

IMPUTACION OBJETIVA Y CONDUCTA DE LA VICTIMA. PARTICIPACION EN LA AUTOPUESTA Y HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA: LAS TESIS DE GIMBERNAT ORDEIG. COMENTARIOS CRITICOS

Por Mariano Eduardo Escalada¹

1 EL PLANTEAMIENTO

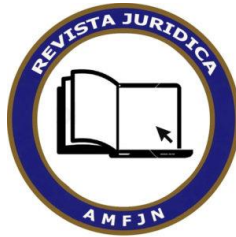
Es indispensable comenzar por precisar los conceptos de imputación objetiva, por un lado, y la conducta de la víctima, por el otro.

La imputación objetiva es un principio jurídico que se utiliza en el derecho penal para determinar si un acto puede ser atribuido legalmente a una persona como un delito. En esencia, se trata de evaluar si una conducta encaja en la definición legal de un delito y si el autor del acto puede ser considerado responsable de ese delito. Para ello, se analizan factores como la relación de causalidad entre la conducta del autor y el resultado, la previsibilidad del resultado, y si la conducta del autor viola un deber de cuidado.

Por su parte, la conducta de la víctima se refiere a las acciones o comportamientos de la persona que ha sido víctima de un delito. En algunos casos, el comportamiento de la víctima puede ser relevante para determinar la responsabilidad del autor del delito. Por ejemplo, si una víctima provoca o incita al autor de un delito, esto podría influir en la evaluación de la culpabilidad del autor. Sin embargo, es importante destacar que la conducta de la víctima no justifica ni excusa la comisión de un delito en la mayoría de los casos. El principio general es que el autor del delito es responsable de sus propias acciones.

De tal modo que la imputación objetiva se centra en la atribución de la responsabilidad penal al autor del delito, considerando factores como la causalidad y la previsibilidad. La conducta de la víctima se refiere a las acciones de la persona agraviada y puede ser

¹ Abogado (UNNE); Doctor en Ciencias Jurídicas (UCSF); Profesor en Filosofía y Ciencias de la Educación (ISPARM). Ex Profesor Auxiliar de Filosofía del Derecho (UCSF, Sede Posadas).

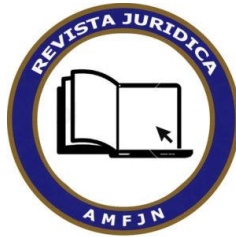


relevante en algunos casos, pero generalmente no justifica la comisión de un delito. Cada caso se analiza individualmente de acuerdo con las leyes y regulaciones específicas de cada jurisdicción.

Pues bien, una de las discusiones jurídicas existentes en la actualidad entre juristas alemanes y españoles es la relacionada con la autopuesta y heteropuesta en peligro de la víctima. Con relación a la autopuesta en peligro de la víctima, sostienen diversos autores que estamos ante una autopuesta cuando la persona, sujeto pasivo o víctima sufre un daño o lesión a través de su propia acción y/o actividad arriesgada, se autocausa la muerte o el daño a su vida, salud o integridad física, aunque otra persona haya contribuido a producirlo. En la heteropuesta en peligro consentida, se arriba a la exclusión de la imputación objetiva si el que crea el peligro tiene la misma o mayor responsabilidad por el acontecimiento que la persona que se encuentra en peligro². No obstante, vale la pena remarcar que ambas categorías no han sido inmunes a la crítica de los autores en cuanto a su relevancia o necesidad³.

² Por todos, CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 3ra. Edición ampliada, Buenos Aires, Editorial B. de f, 2022, Segunda Parte, § 6, pp. 225 y ss. y *passim*.

³ Así, hay posturas teóricas que rechazan la existencia de la figura de la autopuesta en peligro y postulan su innecesidad. Es un resultado coherente con el panorama general de las cosas, de la experiencia práctica y de la casuística. El argumento central del movimiento doctrinal contrario a la admisión de la autopuesta en peligro tiene como criterio la idea de que tal figura sólo aporta confusión al razonamiento jurídico para resolver problemas técnicos que pueden ser solucionados con una aplicación más flexible o incluso forzada de institutos jurídico-penales ya existentes o en otros términos, más tradicionales. Esta es la postura de Horn, por ejemplo. Este autor alemán, criticando el argumento principal del BGH (mas no la decisión) en una sentencia recaída el 14 de febrero de 1983; sobre el consumo compartido de droga adulterada con caféina en el que uno de los toxicómanos resultó muerto, en donde se resolvió absolviendo por el delito de homicidio imprudente al compañero drogadicto superviviente; el cual refería “que la víctima conocía el riesgo que compartían y el peligro de que se produjese un resultado de autolesiones o muerte, aunque en ningún momento lo quisiera” afirma que la autopuesta en peligro no tiene ninguna función en el caso y además solo produce confusión en la decisión jurídica tomada. Sobre ello Horn desarrolla una serie de argumentaciones a través de las cuales considera que se pudo llegar un mismo resultado final de atipicidad del comportamiento del drogadicto superviviente en cuanto al resultado muerte de su compañero, siendo el más importante el atingente a que no existía una posición de garante entre ambos toxicómanos, es decir, que el superviviente –por el hecho de compartir- no tenía ningún deber especial de tutela respecto a su compañero. En conclusión, la autopuesta en peligro no es –en opinión del autor un criterio necesario para resolver este caso y, además, el tipo de argumentaciones dadas por el tribunal para sostener que no existía ningún deber del superviviente con respecto a su compañero por no tener conocimiento de las actividades peligrosas que se realizaron se ajusta a los criterios clásicos de la autoría mediata. Es decir, que, si acaso fuere necesario, deberían desarrollarse los criterios de la autoría mediata para los casos en los que la conducta víctima sea penalmente relevante. Al respecto, ver BONET ESTEVA, Margarita, *La Víctima del Delito (La Autopuesta en Peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Madrid, Monografía Ciencias Jurídicas – Mc Graw Hill, 1999, Pág. 198.



Claramente, en estas dos categorías la responsabilidad penal también descansará sobre tres requisitos: 1) nexos causal entre acción y resultado: la acción del autor debe ser “conditio sine que non” del resultado, como un primer supuesto de la imputación objetiva; 2) relevancia del nexo causal: que se determina desde el plano de la tipicidad, por la que se requiere que la acción del sujeto que operó como “conditio sine qua non” y el resultado producido sean típicos, como además que el curso causal dado entre uno y otro sea relevante conforme al tipo; y 3) la culpabilidad.

En punto a la imputación objetiva, es aceptado como principio general de ella el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y esta se haya realizado en el resultado. Ello requiere, por consiguiente, la comprobación de: a) la acción ha creado riesgo; b) este riesgo es jurídicamente desvalorado; c) se ha plasmado en la realización del resultado típico⁴.

Así las cosas, la cuestión jurídica fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal en sí, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinado resultado a una persona. Solo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana, cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico.

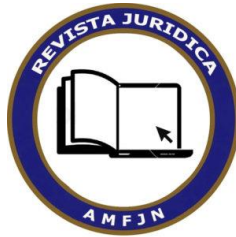
Ahora bien, descriptos sucintamente algunos caracteres de la imputación objetiva, paso al análisis concreto del asunto que nos ocupa.

Gimbernat Ordeig en referencia al tema de la imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentido, defiende las siguientes tesis⁵.

En la primera, la autopuesta en peligro, en donde es la víctima la que se mata o se lesiona a sí misma, el autor afirma que la *participación imprudente* en ella es, en principio,

⁴ Cfr. CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la víctima...*, ob. cit., pp. 47-69 y *passim*. Asimismo, sobre los parámetros a ser considerados para tener por conformada la imputación objetiva ver MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita., “La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación”, en *Revista de la facultad de derecho de México*, enero-abril 1994, núms. 193-194, 1994, pp. 63-100; de la misma autora, ver también: *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992, pp.56 y ss., y *passim*.

⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a. Época, n. Extraordinario 2, 2004, pp. 75-100; del mismo, “Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva. La Víctima y la Imputación Objetiva”, *Ponencia del Congreso Internacional sobre Derecho Penal y Criminología*. Consultado en [Http: www.lawiuris.com/2008/12/18/la-victima-y-la-imputación-objetiva].



impune, porque al participe no se le pueden imputar objetivamente las eventuales lesiones o muerte que la víctima se puede causar a sí misma.

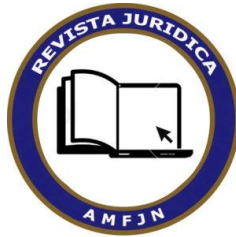
El ejemplo que ofrece como punto de partida es la figura del suicidio⁶. Como la participación imprudente en un suicidio (como tal, doloso⁷) es impune en derecho español, y como también lo es la participación imprudente (lo es incluso la dolosa) en una autolesión dolosa, de ahí se sigue que igualmente tienen que ser impunes las participaciones imprudentes en una automuerte o en unas autolesiones imprudentes, consecuencias de la autopuesta en peligro en la que se ha colocado la propia víctima.

En la segunda, la heteropuesta en peligro, la víctima también acepta el riesgo de muerte o lesión, pero a diferencia de la autopuesta, donde es el sujeto pasivo con su propia actividad quien se autocausa la muerte o la lesión a su vida, salud e integridad física, es un tercero el que, como autor directo, mata o lesiona a la víctima, si bien esta es consciente -y asume- el riesgo de lesión para su vida o integridad al que aquel le está sometiendo. En este caso, Gimbernat sostiene, en cambio, que la participación sí es punible. Para llegar a tal tesis, explica que si la correspondiente figura dolosa del homicidio consiste en “matar a otro” (art. 138 CP español), sin que para la aplicación del tipo tenga importancia el que la víctima haya aceptado o no el riesgo de que se la podía matar, no se ve el motivo por el cual en el homicidio imprudente tendría que regir otra cosa, y excluirse su aplicación en el supuesto de que la víctima fuera consciente de que la acción descuidada del autor podría conducir a su propia muerte; el CP español castiga a “el que por imprudencia causare la muerte a otro”, y la muerte se causa imprudentemente tanto cuando la víctima ignora como cuando conoce el peligro al que está siendo sometida, por lo que no existe razón alguna que pueda impedir la subsunción de ambos supuesto en el tipo correspondiente del homicidio imprudente⁸.

⁶ En su art. 143.1 y 2 el CP español castiga, respectivamente, la inducción y la cooperación necesaria *dolosa* al suicidio.

⁷ Tanto en Código Penal español como el argentino, con carácter absoluto, han establecido que la inducción o cooperación (ayuda) al suicidio de personas autorresponsables -porque si el suicida no es autorresponsable, entonces estaríamos en presencia de un homicidio-, por muy autorresponsables que sean, ello no excluye, sin que deja intacta la punibilidad de quienes participan en la automuerte (art. 143.1 y 2 del CP español, art. 83 del Código Penal Argentino).

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ADPCP Tomo LVIII, Fascículo III, Sección Doctrinal, 2005, pp. 734-805.



2. SOBRE LA TESIS DE LA IMPUNIDAD DE LA PARTICIPACION IMPRUDENTE EN LA AUTOPUESTA EN PELIGRO (ESPECIAL REFERENCIA A LA FIGURA DEL SUICIDIO COMO PUNTO DE PARTIDA). CONSIDERACIONES CRITICAS

Pues bien, descriptas las dos tesis de Gimbernat en relación a la autopuesta y la heteropuesta en peligro de la vida, salud e integridad física de la víctima, y de la imputación objetiva correspondiente a la participación imprudente en ellas, corresponde a continuación formular los siguientes comentarios.

En cuanto a la primera de las tesis, coincido con el autor. Para fundamentarlo hare una referencia a la figura del suicidio contenida en el Código Penal español, concordado luego a la previsión legal que, sobre la misma figura, tiene el Código Penal argentino.

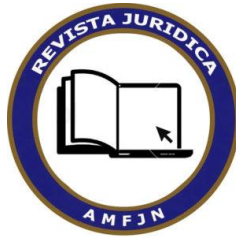
Antes que todo, vale la pena destacar que la muerte voluntaria (el suicidio y la eutanasia) suscita algunas de las cuestiones más controvertidas en las sociedades contemporáneas⁹. La razón para ello es que se trata de supuestos en los que parecen entrar en contradicción dos valores obviamente fundamentales, la vida y la libertad personal y, para el pensamiento jurídico (existe un amplio debate doctrinario sobre ello¹⁰), no resulta fácil elegir entre uno y otro.

Mas exactamente, la posibilidad de establecer una jerarquía que sirva de manera general, esto es, en todos los casos en los que estos dos valores entran en conflicto, parece simplemente inviable. De manera que estamos abocados a ponderar esos dos valores o, dicho de otra manera, a fijar las condiciones bajo las cuales -y en caso de conflicto- haya de primar la vida (bien jurídico inescindiblemente unido a la salud y la integridad física)¹¹

⁹ A este respecto, indica Juanatey Dorado que “La razón primordial por la que al ordenamiento jurídico no le es indiferente el acto del suicidio es palmario: el suicidio implica la muerte de una persona y, por tanto, la lesión de uno de los bienes jurídicos más estimados: la vida”. Y continúa inmediatamente: “El problema es que, al mismo tiempo, esta lesión de la vida obedece a una decisión voluntaria de su titular y estas dos notas, la existencia de una muerte y la voluntariedad de la misma, confieren a esta conducta singulares características que condicionan todo el tratamiento moral y jurídico del suicidio y de las conductas de intervención en el mismo” (JUANATEY DORADO, Carmen, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1994, p. 21).

¹⁰ El examen de las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el alcance del derecho a la vida y, en particular, sobre si existe o no un derecho al suicidio permite concluir que se trata de un problema sumamente complejo que previsiblemente va a seguir planteándose por mucho tiempo.

¹¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido, por ejemplo, que “El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido



o la libertad. La evolución de las sociedades modernas parece ir en el sentido de otorgar un peso cada vez mayor a la libertad del individuo, siempre que se trate de acciones autorreferentes, que no supongan daño para otro, y, de manera muy particular, si la libertad se dirige a suprimir una vida que ya no puede considerarse digna de ser vivida. Esa es la razón de la tendencia que puede observarse en las legislaciones penales a disminuir las penas en los supuestos de ayuda o inducción al suicidio y a despenalizar determinadas formas de conductas eutanásicas¹².

Si bien no hay razón para pensar que la libertad sea siempre un valor superior a la vida, creo que si la hay -aunque con muchos matices- para no intervenir jurídico-penalmente en la decisión de una persona adulta y en pleno uso de sus facultades mentales sobre cuando poner fin a su vida. En este sentido, la autonomía del individuo supone reconocer que es él el único que ha de ejercer el control sobre su vida y su muerte. Se trata, sin embargo, de toda una cuestión que engendra un arduo debate sobre el alcance y contenido del Derecho a la vida el cual, por razones de espacio, no es posible desarrollar aquí.

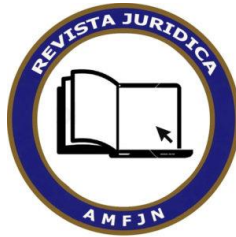
Dicho lo anterior, las conductas de intervención en el suicidio de otro (artículo 143 CP español), se encuentran recogidas dentro del Título primero del Libro segundo del Código Penal, cuya rubrica es “del homicidio y sus formas”.

La inducción al suicidio refiere a la conducta típica que consiste en inducir o determinar a otra persona a que se mate. La inducción ha de entenderse aquí, salvando las

por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional” (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema)”. Cfr. *Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo*, sentencia de 24 de mayo de 2005. Del voto de la mayoría. Iguales conceptos se repitieron en *Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*, sentencia de 20 de diciembre de 2005. Del voto de la mayoría (al que no adhirieron las Dras. Highton de Nolasco y Argibay).

¹² Tomando algunos ejemplos de Europa, corresponde decir que la eutanasia y el suicidio asistido sí se encuentran legislados y autorizados en Holanda (hoy Países Bajos), que en abril de 2002 se convierte en el primer país del mundo en legalizarla. Poco después, Bélgica siguió los pasos de Holanda, cuando el Parlamento votó en favor de la legalización de la eutanasia en mayo de 2002. Luxemburgo se convirtió en el tercer país de la Unión Europea que autoriza la eutanasia. En 2009 el parlamento aprobó la ley de despenalización, aunque con la negativa del Gran Duque Enrique I quien se negaba a sancionar el proyecto de ley por razones de conciencia.

Por su parte en España, el parlamento aprobó definitivamente el 18 de marzo de 2021 una ley para regularizar la eutanasia y el suicidio asistido, uniéndose a la lista de países que permitirán a un paciente incurable recibir ayuda para morir. Con la aprobación de esta ley, España se convierte en otro de los países del mundo en el que esta práctica es despenalizada después de Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá y Colombia. Se trata de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, que regula la Eutanasia Activa Directa y el suicidio medicamente asistido, despenalizando tales acciones en algunas circunstancias. Debemos aclarar que la eutanasia se aprueba en este país sin que exista una demanda social consistente, sin debate social y contra la opinión de la mayor parte de la profesión médica y con el dictamen desfavorable del Comité de Bioética de España.



características específicas derivadas de la atipicidad del suicidio, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 a) CP. Así pues, la inducción ha de ser directa (ha de ejercerse directamente sobre persona determinada -el suicida- y no a través de un tercero) y eficaz (ha de hacer surgir la resolución suicida antes inexistente). Es indiferente el medio empleado para hacer surgir la voluntad de morir en el sujeto pasivo. Sujetos activo y pasivo, en principio, pueden ser cualquiera. No obstante, dado el concepto de suicidio del que parto¹³, no podrán ser sujetos pasivos del delito las personas incapaces para otorgar un consentimiento válido.

En general, la doctrina penal acepta la incompatibilidad de la inducción con la omisión. En coherencia con ello, se ha de rechazar la admisión de la inducción al suicidio por omisión.

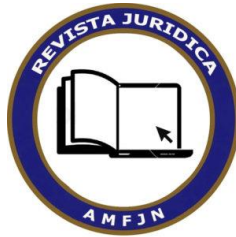
En cuanto a la cooperación necesaria al suicidio, la conducta típica consiste en cooperar con actos necesarios al suicidio de otro, lo que comprende, únicamente, los comportamientos equivalentes a la cooperación necesaria (artículo 28 b) CP español), dejando fuera del tipo, los actos de mera complicidad (artículo 29 CP). Se trata pues de una conducta de participación en un hecho atípico -el suicidio- elevada a la categoría de autoría por el Código Penal.

A continuación, destaco en particular mi coincidencia con Ordeig, con su primera tesis. Ello pues, porque en cuanto al tipo subjetivo, estamos ante un tipo doloso. La actual regulación penal de la imprudencia, que requiere para su punición una previsión expresa¹⁴, ha puesto fin a la discusión sobre si es o no admisible la forma de *comisión imprudente* de las conductas de intervención en el suicidio de otro¹⁵.

¹³ Desde mi punto de vista, el Código Penal, tanto el español como el argentino, cuando emplea el término suicidio, se está refiriendo a la muerte voluntaria de un sujeto capaz, de cuya definición se derivan los aspectos fundamentales que integrarían este concepto jurídico-penal de suicidio: la muerte de una persona; la capacidad para consentir válidamente; y la voluntariedad de la muerte: la muerte ha de ser “querida” por el suicida. Cf., en este mismo sentido, JUANATEY DORADO, Carmen, *El derecho y la muerte voluntaria*, México, Distribuciones Fontamara, 2004, pp. 76 y ss.

¹⁴ El artículo 12 del CP español establece: “las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”.

¹⁵ Cfr. JUANATEY DORADO, Carmen, *El derecho y la muerte voluntaria*, México, Distribuciones Fontamara, 2004, p. 121.



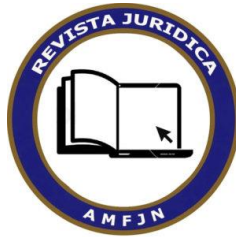
En consecuencia, para Gimbernat Ordeig la conducta de participación en una autopuesta en peligro con resultados lesivos para la víctima, es impune. Ello deriva de que la participación imprudente en un suicidio es impune, ya que, en el CP español, solo existe un precepto que castiga la inducción y cooperación necesaria –naturalmente, dolosas- en un suicidio, pero no un precepto paralelo -tal como sucede, por ejemplo, con el homicidio imprudente del art. 142 C.P.- que tipifique también, la forma imprudente de la participación en el suicidio del art. 143.1 y 2. C.P. Y como el art. 12 C.P. dispone que “las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”, como en el C.P., no se ha tipificado la participación imprudente en un suicidio, de ahí, que esa conducta sea impune.

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

Descripto lo anterior en relación a la previsión del suicidio y a las conductas de intervención en él en el código penal español, llego ahora a la valoración de algunas de estas consideraciones vinculadas por analogía a la regulación del suicidio en el Código Penal Argentino (artículo 83 CP argentino), a fin de trazar un paralelismo entre ambas normativas y en relación a la primera tesis formulada por Ordeig.

Se regula este comportamiento típico en el art. 83 C.P., con el tenor siguiente: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”.

La norma prevé el castigo de quien instiga o ayuda a otro a suicidarse, considerándolo un delito independiente, autónomo, sin hacer residir esa responsabilidad que se achaca en las reglas de la participación criminal contempladas en la parte general del Código (artículos 45 y 46 CP). Porque los términos “instigación” y “ayuda” son, en el sentido que los emplea el artículo 83 del Código mucho más comprensivos que los referidos en la parte



general del mismo cuerpo legal. En efecto, la instigación o ayuda al suicidio son formas de ejecutarlo y no formas de participar en su ejecución; ambas figuras son, además, dolosas en tanto implican dañar el bien jurídico protegido que es la vida humana¹⁶.

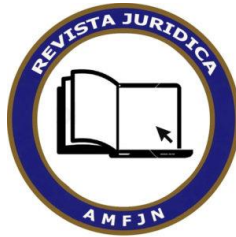
Por otra parte, la verdad es que no debería haber confusión entre los diferentes puntos de vista de los sujetos involucrados en el hecho, pues es seguro que para el sujeto suicida el instigador o ayudante no hace sino participar de su decisión, pero esto no tiene por qué ser así para el legislador. Ante el legislador, la cuestión recae enteramente en que la instigación y ayuda es delito *per se*, pues el consentimiento del suicida sobre un tercero, si fuera válido para excluirlo de culpa, tendría que suponer que el suicida se encuentra válidamente habilitado para reemplazar al Estado, quien en definitiva es el único facultado para evitar o perdonar la imposición de una sanción penal.

Es necesaria, en opinión de la mayoría de los penalistas argentinos, la presencia de dolo directo, al igual que tanto en la instigación como en la ayuda. De nuevo, el delito requiere el dolo directo, y si no hay voluntad de instigar o ayudar al tercero para que se quite la vida, la figura carecería de significado delictivo. Esto lleva a la frágil frontera entre ayuda y homicidio diferenciándose la segunda porque el agente ejecuta allí el acto material que va a provocar el suicidio del otro: son homicidas y no auxiliares el que acerca la copa con veneno a los labios el que retira el banco a quien se va a ahorcar, el que abre el gas o enciende el brasero, el que gatilla el arma¹⁷.

Este último extremo resulta de suma importancia, ya que me permite apuntar que aquella primera tesis de Gimbernat tiene correspondencia con los contenidos de la figura en cuestión en el ámbito del derecho penal vernáculo. En efecto, la participación imprudente en un suicidio es impune en el derecho argentino, y como también lo es la participación imprudente en una autolesión dolosa, de ahí se deduce que igualmente han de ser impunes las participaciones imprudentes en una automuerte o en unas autolesiones imprudentes, consecuencias de la autopuesta en peligro en la que se ha colocado el propio sujeto pasivo.

¹⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, t. IV, pp. 206-207.

¹⁷ Por todos, TERAN LOMAS, Roberto, *Derecho penal, Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 1983, t. III, p. 177.



Se trata de la aplicación de la idea autopuesta en peligro a los hechos típicos imprudentes. En caso de que un sujeto se comportase descuidando el interés de cuidar su propia vida, y de ese descuido derivase la muerte, no hay cuestión jurídico-penal a resolver, ya que no existe una disposición legal que capte una especie de suicidio por imprudencia.

En consecuencia, quien por imprudencia colaborase en un suicidio imprudente, no podría ser atrapado por las reglas relativas a la participación criminal, si es que éstas fuesen aplicables al delito imprudente, que no lo son¹⁸.

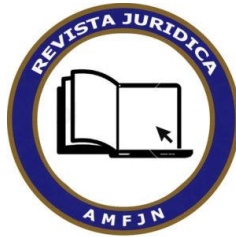
3. SOBRE LA TESIS DE LA PUNIBILIDAD DE LA PARTICIPACION IMPRUDENTE EN LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDO (O PUESTA EN PELIGRO AJENA CONSENTIDA). CONSIDERACIONES CRITICAS

Respecto a la la heteropuesta en peligro es dable consignar, como primera cuestión, la necesidad de comprender con la debida claridad que el instituto merece una atención intelectual seria, pues presenta cuestiones de dogmática penal e incluso hondamente iusfilosoficas que la hacen fascinante. Sin embargo y por descontado, ello no me impide hacer notar que la aplicación de este concepto puede variar según la jurisdicción y las circunstancias específicas del caso. En algunos sistemas legales, el consentimiento del individuo en peligro puede no ser considerado suficiente para justificar la violencia en su defensa si la respuesta del agresor es desproporcionada o si el individuo en peligro cambia de opinión y retira su consentimiento durante el curso de los eventos.

¹⁸ Cabe traer aquí el antecedente del *Caso de la ayuda negligente al suicidio*, decidido por el Tribunal Supremo de Alemania.

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. 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. Ver BGHSt 24, 343. Citado por: PUPPE, Ingeborg. *Auszug aus Puppe*. Consultado 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]

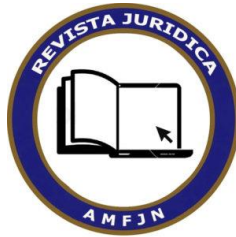


En el supuesto de análisis, quien realiza una conducta que pone en peligro a otra persona, con la aceptación de ésta, no ejecuta un comportamiento que le sea imputable objetivamente, en otras palabras, la víctima se expone al riesgo inmanente de otro siendo plenamente consciente de ese riesgo. Es decir, en la heteropuesta en peligro consentida, al igual que en la autopuesta, la víctima acepta también el riesgo de lesión, pero, a diferencia de la segunda, donde es el sujeto pasivo el que, en última instancia, y con su propia actividad, se autocausa su muerte o el daño a su integridad física, en la heteropuesta es un tercero el que, como autor directo, mata o lesiona a la víctima, si bien ésta es consciente de -y asume- el riesgo de lesión para su vida o su integridad al que aquél le está sometiendo.

Aquí podemos dar como ejemplo -siguiendo el modelo de Gimbernat Ordeig- el caso del pasajero que sube a bordo de un automóvil de una persona de la que tiene conocimiento que en ese momento se encuentra en estado de ebriedad, no lleva licencia de conducir y maneja el vehículo con dificultad, siendo que producto de dichas circunstancias el conductor realiza una maniobra imprudente provocando un accidente de tránsito y la muerte del copiloto. Otro caso es el de aquella persona que tiene relaciones sexuales con una persona infectada de sida y se infecta, pese a que sabía del peligro al que se exponía.

Es decir, en la autopuesta en peligro la contribución de la víctima es de mayor relevancia -en principio- que, en el caso de la heteropuesta en peligro, en donde la conducta de la víctima sólo se limita a tolerar el comportamiento generador de riesgo llevada a cabo por el autor¹⁹.

¹⁹ Sobre lo mismo refiere el propio Roxin: que, en la autopuesta en peligro, la víctima ocupa una posición central en el acontecer arriesgado, mientras que, en la heteropuesta en peligro consentida, es el otro sujeto (el autor) quien es la figura central y la víctima tan sólo está en desacuerdo en la actividad arriesgada. Ver al respecto CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal, Estudio sobre los Ámbitos de Responsabilidad de Víctima y Autor en Actividades Arriesgadas*, ob. cit., Parte Segunda, § 6, pp. 225-231 y *passim*. Así también Medina Frisancho sostiene que mientras que, en la autopuesta en peligro, el tercero tan sólo coopera en una actividad riesgosa realizada por la propia víctima, en la heteropuesta en peligro de un tercero, la víctima no se coloca ella misma en una situación de peligro, sino que se deja poner en peligro por otro con plena conciencia del riesgo. MEDINA FRISANCHO, José Luis, *La Imputación a la Víctima en los delitos de Defraudación Patrimonial, Un estudio sobre el Alcance de la Autorresponsabilidad de la Víctima en las Actividades Económico-Financieras*, Lima, Edit. Grijley, 2011. Pág. 54.



No obstante, como venimos analizando, autores como Gimbernat²⁰, si bien están de acuerdo con restar atipicidad a los supuestos de autopuesta en peligro, considera que la heteropuesta en peligro consentida si es punible²¹, pues la imprudencia de la víctima, no ha sido crucial para la génesis de la lesión y por tanto no exime de responsabilidad al causante de la lesión del bien jurídico.

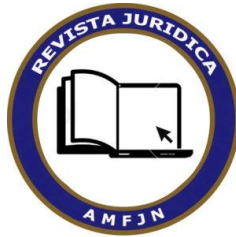
La postura del catedrático español lleva a la punibilidad del que pone en peligro en todos los casos de heteropuesta en peligro consentida. Así, Gimbernat sostiene que hay que afirmar que la heteropuesta en peligro consentida es siempre punible, mientras que la participación en una autopuesta en peligro libremente responsable es impune. Para ello, se basa en la regulación legal de los delitos dolosos, lo que también debe reflejarse en la causación imprudente de una heteropuesta en peligro consentida.

Tampoco -sostiene Gimbernat- se habría expuesto de manera convincente de qué manera el principio de autorresponsabilidad utilizado para fundamentar la impunidad debe derivarse de la regulación legal.

Sin embargo, esta solución no nos resulta persuasiva. Porque no podrá trasladarse sin más a los peligros de la conducta la regulación de las lesiones dolosas contenida en los preceptos correspondientes del Código Penal. Las combinaciones de problemas no muestran identidad: cuando solo se trata de riesgos cuya materialización quieren evitar todos los intervinientes, se puede permitir que el consentimiento de la víctima excluyente de la responsabilidad penal se otorgue de forma más generosa que en el caso de lesiones dolosas. Una aplicación irreflexiva de los delitos dolosos a los delitos imprudentes podría incluso ser inconstitucional por constituir una violación de la prohibición de la analogía.

²⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva. La Víctima y la Imputación Objetiva", *Ponencia del Congreso Internacional sobre Derecho Penal y Criminología*. Consultado en [Http: www.lawiuris.com/2008/12/18/la-victima-y-la-imputacion-objetiva].

²¹ Incluso Roxin ha planteado que no es adecuado desde el punto de vista político criminal la impunidad general de la heteropuesta en peligro (ROXIN, Claus., "La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?"; Artículo titulado "Die einverständliche Fremdgefährdung eine Diskussion ohne Ende?", publicado en *GA* 2018, pp. 250-263. Traducción realizada por Beatriz Escudero García-Calderón, Profesora de Derecho penal del Centro Universitario de Estudios Financieros (CUNEF). Al respecto, Cf. CANCIO MELIÁ. Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, ob. cit., Parte Segunda, § 6, pp. 225 y ss.

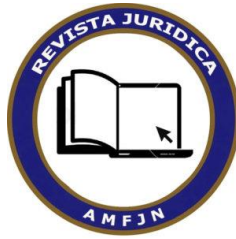


También puede plantearse una objeción contra la suposición de que la autorresponsabilidad de la víctima no puede fundamentarse suficientemente en el caso de una heteropuesta en peligro consentida. Esto deriva de que, como el propio Gimbernat admite, tampoco puede llevar a la punición de otra persona su participación en la autopuesta en peligro autorresponsable. Porque son imaginables heteropuestas en peligro consentidas que, normativamente, equivalgan completamente a una autopuesta en peligro y que, por lo tanto, también deben quedar impunes.

Así lo muestra, por ejemplo, el caso juzgado por el BayObLG, (Bayerisches Oberlandesgericht, Tribunal Superior de justicia de Baviera) en el que una mujer había insistido en mantener relaciones sexuales sin protección con un infectado de sida, aunque el hombre “inicialmente se había opuesto decididamente a tal solicitud” y había advertido a la mujer “de los peligros de una relación sexual sin protección, de las consecuencias posiblemente mortales de una infección y de la ausencia de posibilidad de curación”²². El BayObLG ha admitido aquí una “libre y autorresponsable autopuesta en peligro” de la mujer y de esta manera ha llegado a la absolución. Lo correcto sería admitir una heteropuesta en peligro consentida, porque el peligro provino únicamente del hombre infectado. Pero, en cualquier caso, lo correcto es que, desde puntos de vista normativos, el comportamiento de la mujer equivaldría totalmente a una autopuesta en peligro, por lo que procedía la absolución del hombre. Entonces, tampoco la postura de Gimbernat (teoría de la punición) lleva siempre al resultado correcto.

El concepto de "no punibilidad de la heteropuesta en peligro" ha sido desarrollado por el jurista alemán Claus Roxin. Roxin es conocido por sus contribuciones al derecho penal, y este concepto específico se refiere a ciertas circunstancias en las que una persona puede actuar en defensa de un tercero en peligro. En términos generales, la "heteropuesta en peligro" se refiere a una situación en la que una persona interviene para proteger a otra que está en peligro. Roxin argumenta que, en ciertas circunstancias, una persona que actúa en defensa de otra no debería ser penalmente responsable si su acción causa daño a un

²² Ver Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG) (15.09.1989), *JR*, 1990, p. 473. Citado por: ROXIN, Claus, “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida” en: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 55*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.



tercero inocente. Esto implica una especie de "exclusión de punibilidad" para el defensor²³.

A mi forma de ver, y coincidiendo en esta argumentación con lo propuesto por Claus Roxin²⁴, mientras que la participación en una autopuesta en peligro responsable es siempre impune, ello rige para la heteropuesta en peligro consentida (no punibilidad) solo bajo la condición de que el sujeto puesto en peligro, en caso de tener un total conocimiento del riesgo, tenga la misma responsabilidad por el acontecimiento que el sujeto que pone en peligro. En concomitancia, para el catedrático alemán "...los únicos y excepcionales casos en los que la heteropuesta en peligro es punible para el autor material, porque no equivale normativamente a la autopuesta, son aquellos en los que el sujeto creador del peligro ha contribuido en mayor medida que la víctima a generar esa situación de riesgo, porque ha convencido a esta última, que, en principio, se oponía a someterse a esa situación, a que lo hiciera"²⁵.

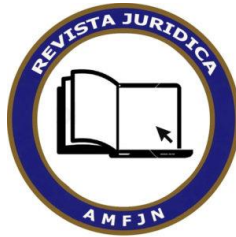
Dos ejemplos concretos (conducir en estado de ebriedad e infección por el sida) ya muestran que se debe diferenciar. Cuando aquel que se somete a una heteropuesta en peligro tiene la misma (o incluso, una mayor) responsabilidad en la creación de la puesta en peligro que el sujeto que pone en peligro, entonces su comportamiento equivale a una autopuesta en peligro, por lo que la heteropuesta, como participación en una autopuesta, debe quedar impune. Si, por el contrario, el sujeto que pone en peligro tiene una mayor responsabilidad, la heteropuesta consentida es punible.

Por consiguiente, mediante una concreción de este principio rector (la teoría diferenciadora de la imputación al tipo), devienen impunes dos grupos de casos de heteropuestas en peligro consentidas. El primero se da cuando la puesta en peligro resulta de una iniciativa del sujeto al que se pone en peligro que vence las objeciones del sujeto

²³ Sin embargo, es importante señalar que las leyes y los sistemas legales varían según el país, y no todos los sistemas penales reconocen este concepto o lo aplican de la misma manera. La no punibilidad de la heteropuesta en peligro es un concepto que ha generado debate y discusión en el ámbito jurídico.

²⁴ ROXIN, C., "La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?", art. cit., *passim*.

²⁵ PLOU, Santiago, "Auto y heteropuesta en peligro consentida. Distinción entre la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida", en *Revista Pensamiento Penal*, febrero de 2022, No. 409, pp. 12-13. Consultado en [www.pensamientopenal.com.ar].



que lo pone en peligro²⁶. El segundo se presenta cuando se puede demostrar una conformación equivalente y conjunta de la puesta en peligro por parte de los intervinientes²⁷.

²⁶ Un ejemplo del primer tipo que se ha citado lo proporciona el caso del sida juzgado por el BayObLG, en el que solo la mujer, a través de su influencia dominante, provocó la relación sexual sin protección y con ello el contagio. El hecho de que con frecuencia incluso se admita aquí una autopuesta en peligro, pone de manifiesto la necesidad de una equiparación al menos desde un punto de vista normativo.

En cambio, cuando el hombre infectado hubiera solicitado la relación sexual sin protección como “prueba de amor” en contra de las objeciones de su novia, él habría tenido la responsabilidad determinante en el nacimiento de la situación de peligro y, consecuentemente, sería responsable de unas lesiones. El comportamiento de la mujer habría que interpretarlo, entonces, como el sometimiento a la voluntad del hombre y sustraerlo al principio de autorresponsabilidad.

Lo mismo se aplica a la conducción bajo los efectos del alcohol. En el ejemplo que se ha puesto, el acompañante, en contra de sus verdaderos deseos, cedió a la petición del conductor, quien, por lo tanto, tenía la responsabilidad primaria del suceso y, por ello, asimismo debía asumir la responsabilidad penal. Aquí también habría que decidir de otro modo si el pasajero hubiera incitado al conductor para que le llevara con él conociendo su incapacidad para conducir debido al alcohol y en contra de sus advertencias. Entonces habría actuado «por su cuenta y riesgo», de modo que la heteropuesta en peligro consentida sería equivalente a una autopuesta en peligro y el conductor quedaría impune.

²⁷ También crea una responsabilidad equivalente el hecho de que el sujeto que pone en peligro y el sujeto que es puesto en peligro conciban y lleven a cabo un proyecto común de peligro. Un ejemplo de este tipo lo proporciona el “caso de los surfistas del automóvil”. Aquí, cinco amigos se habían puesto de acuerdo en que uno de ellos (A) conduciría el automóvil, mientras que los otros cuatro se echarían sobre el techo, “manteniéndose agarrados a los marcos de las ventanillas o entre sí”. Durante la marcha del vehículo se intercambiaban los puestos. Durante uno de los viajes realizados por A, V se cayó del techo en una curva y resultó gravemente herido. El OLG de Düsseldorf condenó a A por lesiones imprudentes. Sin embargo, lo correcto sería asumir que V tenía la misma responsabilidad que A por lo sucedido, porque se trataba de un proyecto común de peligro. Puesto que los surfistas no solo se han expuesto a un peligro, sino que, mediante su comportamiento, lo han co-creado.