

La responsabilidad penal del guía por los eventuales daños derivados de la ingesta de ayahuasca en el curso de una ceremonia de consumo¹

Criminal liability of the guide for damages resulting from the ingestion of ayahuasca during a consumption ceremony

ANTONIO MARTÍN PARDO

Profesor Permanente Laboral de Derecho Público

Universidad de Málaga (España)

ampardo@uma.es



<https://orcid.org/0000-0002-8846-8681>

Resumen: El presente trabajo examina la responsabilidad penal del guía en supuestos de daños derivados de la ingesta de ayahuasca en el contexto de ceremonias rituales de consumo, las cuales han experimentado un notable auge en los últimos años. A partir del análisis de la contribución de la víctima a su propio daño, se revisan las principales posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, con especial atención a las propuestas formuladas desde la teoría de la imputación objetiva. El estudio concluye proponiendo una solución dogmáticamente fundada que delimita el alcance de la responsabilidad del guía en función del principio de autorresponsabilidad de la víctima y de las circunstancias del caso.

Abstract: *This paper examines the criminal liability of the guide in cases of harm resulting from the ingestion of ayahuasca in the context of ritual ceremonies, which have seen a significant increase in recent years. The study is based on an analysis of the victim's contribution to their own harm, and reviews the main doctrinal and jurisprudential positions on the matter. It pays particular attention to proposals drawn from the theory of objective imputation. The study concludes with the proposal of a solution that is firmly rooted in doctrine. This solution delineates the scope of the guide's liability in accordance with the principle of victim self-responsibility and the circumstances of the case.*

1 Este trabajo trae causa de la investigación llevada a cabo como IP en el seno de los contratos de investigación del art. 60 LOSU, Refs. 8.06/5.09.5265 y 8.06/5.09.5265-1 realizados con la Fundación ICEERS.

Recepción: 27/03/2026

Aceptación: 25/04/2026

Cómo citar este trabajo: MARTÍN PARDO, Antonio, "La responsabilidad penal del guía por los eventuales daños derivados de la ingesta de ayahuasca en el curso de una ceremonia de consumo", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 13, Universidad de Cádiz, 2026, pp. 297-337, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2026.i13.09>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 13, Enero-Junio, 2026, pp. 297-337

Palabras clave: Ayahuasca, autorresponsabilidad de la víctima, autopuestas en peligro, imputación objetiva, responsabilidad del guía, consentimiento en el riesgo, posición de garante, delitos imprudentes.

Keywords: *Ayahuasca; victim self-responsibility; self-endangerment; objective imputation; guide liability; consent to risk; guarantor position; negligent offences*

Sumario: 1. IDEAS INTRODUCTORIAS; 2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA VÍCTIMA AL DELITO DE QUE ES OBJETO; 2.1. Discusión doctrinal; 2.1.1. *Soluciones a partir de la autoría*; 2.1.2. *Soluciones basadas en la imputación objetiva*; 2.2. La postura de la jurisprudencia española; 3. SOLUCIÓN A LA CUESTIÓN PLANTEADA; 3.1. La posible solución de los tribunales; 3.2. Toma de postura dogmática; 3.3. Nuestra solución al problema; 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. IDEAS INTRODUCTORIAS

La ayahuasca es una bebida visionaria ancestral consistente en la decocción de una serie de plantas procedentes de la selva amazónica, la cual toma su nombre de su componente principal, la *Banisteriopsis caapi* (vulg. ayahuasca²). Dicha bebida contiene diversos principios activos que posibilitan sus efectos visionarios. Por un lado, encontramos la *dimetiltriptamina* —DMT—, aportada por la chacruna y responsable de los efectos psicotrópicos, y, por otro, una serie de betacarbolinas provenientes de la ayahuasca que posibilitan la psicoactividad por vía oral del DMT al inhibir la enzima monoamino oxidasa (MAO)³ y, asimismo, el mantenimiento de sus efectos psicotrópicos y visionarios durante más tiempo (unas 5 a 6 horas)⁴.

En el presente trabajo se aborda una cuestión práctica no exenta de polémica y que de manera reciente ha tenido una cierta relevancia mediática en nuestro país⁵. Se trata de aquellos casos en los que, en el ámbito de un consumo ritual de

2 Por lo que respecta al resto de sus componentes, éstos pueden variar en función de la zona o del maestro ayahuasquero que la elabore, si bien el aditivo complementario más comúnmente utilizado son las hojas de la *Psychotria viridis* (vulg. chacruna).

3 La MAO es una enzima que se encuentra distribuida en los tejidos de los vertebrados e invertebrados, especialmente en el hígado, estómago, cerebro e intestinos, la cual actúa como inactivador de ciertos neurotransmisores aminorales presentes de forma normal en el tejido cerebral tales como la dopamina, la serotonina, la norepinefrina, etc. Dicha enzima, a no ser por las betacarbolinas, degradaría el DMT presente en la bebida (una amina) impidiendo su acción.

4 Tal y como indica Energy Control, hay una sustancial diferencia entre la duración de los efectos del DMT en función de la vía de administración. El consumo fumado o vaporizado produce una intensa experiencia “express” de 20-30 minutos, mientras que la ingestión oral acompañada de inhibidores de la MAO puede prolongarse durante horas. Los efectos también varían entre las distintas formas de consumo. Vid. ENERGY CONTROL. Sustancias principales, DMT [en línea]. Puede consultarse en <https://energycontrol.org/sustancias/dmt/>. (Consulta: 25/3/2026)

5 “La fiscalía pide cuatro años de prisión para Nacho Vidal por la muerte de un fotógrafo en el «rito del sapo bufo»”. El Mundo. 28 de octubre de 2025. Disponible en: <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2025/10/28/6900e5d5fc6c83ad4f8b45a5.html>; “Nacho Vidal

ayahuasca —aunque podría ser cualquier otra sustancia enteogénica⁶—, las personas consumidoras sufren algún daño derivado de aquel. Tal daño puede provenir de los propios riesgos inherentes a la sustancia, de la falta de información por parte del guía o de que el consumidor haga caso omiso de las recomendaciones previas de aquel para tomar ayahuasca, o bien de que oculte información relevante acerca de su estado de salud física o mental que de ordinario impediría el consumo de la bebida.

Tal casuística se inscribe en una problemática que ha sido hartamente debatida en el seno del derecho penal y que presenta una solución ciertamente compleja, cual es la contribución de la víctima al delito del que es objeto. Más en concreto nos encontramos ante un *topos* clásico dentro de dicha discusión como es la responsabilidad penal de las personas que suministran sustancias psicoactivas por los daños derivados de estas⁷. Sin embargo, lo característico de los casos que son objeto del presente artículo y que justifica un tratamiento específico es que aquí no nos encontramos ante un mero suministro de sustancias como suele ocurrir en el supuesto tradicional, sino ante consumos ritualizados y dirigidos por un guía en el curso de ceremonias relativamente regladas. Tal hecho diferencial conlleva una serie de características propias que hacen necesario una indagación específica acerca de las soluciones idóneas en tales casos, las cuales tendrán matices propios que es interesante resaltar o que directamente diferirán de las tradicionalmente propuestas. Por otra parte, aconseja igualmente una atención especial a estos supuestos

se enfrenta a siete años de cárcel por homicidio imprudente en un ritual del sapo bufo”. El Mundo. 3 de junio de 2024. Disponible en: <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2024/06/03/665da3eee85ece20668b4582.html>. (Consulta: 27/3/26). Estos casos no son propiamente de consumo de ayahuasca, sino de veneno de sapo bufo alvarius, el cual contiene 5-MeO-DMT, una molécula con unas propiedades muy semejantes al DMT. A pesar de ello, el paralelismo con los casos que son objeto del presente trabajo es o palmario.

- 6 Enteógeno es un término que proviene de la raíz griega theos con un prefijo, en-, que viene a significar “dios dentro de mí”. Dicho término es un neologismo acuñado en el año 1979 por un equipo de investigadores (R. GORDON WASSON, J. OTT, A. HOFMANN Y C. RUCK) para referirse a aquellas sustancias, prácticamente siempre de origen vegetal o fúngico, de consumo habitual entre los pueblos primitivos antiguos y contemporáneos, y que son utilizadas para ponerse en contacto experiencial con sus divinidades. Vid. para más detalle, FERICGLA, J.M. “El peso central de los enteógenos en la dinámica cultural”. Maguaré, n° 14, 1999. p. 241-242; LÓPEZ PAVILLARD, S. Los enteógenos y la ciencia [en línea]. 2003; VIEGAS, D.R. Y BERLANDA, N. Ayahuasca, medicina del alma. Ed. Biblos. Buenos Aires, 2012, p. 20.
- 7 Es preciso aclarar que nos referimos aquí a la ayahuasca como un psicoactivo en un sentido descriptivo en cuanto que produce efectos sobre el sistema nervioso central alterando la percepción, pero no en un sentido jurídico penal. La propia Junta internacional de fiscalización de estupefacientes (JIFE) ha sostenido de manera reiterada que la ayahuasca no es una sustancia fiscalizada por los tratados internacionales de drogas de Naciones Unidas. Respecto al estatuto jurídico penal de la ayahuasca en nuestro país, vid. DIAZ CORTÉS, L. M. “El concepto de droga a efectos penales: el caso de la bebida de ayahuasca en España”, en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.) Nuevos retos para el Derecho Penal Económico. Terrorismo, Criminalidad Organizada y Empresas Multinacionales ante las violaciones a los Derechos Humanos. Aranzadi. Navarra, 2015, pp. 553-588; MARTÍN PARDO, A. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. El estatuto legal de la ayahuasca en España. La relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

particulares el hecho de que en los últimos tiempos asistimos sociológicamente en occidente a un destacable auge del consumo ritualizado de sustancias enteógenas —especialmente ayahuasca— vinculado al fenómeno del neochamanismo⁸, el cual exige respuestas propias y diversas a las planteadas en el muy dispar fenómeno del tráfico de drogas.

Así las cosas, en las líneas que siguen, trataremos de aclarar debidamente la cuestión y mostrar una solución dogmáticamente adecuada al problema planteado. Para ello, en el apartado segundo, se analizarán *in extenso* las diversas soluciones que han brindado la doctrina y la jurisprudencia al problema de la participación de la víctima en su propio daño. A continuación, en el apartado final, se presentarán las soluciones a la problemática objeto del presente trabajo. Tanto la respuesta que previsiblemente darían los tribunales como la solución que, a partir de una previa toma de postura dogmática, nos parece más correcta.

Debe advertirse antes de entrar en materia que la jurisprudencia utilizada en algunos pasajes pudiera parecer anticuada. Ello obedece a que en algunos casos se analizan posturas del Tribunal Supremo ya superadas. En otros supuestos, lo cual se aclara debidamente en nota, la antigüedad de las sentencias trae causa de que no se han hallado otras más recientes que aborden el problema tratado.

2. LA CONTRIBUCIÓN DE LA VÍCTIMA AL DELITO DE QUE ES OBJETO

2.1. Discusión doctrinal

La gran mayoría de las posturas doctrinales que se han acercado a la solución del problema ante el que nos encontramos han partido de la intuición de que la contribución de la víctima a su propio daño reduce de alguna manera la responsabilidad de los demás implicados en la realización de dicho resultado dañoso⁹.

8 Vid. entre otros, ALBERT RODRIGO, M. “Neochamanismos en España. Retorno a las creencias ancestrales”, en *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, n° 22, 2017, p. 10; la misma, “La sanación desde otro paradigma: neochamanismos y su emergencia global en el caso español”, en *Saúde Soc. São Paulo*, n° 30 (4), 2021, p. 6; BOUSO, J. C. et Al. *La ayahuasca en España. Una evaluación de las personas participantes en ceremonias de ayahuasca utilizando indicadores de salud pública* [en línea] ICEERS. Barcelona, 2020. p. 6. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.iceers.org/wp-content/uploads/2024/08/ICEERS_Ayahuasca2020_report.pdf&ved=2ahUKEwiv7si2gYuTAxUeOfsDHadmCBYQFnoECBkQAQ&usg=AOvVaw2R8VUbuX95tdYFaKzc9Hr0 (Consulta: 6/03/26); BURILLO PUTZE, G. et Al. “Drogas emergentes (III): plantas y hongos alucinógenos”, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, n° 36(3), 2013. p. 506. 505-518; PRAT, J. “Arquetipos y experiencias participantes en las periferias religiosas”, en *VVAA. Periferias, Fronteras y Diálogos. Una lectura antropológica de los retos de la sociedad actual*. Publicaciones URV. Tarragona, 2014, p. 29. 25-46; RODRÍGUEZ SALGADO, B. et Al. “Vegetales como nuevas drogas psicoactivas: una revisión narrativa”, en *Medwave*, n° 16(1), 2016, pp. 1-2.

9 En tal sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P. *La víctima en el derecho penal español*. Tirant lo Blanch, 2014, p. 183

En un primer momento, como ha señalado MARAVER GÓMEZ, este problema se abordó a través de la *relación de causalidad*. Se entendía que la contribución libre o inesperada de la víctima a su propio daño podía negar la causalidad respecto a la actuación del supuesto autor¹⁰. No obstante, la progresiva hegemonía de la teoría naturalística de la equivalencia de las condiciones como fórmula para afirmar la relación de causalidad demostró que no podían establecerse diferencias entre las distintas contribuciones causales a un hecho y que no podía hablarse propiamente de una “interrupción” del nexo causal.

Otro de los instrumentos que ha sido utilizado de forma profusa por la doctrina para abordar el problema que tratamos es la institución del *consentimiento*, cuya relevancia arranca del propio derecho romano. En él, según el aforismo *voluntati non fit iniuria*, su concurrencia tenía virtualidad justificante de los llamados delitos privados —contra los particulares—, pero no de los públicos —contra el Estado—¹¹. Tal eficacia desigual tenía que ver con el hecho de que, como recuerda ZAMORA ÁVILA, el consentimiento no produce efectos en todo caso, sino que depende del poder de decisión que otorgue cada ordenamiento al titular de los bienes jurídicos sobre ellos, esto es, de su carácter disponible o indisponible¹². De acuerdo a esta dicotomía, sólo en aquellos casos en los que el bien es disponible y la víctima consiente en su lesión, la conducta del autor no sería delictiva¹³.

No toda la doctrina comparte la clasificación bipartita de los bienes jurídicos acabada de mencionar. Algunos autores afirman que todos los bienes jurídicos son disponibles y que consecuentemente el consentimiento conlleva la impunidad en todo caso. En tal sentido se pronuncia abiertamente por ejemplo CHANG KCOMT. En su opinión, la esencia de la protección de los bienes jurídicos en un estado social y democrático de derecho es la salvaguarda de los intereses indispensables para que las personas alcancen la autorrealización personal. En tal tipo de estado, respetuoso además de la dignidad y autonomía de los ciudadanos, no pueden admitirse paternalismos injustificados. En coherencia con tales presupuestos, el individuo está legitimado para optar por los bienes jurídicos que considere

10 MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Tesis doctoral. dir. Por Barreiro, A. J. Universidad Autónoma de Madrid, 2007, pp. 207-222.

11 Vid. MACHADO RODRÍGUEZ, C. I. “El consentimiento en materia penal”, en Derecho Penal y Criminología, Vol. 33, n° 95, 2012, p. 31; Monroy Victoria, W. “El consentimiento”, en Derecho Penal y Criminología, n° 22(72), 2001, p. 31.

12 ZAMORA ÁVILA, M. L. “Tratamiento jurídico-penal de la puesta en peligro de la víctima con su consentimiento”, en Derecho Penal y Criminología, n° 13(44), 2001, pp. 40-41.

13 El carácter no delictivo de la conducta puede obedecer a la atipicidad o a la ausencia de antijuricidad en función del carácter que se otorgue al consentimiento. En tal sentido, las llamadas teorías diferenciadoras suelen distinguir entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto. En el primero ellos, el tipo exige realizar una acción en contra de la voluntad del sujeto pasivo, de forma que la existencia de aquiescencia por parte del sujeto pasivo elimina el carácter típico de la conducta. Por su parte, en el segundo de los casos, se entiende que la concurrencia del consentimiento únicamente autoriza la conducta. Para una mayor profundización en esta distinción y en sus fundamentos doctrinales Vid. MACHADO RODRÍGUEZ, C. I. “El consentimiento en materia...” cit. especialmente pp. 34-45.

necesarios para su autorrealización y, asimismo, puede renunciar a la protección que les brinda el legislador disponiendo de ellos siempre y cuando no afecte a terceros. En el contenido de todo bien jurídico personal se incluiría por tanto para esta autora su facultad de disposición¹⁴.

La corrección político-criminal del planteamiento acabado de exponer es inobjetable y, sin duda, lo compartimos en línea de principio. No obstante, entendemos que su asunción en el seno de nuestro ordenamiento jurídico es francamente complicada. La punición de diversas formas de cooperación al suicidio (art. 143 CP) y de las lesiones consentidas (art. 155 CP) en nuestro Código penal hacen dificultoso afirmar que los bienes principalmente afectados en la cuestión que se nos plantea —la vida o la integridad física o psíquica— sean absolutamente disponibles por sus titulares sin forzar para ello la letra de la Ley¹⁵.

Además del desencuentro doctrinal en torno a la disponibilidad de los bienes jurídicos, nos encontramos con otro escollo teórico a la aceptación del consentimiento como una solución válida del problema que se nos plantea. En tal sentido, si se parte —como aquí se hace— de un concepto de injusto necesariamente integrado tanto por el desvalor de acción como por el desvalor de resultado, la eficacia del consentimiento exige abarcar ambos elementos, esto es, tanto la acción como el resultado¹⁶. Dicha circunstancia se da sin duda en los delitos dolosos, pero no es este propiamente el caso acerca del cual nos cuestionamos.

En efecto, si en el curso de una sesión de consumo de ayahuasca se producen daños en uno de los participantes, dicho resultado dañoso —de ordinario— no será querido ni por el guía ni obviamente por el consumidor. Es por esto que el problema que se nos plantea cae de lleno en el ámbito de los llamados delitos imprudentes, en cuyo seno el consentimiento en su sentido tradicional tiene serias dificultades de aplicación. En tal dirección apunta CANCIO MELIÁ, según el cual en el consentimiento “normal” es precisamente la lesión del bien la que se desea, mientras que en el ámbito de los delitos imprudentes lo que se busca por regla general es exclusivamente el comportamiento peligroso, pero se confía en que el

14 CHANG KCOMT, R. A. Consentimiento en derecho penal: Análisis dogmático y consecuencias prácticas. Tesis doctoral inédita. Dir. Berdugo Gómez de la Torre. Universidad de Salamanca, 2017. p. 99 y ss.; CHANG KCOMT, R. A. “Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución”, en THEMIS Revista De Derecho, n° 67, 2015, p. 206 y ss. De una opinión similar, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “El consentimiento en las lesiones”, en Cuadernos de política criminal, n° 14, 1981, pp. 211-213; MONROY VICTORIA, W. “El consentimiento” cit. p. 34; RÍOS ARENALDI, J. “El consentimiento en materia penal”, en Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, n.º 1, 2006, p. 32 y ss.; ZAFFARONI, E. R. Tratado de derecho penal. Parte general. Ediar. Argentina, 1981. p. 240, si bien con un entendimiento de la disponibilidad que no se corresponde con la posibilidad de destrucción; ZAMORA AVILA, M. L. “Tratamiento jurídico-penal de la puesta...” cit. p. 43 y 47-48.

15 De la misma opinión, TAMARIT SUMALLA, J. M. La víctima en el derecho penal. De la victimodogmática a una dogmática de la víctima. Aranzadi, Navarra, 1998, p. 58.

16 Así, CHANG KCOMT, R. A. Consentimiento en derecho penal: Análisis dogmático y...cit. p. 282.

resultado no tenga lugar. Tal diferencia en lo relativo a la actitud subjetiva de la víctima que se presupone normal plantea considerables dificultades en cuanto a la posibilidad de atribuir algún efecto al consentimiento¹⁷.

Igualmente, ROXIN afirma que un verdadero consentimiento tiene que estar referido al resultado¹⁸, lo cual apoya en tres datos. En primer lugar, en la necesaria igualdad de trato entre la causación dolosa de un daño y el consentimiento doloso en un daño procedente de terceros. Si en el primer dolo se exige que el causante se conforme con el daño o lo apruebe, no se entiende por qué no debería ser igual en el caso del dolo del consentimiento. En segundo lugar, entiende que el consentimiento es un acto de disposición sobre un bien jurídico sobre el que se puede disponer. No se puede hablar por tanto de tal renuncia cuando la persona que consiente quiere conservar dicho bien y parte de la suposición de que la acción peligrosa que se lleva a cabo va a tener un desenlace feliz. Por último, el consentimiento del sujeto afectado no elimina el desvalor de acción de la conducta dañosa, sino que tan solo expresa una renuncia a la conservación del bien jurídico. Tal renuncia, como se acaba de ver, está ausente en los supuestos imprudentes¹⁹.

De este modo, sin perjuicio de que haya autores que traten de eliminar las importantes trabas teóricas que se oponen a la idoneidad del consentimiento en los supuestos imprudentes mediante el llamado “consentimiento en el riesgo”²⁰ u otras reelaboraciones de la institución del consentimiento^{21,22}, lo que sí se puede estable-

17 CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 152. A mayor abundamiento, alude este autor a la dificultad que presenta el consentimiento, incluso en supuestos de peligro cuasi dolosos, para hacer frente a la existencia de normas limitadoras de la disponibilidad de bienes jurídicos como la vida o la salud. Vid. Idem. pp. 153-154.

18 También rechaza el consentimiento como solución idónea a la problemática que aquí se plantea, TAMARIT SUMALLA, J. M. La víctima en el derecho... cit. p. 97.

19 ROXIN, C. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el derecho penal”, en Indret, n° 1, 2013. Pp. 11-12.

20 Vid. abundante bibliografía sobre este particular en CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 155 (n. 259).

21 Valga aquí simplemente con la alusión a la existencia de estas posturas doctrinales. Entendemos que la discusión pormenorizadas de cada uno de sus fundamentos teóricos excede claramente el objeto del presente artículo y que dicha exposición supondría una disquisición doctrinal que más bien desviaría la atención del tema principal que aquí nos ocupa.

22 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “El consentimiento en las lesiones...” cit. pp. 217-220; Caso del consentimiento potencial de CHANG KCOMT, basado en la previsibilidad del daño y en su aceptación potencial. Vid. CHANG KCOMT, R. A. Consentimiento en derecho penal: Análisis dogmático y...cit. p. 306 y ss. especialmente pp. 315-318; GARCÍA ÁLVAREZ, P. La víctima en el derecho penal.... cit. p. 187, respecto a las conductas de heteropuesta en peligro consentida, las cuales definiremos en las líneas que siguen; PORTILLAS CONTRERAS, quien prescinde del desvalor de resultado en la fundamentación del injusto imprudente y, a partir de ello, entiende suficiente el consentimiento en la acción arriesgada siempre que concurra en la víctima una representación adecuada —no exhaustiva— de las posibles consecuencias dañosas y a pesar de ello se actúe, aunque no se apruebe el riesgo ni se desee su materialización en un determinado resultado. Vid. PORTILLAS CONTRERAS, G. “Tratamiento dogmático-penal de

cer como una conclusión relativamente segura es que nos encontramos, en lo que a nosotros atañe, ante supuestos, no de aceptación de un determinado daño, sino exclusivamente de situaciones de peligro para los bienes jurídicos de la víctima. A este respecto es ya habitual la propuesta clasificatoria establecida por ROXIN²³ que distingue entre casos de autopuesta en peligro y casos de heteropuesta en peligro consentida²⁴. Tal distinción, a decir del propio ROXIN, depende de la procedencia de la puesta en peligro que posteriormente se realiza en el resultado²⁵. Si la puesta en peligro procede de la víctima, nos encontramos ante una autopuesta en peligro en la que puede participar un tercero o no. Si, por el contrario, la puesta en peligro proviene de un tercero y la víctima se limita a someterse a él con conocimiento del riesgo, nos hallamos ante una heteropuesta en peligro consentida²⁶.

A la luz de la distinción acabada de plantear, entendemos que los supuestos acerca de los cuales nos interrogamos específicamente en el presente trabajo caen claramente bajo la órbita de las que acabamos de denominar *autopuestas en peligro*. Así, como es ostensible, la conducta potencialmente peligrosa —el consumo de ayahuasca— es llevado a cabo por la persona que, en su caso, será objeto de los

los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo”, en Cuadernos de política criminal, n° 45, 1991, pp. 711-722; RÍOS ARENALDI, J. “El consentimiento en...” cit. p. 6 (n. 28); STRATENWERTH, G. “Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes”, en Indret, n° 1, 2013, p. 7;

23 Vid. ROXIN, C. “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, en LACKNER, K., LEFERENZ, H., SCHMIDT, E. et. Al. (Eds.) Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973. W de G. Berlin, New York, 1973, pp. 241-261.

24 Numerosas referencias bibliográficas en apoyo de esta división se pueden encontrar en GARCÍA ÁLVAREZ, P. La víctima en el derecho penal.... cit. p. 183 (n. 418)

25 Una exposición muy detallada de los diferentes criterios para delimitar ambas constelaciones de casos puede consultarse en GARCÍA ÁLVAREZ, P. La puesta en peligro de la vida y/o Integridad física asumida voluntariamente por su titular. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 61 y ss.

26 ROXIN, C. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida...” cit. p. 9. A pesar de lo extendido de esta división en la doctrina y la jurisprudencia, hay autores que no la comparten. Entre ellos merece especial referencia en nuestra doctrina CANCIO MELIÁ. Este autor denuncia que el propio ROXIN no establece una distinción tajante entre ambos grupos de casos, ya que admite supuestos de equiparación entre ellos. En tal sentido, cabe dudar —dice— de la validez de una construcción dogmática que establece dos categorías con un tratamiento jurídico propio para acto seguido difuminar sus fronteras y recomendar un análisis casuístico. Ello sería en realidad una vía de escape para aquellos casos complicados en los que tal distinción no es segura ni desde el punto de vista normativo ni, ni siquiera, desde el ontológico. Tal ineficacia en supuestos límite puede comprobarse, por ejemplo, entre otras, en las hipótesis de contagio de SIDA con conocimiento o en aquellas en las que un skater o un ciclista se dejan arrastrar por un automóvil, accidentándose. La inseguridad en la distinción de tales casos no sería sino una pista de la ausencia de justificación material de la propia dicotomía. Vid. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. pp. 205-211. Sobre la postura de CANCIO tendremos la oportunidad de profundizar infra. Críticos con esta distinción también, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. Imputación objetiva en el derecho penal. Nuevos alcances. Ed. Olejnik. Santiago-Chile, 2017, pp. 264-265; TAMARIT SUMALLA, J. M. La víctima en el derecho... cit. p. 75 y ss. Una sucinta contraargumentación de ROXIN a los detractores de su distinción en ROXIN, C. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida...” cit. pp. 7-8.

eventuales daños. A su vez, la contribución del guía —el suministro de la bebida— no pasa de ser una contribución o participación en la conducta arriesgada de la víctima, una “cooperación necesaria” en términos técnicos. No puede afirmarse consecuentemente que sea el guía el que lleve a cabo la conducta generadora del peligro y que la víctima se someta a él, ya que el riesgo directo para la salud o la vida lo genera exclusivamente la acción de consumo de la ayahuasca, acción llevada a cabo por la víctima de propia mano y en principio de manera libre. Justificado este extremo, en aras de la concisión y de la estricta vinculación al objeto de análisis de este artículo, nos centraremos en lo sucesivo en este tipo de casos, sin perjuicio de realizar más adelante alguna alusión complementaria a los supuestos de heteropuesta en peligro consentida.

Dos son las vías dogmáticas principales que se han utilizado por la doctrina especializada para solucionar los supuestos de autopuesta en peligro y la participación en ella: la autoría y la teoría de la imputación objetiva.

2.1.1. *Soluciones a partir de la autoría*

En lo que respecta a la primera vía de solución, es obligado aludir a la postura de LUZÓN PEÑA²⁷. Este autor parte —a diferencia de lo que ocurre en Alemania, donde rige un concepto unitario de autor en los delitos culposos— de que es perfectamente posible distinguir entre la entidad de las aportaciones causales a un resultado imprudente por parte del autor y de los partícipes. El instrumento para ello lo constituye el llamado *dominio objetivo y positivo del hecho*²⁸. De acuerdo con tal idea, el autor de un hecho imprudente no va a ser cualquier persona que haya contribuido causalmente al resultado desde una perspectiva naturalista mediante una inobservancia del deber de cuidado, sino, exclusivamente, aquel que ostenta de hecho, con independencia de su voluntad, *la posición de control sobre el resultado, pudiendo decidir positivamente el sí y el cómo de la misma*²⁹. Por el contrario, las personas que, mediando acuerdo, hayan contribuido causalmente al resultado sin poseer tal dominio serán meros partícipes en el resultado imprudente producido.

Ostentar esta última condición, según LUZÓN PEÑA, llevará aparejada la imputación en cualquier caso, ya que, a su modo de ver, la participación imprudente

27 Puede consultarse el desarrollo de su propuesta en LUZÓN PEÑA, D. M. “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales (comentario a la Sentencia TS 27-1-1984), en LUZÓN PEÑA, D. M. Derecho penal de la circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo). Bosch, Barcelona, 1985, pp. 91-100.

28 Según indica CANCIO MELIÁ, el autor ha cambiado en la actualidad este término por el de determinación objetiva del hecho para evitar las connotaciones subjetivas que corresponden en la discusión dogmática al término dominio. Vid. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 201.

29 El autor aclara que el sujeto que posee el dominio objetivo y positivo del hecho está en tales condiciones que, si obrara dolosamente, decidiría con su actuación el cómo y el cuándo de la producción del resultado. Vid. LUZÓN PEÑA, D. M. “Autoría e imputación objetiva...” cit. p. 95

no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico³⁰. Si a ello se adiciona —como es el caso que aquí nos interesa— que la posición de dominio sobre la conducta imprudente que conduce al daño no querido se detenta exclusivamente por quien es el titular del bien jurídico —esto es, la víctima—, la impunidad del partícipe se produce además por una segunda razón que, a diferencia de la anterior, sí entendemos perfectamente admisible. Tal razón consiste en la inexistencia *ab initio* de la conducta típica en tales casos, ya que nuestro Código penal no recoge ningún comportamiento de autolesión (ni doloso ni imprudente). En tales condiciones, si el hecho principal es atípico, la propia accesoriedad de la participación determina la impunidad de cualquier colaboración en dicho comportamiento³¹.

2.1.2. Soluciones basadas en la imputación objetiva

La solución del caso en el seno de la teoría de la *imputación objetiva* es lo más habitual en la doctrina³². Como ya tuvimos ocasión de aclarar *supra*, prontamente se llegó a la conclusión de que no era posible distinguir cuál de las diversas aportaciones causales a un hecho lo había producido de un modo determinante. En tal situación era necesario algo más que el nexo de causalidad entre una acción y un resultado para establecer la tipicidad de una conducta y para limitar los resultados insatisfactorios a los que la mera relación de causalidad conducía en determinadas ocasiones. Para ello se comenzó a exigir una ligazón normativa entre el hecho y el resultado que mostrara que el resultado “pertenecía” valorativamente a la acción que lo había producido³³. La afirmación de tal vinculación normativa entre acción

30 Sus razones para tal posicionamiento, el cual no compartimos, podemos encontrarlas en LUZÓN PEÑA, D. M. “Autoría e imputación objetiva...” cit. p.97 y ss. Una crítica a tal asunción es la efectuada por DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Derecho penal español: Parte General. 5ª. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 422 y ss.

31 Vid. LUZÓN PEÑA, D. M. “Autoría e imputación objetiva...” cit. p. 99. De idéntica opinión, GARCÍA ÁLVAREZ, P. La víctima en el derecho penal.... cit. p. 187; GARCÍA ÁLVAREZ, P. La puesta en peligro de la vida y/o.... cit. p. 315 y ss. Comparte asimismo esta solución para los supuestos de participación en autopuestas en peligro de la víctima TAMARIT SUMALLA, J. M. La víctima en el derecho... cit. p. 96. No comparte sin embargo la solución CANCIO MELIÁ, el cual entiende que el mero dato de quien realiza la acción puede ser irrelevante. En su opinión, tal punto de partida es meramente causalista, siendo necesaria una solución normativa que permita solucionar los casos a partir de la relevancia de la conducta de la víctima en el sistema de imputación. Vid. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. pp. 215-217.

32 En tal sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva, en Díez Ripollés, J. L. et Al. (Coords.) La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Tecnos, Madrid, 2002, p. 713

33 Los criterios que permiten afirmar esa pertenencia típica del resultado a la acción son en su formulación más habitual por parte de la doctrina: a) que la acción cree un riesgo jurídicamente desaprobado, b) que dicho riesgo se realice efectivamente en el resultado producido y c) que el resultado sea de los que el tipo trata de evitar. Un sucinto análisis de estos tres criterios en HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. “Imputación objetiva versus dominio del hecho”, en Díez Ripollés, J. L. et Al. (Coords.) La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje

y resultado es lo que se conoce como imputación objetiva, la cual permitía además no dejar a la categoría del tipo huérfana de contenidos valorativos.

Dentro de los autores que optan por esta vía dogmática, corresponde un lugar destacado a ROXIN. En su opinión, los casos que aquí nos ocupan —las participaciones en autopuestas en peligro de la víctima— conllevan la impunidad por ausencia de imputación objetiva del resultado. El castigo de los daños que se produzcan en tales hipótesis no se encontraría dentro del fin de protección de la norma o, en su denominación más actual, del alcance del tipo³⁴. Así, a partir de la atipicidad de las conductas de auxilio al suicidio en el ordenamiento alemán, entiende este autor que si es impune la producción (por medio de “participación” dolosa) de una autolesión dolosa por parte de la víctima (el suicidio), ha de serlo también la producción de una autopuesta en peligro dolosa, por lo que, *si ni siquiera la producción dolosa de la lesión del bien jurídico (mediante la participación)*³⁵ *está abarcada por el fin de protección de la norma del homicidio, mucho menos puede estarlo la participación en una autopuesta en peligro, que respecto del resultado por regla general sólo dará lugar a imprudencia*³⁶.

Un segundo autor que trata la colaboración de la víctima en el seno de la imputación objetiva y que es necesario mencionar es GIMBERNAT ORDEIG. Al igual que ROXIN es partidario de distinguir entre la participación en una autopuesta en peligro y las heteropuestas en peligro consentidas por presentar cada una de dichas

al profesor doctor don José Cerezo Mir. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 738-744. Vid. tb. al respecto, REGIS PRADOS, L. y MENDES DE CARVALHO, E. Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos. ARA editores. Lima, 2007, p. 86-132.

34 Críticos con este criterio, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. Imputación objetiva en el derecho...cit. p. 115 y ss; FRISCH, W. Comportamiento típico e imputación del resultado (Trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L.) Marcial Pons. Madrid, 2004. pp. 80-82 y especialmente 95-100.

35 La aclaración es nuestra.

36 Vid. ROXIN, C. “Zum Schutzzweck der Norm bei...” cit. p. 246. Como ya hemos visto supra, junto a estos casos ROXIN distingue los supuestos de heteropuesta en peligro consentida, cuya solución sería valorativamente distinta. En tales hipótesis, el autor se pronuncia a favor de su punibilidad general, ya que la víctima estaría más indefensa frente al riesgo al encontrarse el acontecimiento generador de peligro bajo el “dominio”, no de la propia víctima, sino de un tercero. A pesar de ello, ROXIN admite la existencia de supuestos de heteropuesta en peligro equivalentes normativamente a los de autopuesta en riesgo y, consecuentemente, impunes también por no incluirse en el fin de protección de la norma. Los requisitos de tal equiparación valorativa serían el conocimiento del riesgo asumido, el consentimiento en la acción arriesgada y, por último, que el sujeto al que se pone en peligro cargue con la misma responsabilidad que el que lo provoca por la acción común. Este último argumento vendría a significar en sus propias palabras que quien se expone al peligro procedente de otra carga con la misma responsabilidad que éste si asume el riesgo en virtud de una decisión propia y libre, sin ser presionado por el causante del riesgo y sin haberse sometido a su voluntad. De tal modo, el menor poder de evitación del mal queda compensado por la voluntad incondicionada de que se realice la acción con independencia de esa diferencia de riesgo. Vid. ROXIN, C. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida...” cit. p. 15. Esta permeabilidad entre los casos de autopuesta y heteropuesta en peligro es la que, como se ha visto supra, sirve de base a CANCIO MELIÁ para su crítica de la distinción de ambas constelaciones de casos.

opciones soluciones divergentes³⁷. Por lo que se refiere a las primeras, a pesar de que, como ya se ha mencionado, su solución se ubica en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, no comparte sin embargo la solución del anterior autor. En su opinión, no es el criterio del fin de protección de la norma el óptimo para abordar tales supuestos, sino, por el contrario, el del consentimiento de la víctima en el riesgo, uno de los cinco criterios integrantes de su particular construcción de la imputación objetiva³⁸.

De acuerdo con tales presupuestos de partida, GIMBERNAT aboga también por la impunidad de las hipótesis de participación en autopuestas en peligro por parte de la víctima. A partir de la divergencia ontológica entre un suicidio y un homicidio doloso, de la necesidad de punición expresa de la participación en un suicidio para su castigo y del principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes recogido en el art. 12 CP, llega a la conclusión de que la conducta imprudente paralela a la participación en el suicidio es impune en derecho español por no poder reconducirse al homicidio imprudente ni existir un castigo expreso de tal conducta similar al art. 143 CP. A continuación, utilizando un argumento *a maiore ad minus*³⁹, deduce que si, siendo más grave la automuerte dolosa (suicidio) que la automuerte imprudente, la participación imprudente en la primera es impune, con mayor razón debe serlo la participación imprudente en una automuerte imprudente, esto es, una autopuesta en peligro que desemboca en la muerte de la víctima⁴⁰. Por su parte, con relación a las lesiones a la salud, el argumento sería esencialmente análogo. Si la participación dolosa en una autolesión dolosa es impune, con mayor motivo lo tiene que ser la participación imprudente en una

37 El fundamento de tal distinción lo haya en que si el Código penal en los delitos dolosos distingue entre quien mata a otro con su anuencia (art. 143.3) y quien coopera a que otro se mate a sí mismo (art. 143.2), y entre quien mutila a la víctima con su consentimiento (art. 155) y quien ayuda a otra para que se autolesione (comportamiento atípico), entonces también tiene que ser posible distinguir entre la participación imprudente en una autopuesta en peligro de quien, con su actuación asimismo imprudente, se mata a sí mismo y la heteropuesta en peligro de quien mata a otro. Vid. GIMBERNAT ORDEIG; E: “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en Revista de derecho penal y criminología. (UNED), n° extraordinario 2, 2004, pp. 77-78. Con ello, salva la crítica que CANCIO MELIÁ hace a la distinción de supuestos de ROXIN de la que estamos partiendo, ya que suministra una fundamentación para poder justificar el tratamiento jurídico dispar de ambas constelaciones de casos y consigue algo más que una mera propuesta de clasificación fenomenológica de diversos supuestos. En tal sentido, ALONSO GARCÍA, C. R. “La exclusión de la imputación objetiva por el consentimiento de la víctima en el pensamiento de Enrique Gimbernát”, en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, n° XLIX (2016), p. 179.

38 Vid. al respecto, GIMBERNAT ORDEIG; E. “Avueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad”, en Nuevo Foro Penal, n°. 82, enero-junio 2014, pp. 83-133, especialmente, p. 87 y ss.

39 Un sucinto resumen de las objeciones doctrinales a la utilización de este argumento y la respuesta del autor a las mismas podemos encontrarlas en GIMBERNAT ORDEIG, E. “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, vol. 58, 2005, pp. 736-739.

40 GIMBERNAT ORDEIG, E. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta...” cit. p. 87.

autolesión dolosa, y, con mayor motivo aún, la participación imprudente en una autolesión imprudente^{41,42}.

Para que el consentimiento de la víctima elimine la imputación objetiva en la tesis que estudiamos es preciso que concurran los requisitos del artículo 155 CP, esto es, que sea válido, libre espontáneo y expreso. A este respecto, según GIMBERNAT, no será eficaz el consentimiento en aquellos casos en los que este se preste por coacción o, mucho más importante de cara a nuestro objeto de estudio, cuando obedezca a un error de la víctima sobre el verdadero alcance del riesgo al que se somete. Este será el caso en aquellos supuestos en los que el partícipe si conozca la magnitud del peligro y no la comparta con la persona que se va a colocar a sí misma en la situación de riesgo. En tales hipótesis, el resultado dañoso será imputable al partícipe⁴³.

Otra circunstancia que puede influir en la solución inicialmente planteada por el autor cuya postura estamos desgranando —y que también puede tener una importante repercusión de cara a nuestro objeto de estudio— es que la víctima y el partícipe no se encuentren situados en un plano de igualdad, sino que penda una obligación de tutela por parte del último sobre la primera, es decir, que el partíci-

41 *Ibíd.* cit. p. 88.

42 La conclusión de este autor respecto a la participación en las autopuestas en peligro no es extensible a las heteropuestas en peligro consentidas. A su modo de ver, si la correspondiente figura dolosa del homicidio consiste en «matar a otro» (art. 138 CP), sin que para la aplicación del tipo tenga trascendencia alguna el que la víctima haya aceptado o no el riesgo de que la podían matar, no se ve el motivo por el cual en el homicidio imprudente tendría que regir otra cosa, y excluirse su aplicación en el supuesto de que la víctima fuera consciente de que la acción descuidada del autor podría conducir a su propia muerte. El CP castiga a «el que por imprudencia grave causare la muerte de otro» y al que «por imprudencia menos grave causare[n] la muerte de otra persona» (art. 142), y la muerte se causa imprudentemente tanto cuando la víctima ignora como cuando conoce el peligro al que está siendo sometida, por lo que no existe razón alguna que pueda impedir la subsunción de ambos supuestos en el tipo correspondiente del homicidio imprudente. Tal razonamiento sería exactamente aplicable mutatis mutandis al caso de las lesiones. De tal forma, el Código castiga la causación de lesiones a otro (dolosas o imprudentes) con independencia de la conciencia y asunción del riesgo por parte de éste. Tal conclusión se extiende, además, a las imprudencias inconscientes por parte de la víctima cuando la lesión o el homicidio es realizado de forma imprudente por un tercero. En tales condiciones, por tanto, no se puede afirmar que el consentimiento en el riesgo de la víctima en las heteropuestas en peligro excluya la imputación objetiva y conlleve la impunidad. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E: “Imputación objetiva, participación en una autopuesta...” cit. pp. 88-89. Un punto controvertido de su postura que nos parece de especial relevancia es el puesto de manifiesto por ALONSO GARCÍA, C. R. “La exclusión de la imputación objetiva por el consentimiento de...” cit. pp. 183-186. Según GIMBERNAT es el consentimiento de la víctima lo que excluye la imputación objetiva, es decir, el fundamento de la impunidad. Sin embargo, esto es difícilmente sostenible cuando en los casos de heteropuesta en peligro consentido se aboga por el castigo. De tal modo no parece ser la anuencia de la víctima —que es más bien la nota común a ambas constelaciones de casos— el elemento que marca la diferencia entre el castigo y la impunidad. La diferencia de trato apuntaría más bien a cuestiones de autoría, ya que el castigo depende realmente de quién realiza materialmente la acción peligrosa que acaba produciendo el daño. Así las cosas, como puede comprobarse, la distancia entre su postura y lo sostenido por LUZÓN o ROXIN aparece como bastante menor.

43 GIMBERNAT ORDEIG, E. “Imputación objetiva y conducta de...” cit. p. 736.

pe ostente la posición de garante. Las normas que obligan al garante a mantener un determinado foco de peligro dentro del riesgo permitido son normas imperativas, y no existe ninguna disposición ni principio jurídicos que limite ese deber a los supuestos en que la víctima se está comportando correctamente, pudiendo desentenderse el garante de su obligación cuando la conducta de aquélla tiene un carácter imprudente⁴⁴. Consecuentemente, el partícipe-garante en una autopuesta en peligro responde por omisión del resultado que se autocausa la víctima, no porque sea un partícipe —lo cual llevaría de ordinario a la impunidad—, sino porque responde de que el foco de peligro que tiene a su cargo no va a rebasar el riesgo permitido provocando consecuencias lesivas a terceros, aunque estos se hayan comportado negligentemente⁴⁵.

También en el ámbito de la imputación objetiva, no puede dejar de traerse aquí la postura de CANCIO MELIÁ. En su opinión, el problema que tratamos se ubica dogmáticamente en un primer nivel de imputación objetiva denominado *imputación del comportamiento o de la conducta*, cuyo fin es constatar la tipicidad objetiva de esta última⁴⁶ y en el cual se residen una serie de elementos dogmáticos orientados a delimitar ámbitos de responsabilidad. Así, sólo si una conducta, tras ser sometida sucesivamente a esos distintos filtros dogmáticos, debe ser atribuida al ámbito de responsabilidad del autor, podrá afirmarse su carácter típico⁴⁷.

Dentro de ese primer nivel, un elemento normativo específico a tener en cuenta es la responsabilidad preferente del titular del bien jurídico⁴⁸ —la autorresponsa-

44 Es muy claro el ejemplo del socorrista cuya posición de garante no decae porque un bañista que no sabe nadar se ha introducido en la parte de la piscina en la que no hace pie.

45 Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta...” cit. p. 99.

46 Esta imputación del comportamiento, una vez afirmada, iría seguida de la imputación del resultado a la acción a partir de los criterios tradicionales. En tal sentido, nada obsta a que incluso en casos de intervención de la víctima, si la conducta se entiende imputable al autor, se apliquen el resto de criterios de imputación objetiva de resultados desde su perspectiva. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. pp. 307-308

47 CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 305.

48 Este criterio de imputación objetiva tiene su fundamento en el llamado principio de autorresponsabilidad. Dicho principio se deduce del propio sistema social diseñado por la Constitución, el cual parte —en coherencia con la consagración del libre desarrollo de la personalidad en el artículo 10 CE— de un ciudadano autónomo y capaz de autodeterminarse, y, consecuentemente, responsable de sus propios actos. Tal responsabilidad tiene relevancia, no sólo cuando se infringen las normas, sino también a la hora de distribuir las incumbencias cuando varias personas intervienen en un hecho, de forma tal que, de acuerdo al principio de autorresponsabilidad, cada uno debe responder exclusivamente de aquello que ha hecho y no de lo que han hecho otros. En un segundo orden de ideas, si ese sujeto es particularmente el titular de un bien jurídico, y el ordenamiento no lo reprime por su sacrificio —como es el caso de nuestro país—, lo hasta aquí dicho conlleva que puede configurar libremente su actividad vital de un modo arriesgado para sus propios bienes, pero, como correlato de esa libertad de organización vital arriesgada, sin embargo, será también quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivarse ocasionalmente de ella. En tal contexto, si alguien interviene junto al titular en su autoorganización arriesgada, no puede arrebatarse la responsabilidad preferente por los daños que se ocasionen cuando la entente arriesgada en conjunto pueda

bilidad de la víctima— en emprendimientos peligrosos llevados a cabo de forma conjunta con otra persona⁴⁹. Su concurrencia daría lugar a un particular criterio de imputación al que denomina “imputación a la víctima”, el cual excluye la imputación objetiva de la conducta del otro interviniente y, consecuentemente, su tipicidad⁵⁰. En sus propias palabras: *La conducta de la víctima puede constituir un factor normativo en la delimitación de esferas de responsabilidad en el marco del tipo objetivo. En particular, cuando en virtud de la conducta de la víctima el suceso pueda atribuirse al ámbito de responsabilidad preferente de ésta en los términos de lo que antes se ha propuesto denominar “imputación a la víctima”, el comportamiento del autor no será objetivamente imputable*⁵¹.

En lo que se refiere a su aplicación, según indica CANCIO MELIÁ, cuando el titular de un bien jurídico (“víctima”) emprende conjuntamente con otro (“autor”⁵²) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico, la actividad generadora del riesgo se imputará al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en tanto que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor (por carecer la primera de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias) y el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima⁵³.

ser atribuida al ejercicio de la libertad de organización de su ámbito por parte del titular. Lo contrario implicaría privar al titular de su libertad de organización e imponer a los demás un deber de tutela que, al no estar formulado de modo expreso, no existe. Vid. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. pp. 275-279. En profundidad sobre el principio de autorresponsabilidad, vid. MARAVER GÓMEZ, M. El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva (Estudios y Comentarios de Legislación). Civitas, Pamplona, 2009, especialmente, Caps. 3 y 5. Crítico con el principio, GIMBERNAT ORDEIG; E: “Imputación objetiva, participación en una autopuesta...” cit. pp. 84-86.

49 El carácter específico de este dato desde una perspectiva normativa se constata claramente a su modo de ver en el hecho de que en todos aquellos casos en los que se plantea la posible relevancia del comportamiento de la víctima, si el afectado fuera un tercero no interviniente en la interacción, no habría ninguna duda sobre su tipicidad. Tal sería el caso por ejemplo de dos personas que acuerdan llevar a cabo una carrera ilegal en moto resultando lesionado o difunto un tercero. Vid. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva... cit. p. 306

50 CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. pp. 299 y 303-304.

51 *Ibidem*. p. 303.

52 Téngase en cuenta que, cuando CANCIO MELIÁ se refiere a autor en sus razonamientos, no lo hace en un sentido técnico-jurídico —de ahí el entrecomillado—. Autor aquí simplemente alude a la persona que colabora con la víctima en la empresa peligrosa y cuya responsabilidad se está valorando. No obstante, ese “autor” puede ser en sentido técnico también cualquier partícipe, esto es, inductor, cooperador necesario o cómplice.

53 CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 284; En similar sentido, vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. La víctima en el derecho... cit. p. 99 y ss.

Como ya se puso de manifiesto en las líneas anteriores⁵⁴, este autor no comparte la extendida clasificación roxiniana entre autopuestas y heteropuestas en peligro. De ahí que expresamente señale que la imputación de la actividad al ámbito de responsabilidad de la víctima no depende de la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material de víctima y autor per se⁵⁵, es decir, que sería perfectamente posible en su opinión, con independencia de las reglas que rigen la autoría y participación, que una determinada acción sea llevada a cabo por el “autor” y se impute a la víctima, y viceversa. Así, una vez se haya constatado que es a la *interacción existente entre autor y víctima* a la que hay que reconducir la actividad arriesgada, dicha organización conjunta no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución, sino que la autorresponsabilidad de la víctima lleva a imputarle a ésta el suceso acaecido⁵⁶.

De esta forma, como puede comprobarse, el elemento esencial en la imputación a la víctima dentro de la construcción de CANCIO es la *organización conjunta*, la cual, por mor del principio de responsabilidad preferente de la víctima, lleva a imputar a ésta el comportamiento. Dicha organización conjunta no debe entenderse de modo análogo a la coautoría, de forma que tanto autor como víctima deban aportar una contribución de cierta importancia a la ejecución de la actividad, sino que ambas aportaciones a la empresa riesgosa común pueden ser de muy distinta entidad. Lo decisivo es que la interacción entre víctima y autor cree un contexto común de un mismo significado objetivo⁵⁷. La organización conjunta transmite la idea de que el riesgo que conlleva la actividad desarrollada por la víctima junto a otra persona es un elemento inherente a dicha actividad libremente elegida por ella en función de su autonomía⁵⁸.

No puede pensarse tampoco que da lugar a una organización conjunta cualquier intervención con relevancia causal de la víctima. Si no hay una empresa común con el otro participe autónomamente asumida por la víctima⁵⁹, no podrá darse la organización conjunta ni aunque en la actividad que emprende la víctima y en la

54 Vid. supra nota 25

55 CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 285

56 Ibídem. pp. 285-286

57 Ibídem. p. 290

58 Ibídem. p. 290.

59 CANCIO pone para ilustrar esta idea el siguiente ejemplo: Cuando alguien (A) facilita de algún modo a una persona ebria (B) la conducción de un automóvil y le acompaña en el trayecto, produciéndose una lesión en A debida al estado de ebriedad de B, posiblemente el daño deba ser imputado a A, pues el contexto “acompañar a un conductor ebrio” conlleva (determinados) riesgos de sufrir una lesión corporal. Pero si A facilita la conducción a B y emprende su camino a pie, siendo atropellado posteriormente por B, que se cruza en su trayecto, e igualmente a consecuencia del estado de ebriedad, parece evidente que el daño sufrido no puede atribuirse a A: el contexto “facilitar a una persona ebria un automóvil” no implica como organización conjunta el riesgo de atropello. Vid. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 291

que participa autónomamente el “autor” haya un alto peligro estadístico y aquella incluso se haya representado la posibilidad de lesión⁶⁰.

Para terminar de perfilar la postura que exponemos no puede pasarse por alto que, como ya se ha mencionado, existen una serie de circunstancias que excluyen la imputación a la víctima además del hecho de que la actividad peligrosa no esté dentro de los márgenes de la organización conjunta⁶¹. Se excluye también la imputación a la víctima cuando hay un defecto de responsabilidad o de cognición por parte de aquella, además de cuando existe un deber de garantía del “autor” hacia sus bienes.

A lo que a nosotros interesa, son dignos de especial mención los supuestos de instrumentalización por superiores conocimientos del autor (defecto cognitivo) y la posición de garante del mismo. En lo que se refiere al primero de los supuestos señalados, en opinión de CANCIO, los desiguales conocimientos por parte de la víctima van a ser relevantes para excluir la imputación a su ámbito de responsabilidad sólo cuando supongan que se ve incluida en una configuración de la actividad que debe atribuirse al autor⁶². De acuerdo con tal idea, se excluirá la imputación a la víctima y se afirmará la del autor cuando el contexto imputable a la víctima sea distinto e inferior en potencial lesivo al contexto imputable al autor⁶³. En lo respecta a la segunda hipótesis, tampoco podrá imputarse el daño al ámbito de responsabilidad de la víctima cuando la organización conjunta entre autor y víctima contenga un reparto de tareas que implique cometidos de control de ciertos elementos de riesgo y sea precisamente uno de esos elementos los que generen el riesgo que se concreta en la lesión de la víctima⁶⁴. Para que la actividad conjunta así conformada resulte relevante de cara a la exclusión de la imputación a la víctima

60 En este caso el ejemplo es el que sigue. Quien pasea por un bosque en el que sabe que hay muchos cazadores furtivos que no son demasiado cuidadosos en el uso de sus armas de fuego, no organiza conjuntamente con éstos una actividad que conlleve el riesgo de muerte por un disparo descuidado.

61 No pertenecen a la organización conjunta y, por tanto, no van a ser imputables a la víctima, aquellos casos en los que la otra persona introduce un elemento adicional a los factores de riesgo presentes en el contexto común o cuando la situación, de hecho, contiene de algún otro modo un factor de riesgo que no es inherente a la acción común, caso de un accidente, por ejemplo.

62 CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 370

63 *Ibidem.* p. 372. En los casos de contagio de SIDA, por ejemplo, sostiene CANCIO que, sólo en supuestos de una relación personal intensa (noviazgo, matrimonio) en los que el riesgo de contagio de SIDA no es inherente, el que el otro cónyuge sepa que está infectado y no lo comunique supondrá que ha creado un contexto más lesivo y que ha instrumentalizado a la víctima, siéndole imputable el contagio. Si por el contrario nos encontramos ante relaciones sexuales esporádicas, en las que la posibilidad de enfermedad sexual de la otra persona es un riesgo inherente, la falta de conocimiento de la víctima respecto de la enfermedad, no impide la imputación del contagio a su propio ámbito de responsabilidad y la impunidad de la otra persona, aunque no lo haya comunicado y tenga un conocimiento superior.

64 CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 294 y ss.

será necesario que se haya iniciado efectivamente⁶⁵ y que el deber de protección sea mínimamente practicable⁶⁶. Ahora bien, igualmente debe reseñarse que esos deberes de garantía no son absolutos y no excluyen la imputación de la víctima en todo caso. Si la persona encargada de ello, ha llevado a cabo el control del riesgo mediante determinadas medidas y la víctima las elude, los daños que se deriven de tal decisión le serán plenamente imputables sólo a ella⁶⁷.

La postura doctrinal acabada de exponer tiene importantes elementos en común con el posicionamiento de FRISCH. Éste último, de un modo crítico con la teoría de la imputación objetiva tradicional⁶⁸, es partidario de reducir su contenido. Postula autonomizar aquellos elementos que permiten afirmar el carácter desaprobado de la conducta (creando una teoría de la conducta típica) frente a aquellos que sustentan la imputación del resultado en sentido estricto⁶⁹. A su modo de ver, tal escisión es obligada para evitar la tendencia inflacionista que está convirtiendo a la imputación objetiva en una supercategoría *catch all* que puede llegar a desbordarse y a ocultar la necesidad de nuevas categorías del delito, dando lugar con ello a decisiones equivocadas o soluciones meramente aparentes⁷⁰.

Del mismo modo, al igual que el autor anteriormente comentado, FRISCH no cree fructífera la distinción que venimos planteando entre autopuestas en peligro y heteropuestas en peligro consentidas⁷¹. Por el contrario, lo decisivo es constatar que determinados menoscabos de los bienes de la víctima estén determinados por una concurrencia de la conducta ajena y de la conducta de la propia víctima, de manera que ésta ya no pueda considerarse instancia protectora de sus propios bienes, y la conducta ajena suponga una posibilidad de lesión inmediata, aun mediada por la conducta de la propia víctima. En su construcción tales supuestos, que él

65 El que el autor se haya comprometido a preparar la pista –eliminando posibles obstáculos peligrosos– por la que ambos, víctima y autor, van a efectuar un descenso esquiendo, no implica que responda el autor si finalmente éste no ha realizado la tarea a él encomendada y así se lo comunica a la víctima, que a pesar de todo decide bajar. Vid. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. pp. 294-95

66 En el caso de un conductor ebrio, la mera aseveración por su parte de que “irá con cuidado” o que respecto de su persona, el alcohol no influye en absoluto en sus facultades para conducir un automóvil, o alguna otra manifestación similar, no bastaría para atribuirle el deber de protección y eliminar la organización conjunta del riesgo. Vid. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. pp. 294-95

67 *Ibidem*. pp. 310-313. Imaginemos que un médico, antes de una operación peligrosa, le indica a la víctima que debe tomar un determinado medicamento y a tal efecto se lo receta, pero la víctima finalmente no se lo toma y muere en la operación. En este supuesto, tal decisión entra en el ámbito de responsabilidad de la víctima y solo a ella habría que imputar la muerte a pesar del deber del médico de controlar los focos de peligro de la operación.

68 Sobre la respuesta a esta crítica por parte de ROXIN, vid. ANARTE BORRALLA, E. Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva. Huelva, 2002, p. 143

69 FRISCH, W. Tipo penal e imputación objetiva. Colex. Madrid, 1995, p. 103.

70 FRISCH, W. Comportamiento típico...cit. p. 37.

71 *Ibidem*. pp. 187-188.

denomina en general como de “autodaños”, tienen que ver con la desaprobación de la creación de riesgos y se encontrarían ubicados sistemáticamente dentro de su teoría de la conducta típica⁷². Nos encontraríamos por tanto ante una cuestión de desvalor de acción y no de imputación del resultado propiamente⁷³.

De conformidad con la ubicación sistemática asignada, el fundamento material de la resolución de dichos supuestos radica en una ponderación óptima entre la libertad de actuación y la protección de bienes jurídicos. Sería inadecuado desaprobando y prohibir todo comportamiento que previsiblemente pudiera aprovecharse para dañarse o ponerse en peligro a uno mismo. Ello no solo daría lugar a una insoportable restricción de la libertad de actuación de los terceros, sino que restringiría también el espacio de actuación de la propia víctima amenazada por su comportamiento⁷⁴. Así, tanto desde el punto de vista del interés de los terceros en actuar como del interés en la libertad y en el autodesarrollo de aquellos que previsiblemente se podrían dañar, es obligado reconocer ámbitos de responsabilidad exclusiva de aquellos que mediante comportamientos propios pueden convertirse en víctimas⁷⁵. Dicho de otro modo, allí donde la producción de una determinada consecuencia depende de la conducta de terceros autorresponsables o de la conducta evitable de la víctima responsable, no se deseará en general, por las limitaciones a la libertad que ello conlleva —incluso para la propia víctima—, desaprobando las referidas conductas, sino que bastará con contemplar la racionalidad o responsabilidad del tercero, o de la propia persona como garantía suficiente ante la producción del daño⁷⁶. Como se comprueba, se coloca en un lugar central la responsabilidad de la víctima⁷⁷ —o mejor dicho el carácter responsable de sus

72 Así, REGIS PRADOS, L y MENDES DE CARVALHO, E. Teorías de la imputación... cit. p. 141.

73 ANARTE BORRALLA, E. Causalidad e imputación... cit. p. 142

74 FRISCH, W. La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas (Trad. Coca Vila, I.) Atelier, Barcelona, 2015. p. 75.

75 FRISCH, W. Comportamiento típico...cit. pp. 169-170.

76 FRISCH, W. y ROBLES PLANAS, R. Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Atelier. Barcelona, 2004. pp. 42-43; FRISCH, W. Tipo penal e imputación... cit. p. 130 y ss. Según indica el propio autor, cuando la prohibición de acciones que posibilitan a la víctima ponerse en peligro tienen que ver con la protección de intereses más allá de los suyos, no obstante, el desinterés del lesionado en la no realización de las acciones carece de significado. Es el caso por ejemplo del tipo de tráfico de drogas. Dado que esa prohibición obedece al interés general en la evitación de los peligros derivados de las adicciones, no se podrían declarar impunes los comportamientos de aquellos que entregan drogas haciendo referencia a la falta de interés del que las recibe en la protección. Vid. FRISCH, W. Tipo penal e imputación... cit. pp. 133-134.

77 La existencia de responsabilidad en esta problemática se viene interpretando de conformidad con las reglas de responsabilidad usadas en el comportamiento que daña a otros, de modo que se suele hablar de falta de responsabilidad sólo en supuestos de inimputabilidad en sentido jurídico. Sin embargo, FRISCH se muestra partidario de una interpretación más abierta atenta a la capacidad de entendimiento de la víctima para decidir sobre el alcance de su actuar a la luz de los principios del consentimiento eficaz. De tal forma, también afectarían en su opinión a la responsabilidad de la víctima los supuestos de engaño, error o coacción, así como aquellos estados de semiimputabilidad que generen una merma considerable de su capacidad de motivación. Vid. para más detalle FRISCH, W. Comportamiento típico...cit. p. 183 y ss.

decisiones—, de tal modo que, en general y con las puntualizaciones que se verán a continuación, esta circunstancia será un potente indicio de la exclusión de la responsabilidad del tercero mientras que, al contrario, sus deficiencias conllevarán el que no pueda escatimársele a la víctima la protección de sus bienes⁷⁸.

En concreto, FRISCH distingue a efectos expositivos entre autodaños conscientes e inconscientes⁷⁹.

En el primer grupo de casos, a la luz del principio esencial esbozado, en aquellos escenarios en que la autorresponsabilidad esté ausente, esto es, que la víctima sea incapaz de enjuiciar razonablemente el menoscabo del bien jurídico al que se expone, existe un interés preponderante en prohibir aquellas acciones que previsiblemente pueden conducir o ayudar al autodaño o a la autopuesta en peligro de la víctima. El interés en actuar del tercero debe ceder ante la protección de los bienes de la persona no responsable a no ser que una persona con tal atributo encargada de su tutela adopte la decisión por él. Consecuentemente nos encontramos en estas situaciones ante creaciones de riesgo desaprobadas.

Cuando, por el contrario, nos encontramos ante una persona perfectamente capaz de evaluar las consecuencias de su actuación, la respuesta es la opuesta. En estos supuestos resultaría inadecuado e innecesario limitar la capacidad de actuar del tercero, al menos en los casos en que existe una mera posibilidad de autodaño o autopuesta en peligro. Si fuera de otro modo incluso el propio sujeto a proteger se vería afectado, ya que él también tiene interés en la realización del comportamiento que se prohibiría. Esta solución es claramente aplicable respecto a los bienes disponibles, pero, incluso en el caso de los bienes no disponibles, aun pudiendo admitirse la eventual necesidad de la prohibición de la conducta, no podría sostenerse una postura distinta en opinión del profesor alemán. Y ello porque proteger a las personas de las consecuencias previstas de sus actividades peligrosas supondría cercenar su libertad de desarrollo. Pero, es más, también en los casos en los que no existe este ánimo de desarrollo detrás de la autopuesta en peligro consciente, actuar de otro modo supondría cuestionar inaceptablemente la capacidad de esa persona de adoptar decisiones responsables, aun en el caso de que ésta sea colocarse en una situación que puede llevarlo a la muerte⁸⁰.

Por último, en aquellos casos en los que, desde una perspectiva *ex ante* no queda claro si la víctima es responsable o no, o no puede descartarse con certeza que no lo sea, la ponderación de la que parte FRISCH aconsejaría la abstención del tercero ante la posible lesión de bienes de un eventual irresponsable, aun sin indicios sólidos de tal circunstancia⁸¹. Tal solución, aunque correcta en línea de principio, plantea dificultades en relación con el derecho penal alemán, ya que —lo cual no

78 *Ibidem.* p. 244.

79 *Vid.* para todo lo que sigue *Ibidem.* pp. 171-180 y 198-236.

80 *Vid.* FRISCH, W. *Comportamiento típico...*cit. pp. 174-176.

81 El autor, no obstante, parece referir esta afirmación exclusivamente a bienes jurídicos especialmente valiosos como la vida. *Vid Ibidem.* p. 178.

es un problema trasladable al derecho penal español— se cuestiona el principio de impunidad de la participación en el suicidio responsable.

Esto sería así, en primer lugar, porque, en los casos en los que se actuase contando con la posibilidad estadística de ayudar a un no responsable que finalmente resulta serlo, debería castigarse, como poco, por tentativa, por tener conocimiento de la posibilidad fundamentadora de la tipicidad. Tal forma de proceder, además, —segunda objeción— presenta un problema adicional: no se trata de una conducta con una peligrosidad pareja a la normalmente exigida en la tentativa de los delitos de resultado, que exige una peligrosidad basada en indicios más concretos. En consecuencia, sólo en aquellos casos en los que existan indicios concretos de falta de responsabilidad por parte de la víctima podrá justificarse la desaprobación de las participaciones en sus autodaños o autopuestas en peligro.

En los supuestos de autopuestas en peligro inconscientes, la idea directriz que se deriva de la ponderación de intereses es que la protección de los bienes frente a situaciones de descuido constituye una tarea del propio individuo responsable. Actuar de otro modo desconocería una vez más ese atributo fundamental del individuo y supondría una restricción inaceptable tanto de la libertad de actuación de terceros como de la propia víctima, incluso en aquellos casos en los que existan indicios concretos de que el otro, a partir de la propia conducta, podría dañarse o ponerse en peligro. Esta idea básica no operaría, de nuevo, cuando se trata de personas no plenamente responsables en el sentido aclarado *supra*, en cuyo caso rige el principio opuesto.

Las excepciones a esta idea central en el caso de personas responsables pueden producirse, a grandes rasgos, por dos razones: o bien porque no existe libertad de actuación del tercero, o bien porque concurren circunstancias especiales que determinan deficiencias relevantes en la capacidad de autocuidado. En palabras de FRISCH, se trata de aquellos supuestos en los que el individuo responsable espera y puede esperar protección frente a peligros vinculados a determinadas conductas mediante la prohibición de ciertas acciones⁸². Junto a ello, el autor añade como excepción obligada aquellos casos en los que se fuerza a la víctima a llevar a cabo acciones peligrosas sin que ésta se percate de ello.

Las primeras excepciones se refieren a aquellos supuestos en los que existen reglas de coordinación de actuaciones entre la eventual víctima y el tercero, ya sean jurídicas o prejurídicas (seguridad vial, reglamentos deportivos, etc.)⁸³.

Las excepciones que más interesan a los efectos del presente artículo son las segundas. Entre ellas se incluyen, a grandes rasgos, la posición de garante⁸⁴ y el conocimiento superior. Un supuesto específico de posición de garante que resulta

82 Vid. FRISCH, W. Comportamiento típico...cit. p. 201.

83 Dado que estos supuestos no son directamente aplicables a los supuestos que se tratan de resolver en el presente trabajo entendemos suficiente su cita. Para más detalle sobre tales escenarios, Vid. *Ibidem*. pp. 202-212.

84 Como por ejemplo aquellas relaciones de prestación cuyo contenido consiste en eximir de los propios cuidados, tales como servicios de médicos, mecánicos, guías de aventura...

especialmente relevante a nuestros efectos es el que surge en el ámbito de la entrega de productos. En este contexto, cuando un individuo recibe un determinado bien, aunque su interés principal sea su adquisición, presupone que éste ha sido entregado de un modo que permite su uso normal sin riesgos y, en caso contrario, espera ser advertido. El incumplimiento de esta expectativa genera responsabilidad en el sujeto que se lo entrega por los daños que pudieran producirse. De esta idea se desprende que la mera fabricación o suministro de productos peligrosos no supone, por sí misma, una creación de riesgo desaprobada frente al destinatario cuando éste está suficientemente informado de tales peligros. En estos casos, la principal preocupación consiste en evitar que los productos lleguen a manos de personas no responsables. Asimismo, las exigencias de advertencia se reducen cuando consta que los destinatarios disponen ya de información suficiente sobre los riesgos.

Esta responsabilidad se exige principalmente al fabricante, aunque presenta matices en los supuestos de mero suministro o distribución minorista. En estos casos, el minorista debe asegurarse de que los productos estén autorizados o, cuando no sea necesario o no proceda, de que no hayan sido objeto de reparos hasta el momento, incluso aunque la venta pudiera ser ilícita. Solo cabría imponerle una obligación penal de no comercializar el producto o de advertir de sus riesgos cuando disponga de un conocimiento pericial superior —o lo haya adquirido recientemente— que le permita sospechar la eventual peligrosidad del producto.

Por último, en los supuestos de conocimiento superior, el fundamento de la excepción al principio de autorresponsabilidad de la víctima reside en que, en una convivencia ordenada, se protege la confianza en que los demás no inducirán a conductas peligrosas, no reforzarán dicha disposición ni facilitarán su realización cuando sean conscientes de que el sujeto no ha advertido la peligrosidad específica de sus acciones. Sobre esta base normativa, tales conductas se prohíben cuando el favorecimiento de la autopuesta en peligro de la víctima, ignorándolo ésta, aparece, según su sentido, como la causación directa y consciente de dicha puesta en peligro^{85,86}. Ello no concurre en supuestos de mera inactividad (quien, sabiendo, no utiliza su conocimiento para advertir, *a salvo posición de garante*) ni en supuestos de actuación positiva cuando esta no tiene el sentido de ocasionar o posibilitar la autopuesta en peligro inconsciente del tercero (por ejemplo, el suministro de

85 Tal actuación del tercero puede ser dolosa, cuando se exhorta a la víctima a realizar acciones cuya idoneidad para dar lugar al resultado dañoso se da por supuesta, o imprudente cuando se induce a una actuación cuya peligrosidad se prevé por el tercero, pero se confía en un desenlace feliz. Vid. FRISCH, W. Comportamiento típico...cit. p. 232.

86 Incluso en los casos en los que la conducta del tercero con un conocimiento superior puede tener el sentido de haber ocasionado la autopuesta en peligro, advierte el autor que no debería considerarse desaprobada cuando deba contarse con el aprovechamiento del conocimiento superior por parte del tercero porque esto se percibe como adecuado socialmente. Tal puntualización no tendría relevancia en cuanto a comportamientos que afecten a la vida o la integridad física, pero podría ser aplicable en las transacciones patrimoniales siempre que no nos encontremos ante un engaño expreso o concluyente, o un abuso torticero de la ignorancia o inexperiencia ajenas. Vid. FRISCH, W. Comportamiento típico...cit. p. 235-236.

sustancias que no generarían riesgos si se usan conforme a su destino, aunque se considere posible o incluso probable su uso indebido).

2.2. La postura de la jurisprudencia española

La riqueza de la respuesta de los tribunales a la problemática que aquí se nos plantea, como suele ocurrir de ordinario, no es tan rica en matices como las propuestas doctrinales. En tal sentido, como desarrollaremos a continuación, la jurisprudencia ha solucionado los supuestos de participación de la víctima en su propia lesión a través de dos instrumentos fundamentalmente.

Tras unos inicios en los que se negaba toda relevancia a la aportación de la víctima a la génesis del riesgo que posteriormente se iba a materializar en su propia lesión seguidos de algunos intentos por así decirlo “menores” de tener en cuenta dicha circunstancia basados en la negación de la previsibilidad del resultado o en la interrupción del nexo causal, la primera gran vía de solución de la problemática que tratamos por parte del Tribunal Supremo —a partir aproximadamente de la década de los setenta— fue la llamada *concurrencia de culpas* o *concurrencia de conductas*⁸⁷.

Esta doctrina partía de la imposibilidad de aplicar en el ámbito penal, dado su carácter público, la institución civil de la compensación de culpas⁸⁸ para, acto seguido, afirmar que, *con fundamento en un sentido de justicia, impregnado de equidad, que se rebela contra la tesis de la absoluta inoperancia del proceder culposo de la víctima o perjudicado*⁸⁹, es posible, no obstante, otorgar influencia a dicha conducta sobre la calificación jurídica de los hechos cuando la misma aparezca como *concausa* en mayor o menor medida del evento dañoso.

Como se puede observar, el alto Tribunal sitúa la cuestión en el plano de la causalidad⁹⁰. Su proceder consiste concretamente en comparar la incidencia causal de las conductas de autor y víctima para definir cuál ha sido el peso de cada una en la producción del resultado y rebajar el grado de la imprudencia del autor —su culpabilidad en aquel entonces— si se llega a la conclusión de que éste no ha

87 Un detallado análisis sobre la génesis de esta doctrina en CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. pp. 95-110.

88 La compensación de culpas civil, regulada en el art. 1.103 CC, supone que la responsabilidad del agente de un daño puede verse moderada o eliminada por la culpa de la persona que sufre el daño en función de sus distintas entidades.

89 STS de 29 de febrero de 1992. Según SERRANO MÁILLO, esas razones de justicia material son esenciales para explicar el cambio de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo se ha movido de esa manera para evitar injusticias, pero no ha reparado sin embargo en las posibles incoherencias y nuevos problemas que habrían de sobrevenir. Vid SERRANO MÁILLO, A. La compensación en derecho penal. Dykinson, Madrid, 1996, p. 13.

90 Junto a esta ubicación algunas sentencias aisladas del TS han tratado de justificar la concurrencia de culpas en la previsibilidad de la conducta o dentro de la observancia del cuidado objetivo. Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. La víctima en el derecho... cit. pp. 159-160.

realizado por sí solo el resultado⁹¹. Este razonamiento incluso podía llevar excepcionalmente a la absolución del autor si su contribución causal era insignificante al lado de la de la víctima⁹².

Tal forma de actuar por parte del Tribunal Supremo se ha hecho acreedora de importantes críticas doctrinales. Una de las más extendidas fue puesta de manifiesto tempranamente por LUZÓN PEÑA: la imposibilidad de graduar el aporte causal de los cocausantes del hecho si se parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones⁹³. La conducta de los intervinientes en el hecho es causal respecto al resultado o no lo es, pero no se puede afirmar que haya conductas más causales, principales, preponderantes, eficientes, etc., terminología añeja que, sin embargo, se puede encontrar en numerosas sentencias del Supremo que resuelven supuestos de concurrencia de culpas⁹⁴. En opinión de CANCIO MELIÁ, ese intento de atribuir a alguno de los participantes de alguna manera un peso mayor en el acontecimiento no es un tema de causalidad, sino que responde a consideraciones normativas solapadas, a la necesidad de valorar de algún modo en el sistema de imputación el hecho de que la víctima ha contribuido de manera en cierta medida relevante al daño⁹⁵.

Una segunda crítica a esta solución jurisprudencial es la que señala que su aplicación a los casos que aquí estudiamos no es apropiada. Si su denominación parece aludir en puridad a supuestos en los que hay una mera coincidencia causal independiente entre autor y víctima, no es apropiado que el Tribunal Supremo la aplique también —y no son pocos los casos— a hipótesis sustancialmente diferentes en las que existe una mayor interacción entre la víctima y autor concretada en un acuerdo entre ambos intervinientes en cuanto a la génesis de la situación de riesgo

91 Un análisis más detallado del proceso lógico que el Tribunal Supremo sigue en la aplicación de esta doctrina en SERRANO MAÍLLO, A. La compensación en...cit. p. 93 y ss.

92 CANCIO MELIÁ incluso llega a afirmar que estas sentencias absolutorias a partir de la concurrencia de culpas no son del todo infrecuentes. Cita entre otras, las SSTS de 4 de julio de 1984 y de 20 de febrero de 1993. Vid. CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 101.

93 GARCÍA ÁLVAREZ, P. La víctima en el derecho penal.... cit. p 180; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Ámbito de responsabilidad de la víctima y...” cit. p. 716; LUZÓN PEÑA, D. M. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid, 1996, p. 526; SERRANO MAÍLLO, A. La compensación en...cit. p. 103; El propio TS parece haber asumido esa crítica en la STS de 17 de julio de 1990 (“caso de la botella”) en la que señala expresamente que tampoco se ve afectada la causalidad (por la conducta de la víctima), pues el consentimiento respecto del peligro podría incidir en la protección penal, pero, de ninguna manera, en el ámbito de la causalidad entre la acción generadora del peligro y el resultado producido...

94 Vid. entre otras, las SSTS de 2 de mayo de 1974, 13 de marzo de 1975, 24 de abril de 1975, 4 de marzo de 1976, 15 de octubre de 1977, 17 de abril de 1978... Entre las relativamente recientes pueden verse las de 12 de diciembre de 1983, 1 de octubre de 1985, 25 de septiembre de 1986, 11 de noviembre de 1987, 30 de mayo de 1988, 8 de febrero de 1991...

95 CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 107. Es precisamente ese elemento normativo tácito el que, según el autor, permite al Supremo discriminar sin atisbo de duda entre aquellos casos en los que se aplica la concurrencia de culpas y aquellos otros en los que, pese a la ostensible influencia causal de la víctima, no hay imputación de ningún tipo a la víctima. Vid. *Ibidem*. pp. 125-126.

que se materializará posteriormente en los daños a la víctima, cual es el caso de las autopuestas y heteropuestas en peligro⁹⁶.

También ha puesto de manifiesto la doctrina que, aunque en la teoría de la concurrencia de culpas se parta como un mantra de la imposibilidad de la compensación de culpas en derecho penal, ello es en realidad lo que late tras la construcción jurisprudencial⁹⁷. Una “confesión” del propio Tribunal Supremo en tal sentido la encontramos en su sentencia de 8 de febrero de 1991 en la que podemos leer textualmente en su fundamento cuarto:

Los estudios jurídicos sobre la concurrencia o la compensación de culpas pecan muchas veces de extremadamente sutiles para diferenciar los términos verbales concurrir y compensar porque en la conclusión final se llega por la concurrencia de culpas a casi los mismos efectos que se demandaban por la vía de la compensación.

Todas las críticas anteriores ponen de manifiesto la falta de un sólido fundamento dogmático en la solución empleada por el Tribunal y apuntan a que poco más que puras razones de equidad laten en su seno. Ello, sin perjuicio de la buena fe que anima al Tribunal, abre importantes espacios a la arbitrariedad⁹⁸ y la hace inaceptable.

A raíz de las críticas puestas de manifiesto, nuestro alto Tribunal ha ido superando dicha doctrina y, en la actualidad, suele tratar los problemas de participación de la víctima en situaciones de riesgo para su persona, mayoritariamente⁹⁹, a través de la más moderna teoría de la *imputación objetiva*¹⁰⁰.

En tal sentido, la STS de 17 de julio de 1990 es una de las primeras sentencias que apuntan decididamente en la línea señalada. Dicha sentencia, que resuelve el llamado “caso de la botella”¹⁰¹, parece aceptar sin fisuras las tesis de ROXIN. Así, de un lado, asume la posibilidad de distinguir entre casos de autopuesta y heteropuesta en peligro cuando afirma que *la víctima no realiza por sí una acción peligrosa, sino*

96 CANCIO MELIÁ, M. *Ibidem*. pp. 101-102; GARCÍA ÁLVAREZ, P. La víctima en el derecho penal.... cit. p. 190;

97 En tal sentido, ha afirmado CEREZO MIR que el Tribunal Supremo “admite veladamente la compensación de culpas, aunque proclame solemnemente lo contrario”. Vid. CEREZO MIR, J. “El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n° 36/3, 1983, p. 501. En el mismo sentido, SERRANO MAÍLLO, A. La compensación en...cit. p. 118 y ss.

98 CANCIO MELIÁ, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva...cit. p. 116.

99 Decimos mayoritariamente porque, aun a día de hoy, el Tribunal Supremo usa esta construcción en determinados casos, si bien acudiendo a fundamentos distintos de la causalidad.

100 De esta opinión también, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Ámbito de responsabilidad de la víctima y...” cit. p. 713; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. La responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción. *Leynfor Siglo XXI*, 2000, p. 81; TAMARIT SUMALLA, J. M. La víctima en el derecho... cit. p. 123

101 Un amigo reta a otro, que había estado haciendo alardes de puntería con su pistola (que poseía por ser guardia civil), a acertarle en una botella mientras bebe. El poseedor de la pistola acepta y dispara en el momento en que aquel hace un movimiento para limpiarse, alcanzándole y falleciendo al tiempo.

[que ha] *consentido, consciente de lo que hacía, en la realización de la acción generadora del peligro por parte del otro*. De otro lado, comparte también la posibilidad de excluir el castigo de los supuestos de heteropuesta en peligro por no estar incluidos en el fin de protección de la norma cuando sean de análogo significado a los casos de creación del peligro por la propia víctima¹⁰².

A partir de dicha resolución, tras algunas sentencias intermedias titubeantes¹⁰³, la jurisprudencia del Supremo parece haber asentado la idea de la imputación objetiva respecto a la participación de la víctima. Así, por ejemplo, en la STS de 30 de diciembre de 1996, se resuelve un caso en el que una mujer, ante el maltrato de su marido, se tira por una ventana lesionándose. Si bien no compartimos el fallo de la sentencia, en la misma se recoge que, aunque *puede predicarse una causalidad material, no puede sostenerse la moral, pues falta la **imputación objetiva**, porque el resultado acaecido quedó fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha vulnerado mediante su acción, ya que en este caso no se realiza en el resultado el riesgo jurídicamente desaprobado que ha creado el autor, sino otra clase de riesgo, diferente y extraño a aquél*¹⁰⁴.

Mucho más claras aún resultan por ejemplo las STS de 26 de septiembre y 26 de octubre de 2005, en las que se resuelven respectivamente un caso de huida por una ventana con resultado de lesiones al caer y las lesiones resultantes de la participación en una riña. Nuevamente, con independencia de la solución concreta a cada uno de los casos —la cual no interesa aquí—, se establece en relación a los supuestos de autopuesta en peligro que *es la teoría de la imputación objetiva la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado, y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales. Conforme a estos postulados (...) la imputación del resultado requiere además verificar:*

1º. Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.

2º. Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

*(...) no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado **cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción**, en cuyo caso el resultado pro-*

102 Sólo en casos excepcionales, en los que el riesgo consentido proveniente de la acción de un tercero sea equivalente a la creación del peligro para sí por la propia víctima (p. ej. cuando el pasajero con prisa ordena al conductor del coche que acelere la velocidad del mismo por encima de lo permitido), se sostiene en la teoría la posibilidad de pensar directamente en la exclusión de la responsabilidad del que haya causado el resultado infringiendo el deber de cuidado. En estos casos, como es lógico, entrarán en consideración los criterios de la imputación objetiva referidos al fin de protección de la norma (FJ.1).

103 Como por ejemplo la STS de 20 de febrero de 1993, en la que se mezcla la teoría de la imputación objetiva con la solución y la terminología causalista de la tradicional concurrencia de culpas. La STS de 20 de noviembre de 2007, pese a ser más moderna, incurre en el mismo error.

104 Los resaltados en negrita son nuestros

ducido se imputará según el principio de la «autopuesta en peligro» o «principio de la propia responsabilidad»¹⁰⁵.

Otra sentencia que apunta en la misma línea y que destacamos por su proximidad temporal es la STS de 31 de mayo de 2019, en la que se resuelve nuevamente un caso de huida a través de una ventana con resultado de lesiones. El alto Tribunal vuelve a incidir en la idea de *que la esencia de la teoría de la imputación objetiva radica en la idea de que el resultado lesivo debe serle imputado al acusado siempre y cuando dicho resultado sea la consecuencia o realización de un peligro jurídicamente desaprobado creado por aquél, (...)*

A ello ha de unirse, (...), la exigencia de que ese resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Es decir que no cabrá hacer aquella imputación si el tipo no se destina a la evitación del resultado de que se trate.

*Esta última referencia adquiere especial relevancia precisamente, y en lo que ahora nos interesa, cuando el supuesto examinado puede encuadrarse en las hipótesis, entre otras, que pudieran calificarse de **autopuesta en peligro**. Es decir, cuando la víctima no es ajena con su comportamiento a la producción del resultado. (FJ 4)¹⁰⁶.*

Como puede observarse al hilo de la exposición anterior, no resulta una conclusión descabellada sostener que nuestra jurisprudencia ha asumido la teoría de la imputación objetiva y que, en lo que a nosotros atañe, no considera punible la participación en los daños que se produzcan a consecuencia de la propia actuación arriesgada de la víctima. Cuándo se dé esta situación de autopuesta en peligro, empero, más allá de casos obvios, es algo que depende en mayor medida del caso concreto y respecto de lo cual el Tribunal Supremo no parece haber establecido unos criterios tasados y susceptibles de aplicación universal.

Precisamente a causa de lo acabado de decir, para culminar el presente apartado, creemos oportuno traer aquí una serie de casos en los que se ha decidido un supuesto de hecho en cierta medida análogo a aquel sobre el que nos interrogamos en el presente trabajo, supuestos de daños o muertes por consumo de drogas¹⁰⁷. A partir de su estudio podremos hacernos una mejor idea de cuál sería la solución que los tribunales darían a un supuesto como el que nos ocupa.

Lo primero a destacar de estos casos es su reducido número. No más de 5 o 6 son los supuestos de venta de drogas con posterior resultado de muerte o lesiones que hemos podido encontrar tras una exhaustiva búsqueda en la jurisprudencia del

105 STS de 26 de septiembre de 2005, FJ. 2; STS de 26 de octubre de 2005, FJ 8. En el mismo sentido, entre otras, las SSTS de 17 de septiembre de 1999, 20 de enero de 2000, 19 de octubre de 2000, 20 de noviembre de 2007, 9 de diciembre de 2009, 23 de julio de 2012, 1 de abril de 2013... Los resaltados en negrita son nuestros.

106 El resaltado en negrita es nuestro.

107 Huelga recordar aquí que partimos de la base de que la ayahuasca no es una droga en sentido jurídico-penal. No obstante, el hecho de contener un principio activo que en su forma sintética está fiscalizado a nivel internacional hace a nuestro entender válida la analogía con estos casos.

Tribunal Supremo¹⁰⁸. A pesar de ello, la semejanza de criterio de las diversas resoluciones permite establecer con cierto apoyo unas líneas generales de su postura.

Las sentencias del Tribunal Supremo analizadas hasta el año 1993 se caracterizan por tratar el tema fundamentalmente como un supuesto de preterintencionalidad¹⁰⁹. En todas ellas, a pesar de que se aprecian unas incipientes “inquietudes normativas” respecto a la atribución de los daños que se cursan a través del expediente de la causalidad¹¹⁰, el elemento determinante en la condena es la intención o previsibilidad de la persona que suministra la droga respecto a los daños que se producen posteriormente, esto es, la existencia por su parte de dolo eventual o imprudencia. Así, en los casos en los que se aprecia alguna de estas representaciones mentales —fundamentalmente el dolo eventual—, se condena al suministrador por los daños producidos¹¹¹ y sólo su ausencia permite afirmar la ruptura de la causalidad entre la acción del proveedor y el resultado dañoso, cosa que ocurre en la STS de 11 de noviembre de 1987. En dicha resolución, tras negar la existencia de dolo o culpa por parte del suministrador *por la imprevisibilidad del resultado fatal, (...) puesto que expresamente la advirtió de la gran cantidad de heroína que se inyectaba, lo que fue desoído por la víctima, y posteriormente la auxilió*, se afirma que *si bien [el resultado] se produjo por la inyección de heroína, y en este sentido, [el suministrador] puso una condición «sine qua non» del resultado, (...) sin embargo, para que éste pueda serle objetivamente atribuido, es necesario además que tal condición sea adecuada, eficiente o apropiada (...) lo que no puede sostenerse, (...), sino que el óbito tuvo lugar por la aplicación excesiva de la dosis de heroína, la cual, no consta estuviere adulterada*.

Pasando por alto la incongruencia en la que incurre el Tribunal al afirmar que no existe dolo o culpa por la imprevisibilidad del resultado final, *puesto que expresamente la advirtió* —a la víctima— *de la gran cantidad de heroína que se inyectaba*¹¹², un elemento central de la decisión parece ser el que la sustancia no estaba adulterada. De la redacción de la sentencia es posible deducir *a sensu contrario* que, si la droga lo hubiera estado, otra hubiera sido la solución. No habrían existido obstáculos para considerar la condición puesta por el suministrador como eficiente respecto al resultado y, consecuentemente, para atribuírselo y afirmar su dolo eventual.

108 Se han analizado las SSTs de 4 de marzo de 1985; 11 de noviembre de 1987; 29 de mayo de 1991; 27 de febrero de 1992 y 20 de febrero de 1993.

109 Un supuesto en el que el sujeto acaba realizando un daño más grave del que quería. Esto ocurría en el artículo 348 del antiguo Código Penal, en el que se castigaba el tráfico de drogas con resultado de muerte.

110 Así por ejemplo la STS de 4 de marzo de 1985 señala que es preciso que, el resultado, sea determinado, generado o desencadenado por la actividad del agente, pero valorando la relevancia de la misma con criterios de adecuación o de eficiencia y negando dicha relevancia cuando la interferencia de una actividad ajena ha incidido poderosamente en el encadenado curso de los acontecimientos que culminaron en la muerte de una o de más personas. En el mismo sentido, la STS de 11 de noviembre de 1987. El resaltado en negrita es nuestro.

111 Esto ocurre en las SSTs de 4 de marzo de 1985 y de 27 de febrero de 1992.

112 Si la advierte es precisamente porque el suministrador preveía la posibilidad de un daño. Lo que elimina el dolo o la culpa es que el aviso cumple con el deber de cuidado y demuestra que el sujeto no quería el daño.

La última apreciación no es baladí. Todas las sentencias que condenan afirmando la causalidad eficiente del suministro respecto al daño recogen casos en los que se deduce el dolo eventual de la existencia de una condición de mayor peligrosidad en la sustancia (gran pureza o adulteración) que no se ha comunicado al consumidor, incluso en supuestos en los que el suministrador lo desconoce de hecho¹¹³. Si en la sentencia de 1987, una determinada condición de la droga que supone un mayor peligro, y que habría sido desconocida por la víctima, también habría permitido considerar que el suministro es la causa adecuada de los daños y que, a partir de ahí, existe un dolo eventual —que puede traer causa de un conocimiento que, como se ha visto, no es necesario demostrar en el caso concreto—, parece que la dirección del razonamiento es justo la opuesta a la que dice seguir el Tribunal Supremo. No es que la existencia del dolo eventual suponga la prueba de que el suministro es la causa eficiente del resultado, sino que es el desconocimiento de la víctima de una determinada condición peligrosa de la sustancia la que lleva a afirmar la eficiencia de la acción del proveedor como causa y, subsiguientemente, su dolo eventual con independencia de su conocimiento efectivo. Esta importancia velada que el Tribunal Supremo otorga al conocimiento de la víctima respecto al peligro al que se somete parece ser una muestra de esa normatividad oculta en las soluciones causalistas a la que se refería CANCIO MELIÁ. Mediante un revestimiento de ropajes dogmáticos causalistas, la jurisprudencia justifica en estos casos una solución que en realidad tiene que ver con una atribución normativa. Si la víctima es consciente del riesgo al que se somete, los eventuales daños no se pueden atribuir al que suministra la sustancia y se le absolverá. Si por el contrario la víctima no es consciente del peligro, la solución será la opuesta.

Esta tendencia solapada a hacer depender la condena del conocimiento de la víctima en los casos de drogas halla su consagración en la STS de 20 de febrero de 1993¹¹⁴, la cual marca un hito en su jurisprudencia respecto al tema, ya que dicha sentencia alude ya expresamente a la doctrina de la imputación objetiva y tiene en cuenta abiertamente la conducta de la víctima en la producción de su propio daño.

Tras descartar la existencia de dolo eventual por desconocer el traficante el alto grado de pureza de la heroína, el Tribunal declara que, por el contrario, sí que es posible afirmar la concurrencia de imprudencia en su comportamiento, circunstancia que justifica en que la medida del cuidado del traficante la constituyen *los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable*. De tal forma, al no desaparecer la obligación de todo aquel que expende sustancias de consumo a no aumentar los riesgos que éste encierra ordinariamente por el hecho de llevarse a cabo el suministro en el ámbito de la ilegalidad, *el procesado venía obligado a asegurarse de que la droga con la que traficaba no se apartaba de los patrones usua-*

113 Caso de la STS de 27 de febrero de 1992, en la que dicho conocimiento se atribuye potencialmente al sujeto que la suministra por el mero hecho de su previa condición de consumidor sin probarlo en el caso concreto.

114 En dicha sentencia se resuelve nuevamente un supuesto de muerte por sobredosis de heroína sin conocimiento de tal circunstancia por parte de la víctima.

les en el mercado y no contenía una probabilidad mayor de riesgos de los que son asumidos usualmente en ese tráfico, por los consumidores de la droga.

Una vez afirmada la culpa del proveedor, el Supremo, asumiendo los postulados de la imputación objetiva, se plantea el valor del comportamiento de la víctima. En tal sentido, expresamente señala que *cuando junto al peligro inicial aparece comprobada la intervención de terceros que asumen el riesgo creado por la acción de otro, se quiebra la imputación objetiva porque «en tales casos, el resultado antijurídico ya no proviene del riesgo previo. (...) Respecto al comportamiento de la propia víctima, es evidente que nadie debe favorecer conscientemente el incremento del peligro a que están sometidos los bienes jurídicos de que es titular, y si lo hace, esa asunción del riesgo de la acción del agente influye sobre la imputación objetiva de tal acción. Pero sólo si puede reprocharse a la víctima por algún título –dolo o culpa– esa asunción del riesgo puede ésta tomarse en cuenta para atenuar o excluir la imputación objetiva. Pero tal asunción del riesgo implica el conocimiento de su existencia. Si no, no hay asunción, esto es, aceptación voluntaria o negligente del peligro.*

De acuerdo con la doctrina fijada, entiende finalmente el Tribunal que, en el caso objeto de juicio, *la víctima sólo asumió los riesgos ordinarios de su adicción a la droga, pero [no] el riesgo extraordinario sobreañadido en este caso, (...), ya que le era desconocido y que la tesis de la «asunción del riesgo» o «autopuesta en peligro» no puede ser aplicada para excluir la imputación objetiva y sus consecuencias en casos, como el presente, en los que la víctima no es consciente del peligro extraordinario asumido*¹¹⁵.

Como se observa, a partir de esta resolución, ya no necesita el Tribunal Supremo soterrar bajo la eficiencia causal del comportamiento del traficante en la producción del resultado la cuestión del comportamiento de la víctima y de su conocimiento del riesgo. La asunción de la teoría de la imputación objetiva y de la autopuesta en peligro, le permite abiertamente tener en cuenta el conocimiento de la víctima sobre los riesgos asumidos a la hora de atribuir normativamente los daños producidos a uno u otro interviniente. De esta manera, lo que se intuía en las sentencias previas a la de 1993, se declara expresamente en ésta: en los supuestos de daños derivados del consumo de sustancias, el Tribunal Supremo considera el conocimiento por parte de la víctima del riesgo asumido el elemento determinante en la imputación objetiva del resultado.

Es de justicia señalar que no hemos encontrado jurisprudencia en sentido estricto sobre el particular después de la sentencia de 1993. No obstante, el firme asentamiento de la doctrina de la imputación objetiva en la doctrina jurisprudencial nos hace creer que la conclusión del Tribunal Supremo en un caso de drogas como

¹¹⁵A pesar de que esta sentencia pone en valor claramente los postulados de la imputación objetiva, como se afirmó en una nota anterior, no consigue desembarazarse completamente de la tradicional doctrina de la concurrencia de culpas. En tal sentido, finalmente, aun habiendo declarado que el resultado no es imputable a la autopuesta en peligro de la víctima, procede a rebajar el grado de imprudencia del traficante debido a la participación de aquella, lo cual lleva a la exoneración de responsabilidad por no existir una forma más leve de imprudencia que la que inicialmente se estimaba cometida por el autor. Este proceder del Tribunal es una muestra clara de la penetración de razones de equidad que acaban distorsionando la solución puramente dogmática.

los aquí planteados no diferiría de la conclusión a la que llega en la STS de 20 de febrero de 1993, con la diferencia de que, una vez afirmada la imputación al traficante, no procedería a rebajar el grado de su imprudencia en virtud de la participación de la víctima dado el actual abandono de la teoría de la concurrencia de culpas en los supuestos de autopuesta en peligro de aquélla.

3. SOLUCIONES A LA CUESTIÓN PLANTEADA

Una vez analizadas las principales tendencias tanto doctrinales como jurisprudenciales en cuanto al problema que se nos plantea, procederemos en este apartado a intentar resolver la cuestión que constituye el objeto central del presente trabajo. En primer lugar, se expondrá la solución que creemos que aplicarían los tribunales si se le presentara un caso como aquel acerca del cual nos cuestionamos y, en segundo lugar, detallaremos la que en nuestra opinión sería la solución más dogmáticamente adecuada, aplicándola en última instancia a la situación concreta planteada.

3.1. La posible solución de los tribunales

Como se acaba de señalar en el apartado inmediatamente anterior, parece que el predominio de la teoría de la imputación objetiva lleva a la jurisprudencia a reconocer la participación voluntaria de la víctima en una actividad arriesgada con resultado dañoso como un supuesto de exclusión de la imputación objetiva respecto a las personas que participen con ella. A la hora de categorizar su participación, y más concretamente su autopuesta en peligro, como voluntaria, resulta esencial el conocimiento o la consciencia respecto al riesgo que asume. Es por ello que, en aquellos casos en los que existen daños derivados de una autopuesta en peligro de la víctima que no ha conocido el riesgo al que se sometía, aquellos se imputarían al partícipe en su puesta en riesgo “inconsciente” por así decirlo.

Si se aplican estas ideas a nuestro supuesto, parece que lo determinante para asegurar la impunidad del guía es que éste haya informado previa y abundantemente al consumidor de todos los riesgos que asume cuando consume ayahuasca, lo cual puede hacer mediante la entrega —con la suficiente antelación— de un documento o bien oralmente en los contactos previos con el futuro consumidor. Si, habiendo informado al consumidor claramente de los riesgos a los que se expone y de las precauciones que debe tomar, se produce algún efecto adverso o daño durante la toma directamente relacionados con los previamente advertidos, la jurisprudencia entenderá que tales daños son imputables a la autopuesta en peligro voluntaria del consumidor y absolverá de responsabilidad al guía, máxime si los daños provienen de que el consumidor no haya respetado los consejos y precauciones dictadas por aquel.

Si por el contrario el guía omite información o consejos relevantes, o los suministra de manera precipitada antes de la toma, casi con toda seguridad los tribunales

entenderán que el consumidor no era consciente del peligro al que se sometía y que, consecuentemente, no se puede hablar de una autopuesta en peligro voluntaria. Si en tal situación se producen daños al consumidor, éstos se imputarían al guía, el cual deberá asumir las responsabilidades penales y civiles oportunas.

3.2. Toma de postura dogmática

Una primera idea que creemos necesario apuntar es que, en contra de lo sostenido por CANCIO MELIÁ, es procedente y necesario distinguir entre supuestos de autopuesta y heteropuesta en peligro de la víctima. Como ya ha sido puesto de manifiesto por GIMBERNAT ORDEIG, tal distinción tiene sentido desde un punto de vista legal. Si el propio Código establece en los delitos dolosos una distinción valorativa entre quien *mata* a otro con su consentimiento (art. 143.3 CP) y quien *coopera* a que otro se mate a sí mismo (art. 143.2 CP), y entre quien lesiona a la víctima con su consentimiento (art. 155 CP) y quien la ayuda a autolesionarse (comportamiento atípico), también es apropiado distinguir en el seno de los delitos imprudentes entre quien *pone en peligro* a un tercero con su consentimiento y quien lo *ayuda a ponerse en peligro*.

El criterio determinante de la distinción será por tanto quién es el que realiza la acción peligrosa que se concreta posteriormente en un determinado comportamiento dañoso no querido por ninguno de los intervinientes y que podría dar lugar a la apreciación de un tipo penal¹¹⁶. A esto pueden ayudar las reglas de la autoría y la participación, las cuales, pese a exigir la previa constatación de un comportamiento típico y antijurídico, pueden traerse hipotéticamente a este momento previo a la afirmación de la tipicidad para comprobar si nos encontramos o no ante un supuesto de “autoría” de la víctima. Para ello partiríamos de la hipotética concurrencia de un delito de lesiones o de homicidio según el supuesto y comprobaríamos en el caso concreto quién habría sido su autor.

Para ser autor, siguiendo a DÍEZ RIPOLLÉS, entendemos necesario un aspecto de acceso al tipo y un aspecto de control. No obstante, como advierte el propio autor, en los tipos resultativos, pobres en elementos típicos, el aspecto preponderante será el del control¹¹⁷. Tal es el caso de las lesiones y el homicidio. Consecuentemente, de acuerdo a estas ideas previas, la víctima será autora o no en función de si ha realizado y controlado la acción peligrosa productora del daño o no. Si llegamos a la conclusión de que sí, estaremos ante una autopuesta en peligro. Si por el contrario llegamos a la conclusión de que ha sido una persona distinta a la víctima la que ha realizado y controlado la conducta que produce el daño entonces

¹¹⁶ En nuestra opinión, este parece ser también, aunque no lo especifique, el elemento base en la distinción de GIMBERNAT ORDEIG entre supuestos de autopuesta y heteropuesta en peligro de la víctima.

¹¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Derecho penal español... cit. p. 364.

estaremos ante una heteropuesta en peligro¹¹⁸. Una vez hecha esta deducción, la solución va a ser diversa en función de que califiquemos el caso como autopuesta o heteropuesta en peligro.

En los casos de autopuesta en peligro, la regulación del propio Código Penal da la solución. Así, si de una situación catalogada como de *autopuesta en peligro por la víctima* se derivan daños, éstos deberían calificarse, bien como un “autohomicidio” (o suicidio) imprudente, bien como una autolesión imprudente. Tales figuras son claramente atípicas en nuestro Código, ya que tanto el artículo 142 como el artículo 152 por referencia a los preceptos anteriores recogen acciones imprudentes de homicidio o lesión referidas exclusivamente a terceros. De ello se deduce que si la acción principal —la autoría— es atípica, el principio de accesoriedad de la participación impide castigar en estos casos la participación de un tercero¹¹⁹, a falta de un precepto que la pene expresamente como ocurre en el ámbito del suicidio¹²⁰. Esta solución, sin embargo, se excepcionará en dos casos.

En primer lugar, cuando el partícipe tenga una obligación de salvaguarda respecto a la víctima. En tal situación, aquel, que ostentaría una posición de garante, no responde por su participación activa en la autopuesta en peligro atípica, sino de forma independiente a título de autor en comisión por omisión por los daños que le sean imputables objetivamente derivados de no cumplir con su obligación de salvaguarda.

En segundo término, cuando la actuación del partícipe pueda considerarse una autoría mediata dolosa o imprudente mediante instrumento atípico¹²¹. Tales hipótesis constituyen en realidad una heteropuesta en peligro por parte del aparente partícipe, ya que es dicho sujeto el que realiza (mediatamente) y controla la acción

118 No compartimos la objeción de ROXIN de que hay determinados casos en los que en la fase decisiva ya nadie ostenta una posición de control y eso impide la averiguación de la autoría. En nuestra opinión, ello no es un problema porque es a partir de dicho momento cuando se inicia el resultado en sí. Habrá que ver quién ha tenido el control de la conducta hasta ese momento y a partir de ahí es el azar el que determinará si se produce un daño y el mismo se reconduce a la persona que controló el suceso en su fase “dominable” o bien no ocurre nada y simplemente hay una situación peligrosa. Vid. ROXIN, C. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida...” cit. p. 21.

119 De una opinión similar a la nuestra MIR PUIG, S. Derecho penal. Parte General. 9ª Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 524. En sentido opuesto, Vid. CEREZO MIR, J. Parte General II, 5ª Ed. Tecnos, 1997, p. 102. Igualmente crítico, TAMARIT SUMALLA, J. M. La víctima en el derecho... cit. p. 101.

120 Como puede observarse, nuestra solución camina en la misma línea que la planteada por LUZÓN PEÑA, si bien nosotros no deducimos la impunidad de la inexistencia de la participación imprudente, la cual no compartimos, sino, como se ha visto en el texto, de la accesoriedad de la participación —sea esta dolosa o imprudente— en un hecho principal atípico.

121 FRISCH critica esta forma de proceder a partir de la teoría del dominio del hecho y de la autoría porque ello no dice nada sobre el fundamento de la desaprobación de la conducta. En su opinión tal fundamento provendría de que la conducta a desaprobarse se presente por su sentido como ocasionar o posibilitar el comportamiento de autopuesta en peligro del que se pone directamente en peligro y lo ignora específicamente. Vid. FRISCH, W. Comportamiento típico... cit. pp. 230-233. A nuestro modo de ver, sin embargo, el fundamento suministrado, en el fondo, es difícilmente distinguible del criterio del dominio del hecho.

llevada a cabo. Como consecuencia, habrá que remitirse a la solución que ofrecemos a continuación.

En las hipótesis que caen bajo el halo de la heteropuesta en peligro consentida por la víctima en las que se le produzcan daños, la solución no es tan simple como la acabada de ver. Tales casos serían constitutivos, bien de un homicidio imprudente, bien de unas lesiones imprudentes, las cuales sí que aparecen recogidas en nuestro Código.

El consentimiento no parece ser una solución apropiada en estos casos, ya que, con independencia de la discusión acerca de la disponibilidad de los bienes jurídicos implicados, como ya se mantuvo *supra*, parece claro que en estos supuestos no se consiente respecto al resultado dañoso producido, sino exclusivamente respecto a su puesta en peligro. De ahí que, en línea con la doctrina mayoritaria, entendamos que la solución de estos supuestos debe venir por la vía de la imputación objetiva.

En esta línea de pensamiento, no compartimos tampoco la propuesta de GIMBER-NAT ORDEIG, ya que la misma a nuestro modo de ver no deja ningún espacio a la especial relación entre el titular y sus bienes jurídicos, al cual se le priva de toda posibilidad de dejar a otro que los ponga en peligro. Ello amén de paternalista podría dar lugar a determinadas situaciones de bloqueo social en línea con lo visto al hilo de la exposición de los planteamientos de FRISCH.

La solución que nos parece más apropiada en estos casos transita por la línea marcada por este último autor y CANCIO MELIÁ. En tal sentido, entendemos que el principio de autorresponsabilidad es un instrumento que permite solucionar solventemente los supuestos de heteropuestas en peligro consentidas otorgando un necesario margen de libertad a los ciudadanos en la utilización de sus bienes jurídicos. La única diferencia que mantenemos con estas posturas tendría que ver con la ubicación sistemática de tal principio. A nuestro modo de ver, la autorresponsabilidad permite excluir la imputación objetiva del resultado al autor a través del mismo criterio que utiliza ROXIN, esto es, el del fin de protección de la norma¹²². Si tal criterio, según lo entendemos nosotros, da cabida a una serie de valoraciones político criminales¹²³, entendemos que ese es el lugar más adecuado para situarla, ya que parece claro que cuando el legislador concibió los tipos de homicidio y lesiones imprudentes no estaba pensando en aquellos resultados que

¹²²En nuestra opinión la propia solución de ROXIN a los supuestos de heteropuesta en peligro equivalentes a los supuestos de autopuesta en peligro deja entrever ciertos guiños al principio de autorresponsabilidad. Ello puede comprobarse cuando el autor alemán afirma que quien se expone al peligro procedente de otra carga con la misma responsabilidad que éste si asume el riesgo en virtud de una propia y libre decisión, sin ser presionado por el causante del riesgo y sin haberse sometido a su voluntad. Vid. ROXIN, C. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida...” cit. p. 15. Dicha ubicación sistemática es, por otra parte, habitualmente utilizada para residenciar la problemática referida a la contribución de la víctima al propio daño. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. Imputación objetiva en el derecho...cit. pp. 69, 88 y 243.

¹²³Así tb. ROXIN, C. Problemas básicos del derecho penal (Trad. Luzón Peña, D. M.) Reus. Madrid, 1976, p. 187.

provienen de una situación riesgosa que ha sido organizada libre y conjuntamente por la víctima y el autor.

De acuerdo con el referido principio, como ya se vio *supra*, no se va a imputar el resultado al autor en aquellos supuestos en los que el resultado dañoso sea inherente a una actividad peligrosa organizada conjuntamente por el autor y una víctima plenamente responsable. Ello se exceptuará, aquí también, en aquellos casos en los que haya una instrumentalización de la víctima por el autor y en aquellos otros en los que el autor tenga un deber de protección respecto a los bienes de aquella¹²⁴. En estos dos supuestos excepcionales, no se podrá afirmar que ha habido un daño imputable al ámbito de responsabilidad de la víctima.

3.3. Nuestra solución al problema

Si aplicamos nuestra postura al objeto concreto de este trabajo pueden establecerse las siguientes conclusiones:

En los casos de consumo ritual de ayahuasca dirigidos por un guía nos encontramos en principio ante una participación en una autopuesta en peligro de una persona responsable cuando ésta conoce adecuadamente los riesgos a los que se expone. En estos supuestos, caso de producirse algún daño en el consumidor, el guía resultaría impune al haber participado en una acción atípica (suicidio imprudente o autolesión imprudente como se acaba de ver).

Lo anterior no ocurrirá así sin embargo si la actuación del guía puede entenderse como una autoría mediata con instrumento atípico. Esto puede ocurrir en aquellos casos en los que el guía imprudentemente determine a realizar el consumo a la persona haciéndole ver que no hay riesgos, que la ayahuasca es inocua, etc., produciéndose posteriormente un daño no querido. Del mismo modo, estaríamos ante un supuesto de autoría mediata imprudente —que puede rozar incluso el dolo eventual— si el consumidor le manifiesta al guía ciertas contraindicaciones que posee para el consumo o el guía las conoce y hace caso omiso de ellas, facilitando la participación de la persona, la cual sufre posteriormente determinados daños. Por último, sería el caso también —nada habitual, por otra parte— de que el guía, queriendo dañar al consumidor desde un principio, realizara la conducta

¹²⁴ Téngase en cuenta que, aunque las excepciones sean las mismas en ambas constelaciones, no se refieren a supuestos de hecho idénticos. En el caso de que exista una obligación de salvaguarda del tercero en los supuestos de autopuesta en peligro, será la víctima quien realiza la acción peligrosa que se materializa en el resultado y la responsabilidad del tercero será omisiva por no actuar en salvaguarda de ella. Por el contrario, en los supuestos de heteropuesta en peligro, es el obligado a proteger a la víctima el que realiza la acción que la daña y, consecuentemente, responderá por una acción. Por su parte, en los supuestos de instrumentalización o autoría mediata, también encontramos supuestos distintos. La instrumentalización en el primer escenario, aunque de hecho sea una heteropuesta en peligro, da lugar a la realización de una actuación por la víctima de propia mano. En las heteropuestas en peligro en sentido estricto, la instrumentalización del autor la lleva a ponerse en peligro por la acción del hombre de atrás o de un tercero distinto a ambos.

señalada en primer lugar. En todos estos supuestos nos encontraríamos en realidad, como se ha argumentado anteriormente, ante situaciones de heteropuesta en peligro encubiertas. En ellas habría que analizar si los daños sufridos lo son como consecuencia de un riesgo inherente a la acción que la víctima ha decidido libremente llevar a cabo de forma conjunta con el tercero. Como parece claro, no sería esta la situación en ninguna de las hipótesis planteadas debido a que en ellas el consumo de ayahuasca se debe al ocultamiento imprudente o malintencionado de los riesgos por el guía. La víctima acuerda con el guía llevar a cabo una acción conjunta que en apariencia carece de esos riesgos. De acuerdo con este razonamiento, el guía respondería penalmente como autor mediato, por imprudencia o dolo según el caso, respecto de los delitos que en el escenario concreto se cometieran (lesiones u homicidio).

Fuera de estos casos hay poco espacio para la responsabilidad del guía por la mera entrega de la ayahuasca en nuestra opinión. Incluso en aquellos casos en los que de modo descuidado no se haya suministrado información sobre los riesgos del consumo, entendemos que la accesoriedad de la participación (imprudente en este caso) en una eventual autolesión imprudente de la víctima conllevaría su impunidad¹²⁵. Mucho más, como ya se ha visto al principio de este apartado, en aquellos casos en los que (a) el guía hubiera informado a la persona que consume de los riesgos de dicho consumo y de las precauciones a seguir, o (b) en aquellos supuestos en los que hubiera sido engañado por el consumidor para conseguir acceder a la ceremonia (negando u ocultando determinadas condiciones físicas o psíquicas que impedirían el consumo). En el escenario a, el guía habría obrado conforme al deber de cuidado y en el escenario b, el suministro de la ayahuasca ni siquiera sería peligroso, ya que no aparecería como probable desde una perspectiva *ex ante* la producción de los daños.

Dicho lo anterior, hay un detalle que no se puede dejar de resaltar. En las ceremonias de ayahuasca, no nos encontramos ante dos personas que se sitúan en un plano de igualdad, es decir, no nos encontramos ante supuestos exactos a los que veíamos en la jurisprudencia, en los que la función del suministrador se agotaba en la facilitación de la sustancia. En los supuestos acerca de los que se nos interroga, el guía cumple además una función de control de riesgos en el consumo que obliga a hacer ciertas matizaciones a lo hasta aquí dicho desde el punto de vista de los delitos de omisión.

¹²⁵ Esta solución en su fundamento material es parcialmente coincidente con la propuesta de FRISCH expuesta supra. En su construcción nos encontraríamos ante la participación en un autodaño inconsciente con un conocimiento superior. Como se vio en su momento, a salvo de la existencia de una posición de garante —lo que se abordará un poco más adelante en el texto—, en tales supuestos, la mera inactividad (quien, sabiendo, no utiliza su conocimiento para advertir) no equivaldría según su sentido a la causación directa y consciente de dicha puesta en peligro y consecuentemente no estaría desvalorada. Vid. FRISCH, W. Comportamiento típico...cit. p. 229 y ss. Las diferencias entre su planteamiento y el nuestro residen en que en su caso la mera entrega de productos ya otorga una posición de garante incluso en ámbitos ilegales —extremo que no compartimos plenamente— y que la responsabilidad en tales casos sería por acción debido al acto de entrega mientras que nosotros pensamos que sería por omisión debido a la falta de información o medidas precautorias.

En tal sentido, hay que señalar que el guía, por esa específica función de control de riesgos que tiene encomendada, asume lo que se conoce como posición de garante contractual. Tal condición lo hace apto para responder en ciertos casos, no por su conducta activa de suministro de la ayahuasca —la cual ya hemos visto que con ciertas salvedades supone una participación impune en una autopuesta en peligro—, sino por no evitar determinados resultados dañosos que se hallan bajo su control.

Esto es lo que puede ocurrir en aquellas hipótesis en las que el guía no suministre la información necesaria sobre las contraindicaciones del consumo de ayahuasca y sobre las precauciones a tomar, y posteriormente se produzcan daños o la muerte como consecuencia de la materialización de tales riesgos¹²⁶. En tales casos, dichos daños sí que serían imputables al guía en comisión por omisión debiendo responder de unas lesiones o de un homicidio imprudentes en comisión por omisión según el artículo 11 CP. Igualmente, podrían imputarse al guía por esta vía aquellos daños que provinieran de su imprudencia o dejadez en el cuidado de los participantes durante la experiencia.

Si el consumidor no obedece las recomendaciones previas del guía o lo engaña sobre sus antecedentes, tampoco va a ser responsable éste desde el punto de vista de la comisión por omisión. Además de que la posición de garante no le obliga a asegurarse por todos los medios posibles de que lo que le haya dicho el consumidor es cierto y de que éste ha seguido todas las instrucciones previas a la toma, le ampara el llamado principio de confianza. Según tal principio, el guía, con sólo informar de los extremos anteriores, puede esperar que los consumidores vayan a comportarse de acuerdo al cuidado debido y que, consecuentemente, no vayan a engañarlo ni hacer caso omiso de sus advertencias.

Una última posibilidad que creemos interesante analizar antes de cerrar este apartado es qué ocurre cuando un participante desconoce que posee ciertas contraindicaciones para el consumo de la ayahuasca y posteriormente durante la sesión sufre determinados daños como consecuencia de ellas.

En nuestra opinión, desde el punto de vista de la acción, nuevamente nos encontramos ante una participación impune del guía en una conducta autolesiva de la víctima que podría no ser ni siquiera imprudente debido a la imposibilidad de previsión, pero que, en cualquier caso, resultaría atípica, aun en el supuesto de que el guía no hubiera informado de los riesgos.

Desde el punto de vista de la omisión, esta situación es distinta a la que vimos con anterioridad, en la que el consumidor sí que conocía si poseía o no determinadas contraindicaciones para el consumo de la bebida. En el presente escenario, el guía va a ser impune, pese a su posición de garante, haya informado o no a la persona de las restricciones para la toma de la bebida. En el primer caso, porque habría cumplido con el deber de cuidado. En el segundo, porque, pese a haber actuado imprudentemente, no se podrían imputar los daños a su omisión. Esto se debe a

126 Vid. nota anterior.

que, si hipotéticamente hubiera advertido de las contraindicaciones al consumidor, ello no habría evitado los daños con una probabilidad rayana en la certeza, ya que, al no conocer éste que las poseía, no habría desistido tampoco del consumo.

4. BIBLIOGRAFIA

ALBERT RODRIGO, M, “La sanación desde otro paradigma: neochamanismos y su emergencia global en el caso español”, en *Saúde Soc. São Paulo*, n° 30 (4), 2021, pp. 1-17.

ALBERT RODRIGO, M. “Neochamanismos en España. Retorno a las creencias ancestrales”, en *Ílu. Revista de Ciencias de las Religiones*, n° 22, 2017, pp. 9-27.

ALONSO GARCÍA, C. R. “La exclusión de la imputación objetiva por el consentimiento de la víctima en el pensamiento de Enrique Gimbernát”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n° XLIX (2016), pp. 163-188.

ANARTE BORRALLÓ, E. *Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva. Huelva, 2002

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “El consentimiento en las lesiones”, en *Cuadernos de política criminal*, n° 14, 1981, pp. 203-221.

BOUSO, J. C. et Al. La ayahuasca en España. Una evaluación de las personas participantes en ceremonias de ayahuasca utilizando indicadores de salud pública [en línea] ICEERS. Barcelona, 2020. p. 6. Disponible en:

BURILLO PUTZE, G. et Al. “Drogas emergentes (III): plantas y hongos alucinógenos”, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, n° 36(3), 2013. pp. 505-518.

CANCIO MELIÁ, M. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.

CEREZO MIR, J. “El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n° 36/3, 1983, pp. 471-504.

CEREZO MIR, J. *Parte General II*, 5ª Ed. Tecnos, 1997.

Chang Kcomt, R. “Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución”, en *THEMIS Revista De Derecho*, n° 67, 2015, pp. 205-216.

CHANG KCOMT, R. A. *Consentimiento en derecho penal: Análisis dogmático y consecuencias prácticas*. Tesis doctoral inédita. Dir. Berdugo Gómez de la Torre. Universidad de Salamanca, 2017.

DÍAZ CORTÉS, L. M. “El concepto de droga a efectos penales: el caso de la bebida de ayahuasca en España”, en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Dir.) *Nuevos retos para el Derecho Penal Económico. Terrorismo, Criminalidad Organizada y Empresas Multinacionales ante las violaciones a los Derechos Humanos*. Aranzadi. Navarra, 2015, pp. 553-588

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Derecho penal español. Parte General. 5ª. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Imputación objetiva en el derecho penal. Nuevos alcances*. Ed. Olejnik. Santiago-Chile, 2017
- FERICGLA, J.M. “El peso central de los enteógenos en la dinámica cultural”. *Maguaré*, n° 14, 1999. p. 239-263.
- FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado* (Trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L.) Marcial Pons. Madrid, 2004.
- FRISCH, W. *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (Trad. Coca Vila, I.) Atelier, Barcelona, 2015.
- FRISCH, W. *Tipo penal e imputación objetiva*. Colex. Madrid, 1995.
- FRISCH, W. y ROBLES PLANAS, R. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Atelier. Barcelona, 2004.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. *La puesta en peligro de la vida y/o Integridad física asumida voluntariamente por su titular*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. *La víctima en el derecho penal español*. Tirant lo Blanch, 2014.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 58, 2005, pp. 733-806.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad”, en *Nuevo Foro Penal*, n° . 82, enero-junio 2014, pp. 83-133.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Revista de derecho penal y criminología*. (UNED), n° extraordinario 2, 2004, pp. 75-100.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva, en Díez Ripollés, J. L. et Al. (Coords.) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 700-719.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. “Imputación objetiva versus dominio del hecho”, en Díez Ripollés, J. L. et Al. (Coords.) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 720-739. https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.iceers.org/wp-content/uploads/2024/08/ICEERS_Ayahuasca2020_report.pdf&ved=2ahUKEwiv7si2gYuTAxUeOfsDHadmCBYQFnoECBkQAQ&usg=AOvVaw2R8VUbuX95tdYFaKzc9Hr0 (Consulta: 6/03/26)
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *La responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción*. Leynfor Siglo XXI, 2000.
- LÓPEZ PAVILLARD, S. *Los enteógenos y la ciencia* [en línea]. 2003; Disponible en: <https://docta.ucm.es/entities/publication/7b966504-8375-49fe-9b8a-815236b48bab> (Consulta: 25/3/26)

- LUZÓN PEÑA, D. M. “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales (comentario a la Sentencia TS 27-1-1984), en LUZÓN PEÑA, D. M. *Derecho penal de la circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*. Bosch, Barcelona, 1985.
- LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Madrid, 1996.
- MACHADO RODRÍGUEZ, C. I. “El consentimiento en materia penal”, en *Derecho Penal y Criminología*, n° 33(95), 2012, pp. 29-49
- MARAVÉ GÓMEZ, M. *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Tesis doctoral. dir. Por Barreiro, A. J. Universidad Autónoma de Madrid, 2007.
- MARAVÉ GÓMEZ, M. *El principio de confianza en derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva (Estudios y Comentarios de Legislación)*. Civitas, Pamplona, 2009.
- MARTÍN PARDO, A. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *El estatuto legal de la ayahuasca en España. La relevancia penal de los comportamientos relacionados con su consumo y posesión*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.
- MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*. 9ª Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.
- Monroy Victoria, W. “El consentimiento”, en *Derecho Penal Y Criminología*, n° 22(72), 2001. pp. 31-40.
- PORTILLAS CONTRERAS, G. “Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo”, en *Cuadernos de política criminal*, n° 45, 1991, pp. 695-738.
- PRAT, J. “Arquetipos y experiencias participantes en las periferias religiosas”, en VVAA. *Periferias, Fronteras y Diálogos. Una lectura antropológica de los retos de la sociedad actual*. Publicaciones URV. Tarragona, 2014, pp. 25-46.
- REGIS PRADOS, L y MENDES DE CARVALHO, E. *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*. ARA editores. Lima, 2007.
- RÍOS ARENALDI, J. “El consentimiento en materia penal”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 1, 2006, pp. 1-37
- RODRÍGUEZ SALGADO, B. et Al. “Vegetales como nuevas drogas psicoactivas: una revisión narrativa”, en *Medwave*, n° 16(1), 2016, pp. 1-14.
- ROXIN, C. “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el derecho penal”, en *Indret*, n° 1, 2013. Pp. 1-26.
- ROXIN, C. *Problemas básicos del derecho penal* (Trad. Luzón Peña, D. M.) Reus. Madrid, 1976.
- ROXIN, C. “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, en LACKNER, K., LEFERENZ, H., SCHMIDT, E. et Al. (Eds.) *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*. W de G. Berlin, New York, 1973, pp. 241-261

- SERRANO MAÍLLO, A. *La compensación en derecho penal*. Dykinson, Madrid, 1996.
- STRATENWERTH, G. “Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes”, en *Indret*, nº 1, 2013. Pp. 1-11.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. *La víctima en el derecho penal. De la victimodogmática a una dogmática de la víctima*. Aranzadi, Navarra, 1998.
- VIEGAS, D.R. Y BERLANDA, N. *Ayahuasca, medicina del alma*. Ed. Biblos. Buenos Aires, 2012.
- ZAFFARONI, E. R. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Ediar. Argentina, 1981.
- ZAMORA AVILA, M. L. “Tratamiento jurídico-penal de la puesta en peligro de la víctima con su consentimiento”, en *Derecho Penal y Criminología*, nº 13(44), 2001, pp. 37-56