p. 734

fortuito proveniente de un resultado previo culposo, por lo que es imposible exigirle al autor prever qué otros bienes jurídicos pueden ser lesionados.²⁶

Desde otra perspectiva, también debe tenerse presente que la víctima se encuentra en capacidad de producir otra fuente de peligro. Tal como ocurre en el caso del auto surfista, el conductor crea una fuente de peligro general al conducir a esa velocidad; sin embargo, la víctima también produce una segunda fuente de peligro al subir al techo del vehículo de manera consiente.

Esto permite sostener que la víctima se encuentra en capacidad no solo de consentir el riesgo, sino de aumentarlo con su propio actuar consiente. De modo que pueden existir casos, sin ningún problema, de concurso de fuentes de peligro creadas por autor y por víctima.

En consecuencia, todo esto nos dirige a una sola conclusión: existe una fuente de peligro inicial y principal que es producida, siempre, por el autor; y una fuente de peligro secundaria o accesorio que puede o no ser producida por la víctima. Me dedicaré a explicar esto a continuación.

a) Fuente de peligro principal y dominio del tercero causante

La característica más importante del riesgo creado en una heteropuesta en peligro es que siempre habrá una fuente de peligro de la que derivará la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos posteriores.

Esta es, por lo tanto, la fuente en peligro principal y que fundamenta la heteropuesta en peligro tanto del tercero como de la víctima.

²⁶ En tal sentido se ha pronunciado, solo en el extremo de la imputación, Ore Sosa: “La realización del riesgo no permitido en el resultado típico supone la inexistencia de cualquier otra circunstancia relevante que haya podido crear o incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico protegido. De este modo, la presencia de un curso causal imprevisible tiene por virtud excluir la imputación del resultado y, consiguientemente, la tipicidad de la conducta”. En: ORÉ SOSA, Eduardo. *Autopuesta en peligro y exclusión de comportamientos penalmente relevantes*. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/Autopuesta-en-peligro-y-exclusion-de-comportamientos-penalmente-relevantes.pdf>

Sin embargo, es importante tener presente que es el tercero que domina la fuente de peligro quien tiene total control sobre el curso de los hechos. Lo que lo diferencia del tercero partícipe de una autopuesta en peligro, pues este solamente coopera con la víctima para la creación de una fuente de peligro por ésta última dominada. De modo que no tiene mayor injerencia que la sola participación.

Sobre este punto debe aclararse que la fuente de peligro principal no solamente implica una autopuesta en peligro para el tercero, sino que abarca también al tercero que la domina (de ahí que se denomine “heteropuesta”).

La trascendencia de este criterio repercute en la imputación penal, pues si el tercero creara una fuente de peligro dominada por él y que solamente ponga en peligro a la víctima con su consentimiento, entonces nos encontraríamos ante una situación de autoría directa con puesta en peligro consentida.

De hecho, es el dominio del tercero sobre la fuente de peligro principal la que determina su tipo de responsabilidad y, sobre todo, la imputación del resultado como un hecho ajeno a la conducta de la víctima.

A tanto llega la relevancia de este dominio de la fuente de peligro que el simple desistimiento de continuar su conducta, permite al tercero evitar que la víctima se exponga a peligro.

b) Fuente de peligro accesoria y dominio de la víctima causante

A pesar de la existencia de una fuente de peligro principal dominada por el tercero, esta no es la única que puede sobrevenir en un caso de heteropuesta en peligro consentida. Y es que habrá situaciones en las que la propia víctima realiza conductas riesgosas que implican el aumento del peligro generado por la principal.

Esta segunda fuente de peligro creada por la víctima debe aumentar el riesgo creado por la principal, de modo que implique un mayor riesgo para ella y, opcionalmente, para el tercero. No obstante, cualquier lesión que sufra la víctima debe responder al peligro creado en la heteropuesta, pues si en lugar de que su conducta aumentara el riesgo de la fuente de peligro principal, fue una

autopuesta en peligro autónoma, entonces el resultado no podrá ser imputado al tercero que domina la fuente de peligro principal.

Para graficar esto debemos recurrir al caso del auto surfista. El peligro principal es creado por el conductor, a lo que se le incorpora una segunda fuente de peligro creada por el joven que parado sobre el techo. La producción del resultado muerte en este caso derivó del concurso de estos peligros.

Sin embargo, si se cambia un factor clave de este caso y en lugar del accidente lo que produjera la muerte fuera un salto suicida completamente voluntario y consiente de la víctima se tendrá una respuesta distinta. En estos casos, resulta irrelevante la fuente de riesgo principal, pues si bien es causal para el resultado, la autopuesta en peligro de la víctima genera una fuente de peligro completamente deslindada de la que produjo el conductor.

Por lo tanto, que la propia conducta de la víctima importe un mayor peligro para ella y que este a su vez vaya a incidir en la responsabilidad penal del tercero obliga a una precisión: cualquier resultado lesivo que se autocausa la víctima de voluntaria y conscientemente no podrán ser imputados penalmente al tercero creador de fuente de peligro principal

3) El consentimiento de la víctima causante

El consentimiento solamente puede ser brindado por la víctima cuando sea plenamente consciente del peligro al que se está sometiendo junto con el tercero. Asimismo, esto es necesario pues únicamente de esa forma puede considerarse relevante el riesgo que ella misma crea como una fuente de peligro accesoria.

El consentimiento de la víctima ocupa un lugar central en la valoración de los hechos, pues considero que debe tenerse en cuenta su efecto justificante al momento de determinar la responsabilidad penal del tercero, pues si bien interviene mediante la creación de una fuente de peligro para la víctima, no debe dejarse de lado que también es una conducta propiciada por la propia conducta

de la víctima. Esto ha sido detallado extensamente en el caso del artículo 155²⁷ del Código Penal español sobre las lesiones consentidas. Ya en este escenario se advertía de la creación de un riesgo por tercero al que se sometía libremente la víctima también iba a ser punible de acuerdo a la lesión causada y conforme las lesiones previstas en el Título III de este cuerpo penal europeo.

No obstante, esto también ha valido crítica de la doctrina, pues ya para el 2001, Gómez De la Torre fundamentó²⁸ la afectación a la disponibilidad de la salud como bien jurídico protegido en el delito de lesiones. Apreciación que nos parece acertada solamente en cuanto la conducta creadora del riesgo o del resultado recaiga exclusivamente en la víctima que se autolesiona.

Es precisamente este delito de la legislación española lo que me lleva a sostener que, como se explicará más adelante, tiene que tenerse presente que el consentimiento, por más válido que sea, no va a facultar a una persona para que pueda lesionar o favorecer a la autolesión de otro, pues también existe deberes de protección general y de no hacer daño arbitrariamente. Por lo tanto, esta causa de justificación tendrá que ser valorada de manera bastante limitada, y

²⁷ **Código Penal español, artículo 155:** En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

²⁸ Otras conclusiones a las que llegó el autor son: 1. El contenido del artículo 155 del Código Penal requiere ser interpretado desde el principio de disponibilidad que entronca con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad.; 2. La única vía de interpretación pasa por el establecimiento de límites a la disposición, que se encuentran en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad, es decir, casos en los que concurre el consentimiento pero no exteriorizan estos principios constitucionales que son a la vez fundamento y límite; 3. serían incluibles en el artículo 155 supuestos en que no concurren todos los requisitos del artículo 156, y 4 Respecto a los límites al consentimiento en el riesgo rigen iguales principios, es decir, cuando el consentimiento prestado no exterioriza el libre desarrollo de la personalidad, podría llegarse a aplicar el artículo 155. En: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El consentimiento en las lesiones veinte años después". En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Tomo II, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 57-58.

siempre que en el creador de riesgo no recaiga un deber legal de protección o de garante²⁹.

V. LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y EN LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA

1. La responsabilidad penal en la participación en una autopuesta en peligro

La responsabilidad penal del partícipe en una autopuesta en peligro ha quedado, en principio, descartada para la doctrina general. Esto se ha visto traducido en una serie de criterios valorados por los autores y que se encuentran vinculados, en principio, a la atipicidad de la conducta del partícipe y, además, a la accesoriedad como característica principal.

Con respecto a la atipicidad se entiende precisamente en el sentido que la contribución que hace el tercero impide imputar debidamente responsabilidad penal por el resultado, principalmente porque esta deriva de una conducta ejecutada en todos sus elementos típicos por otro sobre sus propios bienes jurídicos, actuar que, al ser atípico, por accesoriedad, convierte en atípica la conducta del partícipe que colaboró o favoreció doloso o imprudentemente con el resultado lesivo.

Por otro lado, como se adelantó, la accesoriedad de la conducta obliga a interpretar la imputación conforme lo realizado por la víctima. Y aquí se presenta otro problema de imputación, pues cuando ella realiza la conducta imprudentemente, aún en el eventual escenario en el que le sean previsibles los alcances del riesgo, ella nunca busca la producción del resultado. En consecuencia, la falta de representación de la víctima hace imposible comunicar el riesgo o el resultado a la víctima, pues en tanto partícipe, debe tener un mínimo

²⁹ En extensa referencia a ello y sobre la base de los postulados hegelianos, vid. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “El concepto de deber jurídico”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). *El funcionalismo en el Derecho Penal*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p.229 y ss.

de conocimiento de los alcances de la conducta realizada por quien recibe el aporte.

En tal sentido, analizaremos las principales observaciones que la doctrina considera como criterios de imputación; los cuales son los que permiten llegar a una respuesta concreta al momento de atribuir responsabilidad penal al tercero.

a. La tipicidad de la conducta realizada por el tercero

Uno punto importante para analizar es la tipicidad de la conducta realizada por el tercero. Al respecto, debe tenerse presente que en la mayoría de casos de heteropuesta en peligro consentida y participación en una autopuesta en peligro la víctima tiene una participación muy activa en la realización del riesgo y, en especial en el segundo caso, directamente en el resultado. En consecuencia, la conducta riesgosa asumida por esta persona que resulta perjudicada, subsumiría en sí misma la tipicidad penal.

Esto lleva a cuestionar si la participación de un tercero en una conducta típicamente realizada por la víctima contra sí misma permite imputarle responsabilidad a título de autor de un delito contra esta. La diferencia es grande en los casos en que la víctima deja de ser víctima y se vale del riesgo creado por este tercero para poner en peligro a otra persona. En esta circunstancia, ante las actuaciones dolosas de ambos, podríamos encontrarnos ante escenarios de complicidad, autoría directa o coautoría.

En tal sentido, no puede ser en principio típica la conducta realizada por la víctima que pone en peligro sus propios bienes jurídicos disponibles, aun cuando el riesgo creado provenga de otra persona.

En conclusión, el primer aspecto debatible es determinar si la conducta del tercero que promueve la heteropuesta en peligro consentida o la participación en una autopuesta en peligro consentida es pasible de responsabilidad penal y, en especial, qué título de imputación y qué figura típica le corresponde.

b. Accesoriedad de la participación y conductas culposas

Una crítica muy importante, y que ha propiciado que la doctrina dominante sostenga que la participación en una autopuesta en peligro sea impune, es aquella que sostiene que no es posible fundamentar una imputación al tercero participe en un riesgo dado que tal como lo señala la literatura penal en la gran mayoría de casos, tanto este acto como la conducta desplegada por las víctimas serán siempre conductas culposas.

Esta apreciación ciertamente tiene bastante asidero en el Derecho Penal peruano cuando se revisa el artículo 25 del Código Penal. La naturaleza dolosa y accesoria de la participación queda desterrada en la mayor parte de casos tanto de la doctrina como los expuestos en la jurisprudencia.

Ciertamente debe aceptarse en principio esta posición. Sin embargo, considero que no todos en todos los casos es aplicable debido a que pueden darse que el dolo o la culpa pueden o no estar presentes o en el partícipe³⁰. Así, se presentan dos escenarios en los que esta solución no me parece razonable:

- Cuando el cómplice actúa con dolo en una conducta culposa de la víctima que termina realizando la acción típica también debería aceptarse la exención de responsabilidad penal por la accesoriadad de la complicidad. Y es que si seguimos la doctrina dominante y se considera que las conductas culposas no admiten complicidad, menos aún podría imputarse

³⁰ Al respecto, vale indicar que el dolo y la culpa tendrán mucha incidencia, pues como se verá, puede entrarse en conflicto si se reconoce que el partícipe tiene dolo de lesión o dolo de resultado. Al respecto, Aguilar López sostiene: Dolo de lesión y dolo de peligro no son conceptos idénticos; mientras que el dolo de lesionar implica necesariamente dolo de poner en peligro, puede existir dolo puro de peligro sin dolo eventual de lesionar. La diferencia entre ambos conceptos radica en el “elemento volitivo” *no entendido por la doctrina en forma mayoritaria* como consentimiento, sino como “tomarse en serio” o “conformarse” / “confiar en”. Al respecto existen modernas teorías que renuncian a ese elemento de voluntad, pero exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posición o actitud del autor”. En: AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. “Estado de la cuestión. Delitos de peligro e imputación objetiva”. En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* N° 23, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F. 2007, p. 131.

el resultado que se autoproduce la víctima sobre si misma a la conducta realizada por el partícipe, aun cuando este haya tenido la intención de que su aporte produjera este resultado lesivo de la víctima.

Este escenario no hace referencia a casos donde una persona tiene dominio sobre los hechos –como pasaría en el caso de quien instrumentaliza a una persona para que se suicide-, sino a aquellos en los que se sabe que la propia conducta puede producir un resultado lesivo, pero solamente se desea que la víctima, quien lo asume voluntaria y conscientemente, por su propio actuar culposo termine generando un daño a sus propios bienes jurídicos, lo que efectivamente ocurre.

- Si el cómplice actúa con dolo eventual en una conducta culposa de la víctima, contribuyendo conscientemente a un eventual resultado lesivo, se presenta un problema más complicado que en el dolo puro. Y es que en estas circunstancias es la consciencia y voluntad del tercero, que hace las veces de cómplice, las que se verán más restringidas respecto a la conducta culposa de la víctima.

Para graficarlo, es necesario tener presente que mientras que en el dolo directo el tercero cómplice tiene plena voluntad y consciencia de contribuir a la futura conducta culposa de la víctima, en el caso del dolo eventual esta última no se encuentra abarcada plenamente por la previsibilidad del cómplice. En ella, solamente puede esperar a que suceda y, ante la eventualidad que se haga, recién ahí podría valorarse su conducta dolosa. No obstante, dado que es una conducta imprudente, la seriedad de la intervención se ve aún más reducida y, por lo tanto, su nivel de accesoriedad también.

c. Falta de representación del tercero

La representación es un elemento importante para imputar la responsabilidad penal en la participación. En la medida en que implica la posibilidad del tercero de prever los alcances de su actuar y su contribución al posterior resultado lesivo o a la conducta generadora de un riesgo, importa también el fundamento principal de la imputación.

En el caso del aporte imprudente en la autopuesta en peligro dolosa, no existe fundamento alguno para imputarle responsabilidad penal al partícipe que actúa imprudentemente. Y es que además de la imposibilidad normativa, el principal argumento es que la falta de conocimiento de la conducta lesiva dolosa posterior, hace imposible reconocer en el tercero algún tipo de apartamiento de la legalidad que legitime la intervención preventiva del Derecho Penal.

Por lo tanto, en especial en la autopuesta en peligro imprudente, no será posible imputar responsabilidad penal al tercero porque si ni el riesgo ni el resultado le eran previsibles ni buscados a la víctima que se los autocausó, con menor razón puede existir fundamento para la imputación a este partícipe cuando realice una cooperación imprudente.

2. La responsabilidad penal en la heteropuesta en peligro consentida

La heteropuesta en peligro consentida presenta grandes problemas para determinar el correcto sentido de la imputación. Encontrar el fundamento adecuado parece ser la tarea pendiente para esta figura pues entran en conflictos diversos criterios que deben ser evaluados detenidamente. Por tal motivo, encontrar una respuesta general aplicable a casos específicos también se ha hecho una tarea bastante complicada.

En principio, la existencia del consentimiento de la víctima es un elemento sobre el que recae bastante debate. Esto se debe a que sus efectos solamente serán válidamente aplicables cuando el titular sepa los alcances de la conducta riesgosa a la que se está sometiendo y, además, del resultado posteriormente creado.

He aquí el primer problema, pues en los casos de heteropuesta en peligro consentida, usualmente el tercero creador del riesgo y la víctima desconocen el momento en que se producirá el resultado y la forma en que lo hará, dado que este es una consecuencia de la conducta imprudente de ambos.

El otro punto de debate es la conducta del tercero y si le es exigible no poner en peligro a la víctima a pesar de su consentimiento. Esto significa un debate sobre la posibilidad de admitir que una persona pueda poner en peligro a otra sin mayor

motivo que el solo consentimiento de esta; o más bien si en entre estas existe un deber de protección general que se superpone al deber de autoprotección de la víctima³¹.

Las implicancias de este debate no son menores, pues implica la posibilidad de que el mero consentimiento de una persona faculte a un tercero a ponerla en situaciones de riesgo que acarreen la imposibilidad de control sobre el curso de los hechos. El resultado lesivo no sería imputable aun cuando sobre pase el consentimiento de la víctima; pero al no existir mayor deber de cuidado (o posición de garante) no habría posibilidad de imputarle el resultado aun cuando existe un nexo causal que vincula el hecho con el resultado creado por el tercero.

a. Consentimiento en los bienes jurídicos no disponibles

Con respecto al consentimiento, tenemos que tener presente que la principal incidencia de casos de auto- y heteropuesta en peligro se presenta en situaciones en los que se ven involucradas los bienes jurídicos vida y/o integridad física. Este escenario implica la necesidad de evaluar los límites del consentimiento brindado con relación a la disponibilidad de estos bienes jurídicos³².

³¹ Sobre el particular, centrándose en la ayuda al suicidio, Alonso Álamo: “No hay duda de que el Derecho penal no puede sin más retroceder, por la presencia de la conformidad, ante conductas de terceros atentatorias contra la vida. Cuestión distinta es cómo deba intervenir y, más precisamente, si ha de establecer una pena atenuada en el auxilio ejecutivo al suicidio en atención a que la víctima acepta su muerte, la pide o la consiente y si en situaciones de eutanasia se puede llegar a excluir totalmente la pena y, en tal caso, con qué fundamento, a cuyo efecto es preciso distinguir entre los diferentes supuestos de eutanasia”. En: ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva (A propósito de la disposición de la vida en el auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia)”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 1, 3° Época, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, p.17

³² En especial, de aquel sector de la doctrina que la considera como causa de atipicidad: “La figura dogmática clásica del consentimiento, desde la óptica de la teoría de la imputación objetiva, como causa de su ausencia de tipicidad en su modalidad de delimitante del riesgo permitido, es una sistemática en donde encuentran cabida la gran mayoría de supuestos de hecho, bien en su modalidad de consentimiento en el riesgo, o

En tal sentido, no podrá aceptarse la validez de un consentimiento libremente emitido en caso de heteropuesta en peligro consentida con riesgos para la vida de la víctima. Es decir, no se descarta la posibilidad de emitir el consentimiento de manera libre, pero sí de su validez.

Esto se debe a que el consentimiento de la víctima, por más válido que pueda ser en un aspecto formal, no autoriza al tercero productor del riesgo a exponerlo a él a peligro. Es decir, el consentimiento únicamente puede ser eximente de responsabilidad siempre y cuando sea la víctima quien controle el curso de su conducta y pueda permitirle desistirse de continuar.

Sin embargo, esto no se presenta en casos de heteropuesta en peligro consentida, pues el tercero no suele tener dominio sobre los hechos como para evitar la producción del resultado, de modo que estaría creando una conducta riesgo no controlable, lo que resultaría inaceptable para el Derecho Penal.

b. Libertad de consentir el riesgo creado previamente por tercero

Como se mencionó en el punto anterior, la validez del consentimiento puede ser posible en casos de heteropuesta en peligro consentida. No obstante, cuando se analiza a escenarios específicos como los expuestos al inicio del trabajo, resulta poco probable que la víctima pueda evaluar los alcances de la puesta en peligro, pues usualmente los resultados lesivos se producen en circunstancias no queridas por ninguna de las partes y que derivan de la imprudencia del tercero que controla el riesgo, o incluso de la conducta de la propia víctima que se somete a dicho peligro.

Por estos argumentos es que no puede sustentarse la exclusión de la responsabilidad penal del tercero en la heteropuesta en peligro consentida sobre la base del consentimiento de la víctima, pues es una situación en la que los

en el resultado”. En: MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo. “La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor”. En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 90, Volumen XXXI, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p.108.

alcances de cada conducta no son completamente amparados, además porque si bien existe consentimiento sobre el riesgo, no lo hay sobre el resultado lesivo.

c. El deber de garante

El deber de garante es un aspecto abordado por la doctrina en casos de heteropuesta en peligro consentida. Mientras que las posturas actuales buscan determinar la responsabilidad penal conforme a criterios normativos o de imputación objetiva; otro sector habla de esta postura para fundamentar la responsabilidad penal.

Dependerá bastante de la asunción de la naturaleza del denominado deber de garante para determinar la responsabilidad. En tal sentido, una concepción restringida reconocerá dicha responsabilidad en el tercero únicamente cuando tenga el deber de protección respecto de los bienes jurídicos de la víctima. Esta sería la postura común aplicable a la generalidad de casos.

Sin embargo, si se tiene presente que una concepción más bien amplia del concepto de deber de garante, podría entenderse como un deber de general dentro de la convivencia social arraigado en el fin preventivo del Derecho Penal y del principio de no hacer daño a otros. Es decir, que las relaciones sociales implican un deber de respeto y no afectación de los bienes jurídicos de terceros, de modo que, en la medida de lo posible, uno debe velar por no lesionar a otros y adecuar su conducta a tal fin.

En consecuencia, si se entiende el deber de garante de esta manera, implica que incluso con el consentimiento de la víctima o aun cuando ella actúe en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, el tercero nunca estará autorizado para ponerlo en peligro en escenarios no autorizados o donde se exente la responsabilidad penal por la naturaleza misma de la actividad³³.

³³ No obstante, la fuerte postura que reconoce la trascendencia de la conducta de la propia víctima. “La protección del bien jurídico sólo empieza a partir del límite donde se acaban las posibilidades de protección de la propia víctima; la tipicidad se excluye, entonces, allí donde la víctima pueda y no realice su autoprotección; y la disminución o atenuación de la pena se dará cuando estén a disposición medios menos graves para la superación del

Es decir, solamente se aceptaría la posibilidad de poner en riesgo o lesionar a otra persona cuando la naturaleza de la conducta realizada se encuentre dentro de lo legalmente establecido y no implique una puesta en peligro que no pueda ser controlado por el Derecho o cuyos resultados no sean previsibles por ambas partes.

VI. LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA DOCTRINA

1) Tesis normativa de Gimbernat Ordeig³⁴

La postura de Gimbernat Ordeig es bastante especial, pues, a diferencia de los siguientes autores, el fundamenta su posición en la normativa penal española. En tal sentido, toma como criterio rector lo regulado en el artículo 12 del Código Penal español, en el que se establece que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

Por ello, el autor considera que la participación en la autopuesta en peligro, comúnmente imprudente, no permite imputar responsabilidad penal a menos que este regulada como delito por algún tipo penal. Es decir, el autor admite esta posibilidad únicamente si se ha tipificado como una conducta imprudente vinculada a su correspondiente delito doloso; ya que solo en estas circunstancias el actuar del tercero será punible por la realización del tipo objetivo del delito imprudente.

Por otro lado, descarta la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por una conducta imprudente si la autopuesta en peligro es imprudente por parte de la víctima. Es decir, en aquellas circunstancias en la que la víctima, por culpa

conflicto social”. En: REY NAVAS, Fabio. “La corresponsabilidad de la víctima en la comisión de la conducta punible”. En: *Revista Principia Iuris* N° 15, Universidad de Santo Tomás, Tunja, Colombia, 2011, p. 136.

³⁴ En extenso, vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Imputación y conducta de la víctima”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005; EL MISMO. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° Extra 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2004

propia, se pone en peligro y el tercero, también en dicha ignorancia, termina contribuyendo al posterior resultado lesivo imprudente.

En el caso de la heteropuesta en peligro consentida, el autor sostiene que no se puede aplicar el criterio de “compensación de culpas” al momento de determinar la responsabilidad penal. En principio, el tercero causante, normalmente culposo, no verá exenta o reducida su responsabilidad por la imprudencia de la víctima. Dada la naturaleza de la heteropuesta en peligro consentida, no podría hablarse de conductas dolosas, pues en aplicación de la teoría del dominio del hecho, de serlo, estaría realizando todo el elemento objetivo del tipo penal de propia mano; lo que implicaría responsabilidad directa.

Fundamenta su respuesta en que la mayoría de delitos dolosos no tiene mayor trascendencia que la víctima haya aceptado conscientemente o no el riesgo a sus bienes jurídicos; por lo que no habría razón para que en casos de delitos imprudentes deba incorporarse otra interpretación, y eximirle responsabilidad cuando la víctima supiera que la conducta imprudente del tercero podría lesionar sus bienes jurídicos.

2) Tesis de la equiparación de Roxin³⁵

El profesor alemán expone que la participación en una autopuesta en peligro es siempre impune en el Derecho Penal alemán, debido a que, en estos casos, la víctima siempre tiene dominio sobre la posibilidad de evitación del resultado.

No obstante, distinta valoración le merece la heteropuesta en peligro consentida. Sostiene que en estos casos el tercero productor de un daño si responde penalmente por los hechos; salvo, única y exclusivamente, cuando la intervención de la víctima pueda equipararse, en todos los aspectos relevantes, a una autopuesta en peligro libre.

Para sostener esto, Roxin considera que lo relevante no puede ser tratar la heteropuesta en peligro consentida como un caso de consentimiento, tal como

³⁵ En extenso, vid. ROXIN, Claus. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 55*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

lo hace el BGH, porque en estos casos, la víctima no está en posibilidad de consentir el resultado, el cual solamente es previsible y cierto momentos antes de que se lesione el bien jurídico. Y este es el punto, pues la víctima solamente ofrece un consentimiento al riesgo que implica la conducta. Asimismo, sería ilógico sostener que la víctima brinda un consentimiento para la lesión de su bien jurídico cuando, en realidad, nunca ha querido que este fuera lesionado.

Por lo tanto, Roxin sostiene que lo principal en esta situación y que determina la responsabilidad penal, es identificar quién produjo la fuente de peligro de la que derivó el resultado. Esto sirve para fundamentar su posición antes fundamentada, pues solamente cuando el riesgo haya sido producido primordialmente por el tercero, sin intervención relevante de la víctima, entonces será penalmente responsable. Caso contrario se presentará si fue la víctima la que tuvo, al menos, igual grado de responsabilidad en la producción de riesgo del que derivó el resultado lesivo, pues sólo en este escenario quedaría fuera de discusión la impunidad de la cooperación de los terceros.

Para que se configure equiparación de heteropuesta en peligro consentida a una autopuesta en peligro excluyente de responsabilidad se requiere tres requisitos: 1) conocimiento del riesgo, 2) consentimiento de la acción arriesgada, y 3) misma responsabilidad entre quien se pone en peligro y quien participa en la ejecución de la acción común.

3) Tesis de la alteridad de Luzón Peña³⁶

Luzón Peña resalta la corrección del criterio de equiparación establecido por Roxin; sin embargo, reconoce que su fundamentación material no ha sido suficiente. En consecuencia, acepta que la imposibilidad de imputación objetiva solamente en el favorecimiento de la autopuesta en peligro, y en el caso de la heteropuesta en peligro consentida si será posible aceptarla, salvo cuando sea

³⁶ En extenso, vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Principio de alteridad o de identidad vs principio de autorresponsabilidad. Participación en una autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia". En: *Revista Nuevo Foro Penal* N° 74, Volumen 6, Universidad EAFIT, Medellín, 2010.

la víctima que controle el curso de los hechos y, por lo tanto, equivalga al favorecimiento de una autopuesta en peligro.

Partiendo de esta premisa, Luzón Peña recurre al denominado “principio de alteridad de la lesión”, de arraigo en el Derecho Romano, el cual deriva de latinismo *alterum non laedere* o la prohibición de lesionar o dañar a otro³⁷. Aunque si bien este criterio se aplica respecto a los daños a terceros, para poder aplicarse al caso de la heteropuesta en peligro consentida y la participación en una autopuesta en peligro, el profesor español realiza una interpretación inversa de su contenido.

Así, entiende que dado que este principio exige dos personas (el agresor y el agredido) para la creación de daños eventualmente jurídicamente relevantes, entonces también puede interpretarse que quien sufre el daño no puede ser la misma persona que quien lo produce, es decir, debe existir una alteridad entre los sujetos. Es decir, debe cumplirse un principio de “no identidad” entre autor y víctima para poder imputar algún tipo de responsabilidad jurídica.

Esto implica que si la regla general es que no se encuentra prohibidas las lesiones cuando concurren circunstancias de identidad entre agresor y agredido, mucho menos aún sería posible imputar responsabilidad penal por el simple favorecimiento a la puesta en peligro o lesión ajena, ya que son conductas que no están jurídicamente prohibidas.

Es con esta fundamentación con la que Luzón Peña llega a la misma conclusión inicial de Roxin, pero con una fundamentación diferente: la participación en una

³⁷ Al respecto, Luzón Peña cita: "Así la célebre fórmula de Ulpiano en sus *Institutiones* (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". Citado en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Principio de alteridad o de identidad vs principio de autorresponsabilidad. Participación en una autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia". En: *Revista Nuevo Foro Penal* N° 74, Volumen 6, Universidad EAFIT, Medellín, 2010, p. 70.

autopuesta en peligro siempre será impune, mientras que la heteropuesta en peligro acarrea responsabilidad para el tercero. Sin embargo, también acepta una serie de excepciones para este último caso.

En primer lugar, se exceptúa la responsabilidad cuando existe dominio o control de los hechos compartido entre la víctima y un tercero; pues antes que un caso de coautoría (como conforme la teoría del dominio del hecho se fundamentaría) ello se convierte en una conducta propia de una participación o favorecimiento en la autopuesta en peligro de la víctima., por lo tanto, atípica.

Por otro lado, también reconoce que es posible exceptuar esta regla cuando en el tercero recaigan circunstancias personales especiales. Tales son los casos de participación en una autopuesta en peligro en donde concurra en él la exigibilidad de actuar basado en ser titular de un de garante, tanto si consiste en una disposición legal expresa como si su conducta encuadra en los criterios establecidos para la imputación de responsabilidad por la comisión por omisión de un delito de resultado. Empero, Luzón Peña reconoce que, si bien es posible esta imputación, en estos escenarios el fundamento no es el expresado previamente, sino por el incumplimiento de los deberes de garante.

4) Tesis de la autodeterminación de García Álvarez³⁸

La autora diferencia entre la autopuesta en peligro de la puesta en peligro pro tercero consentida (o heteropuesta en peligro consentida) conforme a criterios de autoría y participación. Considera que las primeras son actos de disposición de un daño cierto por parte del titular del bien jurídico afectado (es decir, el titular busca la producción del resultado lesivo); mientras que en el segundo caso el titular solo ve como eventual la producción del resultado lesivo, pero asume el riesgo sin buscar la lesión de sus bienes jurídicos.

³⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones y puestas en peligro de la vida y/o integridad física asumidas voluntariamente por su titular*, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

Por lo tanto, será el dominio del hecho del titular del bien jurídico el principal criterio para imputar la responsabilidad penal por la ejecución de una conducta riesgosa. En consecuencia, en tanto sea la víctima quien defina el curso de los hechos, será impune la conducta desplegada por el tercero favorecedor; ya que solamente constituirá una participación en una autopuesta en peligro. Y, así como menciona Luzón Peña, la autora asume la posibilidad de una “cuasi-coautoría” cuando haya dominio compartido, pero igualmente impune. El tercero solamente responderá penalmente cuando su conducta cumpla los elementos previstos en algún tipo penal.

De otro lado, solamente existirá una puesta en peligro por tercero consentida cuando sea este quien controle objetiva y positivamente la conducta riesgosa que puede derivar en el resultado lesivo. En tal escenario, el tercero deberá también contar con la voluntad (consciencia) de la víctima y, en algunas ocasiones, con su aporte no determinante.

Asimismo, Pastora García incide bastante en la autodeterminación de las personas para sustentar que en tanto la víctima puede disponer de sus bienes jurídicos, su consentimiento en la conducta riesgosa realizada por el tercero permitirá excluir la responsabilidad penal en casos de heteropuesta en peligro consentida. Llega a esta conclusión porque reconoce que la asunción de estos riesgos forma parte de una expresión del libre desarrollo de su personalidad. Finalmente, el tercero será penalmente responsable por el resultado lesivo salvo si se limitó a realizar la acción riesgosa a la que se sometió la víctima dentro de los límites de ese consentimiento, en cuyo caso cualquier lesión que de ella derive será impune.

VII. ASPECTOS CRÍTICOS PARA LA CORRECTA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

Si bien estas posturas cuentan con fundamentos consecuentes y adecuados con sus respectivos marcos metodológicos, considero que, en general, se centran exclusivamente en el análisis del resultado que deriva de la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida. Así, por ejemplo,

tanto Roxin como Luzón Peña se decantan por analizar la responsabilidad penal solamente desde la tesis de la equiparación.

Sobre este punto, creo que la propuesta de Luzón Peña dejó de lado un punto importante. Si bien puede considerarse válido el principio de alteridad para la resolución de los casos de la participación en la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro, considero que es un análisis que tuvo que ampliarse no solamente a la conducta desplegada por la víctima, pues se termina convirtiendo en una propuesta destinada a la verificación de los elementos de la autopuesta en peligro.



CAPITULO II

EXIGIBILIDAD DE PROTECCIÓN PENAL E IMPUTACIÓN PENAL

I. TEORÍA DEL PODER Y LA FUNCIÓN PROTECTORA DEL DERECHO

El Derecho está íntimamente ligado con aquellos estudios sobre el ejercicio del poder y las formas en que este se manifiesta. Así, se encuentra en la teoría del poder la principal razón de ser del Derecho en tanto manifestación del poder jurídico. Desde luego, este tipo de manifestación presenta características distintas según el ente encargado de aplicarlo; por lo que debe precisarse que no el poder no pierde su principio de unidad e indivisibilidad, sino que solamente se busca optimizar su aplicación.

Ahora bien, la manifestación del poder también se presenta en el conflicto presente en cada una de las acepciones que este concepto tiene y la relación entre ellas. En tal sentido, siguiendo a Carruitero Lecca, el poder consiste en “dominación”³⁹, que se manifiesta a través del poder económico, político, ideológico, estatal, etc. Cada una de estas constituye una manifestación del poder social, y se configuran “de una manera dual a través de relaciones conflictivas o de oposición y de relaciones humanas no conflictivas o de coordinación”.

³⁹ CARRUITERO LECCA, Francisco. “La teoría del poder como presupuesto de la teoría de los derechos humanos”. En: *Filosofía del Derecho, selección de lecturas*, Escuela de Posgrado – Doctorado en Derecho, Universidad Nacional San Luis Gonzaga, Ica, 2004, p. 97.

Para ello, debe tenerse presente que, si bien el poder es uno, puede manifestarse de diversas formas, tales como el poder económico, el político, el social, el jurídico, etc. Cada uno de ellos ejerce determinados efectos dentro del ordenamiento social general⁴⁰ y predetermina la forma en que se debe desarrollar. Desde luego, al ser cada uno una manifestación de poder, posee características coactivas y reactivas frente a los abusos. Configuran, en consecuencia, el conflicto interno que permite la estabilidad del poder general.

Ese constante conflicto entre los diversos poderes sirve de base para que el poder jurídico, manifestado a través del Derecho, pueda estandarizar conductas dirigidas al beneficio de los intereses de cada una de las manifestaciones de poder. Y lo logra debido a que el poder jurídico es resultado del conflicto que él mismo busca controlar. Por ejemplo, cuando los intereses del poder político chocan con los del poder económico o con los del poder social (o cualquiera sea el orden elegido en este trinomio) terminan por necesitar tanto una solución como la imposición de límites para evitar que dicho conflicto vuelva a suceder. Allí es donde interviene el Derecho, como resultado de este escenario.

En tal sentido, el poder jurídico, a través del Derecho, es el llamado a limitar conductas porque no presenta operadores propios con intereses particulares como sí los tienen el poder político, económico o el social. Entonces, radica en la necesidad de solucionar estos conflictos la legitimidad del derecho para intervenir, pues cada uno de dichos operadores debe ceder parte de sus intereses para llegar allí, legitimando así, globalmente, la intervención del poder político.

Lo expuesto me lleva a sostener que, si bien el ordenamiento normativo respeta la libertad de las personas de desenvolverse en sus interacciones sociales de la manera más amplia posible, no puede dejarse de observar que incluso esa libertad tiene límites regulados no solo por el Derecho sino por la naturaleza de

⁴⁰ CARRUITERO LECCA, Francisco. "La teoría del poder como presupuesto de la teoría de los derechos humanos". En: *Filosofía del Derecho, selección de lecturas*, Escuela de Posgrado – Doctorado en Derecho, Universidad Nacional San Luis Gonzaga, Ica, 2004, p. 89.

la convivencia social. Es decir, constituye una manifestación del poder jurídico y del poder social para lograr un balance que permita evitar arbitrariedades y estados de deslegitimación. De ese contexto es de donde se puede encontrar en el derecho una función tuitiva de primer orden de intervención respecto de las relaciones sociales y políticas.

En primer punto, debe tomarse en consideración que la función protectora del derecho respecto al ejercicio del poder está destinada, desde mi punto de vista, a ser un punto de contención de excesos del poder político. De ahí que se encuentre completamente fundamentado que en ejercicio de esa protección pueda prohibir, restringir, limitar, facultar y/o imponer conductas tanto desde las altas esferas de poder como en el más vulnerable de los gobernados; pues lo que se busca evitar es un escenario de deslegitimación.

Por su parte, esta función protectora del Derecho está destinada a garantizar el pleno desarrollo del poder social dentro de los parámetros fijados en tanto su naturaleza de punto de contención del poder político. Es decir, en la prohibición, restricción, limitación, facultad e imposición de conductas radica el límite del ejercicio del poder social; de modo que solamente estará prohibido el ejercicio de dicho poder si lo excede o trasgrede.

Lo expuesto tendrá sustento siempre que se trate de escenarios de legitimidad real, pues si las restricciones impuestas por el poder jurídico obedecen al ejercicio arbitrario del poder político, serán, en sí mismas, inexigibles para la sociedad. Desde luego, en caso de escenarios de ilegitimidad se activa una función de contención de parte del poder jurídico porque, a diferencia de las manifestaciones económicas o sociales del poder, el Derecho siempre será instrumental.

Si partimos de un escenario de legitimidad plena, la función protectora del poder jurídico se diversifica en la cantidad necesaria para proteger los valores establecidos como relevantes para la estructura general. Ello, curiosamente, no excluye la posibilidad de que determinados poderes pueda imponer intereses particulares para conseguir un bien mayor (tal es el caso de los impuestos, por ejemplo); sin necesidad que tengan incidencia directa (pero sí indirecta) en la

convivencia social; sin embargo, es el grado de legitimidad el que evita que esto produzca un nuevo conflicto.

Los valores que deben ser protegidos se dividen en tantas especialidades jurídicas son necesarias para mantener dicho orden social, cada uno de los cuales establecen determinados objetos de protección. No obstante, dichos valores no pueden ser equiparados a cualquier interés particular de la sociedad, sino que necesita ser establecido de modo que permita alcanzar un fin general, global, y no solamente una satisfacción individual o grupal. Así, los intereses de protección de lo moral o lo políticamente correcto, o los valores religiosos o políticos, no pueden formar parte del objeto de protección del Derecho. En estos casos, lo que se deben proteger son bienes jurídicos, los cuales deben ser entendidos como "circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema"⁴¹.

II. LA FUNCIÓN PROTECTORA EN EL DERECHO PENAL

La función protectora del Derecho Penal, en tanto manifestación del poder jurídico, obedece a la naturaleza de los bienes jurídicos que se buscan resguarda y la forma en que estos deben ser protegidos. Así, dado que se regulan conductas especialmente graves y se conmina con las mayores sanciones que puede tener el ordenamiento jurídico en general. Por lo tanto, cuando se vincule a las relaciones sociales, esta protección se reconoce mediante la imposición de deberes de garante, que pueden manifestarse conforme nuestro ordenamiento jurídico como un deber legal o un deber autoimpuesto. Y esto tiene una fuerte

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 56. Al respecto, Roxin precisa: Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa.

correlación con las formas de intervención que tiene el Derecho Penal en las conductas sociales conforme ha desarrollado Wolter⁴².

La protección jurídica, entendida como una obligación de evitar un resultado, implica la posibilidad de realizarla. Por lo tanto, no será posible exigir el cumplimiento del deber de protección cuando por la naturaleza del hecho le sea imposible su cumplimiento a la persona encargada de su ejecución.

Por lo tanto, si consideramos que la protección jurídica solo puede ejercerla quien tiene un deber de garante y en tanto esta pueda ser ejercida por el obligado; debe considerarse que no será exigible esa protección cuando por causas ajenas a la voluntad del garante no se pueda ejercer.

La conclusión expuesta nos lleva a sostener que, si el sujeto pasivo de esa protección realiza una conducta que produce el daño que esa protección jurídica estaba destinada a evitar, solo entonces la protección legal no será exigible. Por el contrario, si a pesar de la intervención de autoexposición a peligro del sujeto pasivo de la protección jurídica, aun le era posible al garante el respeto de ese deber de protección, entonces sí se debe hacer responsable de las consecuencias que de su inobservancia se deriven.

Sin embargo, si este solo criterio fuera el único con el cual se resolviera el problema de imputación de los terceros en el caso de la participación en una autopuesta en peligro y en una heteropuesta en peligro consentida; siempre

⁴² Sobre este punto, se comparte con Wolter la naturaleza de la intervención del Derecho penal, en especial cuando sostiene que “el Derecho penal no sólo *actádi preventivamente*, con ayuda de normas preceptivas y prohibitivas, sino también *represivamente*, por la vía de la desaprobación y la creación de instancias de satisfacción para la *víctima*. Así pues, el posible resultado de lesión o puesta en peligro, al igual que la propia creación de un riesgo para la víctima a consecuencia de un comportamiento peligroso, no es sólo motivo para el establecimiento de normas de comportamiento, sino también punto de partida de la desaprobación y el resarcimiento”. En: WOLTER, Jürgen. “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus”. En: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 110.

generaría, a la larga y por la naturaleza del resultado penalmente relevante, ya que la protección jurídica nunca se suspende.

Por ello, es necesario diferenciar cómo es que opera la protección jurídica respecto de los sujetos pasivos, lo que se logra a través del establecimiento de a quién es el que el garante le debe fidelidad.

Por lo tanto, podemos entender que en las relaciones de protección jurídica existen tres binomios; uno permanente representado los elementos de la protección jurídica: el garante y el sujeto pasivo la protección; y dos alternativos que representan los presupuestos de la protección legal: 1) el garante y el deber legalmente impuesto; que implica la fidelidad con el órgano que emana el deber de protección; y 2) el garante y el deber general de no hacer daño; que implica la fidelidad con las demás personas dentro de un contexto de desarrollo social.

Son los presupuestos de la protección jurídica los que definen cómo debe ser interpretado el deber de protección penal, pues este último, al ser de naturaleza jurídica, se encuentra subordinado a la interpretación que se haga de los deberes generales de protección jurídica y, en consecuencia, determinará cuándo es que el incumplimiento de un deber de protección puede ser inexigible por la propia conducta autoexpositiva del sujeto pasivo del deber de protección y, por lo tanto, impedir la imputación de una consecuencia penal a quien omitió cumplirlo.

Debe quedar claro, desde luego, que estos presupuestos no están destinados a fundamentar la punibilidad, la autoría o la antijuridicidad de una conducta. La razón de ser de estos presupuestos son únicamente establecer el tipo de relación jurídica con la que debe interpretarse la conducta de la víctima y el tercero y si existe fundamento para debatir la posibilidad de atribuir responsabilidad.

III. SUPUESTOS DE EXIGIBILIDAD DE LA PROTECCIÓN PENAL

1) El deber legal de garante

El deber legal de garante parte de la premisa que es el ordenamiento jurídico el que ordena el cumplimiento de una conducta. Básicamente, implica la obligación de una persona de respetar lo que por ley se le ha impuesto. Es, en buena

cuenta, uno de los dos binomios que pueden constituir los presupuestos para la determinación de la responsabilidad del tercero productor de un riesgo o resultado en la auto- y heteropuesta en peligro.

Por ello, si consideramos que este primer presupuesto implica una relación entre el sujeto obligado y la norma que le impone esa obligación, entenderemos entonces que el deber de fidelidad se presenta para con esta norma, de modo que el garante no podrá estar exento de responsabilidad siempre que sea posible el cumplimiento de su obligación.

En un sentido contrario, el incumplimiento de la obligación solo excluirá la responsabilidad del garante cuando las circunstancias recaídas sobre el hecho que debe proteger le hagan imposible realizarlo⁴³. Es decir, la imposibilidad de realización del objeto de la obligación deviene en inexigible la prestación a realizar.

Desde luego, esta no es una postura para nada ajena al Derecho. Por el contrario, tiene un fuerte contenido normativo establecido en el Código Civil cuando regula las obligaciones (aunque, en ese caso las determine a supuestos de índole privado). Sin embargo, ello no limita la interpretación dentro de los deberes legales en general.

⁴³ Al respecto, Achenbach sostiene, analizando la culpabilidad y la imputación, que “El ordenamiento sólo parte de la hipótesis de que el autor podía actuar de otro modo allí donde aparece como legítima una expectativa social de comportamiento en este sentido, o mejor dicho: el ordenamiento jurídico excluye la existencia de un poder de evitación del autor mediante ciertos criterios tipificantes, allí donde la correspondiente expectativa de comportamiento aparece como ilegítima”. En: ACHENBACH, Hans. “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”. En: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 146. La exigibilidad de comportamiento distinto también resulta aplicable incluso a nivel de fundamentación de la responsabilidad y el deber de protección, pues ello tiene más relevancia en las circunstancias en las que el obligado tiene una obligación de actuar. La imposibilidad de cumplimiento excluye la exigibilidad de comportamiento distinto y, desde luego, el quebrantamiento de un deber.

Así, por ejemplo, si bien los bomberos están obligados a exponerse a un riesgo con tal de salvar la vida de terceros y pueden ser sancionados si omiten la realización de esa acción; es de plano imposible exigirles tal conducta salvadora si ello implica una afectación irreparable a su integridad física o a su vida. Con ello, pues, queda claro que, al menos en los casos de autopuesta en peligro pura, habrá situaciones en las que esta será legalmente obligatoria; pero constitucionalmente inexigible.

Ahora bien, en el caso de la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida tendremos algunas situaciones similares cuando concurra un deber legal de garante, pero solo como un adelanto al siguiente capítulo, pondré un ejemplo: la participación del chofer quedará siempre impune cuando sea la propia víctima suicida la que se autoponga en peligro... pero siempre y cuando su actuar sea culposo y le haya sido imposible realizar las maniobras de seguridad por culpa de la conducta de la propia víctima.

En conclusión, si tenemos presente lo expuesto, solamente podrá evitarse la responsabilidad cuando el deber legalmente impuesto sea imposible de cumplir; y ese incumplimiento solo puede ser generado por un agente externo no atribuible al autor. No obstante, esta interpretación podría generar un problema aparente: ¿qué ocurre con las conductas materialmente antijurídicas que producen un daño a tercero? ¿Sería lógico considerarlas impunes porque sobre estos autores no recae un deber legal de garante?

Esta, sin duda, es una crítica fuerte, pues implicaría que solamente quienes tienen deber legal de garante (choferes, padres, policías, bomberos, etc.) podrían responder penalmente si le producen la muerte a un tercero con un actuar violatorio de su deber, mientras que los vendedores de droga, traficantes, extorsionadores, homicidas y demás delincuentes deberían recibir otro tipo de tratamiento: si no tienen un deber legal de garante, sino uno general, la autoexposición a peligro de la víctima les excluiría de cualquier tipo de responsabilidad.

Sin embargo, no creo que esta sea la interpretación correcta.

a) El deber de garante en la generación de riesgos penalmente relevantes (ingerencia)

Asumir que el primer presupuesto que vincula al garante con una norma que le impone un deber legal sería la base para interpretar los resultados producidos en la relación de garante y el sujeto pasivo de la protección, implicaría en buena cuenta que en las conductas ilícitas no existe un deber legal de garante quebrado, por lo que sus autores no tendrían ningún tipo de responsabilidad por las muertes producidas por quien se autopone en riesgo por su propia voluntad. Sin desmerecer la fuerza argumental que esta sentencia puede establecer, la verdad es que es necesario precisar unos puntos.

En principio, debe reconocerse que es altamente difícil determinar cuál es la norma jurídica que impone un deber legal de, por ejemplo, no vender droga o de no lesionar a otro. Pues, si bien existen reglamentos administrativos que restringen el comercio de determinados productos o sustancias químicas o sicotrópicas (entre otras) y que dota de contenido a la prohibición de vender drogas, difícilmente puede recurrirse al mismo fundamento para la prohibición de lesionar a otro.

Con esta precisión quedaría claro, creo yo, que estaríamos incorporando a la teoría del delito elementos extrapenales (como resoluciones administrativas) solamente para justificar la aplicación en un específico grupo de casos de la estructura metodológica del delito que se pueda desarrollar, a pesar que sea manifiestamente insuficiente o irrelevante para dotarle de contenido de manera general.

Asumir que el delincuente tiene un deber legal de garante para con su víctima tan igual como el del chofer con sus pasajeros o el de los policías con los ciudadanos. Es decir, así como las normas administrativas otorgan deberes legales de protección a estos últimos, los deberes de los primeros estarían determinados por lo que el Derecho Penal regularía como deberes legales de no hacer conductas ilícitas injustificadas.

Sin embargo, esta interpretación me parece insatisfactoria debido a que no puede aceptarse como presupuesto de un deber legal de protección que permita

fundamentar la responsabilidad penal del garante, la violación de una norma que ya tiene naturaleza penal. Estaríamos recurriendo a una valoración posterior para realizar una valoración anterior dirigida a determinar la viabilidad de dicha valoración posterior.

Ahora bien, sí considero que la responsabilidad por un delito tiene como presupuesto la violación de una norma legal, lo que justamente permite diferenciar, entre otras cosas, la comisión o la omisión propia o impropia, y, además, los delitos comunes de los delitos especiales y los de infracción de deber. Siendo que en cada uno de ellos es el tipo de norma legal violada la que justificará el tipo de imputación.

Considero que los delitos, en tanto conducta humanas prohibidas, presuponen la vulneración de alguna norma del ordenamiento jurídico implícita o explícitamente establecida y que tiene como correlato normativo el artículo IV del Código Penal cuando establece que “la pena, necesariamente, precia de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

En tal sentido, cuando se hace referencia a “la ley”, esta debe entenderse en un sentido amplio a todos los bienes jurídicos protegidos por todo el ordenamiento jurídico, pero solamente brindará protección penal a aquellas lesiones o puestas en peligro que se hayan producido en las formas (tipos penales) establecidos por el Código Penal (principio de legalidad -artículo II-).

Si bien no puede establecerse qué norma extrapenal prohíbe la puesta en peligro o la lesión de bienes jurídicos de la víctima, esta búsqueda deviene en innecesaria, pues de todo el abanico de posibilidades, la norma penal ya establece qué conductas del tercero merecerán atención del sistema penal, ya que constituyen, al menos, una fuente de riesgo. Es decir, se reconoce que existe un deber legal de no realizarlas en perjuicio de otra persona, y de crear una fuente de riesgo típica, la evitación del resultado forma parte de un deber de garante por ingerencia⁴⁴.

⁴⁴ Al respecto, Roxin: “La tesis según la cual la realización de una situación de peligro fundamenta el deber de evitar un resultado típico que probablemente surja de dicha

Asimismo, cuando se trate de conductas típicas creadoras de fuentes de riesgo para bienes jurídicos, tenemos que no se presenta ninguna de las causas de exclusión del deber de garante por ingerencia que desarrolla Roxin⁴⁵

La interpretación expuesta no es en lo absoluto extensible a las conductas que en sí mismas no constituyen un delito pero que contribuyen a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico. Tal situación se presenta, y no con poca frecuencia, en las conductas socialmente aceptadas como las competencias de lucha, deportes extremos.

En consecuencia, sobre esta base sí puede establecerse que en los casos de auto- y heteropuesta en peligro, el tercero cuya conducta se pueda adecuar a un tipo penal ha vulnerado un deber legal de no realizarlas en perjuicio de otra persona, y, dado que la fidelidad en este tipo de deberes de protección no se da para con otros sino para con el Derecho, no es necesario identificar qué norma es la que le entrega ese deber legal porque ya se tiene la seguridad que, sea cual sea, ya fue vulnerada. En conclusión, cuando la conducta productora del

situación (llamada comúnmente como *el actuar precedente o ingerencia*), es reconocida ampliamente en la dogmática del Derecho penal". En: ROXIN, Claus. "Ingerencia e imputación objetiva". En: *Revista Penal N° 19*, Universidad de Huelva, Huelva, 2007, p. 154.

⁴⁵ Roxin sostiene: 1) no hay posición de garante si la acción precedente no ha creado ningún riesgo jurídicamente relevante para la víctima; 2) no hay posición de garante si la acción precedente se mantiene dentro del riesgo permitido; 3) no hay posición de garante si falta una relación final de protección entre la acción precedente y el resultado inminente; 4) no hay posición de garante si el peligro provocado por la acción precedente radica únicamente en el ámbito de responsabilidad de quien provocó el peligro; 5) no hay posición de garante, si la creación de peligro está justificada por legítima defensa; 6) afirmación de una posición de garante si la acción precedente está justificada por estado de necesidad; y 7) afirmación de una posición de garante si en un delito permanente justificado se suprime posteriormente el presupuesto de justificación. En: En: ROXIN, Claus. "Ingerencia e imputación objetiva". En: *Revista Penal N° 19*, Universidad de Huelva, Huelva, 2007, pp. 156-161

riesgo sea típica podrá considerarse que su autor se ha quebrado un deber legal de garante.

2) El deber general de no hacer daño o el *neminem laedere*.

Mientras que los deberes legales de garante presuponen una fidelidad de una persona para con el ordenamiento jurídico que le confía o exige esa posición, existe otro tipo de deberes cuyos efectos recaen exclusivamente en las relaciones personales. Estos son los denominados deberes generales de no hacer daño o principio de *neminem laedere*.

Independientemente de su acepción dentro del Derecho Romano, actualmente el deber de no hacer daño presupone un consenso entre las personas de no lesionar o poner en peligro a otros (o, para efectos jurídicos, a sus bienes jurídicos). Pero la sola vulneración de este deber general no puede fundamentar la responsabilidad penal de una persona, porque a diferencia de los deberes legales de garante, estos no son exigibles por el Derecho.

Concretamente, los deberes generales de no hacer daño comprenden todas aquellas conductas que no sean típicas y que no sean realizadas por una orden legal concreta.

Este deber general de no hacer daño puede ser dejado de lado y enervar cualquier tipo de responsabilidad penal si fue consecuencia del ejercicio de libertades individuales de las personas que se someten a un peligro, pues al deber general de no hacer daño le corresponde una fidelidad entre los propios miembros de la sociedad.

No obstante, debe tenerse presente que el incumplimiento de un deber general no puede justificar en sí mismo algún tipo de responsabilidad penal, pues lo relevante siempre será las circunstancias de hecho que lo rodean y la relación que pueda existir con la persona que sufre un daño.

IV. RENUNCIA A LA PROTECCIÓN PENAL POR CONFLICTO DE INTERESES JURÍDICOS

Si bien la protección jurídica es uno de los fines del Derecho y, en consecuencia, del Derecho Penal, existen situaciones donde esta se encuentra en conflicto con otros valores jurídicos de carácter personalísimo. Considero que es sobre la base de estos principios que debe analizarse las situaciones problemáticas derivadas de la heteropuesta en peligro consentida y la participación en una autopuesta en peligro. Y es que en estos casos estamos frente a situaciones de conflicto de intereses entre la voluntad y libertad del autor de someterse a riesgos o lesiones y la supremacía de la protección penal para evitar dichos resultados.

Básicamente, es necesario determinar cuándo un resultado no genera responsabilidad penal porque fue producido por la propia víctima, quien renuncia tácitamente a la protección penal. Desde luego, no significa que la víctima deje de estar amparada por el Derecho en general, sino que sirve para determinar el presupuesto de aplicación de la ley penal.

Existen dos situaciones generales en las que una persona se puede presentar la renuncia a la protección legal por voluntad de la propia víctima como lo son el libre desarrollo de la personalidad y el consentimiento. Desde luego, estamos hablando de escenarios con reconocimiento jurídico y en ambos debe existir, siempre, la disponibilidad del bien jurídico que se deja sin protección.

En tal sentido, la protección penal también puede establecerse como el resguardo inquebrantable de los bienes jurídicos colectivos, y relativo de los bienes jurídicos individuales. La principal diferencia para fundamentar esta naturaleza absoluta y relativa de la protección recae en el objeto de protección.

Los bienes jurídicos colectivos protegen un bien mayor que el individual, que responde a una necesidad de protección de un bien social. Ello permite sostener que el consentimiento o la libertad individual destinadas a someterse a un riesgo solamente eliminará el interés penal si este riesgo afecta a esta persona; mas no si implica un riesgo general para la sociedad. En estas circunstancias, el ejercicio de la libertad individual, por más que recaiga en bienes jurídicos personales, no impedirá la relevancia penal generadora del riesgo para la sociedad.

Mientras que en estos escenarios estamos frente a una protección absoluta, otras situaciones implicarán una protección relativa. Estas son aquellas donde la conducta de quien se pone en peligro únicamente implica la exposición de sus propios bienes jurídicos de naturaleza personalísima. Ahora bien, el debate en estos aspectos debe centrarse en la disponibilidad del bien jurídico y no tanto en su naturaleza individual.

1) El libre desarrollo de la personalidad

Uno de los aspectos importantes de la exposición a peligro de bienes jurídicos individuales es que puede presentarse como una forma del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, la que actuaría como causal de exclusión de interés penal. Sobre ello, considero que es plenamente aceptado que supondría una renuncia voluntaria válida a la protección penal; sin embargo, debe hacerse algunos comentarios.

Si el libre desarrollo de la personalidad permite la disposición plena e irresponsable del propio cuerpo es una cuestión no solo sumamente relevante para el quehacer penal; sino además para la configuración del derecho mismo.

No considero, por lo tanto, que el libre desarrollo de la personalidad implique un aspecto netamente positivo, mediante el cual se permita a una persona disponer libremente de sus actos voluntarios con la finalidad de lograr el pleno ejercicio de su plan de vida. Personalmente considero que debe haber un plano negativo, de por sí, restrictivo, de este derecho, que permita dotarle de un contenido concreto y no solamente abstracto.

Para poder entender este último escenario, puede recurrirse a ejemplos distintos al de la simple disposición del cuerpo para la realización de operaciones estéticas o intervenciones artísticas. Así, vale la pena tomar en consideración si, al menos en un aspecto preventivo, no resulta relevante para el Derecho que una persona decida disponer por completo de su patrimonio para someterse a un estado de mendicidad.

En concreto, al incorporar este análisis al Derecho Penal nos encontramos con el constante problema de determinar cuáles son los límites del ejercicio del

derecho al libre desarrollo de la personalidad. Considero que existe un límite claro respecto de la preservación del cuerpo y la salud propia, pues no resulta amparable las autolesiones o las autopuestas en peligro como una forma de libre desarrollo de la personalidad. Sería, de hecho, contraproducente con el fin preventivo del Derecho Penal permitir que aquellos objetos de protección puedan ser plenamente dispuestos por su titular.

No obstante, se genera un problema cuando el límite no involucra el cuerpo o la salud, sino se dirige a aspectos económicos o patrimoniales de carácter individual. Retomando el ejemplo de la mendicidad, si una persona dispone de todos sus bienes y se queda en completo desamparo por una creencia religiosa está actuando como parte de su libre determinación. Encuentro, empero, una limitación a esta acción: el deber de garante.

Si ponerse en situación de mendicidad, un acto plenamente válido dentro del libre ejercicio de la personalidad, implica afectar los derechos de un alimentista o de un hijo que requiere atención médica particular; entonces el libre desarrollo de la personalidad, en cuanto derecho, debe ser limitado. Es aquí, y no antes, que el interés de protección penal tendría mayor relevancia que la renuncia a él por parte del titular del bien jurídico.

2) El consentimiento

El debate del consentimiento y sus efectos es amplio, por lo que su análisis nos tomaría un trabajo aparte. No obstante, consideramos que existe cierto consenso al decir que esta figura debe operar como parte de la libertad de autodeterminación del individuo, excluyendo así la imputación a terceros; sin intervención del Estado. Por ejemplo, Monroy admite esta posición “ya que el individuo goza de libertad para administrar sus derechos y puede, entonces, dentro de la libertad que lo acompaña, cederlos o disponerlos”⁴⁶. A lo que debe

⁴⁶ MONROY VICTORIA, William. “El consentimiento”. En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 72, Volumen XXII, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 34.

asumirse que forma parte de la autorrealización del individuo en el marco de un estado social y democrático de Derecho⁴⁷.

Asimismo, otro punto que debe tomarse en consideración es que la naturaleza del consentimiento también se encuentra en debate como la diferencia entre acuerdo y consentimiento⁴⁸, o causal de atipicidad de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal⁴⁹.

Por ello, considero que es claro que consentimiento de la lesión es una forma de renuncia válida a la protección penal. Sin embargo, debemos diferenciar los dos tipos de escenario en los que considero opera el consentimiento: el de la antijuridicidad material y el de la antijuridicidad. No se trata, a pesar de la terminología, que el consentimiento mantenga la existencia de la antijuridicidad de una conducta, sino de determinar cuándo y cómo opera en cada uno de estos escenarios.

En primer lugar, el **consentimiento de la antijuridicidad formal** recae sobre situaciones genéricas o jurídicamente relevantes en sentido no penal. Así, la compra voluntaria y consciente de un inmueble a sobre precio o la práctica de deportes riesgosos no tendrá mayor relevancia para el derecho en general. Sin embargo, en algún contexto sí lo tendrán, como lo puede ser la afectación de la

⁴⁷ CHANG KCOMT, Romy. "Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución". En: *Themis, Revista de Derecho N° 67*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, pp. 208-210.

⁴⁸ Al respecto, vid. LUNA CASTRO, José Nieves. "Consideraciones críticas respecto de la teoría dualista del consentimiento como causa de exclusión del delito". En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal N° 23*, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F. 2012, pp. 211-212; CHANG KCOMT, Romy. "Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución". En: *Themis, Revista de Derecho N° 67*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, pp. 210-214; MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo. "El consentimiento en materia penal". En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 95, Volumen XXXIII, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 32-46

⁴⁹ En extenso, Vid. LUZÓN PEÑA, Diego M. "El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal". En: *Revista General de Derecho Penal N° 18*, 2012.

masa hereditaria en el primer caso, o el exceso de cobertura de un seguro de vida en el segundo.

En estos casos, hablamos de conductas consentidas realizadas por la misma persona que las consiente: sin embargo, el escenario tampoco varía mucho si quien debe consentir es un tercero sobre quien recae una conducta formalmente antijurídica. La legislación civil, sobre todo la referente a obligaciones y contratos, otorga mucha relevancia al consentimiento, incluso posterior. Tal caso se presenta en las contraprestaciones distintas a las previamente establecidas por las partes, que configuraría un incumplimiento de las obligaciones contractuales (antijuridicidad formal), pero que puede ser aceptada (consentida) por la parte que sí cumplió con su obligación.

En consecuencia, tenemos que el consentimiento mantiene lícita la propia conducta o puede dotar de licitud a la realizada por un tercero que configura un acto una actividad consentida vuelve lícita la conducta antijurídica realizada, restringiendo su relevancia a un conflicto de derechos que derivan de ella.

De otro lado, cuando se hablamos de **consentimiento de la antijuridicidad material en sentido penal** se requiere como presupuesto que la conducta realizada sea típica. Asumiendo una estructura tripartita del delito, como se hace en el presente trabajo, este tipo de consentimiento no excluye la tipicidad, solamente le quita su relevancia penal.

Lo dicho nos lleva a tener que precisar por qué el consentimiento de la antijuridicidad material penal no tiene los mismos efectos del que recae en la formal. En primer lugar, porque para que un consentimiento sea penalmente relevante es necesario que recaiga sobre una conducta típica, pues el consentimiento acciones de otro tipo deben ser evaluados conforme los parámetros de la especialidad jurídica competente para atenderla. También se tiene que tener presente que si el consentimiento excluye de plano el injusto (entendido como tipicidad y antijuridicidad), se debería entender que dota de licitud a dicha conducta, aun cuando esta pueda tener relevancia para otra rama del derecho. Finalmente, si se asumiera que el consentimiento excluye la tipicidad, se restaría importancia a la forma de realización de la conducta y se

entraría en colisión con la mayor antijuridicidad que se regula en los delitos especiales.

Sobre este último punto, debo precisar que considero que entre el deber legal propio de los delitos especiales debe prevalecer por sobre el consentimiento del titular del bien jurídico afectado. Entonces, si esto es así, aceptar que el consentimiento excluye la tipicidad impediría tomar en consideración que alguien ha faltado a su deber y que lo ha hecho de manera que ha producido un resultado lesivo.

En conclusión, en la medida que este consentimiento recaiga sobre la antijuridicidad formal implicará la renuncia voluntaria del titular de un bien jurídico a la protección penal, debido a que excluye la relevancia penal de una conducta típica, salvo que sobre quien la realice recaiga un deber legal, dejando a salvo la posibilidad de intervención de otra rama del Derecho.

Dicho esto, debe quedar claro, entonces, que el consentimiento solo podrá tener efectos de renuncia a la protección penal cuando sea la víctima quien sufra lesiones como causa de la actividad realizada por tercero, sobre quien recae la producción directa del riesgo. Es decir, para que el consentimiento opere, la víctima debe tener una actitud pasiva frente a la fuente de riesgo.

3) Actuación consciente de la víctima

A diferencia del consentimiento que implica una conducta pasiva de parte de la víctima, existe también una renuncia a la protección penal cuando esta es quien, mediante una conducta activa, se somete a una fuente de riesgo en la que ella también interviene para su creación o incremento.

El punto importante para que esta actuación tenga relevancia en el ámbito penal es que sea la conducta de la víctima uno de los factores contribuyentes o predominantes para la configuración del riesgo a la que ella misma se somete. Es decir, en resumen, en esta situación podemos encontrarnos ante una heteropuesta en peligro.

Sin embargo, tenemos también el problema que en los casos de autopuesta en peligro no se presentará de la forma más tradicional (en los que solo interviene

la víctima), sino que dentro de ella intervienen dos conductas que contribuyen al resultado lesivo. Está la de la propia víctima y la del tercero, unidas por la creación o incremento de un riesgo comúnmente producido, ambas activas.

Es la conducta activa de la víctima en la heteropuesta en peligro la que permite excluir la protección penal en el caso concreto. Ahora bien, aun cuando existe otra conducta contribuyente para la producción del daño como lo es la del tercero, la ausencia de vicios en la voluntad del agraviado no permite imputar el resultado que ha sufrido a la conducta de este tercero.

La principal respuesta para ello es que al tener mayor valor la conducta voluntaria de la víctima, todo el curso de causalidad respecto de su propia puesta en riesgo recae en él. En consecuencia, aun cuando el tercero intervenga para crear o aumentar el riesgo, no existe un nexo mínimamente causal que permita sostener válidamente una relevancia penal en su conducta. En consecuencia, resulta aplicable las precisiones de Feijoo respecto a que “una decisión de la «víctima» consciente de la peligrosidad de lo que asume o que se puede considerar como descuidada con sus propios bienes jurídicos debe tener como consecuencia normativa que el hecho sólo se le pueda imputar a ésta, salvo que el Derecho positivo disponga lo contrario con normas especiales”⁵⁰.

Sin embargo, existe una limitación a dicha interpretación, la cual se presenta cuando sobre la conducta desplegada por el tercero implica la infracción de un deber legal. En dichos casos, no tendrá relevancia conducta voluntaria de la víctima, pues se configura una nueva figura: la imposibilidad de renuncia de la protección penal.

⁵⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Actuación de la víctima e imputación objetiva”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 5, 2° Época, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 309.

V. SUPUESTO DE IMPOSIBILIDAD DE RENUNCIA A LA PROTECCIÓN PENAL

1) Actuación de la víctima por un deber legal

El primer escenario en el que es imposible la renuncia a la protección penal es aquel en el que la víctima sufre una lesión luego de ponerse voluntariamente en riesgo debido a un deber legal que le asiste. Tal es el caso de los bomberos, policías y, en general, todo aquel sujeto cuya actividad responda a un deber de garante y se vea obligado a someterse a una situación de riesgo.

Cuando la situación de peligro que obliga a la intervención de la víctima sea producto del actuar de un tercero; esta no podrá renunciar a la protección penal en caso de sufrir daños personales. En tal sentido, considero errado el argumento que la intervención voluntaria de la víctima -en calidad de rescatista, por ejemplo- no merezca protección penal por fundarse precisamente en un deber legal.

A ello debe sumarse el hecho que, en circunstancias de autoexposición obligatoria a una fuente de peligro, la voluntariedad resulta limitada por la imposición del deber legal de actuar. Entonces, resultaría irrazonable que el ordenamiento jurídico excluya la protección penal de quien sufre daños con motivos de realizar una acción obligada por el propio ordenamiento.

El fundamento para no excluir la protección exige un presupuesto invariable: que la fuente de riesgo haya sido creada por un tercero. Es sobre esta persona que recaería, en principio, la imputación penal. Así, soy de la opinión que las lesiones sufridas por un bombero durante la ejecución de maniobras de rescate pueden ser imputables a quien es responsable por la generación del incendio porque el hecho que se encuentre obligado a someterse al riesgo no implica, en algún modo, que la conducta del tercero pirómano sea irrelevante para el ordenamiento jurídico.

Claro está, el deber legal debe tener origen en la naturaleza de las obligaciones en el ordenamiento jurídico, de modo que no son exigibles las obligaciones antijurídicas. Así, a un garante la ley solo puede exigirle una exposición a peligro

limitada al resguardo de su propia integridad. En tal sentido, si una disposición legal le obligase a cumplir con un rescate a pesar que ello conlleve a la pérdida de su vida o a una grave afectación de la integridad física, se estaría ante una situación de obligación no exigible.

No obstante, también debe tenerse presente que esta especial situación que imposibilita la renuncia a la protección penal radica en la obligación del garante de someterse a un riesgo. Ello implica que, dependiendo las circunstancias, si el deber legal se torna en inaplicable, significará que la protección penal especial quedará excluida y se valorará la voluntad del obligado para someterse a riesgo.

Sobre la base de lo expuesto, resultará inaplicable un deber legal cuando el garante se expone al peligro en un nivel mayor al que le es exigible legalmente. En estos escenarios estamos frente a obligaciones inexigibles porque la conducta posterior ya no está comprendida dentro del deber legal. Sin embargo, si a pesar de ello la persona decide someterse a ese peligro de una manera que no le es exigible, entonces dejará de tener la posición de garante y perdería la especial protección legal. En estos casos, deberá analizarse su caso como un caso de actuación consciente de la víctima.

2) La supremacía del deber legal de garante del tercero

Tampoco podrá renunciar a la protección penal quien se somete a una fuente de riesgo, cuando el tercero que participa en la producción o aumento del riesgo tiene el deber legal de garante respecto del agraviado. En tal sentido, no operará ni el consentimiento, ni el libre desarrollo de la personalidad ni la conducta consciente de la víctima.

El fundamento para esta situación radica en que el presupuesto de protección que opera en este punto es el binomio de la relación de protección legal que establece que la posición de garante y el deber legalmente impuesto implica la fidelidad con el órgano que emana el deber de protección; y no con el tercero.

En tal sentido, la inobservancia de la voluntad de la víctima radica en que si bien ella es sujeto pasivo de protección, quien impone la posición de garante es el ordenamiento jurídico y solamente este puede enervarlo. Caso contrario, la

posición de garante se vaciaría de contenido debido a que está destinada a brindar protección en escenarios en los que se considera necesaria una intervención más profunda del ordenamiento jurídico.

Finalmente, debe considerarse que el incumplimiento del deber de garante tendrá relevancia penal siempre que se haya estado en posibilidad de cumplirlo, dejando de lado cualquier posibilidad de imputación de responsabilidad penal cuando sea la conducta de la propia víctima la que haya hecho imposible el cumplimiento de este deber de protección.

3) Necesidad de intervención especial por el grado de afectación del bien jurídico

Otro punto importante estrictamente vinculando con la disponibilidad de los bienes jurídicos y el consentimiento que puede otorgar quien sufre el daño se encuentra en el grado de afectación que pueda sufrir y la necesidad de que en dicho hecho se pueda garantizar más o menos razonablemente un estándar mínimo de protección.

La disponibilidad de un bien jurídico forma parte de la libertad personal, su ejercicio implica una actitud consciente frente al riesgo y al resultado que ello implica. Sin embargo, considero que su interpretación radica en un ejercicio personalísimo e inalienable a tercero, por lo que la libre disposición de bienes jurídicos debe ser ejercida, casi exclusivamente,

Esto podría considerarse una manifestación de la supremacía del deber legal, y efectivamente puede que así sea, pero este criterio lo entiendo en un sentido negativo. Mientras que hay personas autorizadas para producir o soportar un riesgo, dicha actuación se somete a reglas aplicables a su especialidad destinadas a evitar un daño mayor o, de plano, el resultado lesivo; lo que justifica la supremacía.

Sin embargo, cuando una situación de riesgo o el resultado lesivo son producidos por una persona que no está sujeta a dichas reglas y solamente actúa por la autorización brindada por su víctima, no se cumple ni se garantiza los estándares mínimos de protección que deberían regir dicha intervención.

Esta situación puede equipararse con los casos de atribución a un ámbito de responsabilidad ajena⁵¹, con el que se permite sostener que existen situaciones en las que el tipo de intervención del tercero exige que su conducta se vea mínimamente regulada, en el que solamente cabe una imputación cuando se infringe ese deber.

Por ejemplo, mientras que la imputación de un brazo producida legalmente por un médico especialista debe respetar ciertos parámetros de salubridad y seguridad, y debe ser aplicada en casos específicos; aquella realizada por un tercero contra su víctima, aun contando con su consentimiento y de tratarse de un bien jurídico disponible, difícilmente cumplirá los mismos criterios de protección que en la intervención médica.

La lógica plasmada no implica, en lo absoluto, un excesivo paternalismo del Estado, porque en ejercicio de la libre disposición del propio cuerpo, puede participarse en deportes de riesgo o de contacto en los que también existe un riesgo elevado de causar un daño de gravedad. La principal diferencia radica en la ausencia de control de quien actúa por cuenta propia y en un escenario no controlado.

Por lo expuesto, yo considero que incluso la disponibilidad del bien jurídico y el consentimiento válido de la víctima no pueden autorizar a un tercero cualquier a producirle un daño grave, principalmente porque no existe fundamentación jurídica ni constitucional que autorice a este tercero a causar un daño grave contra otro injustificadamente.

4) Disposición de bienes jurídicos indisponibles

Finalmente, no será posible la renuncia a la protección penal cuando la víctima decida disponer de un bien jurídico indisponible. Así, la propia vida o los

⁵¹ Sobre los casos de atribución a un ámbito de responsabilidad penal ajena sobre la base del riesgo prohibido, en extenso, Vid. ANGULOS VIVAS, Carlos. *Autoría e imputación objetiva, diferenciación de ámbitos de responsabilidad ajena*, dirigido por Alfonso Cadavid Quintero, Tesis de maestría, Universidad EAFIT, Medellín, 2013. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/1338/AnguloVivas_Carlos_Eduardo_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y

derechos laborales no podrán ser objeto de renuncia de protección penal pues estos responden a una lógica tuitiva superior a la voluntad de su titular⁵².

Al ser inalienables e irrenunciables, será penalmente relevante la participación del tercero que genera una fuente de riesgo o incrementa el creado por la propia víctima, siempre que la lesión causada afecte un derecho indisponible. Aquí tampoco opera el consentimiento de la víctima, pues la naturaleza de indisponible la vuelve irrelevante.



⁵² Sobre el consentimiento y los bienes jurídicos indisponibles, vid. ANGULO, Graciela. “El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho* N° 7-8, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007, pp. 66-67.

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD PENAL EN LA PARTICIPACIÓN EN LA AUTOPOSTA PUESTA EN PELIGRO Y EN LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL TERCERO EN LA AUTOPOSTA PUESTA EN PELIGRO Y EN LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA

Después de todo lo expuesto, considero que es posible sostener válidamente que existen escenarios en los que no se puede descartar *a priori* la responsabilidad de quien produce un daño a otro o participa en una autolesión. Así, considero también que la principal falta en las posiciones de los diversos autores citados especialmente en el Capítulo I es evaluar las conductas del tercero y de la víctima desde un plano normativo, cuando un análisis previo de la relación que se genera entre estas personas permite una conclusión más adecuada. Y sobre este particular debe tomarse en consideración lo desarrollado por Cancio, respecto a que la sola clasificación entre autopuesta y heteropuesta en peligro no debe servir para prejuzgar la solución material⁵³.

⁵³ Al respecto, Cancio sostiene: "Y, de hecho, esto lo tienen en cuenta implícitamente la mayoría de los defensores de la distinción: pues hay, desde una perspectiva intrasistemática, tanto casos de "participación en una autopuesta en peligro" que dan lugar a la calificación de la conducta del autor como típica, como supuestos en los que una heteropuesta en peligro se considera atípica, por poder **equipararse**, conforme a este punto de vista, a la "participación en una autopuesta en peligro". Sin embargo, entonces -pues toda la clasificación se ve puesta en duda a través de ese mecanismo

A ello se le debe agregar el carácter motivador de la norma jurídica también tiene relación con las relaciones sociales, en la medida que estas se encuentran destinadas a evitar un hecho peligroso o de salvar a otro de uno⁵⁴.

Una fundamentación como la que he propuesto en el Capítulo II, lleva forzosamente a desterrar cualquier tipo de análisis sobre responsabilidad del tercero partícipe cuando existe una causal objetivamente atribuida a la víctima que impide la determinación de la existencia de los presupuestos que motivan la responsabilidad penal. Dicha situación se presenta en los escenarios descritos en dicho capítulo, en los que existe una renuncia a la protección penal.

En tal sentido, no podrá considerarse penalmente relevante la participación del tercero cuando la víctima se expone a peligro como parte de su libre desarrollo de la personalidad, pues, tal como se ha explicado, el fundamento de dicho derecho fundamental es permitir que la persona se autodetermine de la manera que considere adecuada para conseguir una vida plena.

Tampoco se podrá analizar ningún tipo de responsabilidad del tercero cuando la conducta parte del propio consentimiento de la víctima. Así, con las precisiones ya establecidas, solo el consentimiento de la antijuridicidad material es el que tendrá relevancia para el Derecho Penal, pues el que recaiga sobre la antijuridicidad formal, la cual entiendo como contrariedad al Derecho en general,

de "equiparación"- la diferenciación se convierte en un mero **topos**. En suma: la clasificación del suceso como "auto-" o "heteropuesta en peligro" no debe prejuzgar la solución". En: CANCIO MELIA, Manuel. "La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima). En: CANCIO MELIA, Manuel; FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, Marcelo. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 116.

⁵⁴ Rudolphi considera que "sólo pueden constituir objeto idóneo de las normas penales de comportamiento aquellas conductas que —contempladas desde una perspectiva *ex ante*— son valoradas, según el saber empírico de nuestro tiempo, o peligrosas o adecuadas para la salvación, y, con ello, dejan en principio abierta al destinatario de las normas la posibilidad de omitirlas a causa de su peligrosidad o de realizarlas a causa de su aptitud para la salvación". En: RUDOLPHI, Hans-Joachim. "El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico penal". En: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 88-89.

deberá ser considerada por las respectivas áreas especializadas. Además, conforme lo expuesto, el consentimiento no tendrá mayor relevancia cuando tenga efectos sobre conductas de sujetos obligados por un deber legal.

Finalmente, el tercer caso de renuncia a la protección penal recae en aquellas conductas realizadas de forma consciente por la víctima, en la medida que el resultado producido solo será atribuible a ésta, aun cuando solo haya admitido el propio riesgo. Esta causal excluye la creación o incremento del riesgo de parte de un tercero, salvo que ésta implique la infracción de un deber legal.

En contraste, la responsabilidad por la participación del tercero en la lesión de otra persona sí podrá ser válidamente analizada hasta en cuatro situaciones. En primer lugar, cuando a pesar de la conducta dolosa o imprudente de la víctima, esta se realiza en cumplimiento de deber de actuación para evitar o disminuir el peligro generado por el tercero. Es decir, si la intervención de la víctima se fundamenta en el actuar del tercero; no podrá existir renuncia a la protección penal y, por lo tanto, la posibilidad de imputar responsabilidad quedará completamente intangible.

Como segundo punto, tenemos los casos en los que es el tercero quien tiene el deber legal de garante frente a la víctima. En estos casos, quien se somete a una fuente de riesgo no podrá renunciar a la protección penal cuando haya una supremacía del deber de garante del tercero que participa en la generación de dicha fuente de riesgo. Opera aquí la fidelidad del garante con el órgano que le impone dicho deber de protección.

El tercer punto desarrollado es el de la necesidad de intervención especial por el grado de afectación del bien jurídico; que consiste la necesidad que toda lesión o riesgo más o menos relevantes para el Derecho Penal deba respetar estándares mínimos de protección; los cuales están establecidos por el conjunto de reglas que permiten que el consentimiento de la víctima pueda legitimar la intervención del tercero.

Por último, también será posible el análisis de la responsabilidad penal del tercero interviniente cuando se afectan un bien jurídico indisponible.

Además, resulta importante que determinar si una persona puede alejarse de dicha protección sin ningún tipo de limitación para el creador de la fuente de peligro. Vale decir, si una persona que se pone en peligro a si misma podría terminar excluyendo la responsabilidad, por la naturaleza de su conducta, de quien teniendo un deber de protección jurídico termina contribuyendo a un resultado lesivo. Lo que implicaría debatir si el alejamiento de una persona de la protección penal impide la imputación, pues esta no es entendida como una finalidad que pueda ser modificada por el tercio o la víctima sino que “son pautas normativas escogidas en virtud de decisiones político-criminales”⁵⁵, las cuales, considero, no pueden variar en casos de existencia de un deber de protección.

Por otro lado, es importante saber la forma de intervención del garante, si esta se debió a una conducta dolosa o culposa, o si esta fue en incumplimiento de un deber legal de protección o un deber general de no hacer daño a terceros. Asimismo, es importante analizar si la persona que se somete a si misma a la fuente de peligro sigue un similar enfoque subjetivo, de modo que se pueda establecer cuáles serían las consecuencias de su propia acción culposa o dolosa en relación a lo exteriorizado por el garante.

Establecido un fundamento para la responsabilidad penal, es necesario determinar el título de imputación con el que se puede hacer responsable al tercero productor de un riesgo. Pero para ello, debe tenerse presente que no es únicamente necesaria el encuadramiento en el tipo penal, sino que los factores para atribuir la responsabilidad penal también deben ser valorados desde la afectación del bien jurídico, es decir, desde si su valoración resulta relevante para justificar la existencia de antijuridicidad del hecho⁵⁶.

⁵⁵ PESSOA, Nelson. “Imputación objetiva y concepto de acción”. En: *Teorías actuales en el Derecho Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1998, p. 204.

⁵⁶ Como un punto adicional, debe tenerse presente que no bastará la sola adecuación típica, sino que las causas de imputación objetiva que se presenten en el caso tengan relevancia en la antijuridicidad; en consecuencia, debe aceptarse que toda valoración de imputación objetiva debe tomar como punto de partida la existencia de un hecho mínimamente típico. Sobre esta valoración de la imputación objetiva como parte de la antijuridicidad se ha pronunciado Bustos, cuando expone que “al ser la afección al bien

Asimismo, considero que una forma adecuada de analizar la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro es la realizada por Berrocal⁵⁷, consistente en diferenciar el tipo de intervención de la víctima en cada situación de riesgo:

- Cuando es un tercero quien con su actuar antijurídico, doloso o culposo, se ha interpuesto entre la acción del primer causante y el resultado final;
- Cuando es la propia víctima que con su comportamiento doloso e imprudente se ha interpuesto entre la acción inicial primaria y el resultado final.
- Acción inicial dolosa de lesionar, con heridas que no ponen en peligro la vida de la víctima pero que se agravan o producen la muerte final porque a ello contribuye la intervención dolosa o imprudente de un tercero, de la propia víctima o la predisposición física de esta última,
- Cursos irregulares en los que el actor originario ejecuta una acción con intención de matar, pero la herida producida es no letal y se agrava o produce la muerte por la intervención dolosa o imprudente de un tercero o de la misma víctima,
- Lesiones imprudentes del autor inicial, con heridas que no ponen en peligro la vida de la víctima y que derivan en otras más graves por la intervención imprudente de un tercero o de la propia víctima, o de su predisposición física desfavorable
- Acción inicial imprudente con heridas que ponen en peligro la vida de la víctima

jurídico y no podría ser de otra manera, nota característica de la antijuricidad, evidentemente la imputación objetiva, que precisamente pretende establecer una relación desde el fin de protección, esto es, el bien jurídico, entre la afección a él y la situación típica, necesariamente ha de pertenecer también a la antijuridicidad". En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "La imputación objetiva". En: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 213. Sobre ello, debemos agregar que, efectivamente, incluso la autopuesta en peligro de la víctima a una fuente de riesgo creada por otro exige que este actúe típicamente.

⁵⁷ BERROCAL C., Doris Alicia. "Gimbernat Odeig, Enrique, Cursos causales irregulares e imputación objetiva, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2011". En: *Nuevo Foro Penal N° 78*, Universidad EAFIT, Medellín, 2012, pp. 185-190.

No obstante la practicidad de los casos expuestos para analizar la participación en la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, considero que resulta más adecuado tomar en consideración si la conducta del tercero o de la víctima están dirigidas a la creación del riesgo o del resultado, y si esta fue dolosa o imprudente; pues ello te permite establecer los límites de la imputación para el tercero causante cuando el resultado sea únicamente atribuible a la víctima o si prevalece su especial posición de protección.

II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: IMPUTACIÓN DE LA CONDUCTA

1) Solución a la participación en una autopuesta en peligro

En el caso de la participación en una autopuesta en peligro, debemos determinar sobre qué elementos recaen los aspectos subjetivos de las conductas del tercero y de la víctima. Esto es altamente relevante, pues tenemos que la consciencia y aceptación del riesgo puede tener efectos completamente distintos si esta recae sobre la fuente de peligro o sobre la búsqueda del resultado.

Para valorar esta consciencia y aceptación se debe valorar si la conducta desplegada por el sujeto interviniente es dolosa (es decir, voluntaria y consciente) o imprudente (es decir, no busca el riesgo o el resultado). En tal sentido, tenemos que, en principio, se requiere estos elementos subjetivos se presentan en la víctima al menos como una conducta dolosa tendiente a la aceptación de sometimiento del riesgo, pues es la principal característica de la autopuesta en peligro: la aceptación del riesgo.

No es posible fundamentar una autopuesta en peligro cuando la víctima no es consciente del riesgo al que se está sometiendo, pues en el caso de autoexposición imprudente al peligro creado por otro no podría brindarse una participación. En estos casos se estaría frente a escenarios de delictivos que derivarían en distintas imputaciones por autoría o participación.

Esta fundamentación para el comportamiento de la víctima es que estamos ante un escenario en que se requiere que sea la propia víctima la que debe aceptar la fuente de riesgo por lo menos. Y, como autopuesta en peligro que es, el

análisis de su conducta debe recaer exclusivamente en los criterios atribuibles a aquella.

Por su parte, la conducta contribuyente del tercero tiene una diferente interpretación. Los elementos subjetivos en él presentes recaen en el riesgo creado, y pueden recaer, pero no siempre, en el resultado producido por la víctima. En tal sentido, la creación de la fuente de riesgo puede ser dolosa o imprudente, y aun así ser penalmente relevante según el tipo de participación que tenga la víctima en la producción del resultado.

En este orden de ideas, quien contribuye a una autopuesta en peligro podrá ser penalmente responsable solo en dos escenarios. Asimismo, existe una serie de casos en los que el tercero partícipe no tendrá responsabilidad alguna y, finalmente, existen casos especiales en los que la interpretación de la responsabilidad penal se extiende a otros supuestos.

a) Autoría dolosa por creación de una fuente de riesgo aceptada por la víctima, buscando dolosamente la autolesión de ella

El primer escenario que tenemos es aquel en el que el tercero busca lesionar un bien jurídico de la víctima, para lo cual crea una fuente de riesgo que es aceptada por esta. Estamos en una escena de participación en una autopuesta en peligro en la que el creador de la fuente de riesgo se aprovecha de la autoexposición de la víctima para generar que pueda producirse el resultado. Considero que este contexto permite imputar al tercero una responsabilidad penal a título de autor doloso. No obstante, esta conclusión puede ser pasiva de varias críticas.

El principal problema para imputar autoría es que la fuente de riesgo termina siendo controlada por la víctima quien, finalmente, se causa a sí misma la lesión. Ello tiene un fuerte efecto al momento de querer fundamentar una autoría, pues la responsabilidad penal radicaría en el carácter accesorio de la participación del tercero, lo que obligaría a calificar su conducta como una de complicidad. Sin embargo, considero que es el aspecto subjetivo el que permite establecer la correcta imputación.

En primer lugar, tenemos que, con intención de lesionar a la víctima, el tercero genera una fuente de riesgo que termina siendo controlada por ésta. Es decir, independientemente del comportamiento de la víctima, existe un interés causalizado por el tercero que se traduce en la creación del peligro al que se somete la víctima. Por su parte, la participación de la víctima se traduce en la aceptación de la fuente de riesgo, mas no en la búsqueda del resultado, siendo en este punto que existe un quiebre en la ausencia o imposibilidad de imputación.

Es la ausencia de búsqueda del resultado autolesivo, no previsto o producido imprudentemente por la víctima, lo que le da relevancia al interés causalizado en la conducta dolosa del tercero. En este caso, es él quien aprovecha la conducta riesgosa de la víctima para conseguir su propia voluntad, para lo cual es necesario que tenga conocimientos específicos sobre la fuente de riesgo de los que carece la víctima que se somete a peligro.

La necesidad que el riesgo creado tenga una entidad lo suficientemente capaz de producir el resultado y que sea desconocido por la víctima, es lo que determinará la diferencia entre la mera contribución a una autolesión dolosa y la producción de una autolesión imprudente, siendo que en esta última el control del verdadero curso delictivo recaía sobre el tercero, quien se aprovecha de la falta de representación de la víctima para lograr el resultado por él buscado.

Finalmente, un punto importante es establecer por qué la conducta dolosa de la víctima de autoexposición al riesgo no es suficiente para romper la posibilidad de imputar autoría. En principio creo que ello se debe a la falta de representación del resultado, lo que excluye la posibilidad de ampliar su conducta de una de autoexposición a una de autolesión dolosa, siendo solo dentro del último caso en el que se podrá derivar de su voluntad la exclusión de la posibilidad de imputar responsabilidad penal a terceros.

En conclusión, es autor de un delito doloso quien, con la finalidad de lesionar bienes jurídicos, crea una fuente de riesgo lo suficientemente capaz de producir dicho resultado lesivo y se aprovecha de la falta de representación de la víctima que se autoexpone al peligro para conseguir que se autolesione.

b) Autoría culposa por creación de una fuente de riesgo aceptada por la víctima con autolesión imprudente

Un escenario distinto se presenta en el caso de que la participación del tercero se limite a la producción dolosa del riesgo que termina siendo controlado por la víctima sin que alguno busque el resultado, pero produciéndolo imprudentemente.

Esta situación nos exige realizar un análisis de cada uno de los elementos que concurren para su configuración. En primer lugar, tenemos que el tercero en ningún momento busca el resultado, sino que se limita a crear la fuente de riesgo de la que dispondrá la víctima en una propia conducta de autoexposición a peligro. Considero que la principal diferencia con la anterior situación en la que existía un dolo del resultado, es que en esta el tercero no tiene los conocimientos específicos sobre la fuente de riesgo que lo coloque en mejor posición que la víctima. En tal sentido, en caso de tenerlos, dado que se trata de un nexo causal en los que es necesaria la intervención de la propia víctima.

El otro punto que debe analizarse es la conducta de la víctima. En lo general, se trata de circunstancias similares a las descritas en el escenario de autoría dolosa: al no existir su representación o búsqueda, el resultado imprudente autocausado por la víctima no exime la responsabilidad del tercero con deber legal de garante, pues este ha sido quebrado independientemente de la voluntad de la víctima.

Ahora bien, en el caso de la autoría imprudente del tercero, debe precisarse que esta se fundamenta por la creación del riesgo del que estaba precisamente obligado a mitigar. En tal sentido, mientras estuviera en su posición evitar el sometimiento de un tercero a un riesgo que él debía controlar o evitar, el resultado imprudente final puede serle válidamente imputable.

Por otro lado, en cuanto a la imputación objetiva del resultado, en este escenario no tiene relevancia la intervención de la víctima en la autolesión, pues su conducta imprudente tiene como origen el quebrantamiento del deber de protección exigido al tercero y se limita únicamente al sometimiento del riesgo. Si a eso se le suma que el resultado autoinfligido no fue buscado por ella sino causado imprudentemente, nos encontramos en un escenario en el que ni

siquiera el resultado puede ser imputado dolosamente a la víctima de una autopuesta en peligro. En tal sentido, tampoco podrá extenderse una responsabilidad penal al tercero pues su actuar tampoco estaba encaminado al resultado, solamente al riesgo.

Por ello, tenemos que la falta de representación del resultado excluye la posibilidad de imputar autoría dolosa, limitándose únicamente al análisis del quebrantamiento del deber de protección traducido en la producción de una fuente de riesgo -que constituye una conducta consciente- pero no en la búsqueda del resultado, el cual no es querido, por lo que se justifica la autoría culposa.

En conclusión, es autor de un delito culposo quien, quebrando sus deberes de protección o no lesión y sin la intención de buscar un resultado lesivo, crea una fuente de riesgo que es aprovechada por una víctima que se autoexpone a dicho peligro y se autolesiona imprudentemente. Con ello, a su vez, se puede establecer una solución dogmáticamente correcta en los casos de autolesión imprudente a la que hace alusión Terragni⁵⁸.

c) Casos específicos de ausencia de responsabilidad

Existe otro grupo de casos en los que, a pesar de concurrir fácticamente una participación en una autopuesta en peligro, no será posible aplicar los criterios desarrollados, principalmente porque concurren circunstancias específicas en la víctima o el tercero que excluyen cualquier tipo de interés penal.

Dichas circunstancias tienen especial consideración en la relevancia de la conciencia o la culpa presente en el sometimiento y/o producción de la fuente de riesgo o del resultado, impidiendo en algunos casos imputar responsabilidad al tercero y, en otros, restringiendo la responsabilidad por limitaciones normativas del Código Penal.

⁵⁸ TERRAGNI, Marco Antonio. *Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*. Disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/participacion.htm>

- *Creación imprudente de una fuente de riesgo aceptada por la víctima con autolesión imprudente*

Considero que no es posible imputar algún tipo de responsabilidad penal al tercero productor del riesgo por la autolesión imprudente o la autoexposición a peligro dolosa de la víctima, siempre que éste haya creado una fuente de riesgo imprudentemente.

Ello se debe a que objetivamente tenemos la creación imprudente de una fuente de riesgo, la cual es aprovechada y controlada por una víctima que se somete a ella, produciéndose un resultado autolesivo en el que no ha participado el tercero creador de la fuente de riesgo.

En estos casos estamos frente a las situaciones en el que la voluntad de la víctima determina la exclusión de responsabilidad del tercero.

No obstante, puede haber una objeción si se tiene presente que la creación por culpa de una fuente de riesgo también implica el quebrantamiento de deberes especiales de protección, por lo que según mi postura no debería ser relevante para la excluir la imputación. Sin embargo, ello no es tan cierto.

Debe tenerse presente que la autopuesta en peligro debe ser siempre consciente y voluntaria cuando se trate de la participación de un tercero, pues precisamente su participación es la que permite a la víctima someterse a un riesgo o producirse una autolesión.

Entonces, según la lógica establecida, cuando la víctima no busca el resultado, sino que aprovecha la fuente de riesgo imprudentemente creada por el tercero, está actuando única y exclusivamente bajo su dominio. La creación imprudente de la fuente de riesgo implica que el tercero en ningún momento ha buscado brindar un aporte para que la víctima se autexponga.

Si a eso se le incluye el hecho que la producción de un resultado imprudente de la víctima se produce por su propia autoexposición dolosa al riesgo creado por el tercero, subjetivamente nos

encontramos aún más alejados de la posibilidad de que la conducta de este último tenga algún tipo de interés penal.

- *Creación imprudente de una fuente de riesgo aceptada por una víctima que busca su autolesión*

Un primer escenario es aquel en la que el **tercero crea imprudente una fuente de riesgo aceptada por la víctima que busca su autolesión**. Esta situación sería la consecuencia lógica de la anterior. Si la sola autoexposición a peligro dolosa de la víctima excluye la responsabilidad del tercero que crea imprudentemente una fuente de riesgo, con mayor razón debe serlo en los casos en lo que la víctima busca la producción dolosa de su autolesión.

Básicamente consiste en la imposibilidad de extender la imprudencia del tercero a los actos dolosos de la víctima, pues en estos casos es esta quien controla su propio actuar, algo que el tercero no puede hacer sobre la fuente de riesgo creada imprudentemente ni sobre la conducta de la víctima.

- *Creación de una fuente de riesgo aceptada por una víctima que busca su autolesión*

Otro escenario es cuando **el tercero crea dolosamente una fuente de riesgo aceptada por la víctima que busca su autolesión**. Aquí tenemos una serie de características particulares, como el hecho que el tercero solamente acepta producir una fuente de riesgo al que la víctima se someterá (y controlará), en ningún momento existe la intención de buscar

La pregunta sería, entonces, por qué sería penalmente relevante a producción culposa del resultado luego de la creación dolosa de la fuente de riesgo (punto b) y no este escenario. Como se mencionó, la razón principal es la conducta dolosa de la víctima la que determina el resultado final de exclusión de imputación y responsabilidad penal del tercero. Pero esta explicación, considero, no puede satisfacer por si

sola el hecho que la producción de la fuente de riesgo haya sido creada dolosamente y ello no tenga mayor relevancia por tratarse de un quebrantamiento doloso del deber de garante que se ha establecido en el presente trabajo.

Para solucionar esta objeción, debe tenerse presente que incluso los casos de autoría dolosa o culposa desarrollados se tratan de escenarios en los que la víctima en ningún momento tiene control sobre el resultado, lo que hace determinante la responsabilidad del tercero garante para evitarlo. A ello debe sumársele que la víctima en ningún momento busca la producción de un resultado, a lo sumo admite el riesgo, siendo ello lo que permite que el deber de garante se extienda hasta la evitación del resultado. Lo que no ocurre en este caso.

Cuando la víctima dolosamente busca autolesionarse aprovechando una fuente de riesgo creada por un tercero que no busca dicho resultado, tenemos que la posibilidad de evitación que este todavía tenía sobre el resultado imprudentemente autocausado por la víctima ya no concurre más en este escenario. Es decir, estamos ante un escenario de autopuesta en peligro pura, en la que la conducta de la víctima no va a ser la única determinante y excluirá la tipicidad y la responsabilidad penal.

- *Creación del tercero de una fuente de riesgo aceptada por la víctima, ambos buscando dolosamente la autolesión.*

Tan relevante es esta autolesión dolosa de la víctima, que incluso excluirá la responsabilidad penal del tercero en los casos de **creación de una fuente de riesgo aceptada por la víctima, ambos buscando dolosamente la autolesión.**

En estos casos, el control que posee la víctima sobre el curso de los hechos exige que tenga el mismo conocimiento que el tercero de las características especiales de la fuente de riesgo para producir el resultado autolesivo. Y a pesar de ello decide someterse a ella.

A diferencia de lo establecido en el escenario desarrollado en el apartado a, en el que solo el tercero y no la víctima buscaba el resultado con una mejor representación de la peligrosidad; en este caso no existe dicha mejor representación, pues tanto víctima como tercero están en similares condiciones. En este contexto, es el control que ejerce la víctima la que determina que solamente a ella pueda imputársele el resultado y no al tercero.

No obstante, pareciera existir una excepción para este último escenario prevista en el delito de instigación o ayuda al suicidio⁵⁹. En estos casos, estamos exactamente ante una situación de creación dolosa de una fuente de riesgo para que un tercero pueda producirse la muerte de manera dolosa. Vemos que se cumplen el requisito que sea la víctima quien controle la fuente de riesgo y produzca el resultado autolesivo, por lo que efectivamente se trata de una autopuesta en peligro.

Sin embargo, vemos que este es un tipo penal bastante específico, en donde se sanciona el aporte brindado -sea como instigación o ayuda- y no el resultado. En estos casos, la consumación o tentativa del suicidio constituyen una condición objetiva de punibilidad. Considero claro que no se está imputando el resultado al tercero instigador o coadyuvante del suicidio, sino la creación de condiciones porque de lo contrario, no se justificaría que se le someta a una misma pena cuando el resultado se trate de una tentativa o de una consumación.

En consecuencia, lo que en un principio parecería ser una excepción al último escenario, en realidad se trata de una figura completamente

59

Código Penal

Artículo 113 – Instigación o ayuda al suicidio

El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

La pena no será menor de dos ni mayor de cinco años si el agente actuó por móvil egoísta.

distinta, pues el delito de instigación o ayuda al suicidio no sanciona una participación en una autopuesta en peligro o una autolesión, sino el hecho propio del tercero independientemente de la intensidad del resultado (tentativa o consumación).

Considero que estamos frente a un delito de tendencia interna intensificada, en el que se sanciona el aporte al suicidio como requisito penalmente relevante, por ello no se incorpora los casos de autolesión. Finalmente, a esta posición apoya el hecho que el segundo párrafo se sanciona con mayor pena el hecho de actuar bajo móviles egoístas.

Como se puede apreciar, la autopuesta en peligro dolosa será siempre excluyente de responsabilidad del tercero interviniente en cualquier circunstancia. Ello se debe a que la conducta dolosa de la víctima destinada a la autolesión hace que la utilización de cualquier fuente de riesgo se vea sometida únicamente a su voluntad, independientemente de la intención del tercero que la crea.

2) Solución a la heteropuesta en peligro consentida

La heteropuesta en peligro consentida exige una diferente valoración respecto a los elementos subjetivos de la participación en una autopuesta en peligro principalmente por la naturaleza de uno de sus elementos: la creación de una fuente de riesgo. Mientras que en la última la fuente de riesgo es controlada hacia el resultado por la propia víctima, es esta y el tercero quien ejercen un control simultáneo sobre el curso del riesgo. Es decir, estamos en una situación en la que el tercero tiene una participación activa en el control de la fuente de riesgo de manera plena en tanto la exclusión de su participación impedirá que la víctima sufra algún tipo de autolesión dolosa o culposa.

Por ello, solamente serán penalmente relevantes las conductas dolosas del tercero, pues solamente en estas circunstancias tiene dominio del hecho. En tanto que en la creación imprudente de riesgos no existe dominio alguno que permita considerar algún tipo de responsabilidad penal bajo la figura de heteropuesta en peligro consentida.

Por otro lado, la conducta desplegada por la víctima también exige una valoración especial. Así como en la participación en una autopuesta en peligro, es un elemento constitutivo que su sometimiento a la fuente de riesgo siempre sea doloso; sin embargo, existe una diferencia trascendental respecto del resultado autolesivo. Y es que la búsqueda dolosa de la autolesión por parte de la víctima no excluirá necesariamente la responsabilidad penal del tercero en la heteropuesta en peligro consentida. Ello guarda relación con la función del tipo objetivo de “establecer si en el mundo exterior se dan las condiciones para tener al hecho como objetivamente consumado”⁶⁰ para lo cual siempre será necesario el dolo.

Arribo a esta conclusión por el tipo de participación del tercero en la creación de una fuente de riesgo -siempre dolosa- y que sobre él recae deberes específicos de protección o no producción de daños a terceros. Como hemos desarrollado, exigir su cumplimiento es un deber legalmente impuesto que le Estado le impone, por lo que la conducta de la víctima no excluye dicha relación; como sí lo sería en los casos de deberes generales de protección, donde la víctima puede renunciar a este.

Para finalizar, un punto importante que debe establecerse es el control de la fuente de riesgo y del resultado. A diferencia de la autopuesta en peligro, en estos casos tanto la víctima como el tercero intervienen en la producción del peligro, cada uno aportando a aquel con su propia conducta. Es importante tener ello en cuenta porque una característica de la heteropuesta en peligro consentida es que la exclusión de la participación de uno de ellos impide la creación del riesgo y del resultado.

⁶⁰ En un sentido crítico, Sancinetti: “La otra función del tipo objetivo es la de establecer si en el “mundo exterior” se dan luego las condiciones para tener al hecho como “objetivamente” consumado (la dimensión *expost*). En los delitos dolosos, esta función carece de sentido si previamente no hay dolo (tentativa), porque únicamente lo tiene para aumentar la pena de la tentativa hasta la medida de la consumación, si ya se sabe que hubo dolo (típico)”. En: SANCINETTI, Marcelo. “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”. En: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 192.

Una fundamentación de este tipo de creación de riesgos y el resultado de lesión ha sido desarrollado por Wolter⁶¹, quien sostiene que “si el riesgo creado a sabiendas (o de modo imprudente) por el autor se realiza en un resultado de peligro concreto o bien (a raíz de ello) en un resultado de lesión, el injusto se completa con el *injusto del resultado*”. Asimismo, sostiene que “Únicamente la conjunción del injusto de la conducta, el injusto de la peligrosidad y el injusto del resultado conforma el *contenido total de injusto del hecho*. Junto a la infracción de la norma de conducta aparece la realización de la norma de valoración que abarca el injusto en su totalidad.”

a) Autoría dolosa por autolesión producida cuando la víctima solo consintió la fuente de riesgo

La primera figura que encontramos es aquella en la que el tercero y víctima crean dolosamente una fuente de riesgo, mediante la cual el primero busca que se produzca un resultado autolesivo no querido por la segunda. Esto significa que la víctima solamente acepta someterse a una fuente de riesgo cocreada por ella, sin embargo, la autolesión es producida imprudentemente. En este escenario, el tercero no busca directamente el resultado, sino que crea todas las condiciones necesarias para producirlo, deseando que ello ocurra.

El fundamento para la autoría dolosa es que las características de la heteropuesta en peligro en el tercero permiten establecer que sobre él recae un dominio del hecho, que abarca todo el curso causal desde la producción de la fuente de riesgo hasta el eventual resultado autolesivo. Asimismo, dentro de la representación del tercero existe un interés de producir el resultado autolesivo de la víctima. Es decir, tiene conciencia del fin ilícito de su conducta y un deseo de que tome lugar.

El hecho de que tanto la víctima como el tercero tengan participación en la creación de la fuente de riesgo, al punto que su presencia sea requisito

⁶¹ WOLTER, Jürgen. “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus”. En: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 111.

indispensable, no excluye en lo absoluto la responsabilidad legal a la que cada uno de ellos pueda imputársele.

Con lo dicho, un punto importante a tomar en cuenta es que la víctima sufre de una autolesión no querida, sino que, por su parte, se produce imprudentemente. En este caso, tenemos que la imprudencia de la víctima y la autoexposición dolosa a la fuente del riesgo solamente afectarán las consecuencias jurídicas de su propio actuar, no las del tercero. Para ello debemos retornar a que, si el tercero tiene un deber legalmente impuesto de protección, no interesa que ella desee la renuncia a la protección penal ya que prima por sobre su voluntad el deber de garante.

b) Autoría dolosa por autolesión consentida por tercero y víctima

Consecuencia directa de la imposibilidad de renuncia a la protección penal y el deber de garante es que ante la concurrencia de voluntades del tercero y la víctima de producir del resultado autolesivo, no se podrá excluir la responsabilidad penal del primero. Ello se debe a que no estamos ante conductas excluyentes, sino que el deber de protección impuesto al tercero hace que su comportamiento sea sometido a un análisis independiente del que corresponde para el de la víctima.

Debemos tener presente que la producción del resultado, y no solo de la fuente de riesgo, está sometida al control del tercero y de la víctima, de modo que su evitación también puede ser lograda por cualquiera de ellos. Y es precisamente esa evitabilidad la que impone en el tercero el dominio del hecho necesario para imputarle la autoría.

Por su parte, la autopuesta en peligro de la víctima no eximirá la responsabilidad penal de quien tenga deberes de protección impuestos y que estén destinados a evitar precisamente dicho resultado.

c) Autoría culposa por autolesión imprudente de la víctima cuando el tercero no buscó el resultado

Cuando la fuente de riesgo es creada por el tercero y la víctima sin intención de que se produzca un resultado, la autolesión imprudente producida deberá ser imputable al tercero a título de autoría culposa. Ello debido a que, si bien no busca el resultado, su participación en la producción del riesgo sí es una conducta atribuible a él.

El resultado final, la autolesión imprudente, no puede ser atribuible a título de dolo al tercero pues si ni siquiera fue buscada por la víctima, con menor razón podrá comunicarse aquel a la conducta del tercero.

d) Autoría culposa por creación de una fuente de riesgo consentida por la víctima para autolesionarse

El último caso de responsabilidad penal es aquel en la que el tercero crea una fuente de riesgo que es aprovechada por la víctima para autolesionarse dolosamente. En estos casos, el tercero causante no busca en ningún momento producir el resultado lesivo, sino que la víctima aprovecha el quebrantamiento de deber que ha significado la creación de la fuente de riesgo. Como en los casos anteriores, el deber de protección es lo que permite que el tercero responda por los riesgos creados.

Ahora bien, el hecho de que en este caso el dolo de la víctima para autolesionarse no excluya la responsabilidad penal del tercero, radica en que al tercero se le hace responsable por las consecuencias derivadas del quebrantamiento de su deber de garante.

Por lo tanto, la responsabilidad del tercero debe circunscribirse única y exclusivamente a la fuente de riesgo creada y a las consecuencias que, debiendo evitar, no lo hizo. Por lo tanto, lo que justifica la imputación y la responsabilidad penal es que haya infringido su deber creando un peligro aprovechado por tercero para lesionarse.

e) Casos específicos de ausencia de responsabilidad

Los casos en los que no se puede imputar responsabilidad penal al tercero productor de un riesgo son aquellos en los que esta se realiza imprudentemente. El principal fundamento para ello es que, al ser creada imprudentemente, no tiene control sobre el curso del riesgo y, menos aún, sobre la conducta de la víctima.

Por lo tanto, estamos ante un caso de heteropuesta en peligro consentida con intervención imprudente del tercero como mero contribuyente causal, pero sin ningún tipo de control sobre el riesgo ni el resultado.

- *Tercero, por culpa, crea una fuente de riesgo consentida por la víctima para autolesionarse*

No podrá imputarse responsabilidad penal al tercero, ni siquiera a título de culpa, cuando la víctima asume el riesgo creado para producirse una autolesión voluntaria. La imposibilidad de comunicar al menos causalmente el resultado a un tercero que no interviene en el desarrollo del riesgo encuentra fundamento a que es la víctima quien controla la totalidad del hecho.

- *Tercero, por culpa, crea una fuente de riesgo consentida por la víctima con autolesión imprudente*

Finalmente, consecuencia anterior del punto anterior es que, si no puede comunicarse al tercero el resultado autolesivo doloso producido por la víctima, con mucha menor razón podrá hacersele responsable en casos en que la víctima se autolesiona imprudentemente, pues en este escenario ni siquiera ella tiene control total sobre el curso de los hechos.

3) Validez de la tesis

Expuestos los puntos anteriores, es necesario analizar si los casos expuestos permiten llegar a soluciones lógicas y no contradictorias. Para ello, se recurrirá al análisis de todos los casos que han sido descritos desde el punto de vista del dolo y la culpa presente al momento de la creación de la fuente de riesgo y en la producción del resultado.

a) Participación en una autopuesta en peligro

Primer cuadro: Resultados de imputación según elemento subjetivo de autor y víctima.

PARTICIPACIÓN EN UN AUTOPUESTA EN PELIGRO			
Tercero		Víctima	Conclusión
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Imprudencia en el riesgo	Autor culposo
		Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor doloso
	Resultado	Imprudencia en el riesgo	Autor doloso
		Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor doloso
Imprudencia	Riesgo	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Sin responsabilidad.
		Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.
	Resultado (Dolo en el riesgo)	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor culposo
		Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.
Imprudencia	Riesgo	Imprudencia en el riesgo	Sin responsabilidad.
		Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Sin responsabilidad.
	Resultado (Dolo en el riesgo)	Imprudencia en el riesgo	Autor culposo
		Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor doloso
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor culposo
		Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.
	Resultado	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor doloso
		Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.

Segundo cuadro: Comparación de resultados por imputación según elemento subjetivo de autor y víctima.

CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL			
Autor busca resultado y víctima acepta riesgo: resultado			
Dolo	Resultado	Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor doloso
Dolo	Resultado	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor doloso
Autor crea fuente de riesgo y víctima acepta: resultado			
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor culposo
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor culposo
Imprudencia	Resultado (Dolo en el riesgo)	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor culposo
Imprudencia	Resultado (Dolo en el riesgo)	Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor culposo
CASOS DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD			
Autor crea fuente de riesgo y víctima genera resultado doloso			
Dolo	Resultado	Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.
Autor crea fuente de riesgo por culpa y víctima acepta el riesgo: resultado imprudente			
Imprudencia	Riesgo	Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Sin responsabilidad.
Imprudencia	Riesgo	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Sin responsabilidad.
Autor crea fuente de riesgo y víctima genera el resultado doloso			
Imprudencia	Resultado (Dolo en el riesgo)	Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.
Autor crea fuente de riesgo por culpa y víctima genera resultado doloso			
Imprudencia	Riesgo	Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.
CASOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD			
Autor busca el resultado y víctima no acepta el riesgo			
Dolo	Resultado	Imprudencia en el riesgo	Autor doloso
Autor crea fuente de riesgo y víctima no acepta			
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Imprudencia en el riesgo	Autor culposo
Imprudencia	Resultado (dolo en el riesgo)	Imprudencia en el riesgo	Autor culposo
Autor crea fuente de riesgo por culpa y víctima no acepta el riesgo			
Imprudencia	Riesgo	Imprudencia en el riesgo	Sin responsabilidad.

b) Heteropuesta en peligro consentida

Tercer cuadro: Resultados de imputación según elemento subjetivo de autor y víctima

HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA			
Tercero		Víctima	Conclusión
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Imprudencia en el riesgo	Autor culposo
		Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor culposo
	Resultado	Imprudencia en el riesgo	Autor doloso
		Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor doloso
Imprudencia	Riesgo	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Sin responsabilidad.
		Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.
	Resultado (Dolo en el riesgo)	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor culposo
		Dolo en el resultado	Autor culposo
Imprudencia	Riesgo	Imprudencia en el riesgo	Sin responsabilidad.
		Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Sin responsabilidad.
	Resultado (Dolo en el riesgo)	Imprudencia en el riesgo	Autor culposo
		Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor culposo
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor culposo
		Dolo en el resultado	Autor culposo
	Resultado	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor doloso
		Dolo en el resultado	Autor doloso

Cuarto cuadro: Comparación de resultados por imputación según elemento subjetivo de autor y víctima.

CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL			
Autor busca el resultado, pero víctima solo acepta el riesgo			
Dolo	Resultado	Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor doloso
Dolo	Resultado	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor doloso
Autor y víctima consienten el resultado			
Dolo	Resultado	Dolo en el resultado	Autor doloso
Autor y víctima crean el riesgo, pero no consienten el resultado			
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor culposo
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor culposo
Imprudencia	Resultado (Dolo en el riesgo)	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Autor culposo
Imprudencia	Resultado (Dolo en el riesgo)	Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Autor culposo
Autor crea el riesgo y víctima busca el resultado			
Imprudencia	Resultado (Dolo en el riesgo)	Dolo en el resultado	Autor culposo
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Dolo en el resultado	Autor culposo
CASOS DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD			
Autor crea el riesgo imprudentemente y víctima consienten el riesgo			
Imprudencia	Riesgo	Imprudencia en el resultado (Dolo en el riesgo)	Sin responsabilidad.
Imprudencia	Riesgo	Dolo en el riesgo (Imprudencia en el resultado)	Sin responsabilidad.
Autor crea el riesgo imprudentemente y víctima busca el resultado			
Imprudencia	Riesgo	Dolo en el resultado	Sin responsabilidad.
CASOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD			
Autor busca el resultado, pero víctima desconoce el riesgo			
Dolo	Resultado	Imprudencia en el riesgo	Autor doloso
Autor crea el riesgo, pero es desconocido por la víctima			
Dolo	Riesgo (Imprudencia en el resultado)	Imprudencia en el riesgo	Autor culposo
Imprudencia	Resultado (Dolo en el riesgo)	Imprudencia en el riesgo	Autor culposo
Autor y víctima crean el riesgo imprudentemente			
Imprudencia	Riesgo	Imprudencia en el riesgo	Autor culposo

III. LA RESPONSABILIDAD POR EXIGIBILIDAD DE PROTECCIÓN PENAL EN LOS CASOS TIPO DE LA JURISPRUDENCIA

1) Casos de participación en una autopuesta en peligro

a) *Caso del vendedor de heroína. Tribunal Supremo, España*⁶²

Caso: Un proveedor de heroína vende su producto a un drogadicto, quien, al inyectársela, fallece debido a la alta pureza de la droga, lo que era desconocido tanto por el vendedor como por el comprador.

Decisión: Condena como autor de homicidio imprudente.

La conclusión a la que arriba el Tribunal Supremo español es correcta, sin embargo, considero que desde la postura que acá defendiendo merece una diferente fundamentación. El hecho que el autor sea un proveedor de heroína lo coloca en una situación que quebrantamiento de un deber legal de no hacer dicha conducta ilícita. En consecuencia, se ha quebrado una norma prohibitiva impuesta por el Estado para evitar la creación de este tipo de fuentes de riesgo. Por lo tanto, ahí radica el fundamento de su responsabilidad penal.

La imputación por autoría en homicidio imprudente es correcta y se justifica también con lo expuesto aquí. Cuando el proveedor de heroína vende su producto, crea una fuente de peligro para la vida viable, al punto que el grado de pureza de la droga termina ocasionando la muerte de la víctima. Dicha situación se relaciona con mi fundamento para la autoría culposa en caso de participación en autopuesta en peligro derivada de la producción de un resultado autolesivo en el que tercero no tiene los conocimientos específicos sobre la intensidad de la fuente de peligro.

⁶² Vid. Sentencia del TS de 20 de febrero de 1993, A. 1383. V

b) Caso del motorista. Tribunal Supremo, España⁶³

Caso: Ante la solicitud del conductor de otro vehículo motorizado, un motorista acepta realizar una carrera ilegal en las calles de Barcelona. Como resultado, el último sufre por propia imprudencia un accidente del que resulta muerto.

Decisión: Condena como autor de homicidio imprudente a quien solicitó la competencia.

Considero que la decisión del Tribunal Supremo español es incorrecta porque este es un claro supuesto de renuncia a la protección penal, por lo que no puede imputársele el resultado al tercero. La conducta de la víctima configuró una actuación consciente, en la que ella misma es la que controla y produce la fuente de riesgo de la que deriva su autolesión. En consecuencia, esta sería un típico ejemplo de renuncia a la protección penal por propio riesgo, y al producirse, los resultados lesivos solo serán imputables a la víctima.

Que sobre ella recaiga tanto la producción como el control de la fuente de riesgo es lo que excluye cualquier tipo de participación del tercero, pues por más que este haya logrado determinarle para competir, en ningún momento brinda un aporte a la creación del riesgo del que deriva el resultado autolesivo. En consecuencia, la participación del tercero no determina absolutamente nada, pues incluso si se aceptase un grado de contribución en el reto que le realizó a la víctima, éste ni si quiera brinda un aporte mínimo a la creación del riesgo, menos ya en el resultado.

Por lo expuesto, considero que en este caso la conducta de la víctima subsume la creación de la fuente de riesgo y el resultado desde el momento que enciende el motor, hecho que depende única y exclusivamente de ella. A lo dicho debe sumarse que la conducción de vehículos implica el cumplimiento de normas de tránsito exigibles directamente a la víctima, y es por su incumplimiento que termina autolesionándose.

⁶³ Vid. Sentencia del TS de 25 de septiembre de 1986, A. 4837

En consecuencia, al no ser una fuente de riesgo ni un resultado imputable al tercero, lo correcto debió ser absolverlo de cualquier imputación.

c) El caso del SIDA, Tribunal Superior de Baviera, Alemania⁶⁴

Caso: Frente la insistencia de una mujer para mantener relaciones sexuales con ella sin protección, un sujeto le advirtió que era portador del virus del SIDA y le comunicó los riesgos que implicaba llevar a cabo el acto sexual. Sin embargo; ello no evitó que la mujer mantuviera su parecer; y que persistiera conscientemente a no adoptar medidas de protección. El resultado fue la transmisión del virus.

Decisión: Absolución por autopuesta en peligro de la víctima.

Considero que este caso fue mal catalogado por el Tribunal de Baviera como una participación en una autopuesta en peligro, pues por las características del hecho, el hombre también tenía control sobre la creación o aumento de la fuente de riesgo. La sola intervención de la víctima en la relación sexual no hubiera permitido la transmisión del virus.

Por lo tanto, dado que el control de la fuente de riesgo es atribuible tanto al hombre como a la mujer, en realidad estamos frente a un caso de heteropuesta en peligro consentida. Con este marco, se puede establecer que el resultado no fue querido por ninguna de las partes, quienes solo estuvieron de acuerdo con los riesgos que implicaba tener relaciones sexuales sin protección.

El análisis de la conducta del hombre debe ser entendida dentro del marco de una necesidad especial de intervención que imposibilita excluirle de responsabilidad por la autopuesta en peligro de la víctima. Por los riesgos que implica que mantenga relaciones sexuales con otras personas, la renuencia a utilizar protección implica un incremento irrazonable del riesgo de lesión del bien jurídico de la víctima, que pudo ser en gran medida reducido con su utilización.

⁶⁴ Vid. Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG) (15.09.1989), *JR*, 1990, p. 473.
Citado por: ROXIN, Claus. “La polémica en torno...”. Ob. cit.

Sobre el particular debe hacerse algunas precisiones, pues en este caso la fuente de riesgo está estrechamente vinculada con la libertad y vida sexual del hombre de un modo tal que su completa restricción significaría una afectación a sus derechos fundamentales. Pero esta observación puede ser válidamente resuelta considerando que una debida comunicación y el uso de protección adecuada disminuye razonablemente la fuente de riesgo de contagio; por lo que esta sí consistiría en una limitación menor y razonable de cara a preservar la libertad sexual del hombre.

Ahora bien, vale preguntarse qué efectos debe tener en el presente caso el consentimiento de la víctima. Considero que esta no puede excluir la tipicidad porque los elementos objetivos y subjetivos eran atribuible al hombre, de modo que en estas circunstancias debe analizarse en el ámbito de la antijuridicidad.

Dado que en el presente caso la mujer también tuvo una participación activa en la puesta en peligro y posterior lesión de su propio bien jurídico, constituye un factor contributivo que debe ser tomado en cuenta; de modo que no sería razonable atribuirle una responsabilidad penal plena por el resultado, siendo que por principio de lesividad y proporcionalidad de la pena, deberá atenuársele la responsabilidad penal del hombre, de modo que el presente caso debió resolverse como un caso de autoría por el delito de lesiones culposas graves.

d) Caso Utopía, Corte Superior de Justicia de Lima, Perú⁶⁵

Caso: Durante una fiesta con malabaristas con fuego y animales en una conocida discoteca de la clase alta limeña, un barman empezó a realizar maniobras con fuego. Por la falta de precaución de los administradores, quienes no instalaron ningún tipo de sistema mínimo de seguridad como extintores, el fuego terminó quemando el techo lo que se esparció rápidamente creando un incendio dentro del local; consecuencia del cual murieron veintinueve personas. Una de las víctimas fue un joven que se

⁶⁵ Múltiples pronunciamientos de la Corte Superior de Justicia de Lima: Vid. Sentencia del Expediente N° 8132-2014 emitida por el 21° Juzgado Penal de Lima (08/04/2014); y sentencia del Expediente N° 43-2005, emitida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima (22/11/11).

dedicó salvar a la vida de otros asistentes, ingresando y saliendo en varias oportunidades de la discoteca en llamas hasta que murió dentro de ella por intoxicación.

Decisión: Condena a varios implicados por los delitos de homicidio doloso por omisión y homicidio culposo por omisión.

Las características de este caso son muy particulares, pues las decisiones del Tribunal Superior recayeron sobre la afectación producida contra todas las víctimas como conjunto, lo que no ha permitido analizar la conducta de este joven. Por lo demás, las circunstancias en las que se produjo el hecho implicarían una decisión muy distinta.

En consecuencia, para analizar el caso se tomará la conducta del joven rescatista como una que acepta el riesgo conscientemente, pero que no busca el resultado. Por su parte, la conducta del administrador y gerentes merece una interpretación diferenciada según los elementos subjetivos que se le pretenda imputar, pues ello derivará en resultados distintos:

1) *Creación imprudente de la fuente de riesgo:* Si el incendio fue producido imprudentemente por factores atribuibles de los encargados, tendremos que el retorno doloso del joven rescatista al fuego sería un acto propio voluntario, de modo que si por imprudencia sufre -como sufrió- un resultado muerte, no podrá imputarse responsabilidad penal a terceros.

2) *Creación dolosa (eventual) de la fuente de riesgo:* Si el incendio fue producido mediante dolo eventual de los encargados, quienes no buscaban el resultado, la conducta de la víctima de someterse al riesgo y evitar el resultado muerte, solamente hubiera permitido justificar una responsabilidad como autoría culposa, y no, como hizo la Corte Superior a título de autor doloso.

e) *Caso de la ayuda negligente al suicidio. Tribunal Supremo, Alemania*⁶⁶

Caso: Un oficial de policía fue a comer con su novia quien sufría de trastornos depresivos. Luego de beber alcohol, ambos se sientan en el coche del acusado, quien sacó su arma y la puso sobre el tablero. Debido a que su depresión se acentuaba cuando bebía alcohol, la novia la tomó y se pegó un tiro.

Decisión: Absolución por ayuda negligente al suicidio.

Considero que el presente caso fue correctamente resuelto por el Tribunal Supremo alemán pues correspondía un acto de creación imprudente de un riesgo; por lo que el factor determinante para la producción del resultado fue la conducta dolosa de la víctima destinada a conseguirlo, algo que no puede ser atribuible al policía.

Desde luego, la existencia de deberes especiales de protección del policía constituye un presupuesto para analizar la responsabilidad penal en este caso. No obstante, solamente si los hubiera infringido dolosamente se podría justificar una imputación válida; pues en este caso toma mayor relevancia la conducta dolosa de la víctima destinada directamente a conseguir el resultado.

2) Casos de heteropuesta en peligro consentida

a) *El caso de la prueba de aceleración. Tribunal Supremo, Alemania*⁶⁷

Caso: Un grupo de jóvenes organizó una prueba de aceleración como parte de una competición automovilística que consistía en adelantar, a 240 km/h, a un tercer vehículo ajeno a ella. Al realizar dicha maniobra, uno de los coches terminó volcando por lo que se produjo la muerte de uno de los

⁶⁶ Vid. BGHSt 24, 343. Citado por: PUPPE, Ingeborg. *Auszug aus Puppe*. Disponible en: http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Strafrecht2/dokumente/Strafrecht_AT_Vertiefung/Auszug_aus_Puppe_AT_6-5-12.pdf

⁶⁷ Vid. BHGSt, 53 (20.11.2008), p. 55. Citado por: ROXIN, Claus. "La polémica en torno...". Ob. cit.

pasajeros. A consecuencia de ello, se debatió si debía hacerse responsable de la muerte de ese pasajero a ambos conductores a pesar que la víctima había participado en la carrera consciente y voluntariamente; siendo, además, ella quien dio la señal de salida. A ello se le suma que todos los demás acompañantes dentro del vehículo accidentado se encargaban de filmar toda la competencia.

Decisión: Condena como autores de homicidio imprudente.

En el presente caso concurre la producción voluntaria del riesgo, representado por el adelantamiento a un tercer coche a excesiva velocidad, y la autopuesta en peligro voluntaria de la víctima, que participaba en la carrera y, de hecho, llegó a dar indicaciones. Asimismo, sobre el chofer concurría un deber de garante respecto de sus pasajeros, por lo que el solo hecho de quebrar el límite de velocidad justifica la existencia de un incremento prohibido del riesgo que implica el tráfico rodado.

Un punto importante que permite establecer que en este caso estamos frente a una heteropuesta en peligro consentida y no ante una participación en una autopuesta en peligro, es que la víctima también tiene el control de los hechos - menor que el autor-, pues su conducta también pudo haber evitado el resultado autolesivo -bastaba que quisiera bajarse del vehículo-.

La autopuesta en peligro de la víctima resultará irrelevante en este caso de heteropuesta en peligro consentida, pues el deber de protección le es impuesto al chofer por el Estado, relación en la que no interviene la víctima en lo absoluto, quien en este caso será siempre sujeto pasivo de la protección.

Por lo tanto, se comparte lo decidido por el Tribunal, pero con diferente fundamentación, respecto a que se configura una autoría de homicidio imprudente.

*b) El caso de la furgoneta. Tribunal Superior de Zweibrücken, Alemania*⁶⁸

Caso: Contrariamente a lo que le aconsejaba el conductor de una furgoneta, un sujeto aceptó viajar de forma imprudente en la superficie de carga del vehículo. En el trayecto, el conductor sufre un accidente -sobre el cual no tuvo ningún tipo de responsabilidad- que ocasiona que el sujeto salga despedido del vehículo, ocasionándose su muerte luego que su cuerpo golpeará la calzada.

Decisión: Absolución pues la víctima fue responsable de su propia muerte.

Considero errada la solución a la que arribó el Tribunal Superior de Zweibrücken, pues ha dejado completamente de lado el hecho que sobre el conductor de la furgoneta recae un deber de garante que no ha sido cumplido.

Justamente ese deber de garante busca evitar la creación de una fuente de riesgo atribuible a la actividad que realiza, por lo que la voluntad del tercero de marchar en la parte trasera de la furgoneta no le exime de su deber de prohibirlo. Por lo tanto, el consentimiento de la víctima de autoponerse en peligro no tendrá ningún tipo de relevancia al momento de imputar responsabilidad penal al conductor.

En consecuencia, dado que la creación del riesgo fue asumida voluntariamente por el autor y la víctima, pero el resultado fue producido por causa ajena a ellas, estamos frente a un caso de autoría por homicidio culposo por omisión.

*c) El caso del río Memel. Tribunal Supremo del Imperio, Alemania*⁶⁹

Caso: Una pareja de viajeros solicitó a un barquero que cruzara el río Memel con ellos a bordo. Sin embargo, este rechazó la solicitud debido al tiempo tormentoso y a la profundidad de las aguas, lo que constituía un peligro lo suficientemente alto para la vida de todos. Pese a esto, terminó aceptando

⁶⁸ Vid. Oberlandesgericht Zweibrücken (14.05.1993), *JR*, 1994, pp. 519 y s. Citado por: ROXIN, Claus. "La polémica en torno...". Ob. cit.

⁶⁹ Vid. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt), 57,172 (03.01.1923), p. 172. Citado por: ROXIN, Claus. "La polémica en torno...", Ob. cit.

por la insistencia de los dos viajeros y durante el cruce, la barca naufragó, quedando él como único sobreviviente.

Decisión: Absolución.

Considero que debe aplicarse el mismo criterio que he expuesto en el caso de la furgoneta. El deber de garante del barquero está destinado a evitar la creación de una fuente de riesgo propia de su actividad. Por lo tanto, tampoco será relevante el consentimiento de las víctimas a pesar de ser las que exigieron salir a las aguas en un tiempo inadecuado.

La solución que considero correcta es una condena como autor de homicidio imprudente.

d) El caso del auto surfista. Tribunal Superior de Düsseldorf, Alemania⁷⁰

Caso: Un grupo de jóvenes realizaban una acción considerada por ellos “deportiva” de pararse sobre el techo de un vehículo en movimiento a una velocidad de 70-80 km/h. Mientras realizaban dicha actividad, uno de los jóvenes resulta lesionado de gravedad al caer y muere.

Decisión: Condena como autor el Tribunal Superior de Düsseldorf condenó al conductor del vehículo por la muerte del joven.

Si se tiene presente que el chofer del vehículo posee un deber de garante respecto de sus pasajeros, entonces tenemos que la voluntad de la víctima de someterse a un riesgo mediante dicha actividad implica una creación dolosa de una fuente de riesgo.

Un punto importante que ha de tomarse en consideración es que la víctima también tenía un control sobre el curso de los hechos que hubiera evitado que resultara autolesionada. No obstante, como ya se ha explicado en los dos casos anteriores, el deber de garante legalmente impuesto no permite tomar en

⁷⁰ Vid. OLG Düsseldorf (06.06.1997), *NSZ-RR*, 1997, p. 325. Citado por: ROXIN, Claus. “La polémica en torno...”, Ob. cit.

consideración la autopuesta en peligro de la víctima para disminuir la responsabilidad penal y mucho menos para evitar la imputación.

Es, como puede apreciarse, una situación similar al caso de la furgoneta, por lo que merece un tratamiento similar. La solución que considero correcta es una condena como autor de homicidio imprudente.

e) El caso del sadomasoquista. Tribunal Supremo, España⁷¹

Caso: Durante una sesión de relaciones sadomasoquistas libremente consentidas, un sujeto causó lesiones graves a su pareja durante el acto sexual.

Decisión: Condena como autor del delito de lesiones consentidas.

Considero que en el presente caso concurre un consentimiento válido de parte de la pareja que sufrió las lesiones, de modo que al formar parte del libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la libertad sexual. De modo que mientras la conducta del sujeto causante no haya excedido el consentimiento brindado, no debería haberse imputado responsabilidad penal alguna.

No obstante, debe hacerse la precisión que la condena final se fundamentó en un delito específico regulado en el ordenamiento español, por lo que su fundamentación se debe más a criterio político-criminales que dogmáticos.

IV. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto en el presente trabajo, considero que es necesario que los casos de participación en una autopuesta en peligro y de heteropuesta en peligro consentida deben ser analizados conforme las características del caso concreto y sobre la base criterios específicos a este tipo de conductas.

Creo, también, que con lo expuesto en el presente trabajo se da cuenta que las consecuencias de asumir tal o cual postura para resolver casos como los desarrollados aquí justifican la necesidad de diferenciar la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida. Por lo tanto,

⁷¹ Vid. Sentencia del TS de 5 de junio de 2002, A. 8035

Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida
¿Tiene responsabilidad penal el tercero productor de un riesgo?

aquellas posturas que recurren a criterios dogmáticos para fundamentar la impunidad del partícipe en conductas autolesivas o las que de plano descartan cualquier análisis de la responsabilidad del tercero sobre la base del consentimiento, tienen el defecto de no analizar el abanico de casos que realmente se presentan aquí.



BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, Hans. "Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad". En: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 134-146.
- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. "Estado de la cuestión. Delitos de peligro e imputación objetiva". En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal N° 23*, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F. 2007.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Delimitación de ámbitos de responsabilidad e imputación objetiva (A propósito de la disposición de la vida en el auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia)". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología N° 1, 3° Época*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009.
- ANGULO, Graciela. "El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles". En: *Revista Latinoamericana de Derecho N° 7-8*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007, pp. 55-88.
- ANGULOS VIVAS, Carlos. *Autoría e imputación objetiva, diferenciación de ámbitos de responsabilidad ajena*, dirigido por Alfonso Cadavid Quintero, Tesis de maestría, Universidad EAFIT, Medellín, 2013. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/1338/AnguloVivas_CarlosEduardo_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- BERROCAL C., Doris Alicia. "Gimbernat Odeig, Enrique, Cursos causales irregulares e imputación objetiva, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2011". En: *Nuevo Foro Penal N° 78*, Universidad EAFIT, Medellín, 2012, pp. 183-191.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “La imputación objetiva”. En: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 211-217.

CANCIO MELIA, Manuel. “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima). En: CANCIO MELIA, Manuel; FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, Marcelo. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 75-140.

CARRUITERO LECCA, Francisco. “La teoría del poder como presupuesto de la teoría de los derechos humanos”. En: *Filosofía del Derecho, selección de lecturas*, Escuela de Posgrado – Doctorado en Derecho, Universidad Nacional San Luis Gonzaga, Ica, 2004, pp. 69-107.

CHANG KCOMT, Romy. “Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución”. En: *Themis, Revista de Derecho N° 67*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, pp. 205-216.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Actuación de la víctima e imputación objetiva”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología N° 5*, 2° Época, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, pp. 265-333.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones y puestas en peligro de la vida y/o integridad física asumidas voluntariamente por su titular*, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología N° Extra 2*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Imputación y conducta de la víctima”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005.

- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. "El consentimiento en las lesiones veinte años después". En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Tomo II, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.
- LUZÓN PEÑA, Diego M. "El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal". En: *Revista General de Derecho Penal N° 18*, 2012.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Principio de alteridad o de identidad vs principio de autorresponsabilidad. Participación en una autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia". En: *Revista Nuevo Foro Penal N° 74*, Volumen 6, Universidad EAFIT, Medellín, 2010.
- MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo. "El consentimiento en materia penal". En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 95, Volumen XXXIII, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 29-49.
- MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo. "La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor". En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 90, Volumen XXXI, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- MAIER, Julio. "Dogmática penal y la víctima del hecho punible". En: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 341-350
- MONROY VICTORIA, William. "El consentimiento". En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N° 72, Volumen XXII, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 31-39.
- ORÉ SOSA, Eduardo. *Autopuesta en peligro y exclusión de comportamientos penalmente relevantes*. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/Autopuesta-en-peligro-y-exclusion-de-comportamientos-penalmente-relevantes.pdf>
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. "El concepto de deber jurídico". En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). *El funcionalismo en el Derecho Penal*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

- PESSOA, Nelson. "Imputación objetiva y concepto de acción". En: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 199-210.
- REY NAVAS, Fabio. "La corresponsabilidad de la víctima en la comisión de la conducta punible". En: *Revista Principia Iuris N° 15*, Universidad de Santo Tomás, Tunja, Colombia, 2011.
- ROXIN, Claus. "Ingerencia e imputación objetiva". En: *Revista Penal N° 19*, Universidad de Huelva, Huelva, 2007, pp. 152-161.
- ROXIN, Claus. "La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 55*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. "El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico penal". En: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 81-93
- SANCINETTI, Marcelo. "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva". En: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 181-198.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones sobre la imputación objetiva". En: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 219-248.
- STRATENWERTH, Günter. "Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes". En: *Indret*, Barcelona, 2013. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/957.pdf>
- TERRAGNI, Marco Antonio. *Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*. Disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/participacion.htm>
- WOLTER, Jürgen. "Imputación objetiva y personal a título de injusto, a la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus". En: *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 108-133.

Participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida
¿Tiene responsabilidad penal el tercero productor de un riesgo?

YVANCOVICH VÁSQUEZ, Branko Slavko. “Crítica al fundamento de la complicidad en el delito establecido en la Casación N° 367-2011-Lambayeque”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 61*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.



INDICE

INTRODUCCIÓN.....4

CAPITULO I

PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA

I. DIFERENCIA ENTRE HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA Y PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO.....6

- 1) Introducción a la participación en una autopuesta en peligro.....8
- 2) Introducción a la heteropuesta en peligro consentida10

II. CASOS TIPO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA11

- 1) Casos de participación en una autopuesta en peligro.....12
 - a) Caso del vendedor de heroína. Tribunal Supremo, España.....12
 - b) Caso del motorista. Tribunal Supremo, España.....13
 - c) El caso del SIDA, Tribunal Superior de Baviera, Alemania13
 - d) Caso Utopía, Corte Superior de Justicia de Lima, Perú.....14
 - e) Caso de la ayuda negligente al suicidio. Tribunal Supremo, Alemania ..14
- 2) Casos de heteropuesta en peligro consentida15
 - a) El caso de la prueba de aceleración. Tribunal Supremo, Alemania15
 - c) El caso del río Memel. Tribunal Supremo del Imperio, Alemania17
 - e) El caso del sadomasoquista. Tribunal Supremo, España17

III. ELEMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO18

- 1) Intervención de un tercero contribuyente19
 - a) Por el tipo de participación19
 - b) Por el elemento subjetivo21
- 2) Autopuesta en peligro propiamente dicha23

IV. ELEMENTOS DE LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA.....	23
1) Los intervinientes.....	24
a) Intervención de un tercero causante.....	24
b) Intervención de la víctima causante.....	25
2) Creación de una fuente de peligro.....	26
a) Fuente de peligro principal y dominio del tercero causante.....	27
b) Fuente de peligro accesoria y dominio de la víctima causante.....	28
3) El consentimiento de la víctima causante.....	29
V. LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y EN LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA.....	31
1. La responsabilidad penal en la participación en una autopuesta en peligro	31
a. La tipicidad de la conducta realizada por el tercero.....	32
b. Accesoriedad de la participación y conductas culposas.....	33
c. Falta de representación del tercero.....	34
2. La responsabilidad penal en la heteropuesta en peligro consentida.....	35
a. Consentimiento en los bienes jurídicos no disponibles.....	36
b. Libertad de consentir el riesgo creado previamente por tercero.....	37
c. El deber de garante.....	38
VI. LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA DOCTRINA.....	39
1) Tesis normativa de Gimbernat Ordeig.....	39
2) Tesis de la equiparación de Roxin.....	40
3) Tesis de la alteridad de Luzón Peña.....	41
4) Tesis de la autodeterminación de García Álvarez.....	43
VII. ASPECTOS CRÍTICOS PARA LA CORRECTA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL.....	44

CAPITULO II

EXIGIBILIDAD DE PROTECCIÓN PENAL E IMPUTACIÓN PENAL

I. TEORÍA DEL PODER Y LA FUNCIÓN PROTECTORA DEL DERECHO.....	46
II. LA FUNCIÓN PROTECTORA EN EL DERECHO PENAL.....	49

III. SUPUESTOS DE EXIGIBILIDAD DE LA PROTECCIÓN PENAL.....	51
1) El deber legal de garante.....	51
a) El deber de garante en la generación de riesgos penalmente relevantes (ingerencia)	54
2) El deber general de no hacer daño o el <i>neminem laedere</i>	57
IV. RENUNCIA A LA PROTECCIÓN PENAL POR CONFLICTO DE INTERESES JURÍDICOS	58
1) El libre desarrollo de la personalidad	59
2) El consentimiento	60
3) Actuación consciente de la víctima	63
V. SUPUESTO DE IMPOSIBILIDAD DE RENUNCIA A LA PROTECCIÓN PENAL	65
1) Actuación de la víctima por un deber legal	65
2) La supremacía del deber legal de garante del tercero	66
3) Necesidad de intervención especial por el grado de afectación del bien jurídico	67
4) Disposición de bienes jurídicos indisponibles	68

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD PENAL EN LA PARTICIPACIÓN EN LA AUTOPUESTA PUESTA EN PELIGRO Y EN LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL TERCERO EN LA AUTOPUESTA PUESTA EN PELIGRO Y EN LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA.....	70
II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: IMPUTACIÓN DE LA CONDUCTA	75
1) Solución a la participación en una autopuesta en peligro	75
a) Autoría dolosa por creación de una fuente de riesgo aceptada por la víctima, buscando dolosamente la autolesión de ella	76
b) Autoría culposa por creación de una fuente de riesgo aceptada por la víctima con autolesión imprudente.....	78
c) Casos específicos de ausencia de responsabilidad	79

2) Solución a la heteropuesta en peligro consentida	84
a) Autoría dolosa por autolesión producida cuando la víctima solo consintió la fuente de riesgo	86
b) Autoría dolosa por autolesión consentida por tercero y víctima	87
c) Autoría culposa por autolesión imprudente de la víctima cuando el tercero no buscó el resultado.....	88
d) Autoría culposa por creación de una fuente de riesgo consentida por la víctima para autolesionarse	88
e) Casos específicos de ausencia de responsabilidad	89
3) Validez de la tesis	89
a) Participación en una autopuesta en peligro	90
b) Heteropuesta en peligro consentida	92
III. LA RESPONSABILIDAD POR EXIGIBILIDAD DE PROTECCIÓN PENAL EN LOS CASOS TIPO DE LA JURISPRUDENCIA.....	94
1) Casos de participación en una autopuesta en peligro	94
a) Caso del vendedor de heroína. Tribunal Supremo, España.....	94
b) Caso del motorista. Tribunal Supremo, España.....	95
c) El caso del SIDA, Tribunal Superior de Baviera, Alemania	96
d) Caso Utopía, Corte Superior de Justicia de Lima, Perú	97
e) Caso de la ayuda negligente al suicidio. Tribunal Supremo, Alemania ..	99
2) Casos de heteropuesta en peligro consentida	99
a) El caso de la prueba de aceleración. Tribunal Supremo, Alemania	99
b) El caso de la furgoneta. Tribunal Superior de Zweibrücken, Alemania	101
c) El caso del río Memel. Tribunal Supremo del Imperio, Alemania	101
d) El caso del auto surfista. Tribunal Superior de Düsseldorf, Alemania ..	102
e) El caso del sadomasoquista. Tribunal Supremo, España	103
IV. CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105
INDICE.....	110