

GRADO: ADE + DERECHO

Curso 2021/2022

RESPONSABILIDAD PENAL Y AUTOPUESTA EN PELIGRO: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DESDE DISTINTOS GRUPOS DE CASOS

AUTOR: ALEJANDRO JIMÉNEZ AGUINACO

DIRECTORA: PILAR NICOLÁS JIMÉNEZ

Bilbao, a 21 de junio de 2022



1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONCEPTO DE AUTOPUESTA EN PELIGRO Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS	3
2.1 Favorecimiento de una tentativa de autolesión	4
2.2 Heteropuesta en peligro consentida	4
2.3 Autoría y participación en autopuesta en peligro	6
3. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	7
3.1 Criterio del fin de protección de la norma	7
3.2 Equivalencia de participación de autopuesta en peligro a heteropuesta en peligro consentida	9
<i>a) Desde la visión de ROXIN</i>	9
<i>b) Desde la visión de LUZÓN PEÑA</i>	10
3.3 Victimodogmática	12
3.4 Principio de la autorresponsabilidad	13
4. GRUPOS DE CASOS	15
4.1 Medidas arriesgadas de salvamento emprendidas a raíz de un siniestro provocado antijurídicamente	15
<i>a) Posición de la doctrina mayoritaria: imputación del resultado al causante del siniestro</i>	16
<i>b) Posición de la doctrina minoritaria: no imputación del resultado al causante del siniestro</i>	18
<i>c) Posición de la jurisprudencia española: imputación del resultado al causante del siniestro</i>	20
4.2 Medidas de salvamento emprendidas para rescatar a una víctima que se ha colocado a sí misma en una situación de peligro	20
4.3 Transmisión del VIH por vía sexual	21
<i>a) Imputación objetiva dependiendo de si el portador ha informado o no de su dolencia.</i>	22
<i>b) Transmisión del VIH por vía sexual, ¿autopuesta en peligro o heteropuesta en peligro?</i>	24
<i>c) Imputación a título de dolo o de imprudencia</i>	25
<i>d) Posición de la jurisprudencia española en los casos de contagio de VIH por vía sexual</i>	26
4.4 Autopuesta en peligro a raíz de una detención ilegal	30
4.5 Autopuestas en peligro de trabajadores por mandato u orden del empresario	31
<i>a) Posición doctrinal reticente</i>	32
<i>b) Posición doctrinal más amplia</i>	33
5. CONCLUSIONES	35
6. BIBLIOGRAFÍA	37

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, tanto el Derecho Penal como las ciencias sociales en general han mostrado un creciente interés por la relevancia jurídico-penal del comportamiento de la víctima en el delito. Este interés queda constatado con las tantas obras que ha desarrollado la doctrina al respecto tanto en España como en Alemania. Y aunque la doctrina no es unánime -pues al ser un tema amplio y reciente cada obra lo trata desde una perspectiva diferente-, todas ellas coinciden en que la víctima, desde el momento en que crea, incrementa o se introduce en una situación de peligro deja de ser un mero sujeto pasivo estático para convertirse en un interviniente más en el delito.

El problema que se plantea es, por lo tanto, si en los supuestos en los que la “víctima” acepta -consciente del riesgo de lesión de su bien jurídico- el comportamiento peligroso, se debe afirmar o excluir la imputación objetiva al “autor”¹. ¿Debe ser responsable penalmente el causante de un incendio de la muerte o las lesiones de la persona que se pone en peligro para combatir las llamas? ¿Debe ser responsable el alpinista que queda atrapado de la muerte de quien se puso en peligro para salvarle? ¿Y el empresario por la muerte de un trabajador que se puso en peligro?

De esta forma, con el presente trabajo se pretende, por un lado, abordar el problema de la relevancia jurídico-penal del comportamiento de la víctima en el delito. Concretamente, dentro de la teoría del tipo. Por otro lado, abordar las soluciones teóricas que ofrece la doctrina sobre la figura «autopuesta en peligro» como institución jurídica estable en el Derecho Penal. Por último, se realizará un desarrollo de la casuística o grupos de casos de difícil resolución que más debate doctrinal y jurisprudencial ha creado esta figura.

2. CONCEPTO DE AUTOPUESTA EN PELIGRO Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Si bien es cierto que no existe ni concepto único ni definición única de la autopuesta en peligro, en líneas generales se puede definir como una figura de construcción jurisprudencial que utiliza las reglas de la teoría de la imputación objetiva para resolver los supuestos en los que el comportamiento de la víctima altera el nexo causal entre la acción inicial o creada por el tercero y el resultado final producido².

¹ En este sentido, es preciso señalar que a lo largo del estudio se hará referencia al término «víctima» y «autor» en sentido amplio. Víctima como sujeto lesionado y autor como sujeto interviniente en la lesión.

² BONET ESTEVA. M., *La Víctima del Delito La Autopuesta en Peligro como causa de exclusión del tipo de injusto*. Monografía Ciencias Jurídicas – Mc Graw Hill. Madrid 1999, pág. 193.; GONZÁLEZ CUSSAC. J.L. y

Antes de entrar al fondo del presente trabajo hay que tener claro algunos conceptos. Por lo tanto, a continuación se realizarán una serie de precisiones terminológicas que ayudarán a entender el contexto de la figura objeto de estudio.

2.1 Favorecimiento de una tentativa de autolesión

LUZÓN PEÑA utiliza el término favorecimiento cuando el tercero que colabora o facilita la situación de peligro actúa como mero partícipe, siendo el sujeto pasivo el que tiene el control o determinación objetiva del curso peligroso³. Es decir, equipara el término favorecimiento al término participación. Así, este autor diferencia entre *favorecimiento de una autopuesta en peligro* de *favorecimiento de una tentativa de autolesión*. En el primer supuesto agrupa los casos en los que el sujeto se pone en peligro sin voluntad de lesionar su bien jurídico. Mientras que, en el segundo, habla de los casos en los que la víctima sí quiere lesionar su bien jurídico. Señala que, a pesar de que en la tentativa de autolesión también concurre una autopuesta en peligro por parte de la víctima, en estos casos el grado de peligrosidad es mayor que en los primeros⁴. Como favorecimiento de una autopuesta en peligro se puede poner el ejemplo del tercero que insta a un motorista a participar en una carrera prohibida, muriendo o resultando herido el segundo a causa de su propia actuación imprudente⁵. Por su parte, el favorecimiento de una tentativa de autolesión sería el caso en el que un tercero entrega a la víctima un hacha para que se ampute voluntariamente una mano o se cause una lesión.

2.2 Heteropuesta en peligro consentida

En lo que se refiere al estudio del comportamiento de la víctima dentro de la teoría de la imputación objetiva, ROXIN en 1973 creó un debate dogmático con base en su distinción entre *participación en una autopuesta en peligro* y *heteropuesta en peligro consentida*⁶. Y, a pesar de que otros autores consideran irrelevante esta distinción por carecer de fundamento o contenido material⁷, creo necesario diferenciar ambos conceptos con independencia de que

MIRA BENAVENT, J., «Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva». En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Tecnos, 2002, pág. 712

³ LUZÓN PEÑA, D. M., *Principio de alteridad o de identidad vs principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*, Ponencia en el I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. 29-05-2015, pág. 12.

⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, pág. 2.

⁵ Así el supuesto de hecho de la STS de 25 de septiembre [ECLI:ES:TS:1986:9013].

⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y MIRA BENAVENT, J., *op.cit.*, pág 713.

⁷ Así en España, 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*, Bosch, Barcelona, 1998, 2ª ed., págs. 183 y 207 ss. En Alemania OTTO, *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung*, en JESCHECK/VOGLER, FS-Tröndle,

finalmente se resuelvan o no de la misma manera. Más aún, como se explicará más adelante, cuando los bienes jurídicos protegidos son la vida y la integridad física.

Desde un punto de vista teórico, la diferencia reside en que en la participación en una autopuesta en peligro es la víctima -aceptando el riesgo iniciado o creado por el tercero- la que se autocausa las lesiones o la muerte a consecuencia de su propio comportamiento. Mientras que en la heteropuesta en peligro consentida si bien la víctima es consciente y acepta el riesgo de lesión, es el tercero el que con su acción directa provoca la muerte o las lesiones a la víctima⁸. Por lo tanto, la razón para diferenciarlas radica en que en la heteropuesta en peligro consentida el grado de peligro es mayor en tanto que la víctima no ejecuta la conducta lesiva en sí, sino que se somete a un desenvolvimiento imprevisible al no dominar la situación de la misma manera que el tercero⁹. En este sentido, estamos ante una participación en una autopuesta en peligro en el caso del motorista, así como en el caso del tercero que entrega cocaína al drogadicto, produciéndole la consumición voluntaria -a causa del alto grado de pureza de la droga- una parálisis de las cuatro extremidades y quedando sus funciones cerebrales superiores totalmente disminuidas¹⁰. Por su parte, estamos ante una heteropuesta en peligro consentida, por ejemplo, en los casos en los que una persona conocedora de que el conductor del vehículo se encuentra en estado de embriaguez, decide ocupar un asiento, muriendo o resultando herido este debido a una conducta imprudente del conductor.

En España, el Código Penal nos sugiere realizar esta diferencia, ya que en los delitos dolosos contra la vida prevé diferentes penas en función de si la acción la ejecuta la propia víctima o el tercero. No es lo mismo que el tercero entregue una pistola a la víctima, con conocimiento de sus intenciones suicidas, siendo la propia víctima la que causa su muerte efectuando el disparo -conducta típica de cooperación al suicidio prevista en el artículo 143.2 con pena privativa de libertad de dos a cinco años-, a que sea el tercero el que, a petición de la víctima, efectúe el disparo mortal -aplicándose el artículo 143.3 del tipo homicidio consentido con una pena de prisión de seis a diez años-. El Código Penal español también distingue en los delitos dolosos cuando el bien jurídico protegido es la integridad física. La conducta de quien entrega un cuchillo a la víctima para que se corte un dedo no es punible,

1989, págs.157 y ss.; FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, págs. 87 ss., 149 ss., 169 y ss., 182 (Traducción española de CUELLO CONTRERAS Y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «Comportamiento típico e imputación del resultado», Madrid-Barcelona, 2004).

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E., «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° Extraordinario 2, UNED, 2004, pág. 76.

⁹ ROXIN, C., «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida». En *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2013, pág. 7 (Traducción de Peñaranda Ramos, E., Universidad Autónoma de Madrid).

¹⁰ Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS 171/2010 de 10 de marzo de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:2125].

pues el Código Penal no prevé castigo para la participación en un comportamiento atípico y como tal, la autolesión es atípica. En cambio, si éste en lugar de limitarse a prestar el arma, es quien efectúa el corte a petición de la víctima, estaría incurriendo en el delito de lesiones consentidas, tipificado en el artículo 155 del Código Penal.

Habiendo reflejado lo que ocurre con los delitos dolosos, debería ser posible la diferenciación entre la participación imprudente en una autopuesta en peligro de quien se autocausa la muerte y la heteropuesta en peligro consentida de quien mata a otro imprudentemente¹¹.

2.3 Autoría y participación en autopuesta en peligro.

Es cierto que sin distinguir estrictamente entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, un sector doctrinal llega al mismo resultado práctico proponiendo la distinción desde el punto de vista de la autoría y la participación. En este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ¹², ROSO CAÑADILLAS¹³ Y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁴, entre otros. De acuerdo con esta distinción, únicamente se excluirá la tipicidad de la acción del tercero cuando éste actúe como mero partícipe, siendo la víctima el autor directo de la puesta en peligro. Pues si la autoría es atípica, por accesoriadad también lo es la participación. Por el contrario, cuando el tercero actúe como autor directo y, aunque la víctima sea consciente y consienta el riesgo para su vida e integridad física, la conducta será típica subsumible de un homicidio imprudente si le causa la muerte y de un delito de lesiones imprudentes si el bien jurídico lesionado es la integridad física. Pues el consentimiento en el peligro no equivale al consentimiento en la lesión. Con esta teoría nos encontramos en realidad ante la misma distinción planteada en 1973 por ROXIN pero desde el criterio de la autoría y participación¹⁵.

3. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

3.1 Criterio del fin de protección de la norma

Como es sabido, no todo comportamiento que causa un resultado desaprobado -y a pesar de que exista relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado- debe

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág 78.

¹² GARCÍA ÁLVAREZ, P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹³ ROSO CAÑADILLAS, R., *Autoría y participación en el delito imprudente*, Edit. Comares, Granada, 2002.

¹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en el Derecho penal*, Barcelona, 1991.

¹⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, pág. 4.

considerarse delito y por ello derivar responsabilidad penal. Esto es así de acuerdo con la imputación objetiva del resultado, elemento del tipo de lo injusto tanto de los delitos de acción imprudentes como de los delitos de acción dolosos -siempre que dicho delito sea de resultado-. Para que concurra este elemento se exige, como norma general, que la acción haya supuesto la generación de un riesgo no permitido y, además, que el resultado producido por dicha acción encaje con el fin de evitación o prohibición de la norma típica¹⁶. En este sentido, una parte de la doctrina sitúa los supuestos que están siendo objeto del presente trabajo en este último ámbito de la imputación objetiva -ámbito de protección de la norma- para excluir la responsabilidad del tercero que origina imprudentemente la autopuesta en peligro¹⁷. ROXIN llega a esta consideración a raíz de plantear si existen determinados comportamientos que originan un riesgo penalmente relevante -riesgo no permitido- pero que no encajan dentro del alcance del tipo que protege dicho bien jurídico¹⁸. Sigue -ROXIN- con el ejemplo del consumo compartido de drogas con resultado de muerte. Si bien es cierto que no hay duda de que nos encontramos ante un riesgo penalmente relevante, el autor de esta corriente explica en el caso que nos concierne, que la forma por la que se lesiona al bien jurídico protegido no entra dentro del fin de protección que prevé el legislador en la norma. Para explicar que el fin de protección de la norma del tipo de homicidio imprudente no engloba los supuestos de mera participación del tercero en una autopuesta en peligro de la víctima se basa en la particular forma del § 216 StGB¹⁹. De este artículo deduce ROXIN que si el fin de protección de la norma del § 216 StGB no abarca la participación dolosa en el suicidio, menos aún la participación imprudente en una autopuesta en peligro -según criterio *a maiore ad minus*-²⁰. A diferencia de la participación en una autopuesta en peligro -bajo esta teoría atípica-, la heteropuesta en peligro consentida debe ser, en opinión de ROXIN, en principio punible -salvo en situaciones de equivalencia de esta a la primera, como se explicará *infra* 3.2-. Pues

¹⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, pág. 1.

¹⁷ ROXIN, C., «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlín-Nueva York, 1973, págs 241-259 y 249 ss; Traducción y notas por Diego Manuel Luzón Peña, -Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes-, en ROXIN, C., *Problemas del Derecho Penal*, Madrid, 1976, págs 181-199; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Madrid, 1992, pág. 343. Aunque esta última autora cambia la terminología y en vez de llamarlo autopuesta en peligro lo llama contribución imprudente de la víctima.

¹⁸ ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, 1992, págs. 235 y 236, (referencia tomada de BONET ESTEVA, M., *op. cit.*, pág. 218).

¹⁹ Que no castiga la ayuda o cooperación al suicidio, sólo el homicidio a petición. Así «Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años». Traducción de LÓPEZ DÍAZ, C., *Strafgesetzbuch*, 32a.edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998.

²⁰ ROXIN, C., *op. cit.*, pág. 246 (referencia tomada de 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*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 181).

considera que al no controlar la víctima el curso de la acción o situación, ésta se encuentra en una posición más indefensa que en los supuestos de autopuesta en peligro²¹.

En España, MARTÍNEZ ESCAMILLA se une a la línea de pensamiento de ROXIN al tratar la contribución de la víctima en el delito en el último nivel de la imputación objetiva -ámbito de la norma-²². La autora, basándose en el principio de autonomía de la víctima, considera que el fin de protección de la norma no abarca aquellos supuestos en los que la víctima es consciente y dispone libremente del bien jurídico con su actuación, excluyendo así la atipicidad del tercero²³. En este marco, la autora lo ejemplifica con dos supuestos prácticos. El primero versa sobre el tercero que mete en la nevera setas venenosas sin avisar, siendo ingeridas por otro que a consecuencia muere. En el otro supuesto el tercero deja una pistola cargada al alcance de otro con intenciones suicidas que, al verla, efectúa el disparo contra sí mismo muriendo al instante. MARTÍNEZ ESCAMILLA no está de acuerdo con tratar ambos supuestos como un homicidio imprudente. Para ella, la diferencia radica en que si bien en el primer supuesto la persona que se autocausa la muerte desconoce del peligro que conlleva la ingesta de las setas, en el segundo, la víctima sabe que la pistola está cargada y por ello conoce el peligro de su acción²⁴. Por lo tanto, el hecho de castigar los dos supuestos de la misma manera supone rechazar el principio de autonomía de la víctima como criterio interpretativo dentro del ámbito de protección de la norma²⁵.

A todo lo anterior hay que añadir que esta forma de resolver los supuestos en los que la víctima participa de forma relevante en el delito ha sido objeto de numerosas críticas²⁶. Esta crítica no rechaza en absoluto el criterio del fin de protección de la norma como fundamento para excluir la imputación objetiva, sino que lo considera vigente dentro de un ámbito de aplicación concreto²⁷. Según esta crítica, el criterio del fin de protección de la norma tiene como ámbito de aplicación para excluir la imputación objetiva por ejemplo, en el supuesto en el que un sujeto propina un puñetazo a quien, como consecuencia del golpe va de camino al hospital y es atropellado por un vehículo que produce su muerte. Pues el primer sujeto no es responsable de la muerte de la víctima en tanto que el fin de protección de la norma que prohíbe pegar un puñetazo no tiene por objeto evitar que la víctima muera atropellada posteriormente de camino al hospital. No obstante, la crítica señala que este

²¹ CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, pág. 182.

²² MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pág. 343.

²³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pág. 356.

²⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pág. 355.

²⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pág. 367.

²⁶ Así entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, págs. 78-80.

²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 79.

criterio no tiene cabida para explicar la no imputación objetiva en los supuestos de participación en una autopuesta en peligro. Casos en los que, para llegar a excluir la imputación objetiva, debería hacerse en base a otras consideraciones²⁸. Por ejemplo, no valdría el criterio del fin de protección de la norma para extinguir la responsabilidad penal de quien insta a otro a participar en una carrera prohibida, muriendo el último en ella. Puesto que su participación imprudente hace posible el comportamiento imprudente de la víctima que, como es previsible, termina muriendo²⁹.

3.2 Equivalencia de participación de autopuesta en peligro a heteropuesta en peligro consentida.

a) Desde la visión de ROXIN

Esta corriente de pensamiento toma como punto de partida las siguientes cuestiones. En primer lugar, parte de la conocida distinción de ROXIN entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida -véase *supra* 2.2-. En segundo lugar, parte de la exclusión de la tipicidad de la participación en una autopuesta en peligro en base al criterio *a maiore ad minus*. Según éste criterio, si no es punible la participación dolosa en una autolesión -lo que es más grave, derivado del § 216 StGB-, con mayor razón ha de rechazarse la punibilidad en la participación imprudente de una autopuesta en peligro -lo que es menos grave-³⁰. En tercer lugar, se parte de que la heteropuesta en peligro consentida es, aunque la víctima sea consciente del riesgo y acepte la conducta, en principio punible. Pues la víctima que se expone a tal peligro no tiene la misma capacidad para intervenir en el transcurso del hecho, ya que no tiene la misma capacidad de valoración del riesgo que quien realiza la acción peligrosa. Además, el riesgo o la acción peligrosa no es dominable de la misma manera que en una autopuesta en peligro³¹. Partiendo de lo anterior, el fondo de la presente teoría radica en que existirán casos en los que se podrá asimilar o equiparar la heteropuesta en peligro consentida a la mera participación en una autopuesta en peligro. Hecho que conlleva, en aquellos casos, a la exclusión de la imputación objetiva y por ello la exclusión de la tipicidad³².

Para que se pueda hablar de equivalencia de una heteropuesta en peligro consentida a una simple participación en una autopuesta en peligro ROXIN exige la concurrencia de una

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 80.

²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, págs. 79 y 80.

³⁰ Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Múnich, 1992, pág. 248.

³¹ DÖLLING, «Anmerkung zu OLG Zweibrücken» JR, 1994, pág. 520 (referencia tomada de ROXIN, C., «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida», *op. cit.*, pág. 7).

³² ROXIN, C., FS-Gallas, pág. 252; CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, pág. 182.

serie de requisitos. En primer lugar, se exige que la víctima «conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro». En segundo lugar, «que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido» y no consecuencia de otros fallos. Por último, que la víctima «sea igualmente responsable» que quien realiza la puesta en peligro. Es decir, que la víctima no sea presionada, que no sea coaccionada, que no se encuentre en una situación de dependencia o inferioridad y que la persona que realiza la puesta en peligro no ostente una posición de garante³³. De acuerdo con ROXIN, esta equivalencia ocurriría en los supuestos como el del copiloto que tiene prisa por llegar al destino y por ello insta al conductor a aumentar la velocidad hasta superar los límites legales, obedeciendo el conductor y produciéndose a causa de un accidente las lesiones o muerte del copiloto; o el caso de quien pide a un barquero que le lleve al otro lado del río y, a pesar de que este último le aconseja no hacerlo por la peligrosa tempestad y mal estado del río, insiste en su petición y la barca vuelca muriendo ahogado el pasajero. ROXIN mantiene que no es lo mismo que, por un lado, el barquero acceda a cruzar el río después de insistir y advertir de la peligrosidad de la acción intentando convencer al pasajero que desista -supuesto equiparable a una participación en una autopuesta en peligro, y por ello impune-; que por otro lado, el barquero movido por dinero sea quien despreocupe al pasajero restando importancia a la peligrosidad real que supone cruzar en ese estado -supuesto no equiparable a una autopuesta en peligro, encajando así en el tipo de homicidio imprudente-³⁴. Lo mismo ocurriría en el caso de quien va en el vehículo con conocimiento de que el conductor se encuentra bajo los efectos del alcohol³⁵.

b) Desde la visión de LUZÓN PEÑA

LUZÓN PEÑA considera acertado el punto de partida de la distinción de ROXIN, si bien es cierto que lo hace desde una perspectiva de autoría de una puesta en peligro ajena -en principio punible- y de participación en una autopuesta en peligro -impune-. No obstante, destaca la necesidad de correcciones. En primer lugar, rechaza el criterio *a maiore ad minus* que surge a raíz de la atipicidad de la participación en el suicidio -§ 216 StGB, en el ordenamiento jurídico alemán- por no ser válido en los ordenamientos jurídicos cuya regulación positiva si lo castigue, como lo hace el Código Penal español en su artículo 143. Y, a pesar de admitir este criterio para excluir la tipicidad en los casos de favorecimiento de una autopuesta en peligro cuando el bien jurídico protegido es distinto de la vida -por ser la autolesión del resto de bienes jurídicos personales atípica-, hace hincapié en la necesidad de

³³ Idem.

³⁴ ROXIN, C., *La polémica...*, *op. cit.*, pág. 16.

³⁵ ROXIN, C., *op. cit.*, pág. 20.

una fundamentación material más precisa. De esta forma, LUZÓN PEÑA llega a parecidas soluciones con el «principio de alteridad o no identidad³⁶» entre el autor y la víctima de la lesión como fundamento de la imputación. Así, en la participación en una autopuesta en peligro, aunque el tercero haya favorecido esa situación de peligro, es la víctima quien tiene el control y la determinación objetiva del riesgo para el bien jurídico. Pues es ella quien tiene la capacidad de modificar, aumentar, disminuir o cesar el riesgo. Por lo tanto, según LUZÓN PEÑA, no es aplicable el principio de alteridad, recayendo la imputación del resultado en la conducta de la víctima en tanto que es autora de la puesta en peligro, y no en la del tercero, que es mero partícipe. Por el contrario, en la heteropuesta en peligro consentida sí opera el principio de alteridad o no identidad, puesto que la víctima aunque consienta en el peligro, juega un papel estático, siendo el tercero el que controla y determina objetivamente el curso peligroso. Aquí es el tercero quien tiene la capacidad para modificar, aumentar, disminuir o cesar el peligro. Por lo tanto, conforme al autor, la imputación objetiva del resultado recae en la puesta en peligro realizada por el tercero³⁷.

LUZÓN PEÑA llega desde una diferente fundamentación a un mismo resultado. El favorecimiento de una autopuesta en peligro es impune; la heteropuesta en peligro consentida es, en principio, punible. No obstante, para la equivalencia de la heteropuesta en peligro consentida a la simple participación en una autopuesta en peligro no le basta con los requisitos exigidos por ROXIN³⁸. Puesto que además exige que la persona que ve lesionada su bien jurídico tenga, o al menos comparta con el tercero, el control y determinación objetiva del curso peligroso. Para este autor, coincidiendo con el primero, habría equivalencia en los supuestos como el de quien insta al conductor de un vehículo a circular a velocidades excesivas -porque el conductor se ha comprometido a reducir la velocidad en el momento en el que el copiloto lo solicite-³⁹. Sin embargo, ambos se encuentran en desacuerdo en el caso del acompañante con conocimiento del estado de embriaguez del conductor. Mientras LUZÓN PEÑA entiende que el conductor es responsable porque el acompañante no tiene ninguna posibilidad de controlar el riesgo -no habiendo equivalencia-⁴⁰, ROXIN deja su decisión en función de si es el conductor el que insiste en que suba el acompañante -no equivalencia y responsabilidad del conductor en caso de lesiones- o si es el acompañante el

³⁶ Principio que proviene del Derecho romano *alterum non laedere*, no dañar o lesionar a otro.

³⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., *Imputación objetiva...*, *op. cit.*, págs. 9-12.

³⁸ Requisitos señalados *supra* 3.2.a.

³⁹ LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, pág. 17.

⁴⁰ *Idem*.

que asumiendo cualquier responsabilidad insiste en subir -caso susceptible de equivalencia a una participación en autopuesta en peligro y por lo tanto impune-⁴¹.

3.3 Victimodogmática

La victimodogmática, que hunde sus raíces en el campo de la criminología y el Derecho alemán, es la figura jurídica que estudia desde una perspectiva dogmática la afectación que tiene el comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor⁴². Esta corriente introduce la interpretación dinámica de la actuación entre víctima y autor, dando pie al estudio de la aportación de la víctima en el delito⁴³. En otras palabras, estudia la relevancia jurídico-penal que tiene el comportamiento de la víctima en el delito no solo en la medición de la pena -operando como atenuante-, sino en una posible exención total de la responsabilidad penal del autor⁴⁴.

El principio victimodogmático fue impulsado principalmente por AMELUNG con el delito de estafa y por SCHÜNEMANN con el delito de revelación de secretos privados, quien llevando al extremo el principio de *ultima ratio* considera que el Derecho penal no debe castigar aquellos comportamientos en los que la víctima ni necesita protección ni es merecedora de ella⁴⁵. De esta forma, cuando el comportamiento de la víctima haya favorecido la determinación del delito, habrá que examinar si la víctima ha tomado todas las medidas preventivas y de autoprotección que eran esperables. Pues si no lo hace, se entenderá que tanto autor como víctima son corresponsables en la lesión del bien jurídico. Por lo que, en base al principio de proporcionalidad y en función de las posibilidades de autoprotección que no haya ejercido la víctima, se optará bien por la atenuación de la pena o bien para excluir la tipicidad de la actuación del autor en determinados delitos⁴⁶. Como ocurriría por ejemplo, en los supuestos de duda en la estafa. De acuerdo con la corriente victimodogmática, la víctima

⁴¹ ROXIN, C., *op. cit.*, pág. 20.

⁴² LUZÓN PEÑA (*dir.*). *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002. p. 324; Otra definición en sentido amplio de victimodogmática es «aquel conjunto de corrientes teóricas que incorporan algún principio victimológico al Derecho penal». BONET ESTEVA, M., *op. cit.*, pág. 63.

⁴³ SCHÜNEMANN, B., «Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechts dogmatik», en AA.VV., *das Verbrechen Opfer...*, Berlín/Nueva York, 1982, (referencia tomada de BONET ESTEVA, M., *op. cit.*, pág. 62).

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la Victimodogmática», en AA.VV., *La victimología*, Madrid, 1993 p. 23

⁴⁵ SCHÜNEMANN, B., «Sistema del derecho penal y victimodogmática», En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Tecnos, 2002, pág. 166.

⁴⁶ BONET ESTEVA, M., *op. cit.*, pág. 68 interpretando a SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, pág. 166: «La victimodogmática es la regla de interpretación para eliminar del ámbito de penalización, en el marco de la interpretación permitida de los tipos, todo comportamiento frente al cual la víctima no merece ni necesita protección».

perderá el merecimiento de protección penal cuando en vez de hallarse en una clara situación de error, se encuentre invadido por una duda y, decidiendo no obtener más información, acceda a disponer de sus bienes. Quedando el autor impune⁴⁷.

A pesar de que la victimodogmática ha logrado uno de los intentos más completos y acabados para introducir el comportamiento de la víctima dentro de la teoría del delito, ha sido objeto de numerosos ataques y críticas por parte de la doctrina. En primer lugar, se critica que la corriente provenga del principio de *ultima ratio*. Pues este principio no viene a decir que el Derecho penal debe actuar subsidiariamente a las posibilidades de autodefensa del ciudadano, sino que debe actuar subsidiariamente frente a las demás medidas estatales⁴⁸. En segundo lugar, aceptar esta particular visión victimodogmática del «merecimiento de protección» al extremo traería por consecuencia la necesidad de que la ciudadanía adopte una posición también extremadamente defensiva respecto de sus bienes jurídicos. Pues exigir todas y cada una de las medidas de autodefensa posibles al ciudadano implicaría no entender que si estos ceden parte de su libertad y poder al Estado lo hacen precisamente para aliviarse de todos los deberes de protección para sus bienes jurídicos⁴⁹.

3.4 Principio de la autorresponsabilidad

Son bastantes las tesis dogmáticas que abordan la problemática del comportamiento de la víctima en el delito. En ellas se hace referencia, a menudo, a la «autorresponsabilidad» o «autonomía» de la víctima como criterio por el cual su comportamiento comienza a tener relevancia jurídico-penal. De esta forma, aunque es cierto que sin un consenso en su naturaleza, denominación, interpretación ni contenido⁵⁰, aparece un sector doctrinal que apuesta por el «principio de autorresponsabilidad» para excluir la responsabilidad penal del tercero en los supuestos de participación en una autopuesta en peligro de la víctima. Para la mayoría, este principio asienta sus bases en la Constitución -artículo 10.1 CE en España y 2.1 GG en Alemania- consagrando el «libre desarrollo de la personalidad» como cimiento de la organización social. En virtud de este, se deduce que, si a todo ciudadano le corresponde su propio ámbito de organización, también le debe corresponder la responsabilidad de las

⁴⁷ HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*. 1981.; AMELUNG, K., *Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug*, GA 1977, págs. 1-17 (referencias tomadas de SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, págs. 166 y ss).

⁴⁸ ROXIN, C., *Derecho penal, parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, págs. 564 y ss. (Traducción por Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal).

⁴⁹ De esta forma, «un hurto sigue siendo un hurto, aunque la víctima haya procedido de modo sumamente descuidado» en ROXIN, C., *Derecho penal, parte general...*, pág. 564.

⁵⁰ Sobre la naturaleza algunos lo consideran un concepto prejurídico (ZACZYK), otros como un principio jurídico rector (WALTER), en ROSO CAÑADILLAS, R., *op. cit.*, págs. 268 y 271. Sobre su denominación distinta cfr. CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, pág. 261, nota 6.

lesiones que deriven de su misma organización⁵¹. Al fin y al cabo, lo que pretende esta línea de pensamiento es introducir en el debate dogmático la figura de la víctima no como un sujeto pasivo, sino como un sujeto autorresponsable. Y de esta manera, cuando la acción o el resultado lesivo se pueda imputar al ámbito de responsabilidad de la víctima, no habrá imputación objetiva al comportamiento de quien hubiese intervenido en la actividad junto con la víctima⁵². Ahora bien, en las actividades conjuntas entre víctima y autor, para que la actividad que hace surgir el peligro para el bien jurídico sea imputable efectivamente al ámbito de responsabilidad de la víctima es necesario la concurrencia de una serie de requisitos. En palabras de CANCIO MELIÁ, se exige que la actividad riesgosa «permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente», que la actividad de la víctima «no haya sido instrumentalizada por el autor» y que este último «no tenga un deber de protección específico» en lo que respecta a los bienes jurídicos de la víctima⁵³.

Con estos criterios se llega a la solución de que tanto en la autopuesta en peligro como en la heteropuesta en peligro consentida -cuando la víctima se coloca en una situación de riesgo o, por lo menos, no se desprende ella- es la víctima la única responsable de las lesiones que se deriven, quedando exentos de responsabilidad penal el partícipe en la autopuesta en peligro y el autor de la heteropuesta en peligro consentida. Esta sería la solución, por ejemplo, para el supuesto de quien acepta participar en una carrera prohibida o el de quien va voluntariamente de acompañante en un vehículo siendo consciente de que el conductor se encuentra en estado de embriaguez⁵⁴. No obstante, no operaría el principio de autorresponsabilidad en los supuestos en los que la víctima realiza actividades susceptibles de riesgos estadísticos. Como ocurriría en el caso del que decide pasear por un bosque del que tiene conocimiento que es concurrido por cazadores furtivos que no tienen cuidado; o el de la mujer que acepta la invitación de un hombre conocido por su violencia. Aquí la muerte o las lesiones no podrían imputarse, en ningún caso, al ámbito de responsabilidad de la víctima por mucho que ella haya sido consciente y haya previsto el peligro. Pues a pesar de que la víctima

⁵¹ CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.* págs. 278 y ss.

⁵² CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, pág. 278.

⁵³ Establece una serie de requisitos y aclara que «con organización conjunta no debe entenderse como una actividad compartida de modo paralelo a la coautoría». CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, págs. 286 y 292

⁵⁴ Tanto el que acepta participar en una carrera prohibida como el que acompaña a un conductor ebrio son conscientes del peligro que corren, por lo que, si ellos mismos asumen ese riesgo, no podrá exigir responsabilidad ni deberes de tutela a los demás. En el mismo sentido, «quien participe en una actividad arriesgada... en caso de producirse un daño, no puede invocar que los demás deberían haber tenido cuidado de él». JAKOBS, G., *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996 p. 28 (referencia tomada de CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, pág. 278)

haya previsto el riesgo para sus bienes jurídicos, la actividad generadora del riesgo no obedece a una organización conjunta⁵⁵.

4. GRUPOS DE CASOS

Las numerosas obras referenciadas a lo largo del presente trabajo se ciñen, por un lado, a proponer soluciones teóricas al problema dogmático de la contribución de la víctima en el delito. Y por otro, a dejar patente que los supuestos en los que la conducta de la víctima interviene determinadamente en el delito sí llegan a los tribunales. De esta forma, si este trabajo ya ha tratado las diversas posiciones teóricas, lo que pretende ahora no es sino realizar un estudio de los supuestos en concreto. En este sentido, cabe destacar que, aunque es cierto que la casuística que trata la figura de la autopuesta en peligro es muy amplia, se ha escogido estudiar cuatro grupos de casos por ser, seguramente, -dentro de la figura que nos concierne- los más controvertidos y los que más debate han creado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

4.1 Medidas arriesgadas de salvamento emprendidas a raíz de un siniestro provocado antijurídicamente

El supuesto de hecho objeto del presente caso sería aquel en el que una persona resulta gravemente lesionada o incluso muerta tras intentar apagar un incendio que otra persona ha provocado de manera antijurídica -ya sea con dolo o imprudencia-. Se entiende que es un supuesto que podría encajar, en un principio, en los ya descritos como participación en una autopuesta en peligro en tanto que, mientras es la persona incendiaria la que crea o favorece una situación peligrosa, es la víctima salvadora la que con su comportamiento acepta y se introduce en dicha situación de la que, desgraciadamente y a consecuencia de su actividad riesgosa, termina lesionada.

Antes de entrar al fondo del supuesto es preciso hacer una matización. La doctrina diferencia dos tipos de personas que emprenden medidas salvadoras: aquellas personas que tratan de poner fin al siniestro provocado porque se encuentran jurídicamente obligadas a actuar y aquellas personas que actúan sin estar jurídicamente obligadas. El primer grupo lo componen de un lado, aquellas personas que por su oficio o profesión deben actuar -por ejemplo, el bombero en un incendio-, y de otro lado, aquellas cuyo deber se desprende del artículo 195 del Código Penal. Según este artículo, incurrirá en el tipo de omisión del deber de socorro quien «no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto

⁵⁵ CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, pág. 294.

y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros». Por su parte, en el segundo grupo se encuentran el resto de personas que por cualquier razón y sin obligación jurídica alguna se aventuraran a combatir el siniestro -por ejemplo, quien ve un incendio y con el fin de que no se extienda decide ponerse en peligro y combatir el fuego-⁵⁶.

Aclaradas las características del caso, la duda que se presenta es si procede o no procede la imputación al causante del siniestro de los daños y lesiones que sufre el que emprende medidas salvadoras arriesgadas. En este sentido, hay que señalar que durante los últimos años han sido varios los autores que se han pronunciado -tanto en España como en Alemania-, aunque es cierto que sin llegar a un resultado ni solución unánime.

a) Posición de la doctrina mayoritaria: imputación del resultado al causante del siniestro.

La doctrina mayoritaria considera que estos resultados lesivos sí son imputables al causante del siniestro cuando el que emprende medidas salvadoras lo hace en cumplimiento de un deber jurídico -otra vez el ejemplo del bombero en un incendio-. Entienden que aquí no concurre una autopuesta en peligro consentida que excluye la responsabilidad del tercero puesto que, en el momento en el que el salvador actúa obligado, el comportamiento deja de ser libre y autorresponsable. Por lo tanto, el consentimiento en la autopuesta en peligro no es válido⁵⁷. En este marco, hay que señalar que compartiendo la misma conclusión pero con diferente argumentación se han pronunciado, entre otros, CEREZO⁵⁸ y GIMBERNAT⁵⁹.

Por su parte, cuando sin actuar bajo un deber jurídico el salvador termina lesionado, la doctrina mayoritaria también considera que procede la imputación del resultado al causante del siniestro. Todo ello siempre y cuando el comportamiento aparezca valorado positivamente por el ordenamiento jurídico⁶⁰. Con esto no se pretende extender la responsabilidad penal del

⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Imputación objetiva y conducta de la víctima*. ADPCP, VOL. LVIII, 2005, pág. 740.

⁵⁷ En este sentido, RUDOLPHI, H-J., *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, JuS 1969, pág. 557; FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges...*, *op. cit.*, pág. 475; FIEDLER, H., *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung...*, 1990, pág. 188, en los supuestos en los que actúan bajo un deber jurídico «el salvador, precisamente en su decisión de si debe o no exponerse al peligro, no es libre, se encuentra forzado por el autor a autoponerse en peligro» (referencias tomadas de GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, págs. 741 y 742, n.16, 18 y 21); CANCIO MELIÁ, M., *op.cit.*, pág. 343, extendiendo la responsabilidad penal a los que intervienen sin obligación jurídica.

⁵⁸ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 108, señala directamente que «sí le es imputable al que incendia su casa por imprudencia, la muerte de un bombero al tratar de extinguir el fuego».

⁵⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 759, rechazando la argumentación de que la autopuesta en peligro no es consentida, considera que el causante debe responder como autor de las lesiones de los salvadores ya que «antijurídicamente, al provocar el siniestro, ha generado innecesariamente que otros arriesgaran su vida o su integridad física en el ejercicio legítimo de un deber y una profesión [...] en una actividad salvadora no imprudente, expresamente aprobada por el ordenamiento jurídico».

⁶⁰ En la doctrina española, FEIJÓO, B., *Actuación de la víctima e imputación objetiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999*. RDPC, 5, 2000, pág. 318; En la doctrina alemana,

primer causante del siniestro a todos los supuestos en los que el salvador se autocausa lesiones o su propia muerte, sino únicamente cuando la intervención del salvador haya sido «razonable». En este sentido, para calificar una intervención como razonable o no razonable no basta con valorar la entidad de los bienes jurídicos contrapuestos, sino que también ha de entrar en la valoración el grado de peligro, que se presenta con factores como la capacidad, la experiencia y los medios de que dispone el salvador⁶¹. De esta forma, siguiendo con el presente razonamiento, se desprenden diferentes situaciones en las que no procederá la imputación al causante del siniestro de las eventuales lesiones.

En primer lugar, teniendo en cuenta la ponderación de los bienes jurídicos, no procederá la imputación del resultado al causante cuando el bien jurídico que se quiere salvar no es relevante para el ordenamiento jurídico⁶². Tampoco procederá la imputación cuando el que emprende medidas salvadoras lo hace excediéndose en su autopuesta en peligro. Es decir, cuando con su intervención aumenta la intensidad del peligro o el riesgo de lesión que el que se trata de evitar⁶³.

En segundo lugar, no se considera una intervención «razonable» cuando el bien jurídico que se pretende salvar es claramente inferior en contraposición con el que se autopone en peligro -como ocurriría con un bien patrimonial de poco valor frente al bien jurídico vida o integridad física-⁶⁴. De esta forma, al causante de un incendio no le serían imputables, por ejemplo, las autolesiones o automuerte de quien pusiese en peligro su vida para salvar del incendio un álbum de fotos.

En tercer lugar, siguiendo con el criterio de la «razonabilidad», no cabe imputar al causante del siniestro los resultados lesivos cuando el que emprende medidas salvadoras lo

entre otros, RUDOLPHI, H-J., *op. cit.*, pág. 557; PUPPE, I., *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, tomo I. Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Baden-Baden, 2002, antes de 13/168 (referencias tomadas de FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.*, pág. 317, n.130); FRISCH, W., *op. cit.*, pág. 487 (referencia tomada de GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 745, n. 44).

⁶¹ FEIJOO, B., *Actuación de la víctima e imputación objetiva... op.cit.*, pág. 322, se presentaría como razonable «correr el peligro de sufrir una lesión leve que no precise tratamiento quirúrgico para salvar la única copia de una tesis doctoral casi finalizada».

⁶² FEIJOO, B., *op. cit.*, págs. 323, donde pone el ejemplo del fotógrafo que se acerca a un incendio para sacar fotos y termina gravemente herido. También el supuesto del médico con viruela (BGH St 17, págs. 359 ss.) en el que un médico contagia imprudentemente a otros médicos y pacientes. Posteriormente, el capellán del centro de salud se contagia al asistir espiritualmente a los contagiados. En este supuesto chocan el bien jurídico vida y la «salvación de almas» que no tiene relevancia jurídica por lo que se trataría de una autopuesta en peligro atípica. En el mismo sentido se han manifestado MARTINEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pág. 365 y CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. PPU, Barcelona, 1989, pág. 557.

⁶³ Idem.

⁶⁴ FEIJOO, B., *op. cit.*, pág. 324, señala «evidentemente, sacrificar un bien jurídico para salvar otro de menor entidad jurídica es siempre algo *irracional* de acuerdo con un juicio general».

hace sin adoptar las precauciones necesarias y diligentes. Es decir, cuando la autopuesta en peligro del salvador es imprudente o temeraria⁶⁵.

En último lugar, nos encontraríamos ante el mismo resultado juidicopenal que en los anteriores supuestos cuando se pudiera haber puesto fin al siniestro con medios menos peligrosos o con los previstos por el ordenamiento jurídico. Así ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de quien se aventurara a combatir un incendio cuando ya hubiera llegado el cuerpo de bomberos. Pues en el momento en que llegan los bomberos -que se entiende que es un medio más seguro-, esa autopuesta en peligro pasa a ser únicamente responsabilidad del salvador⁶⁶.

A todo lo anterior hay que añadir que dentro de la doctrina dominante hay algunos autores que, de forma más amplia, consideran procedente la imputación del resultado al causante cuando las medidas arriesgadas, sin ser razonables, son «comprensibles» -por ejemplo, es el padre o la madre quien entra al edificio que está a punto de derrumbarse por llamas para salvar a su hijo-. También extienden la responsabilidad del causante a los supuestos en los que las capacidades valorativas del salvador se hayan visto afectadas por la situación de peligro o necesidad de actuar rápido⁶⁷.

b) Posición de la doctrina minoritaria: no imputación del resultado al causante del siniestro.

ROXIN sostiene una postura contraria a la corriente mayoritaria ya explicada. Según este autor, no cabe responsabilizar al causante del siniestro por los menoscabos que sufrieran los que emprenden medidas salvadoras a consecuencia de su propia actuación, estén o no estén obligados jurídicamente a actuar⁶⁸. Como se ha señalado, llega al mismo resultado sin importar que el ordenamiento jurídico obligue a actuar o no, aunque es cierto que utilizando diferentes argumentos. Por un lado, en relación con los que sí se encuentran obligados jurídicamente sostiene que la autopuesta en peligro a la que se someten está condicionada igualmente por el causante del siniestro -en tanto que crea una situación peligrosa- como por el legislador -que le obliga a introducirse en ella-. De esta forma, llega a la conclusión de que si el legislador no es responsable de las lesiones o incluso de la muerte del que intenta poner

⁶⁵ FEIJOO, B., *op. cit.*, pág. 324, con el ejemplo del bombero que pretende combatir las llamas sin tomar las medidas de precaución exigidas en su profesión.

⁶⁶ FEIJOO, B., *op. cit.*, pág. 325,

⁶⁷ En este sentido, JAKOBS, G., «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtliche Haftung für Begehung», en ZStW 89, 1977, pág. 34 (referencia tomada de MARTINEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pág. 361, n. 495).

⁶⁸ ROXIN, C., FS-Gallas, 1973, pág. 247.

fin al siniestro, tampoco lo ha de ser el que lo provoca⁶⁹. Por otro lado, ROXIN llega al resultado de exclusión de la responsabilidad penal del causante cuando el que actúa no se encuentra obligado por el ordenamiento jurídico con el argumento del «problema de conciencia». Señala el autor que, en caso de que se le imputasen al causante del siniestro los eventuales daños y menoscabos de la acción arriesgada, la persona que pudiera combatir contra el siniestro incurriría en un problema de conciencia, pues su voluntad de actuar chocaría directamente con el conocimiento de que su actuación, probablemente, conlleve un castigo penal para el causante⁷⁰. Con todo lo anterior, ROXIN añade que si se le pudiera hacer responsable al causante del siniestro, en muchas ocasiones no le interesaría llamar a terceros para que traten de ponerle fin -por ejemplo, llamar a los bomberos para apagar un incendio-. Puesto que sería conocedor de que si éstos resultaran lesionados o muertos le harían responsable criminalmente de un delito de lesiones o de homicidio imprudente⁷¹.

Esta tesis propuesta por ROXIN ha tenido gran aceptación por una parte de la doctrina española⁷². Para MARTÍNEZ ESCAMILLA estos supuestos son reconducibles a situaciones de participación imprudente de autopuestas en peligro libres y conscientes que excluyen la imputación del resultado al causante de un siniestro-. Pues los que emprenden medidas arriesgadas obligados por su profesión prestaron su consentimiento libre en el momento en que decidieron entrar a dicho cuerpo profesional. Por lo que se entiende que, hasta que no manifiesten su voluntad de abandonar el cuerpo, el consentimiento se mantiene⁷³. El caso de los salvadores particulares plantea menos dificultades para esta autora. Pues el deber de actuar impuesto por el Código Penal deja de existir en el momento en el que hay «riesgo propio o de terceros». De esta forma, si aún existiendo riesgo interviene el salvador, la autopuesta en peligro se considera libre y voluntaria, y por ello impune⁷⁴.

⁶⁹ ROXIN, C., *op. cit.*, pág. 247.

⁷⁰ ROXIN, C., *op. cit.*, pág. 248.

⁷¹ ROXIN, C., *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Honig-FS, 1970, pág. 143 (referencia tomada de GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 751, n. 73).

⁷² Aunque no de manera unánime. Pues en sentido contrario, *supra n. 59 y 60*. Además, ha sido duramente criticada por GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 753 ss.

⁷³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pág. 362; En un sentido similar, CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pág. 554 ss.,

⁷⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pág. 363; También CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pág. 555, «el sujeto al ponerse en peligro voluntariamente asume el riesgo como propio y la situación sólo puede calificarse como “autopuesta en peligro” y, como tal, impune, con total indiferencia respecto a la procedencia del riesgo».

c) Posición de la jurisprudencia española: imputación del resultado al causante del siniestro.

Por su parte, la jurisprudencia española ha adoptado la misma posición que la doctrina dominante. Así se ve en la sentencia STS de 17 de enero de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:167]. En el presente supuesto de hecho, el autor del siniestro preparó tres bombonas de butano y una de «camping gas» que dejó abierta de tal forma que, como pretendía, produjo un gran incendio en el edificio donde vivía. Este incendio, además de causar daños materiales y lesiones leves a seis vecinos, causó lesiones a Antonio M.^a S., quien -como particular y sin obligación de intervenir- entró en la vivienda del causante y retiró las bombonas de butano. Concretamente, Antonio M.^a S. sufrió quemaduras de primer y segundo grado en ambas manos, quedando incapacitado para sus ocupaciones durante 56 días. En este sentido, el TS rechaza parte de la resolución de la AP Barcelona [ECLI:ES:APB:1999:11965]⁷⁵ considerando que la lesión de Antonio M.^a «se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento». Por lo tanto, concluye que «el procesado ha de responder de todos los daños y lesiones producidos, incluso de aquellos que pudieran derivarse de acciones de salvamento como la aquí examinada».

4.2 Medidas de salvamento emprendidas para rescatar a una víctima que se ha colocado a sí misma en una situación de peligro.

En el anterior grupo de casos las medidas arriesgadas de salvamento tenían por objeto poner fin a un siniestro que ponía en peligro bienes jurídicos ajenos al causante. Por el contrario, el grupo de casos que ahora nos ocupa engloba aquellos supuestos en los que las medidas de salvamento persiguen salvar, precisamente, a quién creó la situación peligrosa. Buenos ejemplos de ello son, por ejemplo, el de la persona que se cae de un puente y muere al tratar de ayudar a descender a un suicida arrepentido, o el de la persona que queda atrapada en el curso de una ascensión de escalada peligrosa y, al intentar salvarle, el equipo de rescate sufre un accidente que acaba con la muerte de uno de los rescatadores. En resumen, lo que se plantea aquí es si las autolesiones originen en la autopuesta en peligro voluntaria del salvador son imputables al que creó en primer lugar su propia situación de peligro.

En este sentido, la opinión de la doctrina no se encuentra tan dividida como en el anterior grupo de casos. Así, la doctrina mayoritaria -aunque con diferente argumentación-

⁷⁵ SAP Barcelona de 15 de noviembre [ECLI:ES:APB:1999:11965], que si bien hizo responsable al causante de un delito de estragos y seis faltas de lesiones, no lo hacía de las quemaduras sufridas por considerar no haber imputación objetiva del resultado «cuando el afectado se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro»

considera que el causante de su propia situación peligrosa no es responsable penalmente de las eventuales lesiones o daños que sufre quien intenta salvarle del peligro.

ROXIN se fundamenta en su extensa tesis sobre el fin de protección de la norma para excluir la responsabilidad del causante cuando la actuación del salvador es voluntaria. Es cierto que el accidente que sufre el salvador es consecuencia directa de la situación creada por el causante. Sin embargo, este autor considera que el fin de protección del tipo de homicidio imprudente o lesiones imprudentes no abarca aquellos resultados que se producen a raíz de una autopuesta en peligro voluntaria de la víctima⁷⁶. Además, en el mismo sentido que en el anterior grupo de casos, considera que de ser responsable el creador de la situación peligrosa, al salvador se le plantearía un «problema de conciencia» al ser conocedor de que su propia actuación podría acarrear un castigo penal para la persona a la que intenta salvar⁷⁷.

En España se ha manifestado, entre otros, CANCIO⁷⁸. Si bien considera que en el primer grupo de casos el causante es responsable, en este grupo de casos opina lo contrario. La diferencia que le lleva a estas consideraciones radica en que, mientras en el primer supuesto la situación de peligro que crea el causante es antijurídica -dolosa o imprudente-, en el supuesto que ahora nos concierne, esa creación de peligro no está prohibida por el ordenamiento jurídico. Pues el nadador tiene todo el derecho del mundo a introducirse en el mar ajetreado, al igual que una cordada de escalada tiene derecho a intentar una ascensión muy peligrosa, sin que ninguna de las dos situaciones tenga relevancia jurídico-penal. Por lo tanto, si la autopuesta en peligro del nadador o el escalador es penalmente atípica, por mucho que se deriven eventuales daños en los salvadores, las conductas no dejarán de ser atípicas para el Derecho penal⁷⁹.

4.3 Transmisión del VIH por vía sexual

El presente grupo de casos, para nada infrecuente en la práctica, se ocupa de los supuestos en los que uno de los intervinientes de una relación sexual padece una infección o enfermedad -por ejemplo, el VIH- y, a raíz de dicha relación, el otro interviniente resulta contagiado. De esta forma, lo que se plantea es si al portador se le deben imputar o no se le deben imputar las lesiones -o la muerte en caso de que muriera a consecuencia de la infección- de quien resulta contagiado como consecuencia de la relación sexual. Para acabar de poner en contexto este grupo de casos es preciso señalar que nos encontraremos con dos

⁷⁶ ROXIN, C, *Problemas básicos del Derecho penal...*, pág. 187.

⁷⁷ Véase *supra* n.70.

⁷⁸ CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, pág. 344.

⁷⁹ Comparten la misma fundamentación, entre otros, FEIJOO, B., *op. cit.*, pág. 320; GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 768 y 769; CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pág. 554.

supuestos diferentes. Pues tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen entre aquel supuesto en el que quien padece la enfermedad -siendo conocedor de que la padece- se la oculta a su pareja sexual y aquel supuesto en el que ambos son conscientes de la enfermedad que padece uno de ellos y, por ello, conscientes del riesgo que conlleva mantener dicha relación sexual. Así, de todo lo anterior se desprenden tres puntos clave en los que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han centrado su discusión.

Por un lado, se discute sobre si el presente grupo de casos ha de recibir el mismo tratamiento o resultado juridicopenal dependiendo de si quien contagia la enfermedad ha informado o no al interviniente sano. En este punto anticipo que, como más adelante se razona, la doctrina dominante se decanta por afirmar la imputación objetiva del resultado cuando se oculta el padecimiento y, por el contrario, considera no haber lugar a la imputación objetiva cuando ambos son igualmente conscientes de la dolencia de uno de ellos⁸⁰.

Por otro lado, desde un punto de vista más teórico, se discute si los supuestos de transmisión de enfermedades por vía sexual han de considerarse supuestos de participación en una autopuesta en peligro del interviniente sano o supuestos de heteropuesta en peligro por parte del portador de la infección o enfermedad⁸¹. Se dice que es una discusión más teórica porque encuadrar el supuesto como uno de autopuesta en peligro o uno de heteropuesta en peligro no trae, por lo general, resultados jurídicos diferentes. Esto es así debido a que, según la doctrina mayoritaria, si el consentimiento es eficaz, no se podrá hablar de conducta típica alguna, independientemente de que se trate de una auto o heteropuesta en peligro consentida⁸².

Por su parte, el último punto clave de discusión en la doctrina científica se encuentra dentro del tipo subjetivo de los delitos. Pues en los supuestos en los que se afirma que procede la imputación objetiva del resultado lo que se discute es si dicha imputación ha de considerarse en su forma dolosa o en su forma imprudente⁸³.

a) Imputación objetiva dependiendo de si el portador ha informado o no de su dolencia.

En opinión de la doctrina mayoritaria, en aquellos supuestos en los que el portador de la enfermedad ostenta un conocimiento del riesgo superior al de la víctima -porque sólo él conoce su dolencia-, el portador y únicamente el portador debe responder de los resultados lesivos acaecidos como consecuencia de la relación sexual. Por su parte, en los supuestos en los que ambos conocen la condición del portador, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, no

⁸⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 773.

⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 773.

⁸² Cfr., entre otros, ROXIN, C., FS-Gallas, 1973, pág.252 y 253; CANCIO MELIÁ, M., *op. cit.*, págs. 284 ss; FEIJOO, B., *op. cit.*, págs. 289 y 290.

⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 773.

habrá lugar a la imputación objetiva. La diferencia para otorgar un tratamiento juridicopenal u otro versa sobre la eficacia del consentimiento en el riesgo-sin importar la calificación de autopuesta en peligro o heteropuesta en peligro-. De esta forma, en el último supuesto, al ser los dos intervinientes conocedores e igualmente conscientes del riesgo que conlleva mantener dicha relación sexual, el consentimiento se considera jurídicamente válido y eficaz. Por el contrario, en el supuesto anterior, la no información de la dolencia del portador provoca, por el contrario, un consentimiento viciado y no eficaz -por lo tanto, la conducta del primer portador se considera típica-. Pues si bien la víctima consiente en la relación sexual, no consiente en el riesgo de contagio que existe⁸⁴.

Asimismo, siendo minoritaria pero con defensores contundentes, se presenta la línea doctrinal que considera que aunque la víctima desconozca la dolencia del portador, existirán casos en los que no se podrá imputar el contagio al portador -oponiéndose a la doctrina que ahora domina-. Esto ocurriría cuando sin conocer la enfermedad de su pareja sexual, le era cognoscible dicha enfermedad por pertenecer a un grupo de riesgo -por ejemplo, porque su pareja sexual ejerce la prostitución o suele inyectarse drogas-⁸⁵. En palabras de CANCIO, defensor de la presente argumentación: «Igualmente, si un sujeto mantiene relaciones sexuales con una persona cuyas circunstancias revelan un posible riesgo –supongamos que se trata de una persona dedicada a la prostitución–, y de ese contacto resulta el contagio de una enfermedad de transmisión sexual, es indiferente que la víctima conozca o no la condición de portadora de tal enfermedad de la otra, o siquiera la posibilidad de transmisión en el acto sexual elegido. Pues la actividad conjunta realizada –contacto sexual con alguien que mantiene frecuentes relaciones sexuales– conlleva objetivamente el riesgo de contagio de una enfermedad de transmisión sexual. Por el hecho de que en su peculiar mundo interno la víctima “decida” desligar su conducta de esa posibilidad no se genera una conducta típica del

⁸⁴ En este marco se han manifestado, entre otros, SCHÜNEMANN, B., «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», en *Problemas jurídico-penales del SIDA* (traducción de MIR PUIG, S.), Barcelona, Bosch, 1993, págs. 41 ss.: «Resulta, pues, dogmáticamente claro que la falta de información al partner sexual acerca de la propia infección fundamenta una imputación del hecho a título de autoría».; ROXIN, C., FS-Gallas, 1973, pág.252; GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 780-784.

⁸⁵ En este sentido, JAKOBS, G., «La imputación objetiva en Derecho penal» traducción de CANCIO, Madrid, 1996, pág. 174; GARCÍA ÁLVAREZ, P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999, pág. 291 y 292; GÓMEZ RIVERO, M. C., *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA*, Valencia, 1998, pág. 174 ss., extiende este resultado no sólo cuando la pareja sexual perteneciera a grupos de riesgo, sino cuando no concorra el principio de confianza: «en la medida en que la ausencia de dicho principio de confianza supone que el miembro sano esté asumiendo implícitamente el riesgo del contagio, puede afirmarse que, caso de que finalmente éste se produzca, el resultado caería fuera del ámbito de protección de la norma penal, en cuanto que no sería lícito invertir el planteamiento, concediéndole a la víctima una protección superior a la que ella misma se ha ocupado de proporcionarse».

otro sujeto. La conducta de la persona prostituida no es típica de un delito de lesiones o de homicidio; el suceso debe imputarse a la víctima»⁸⁶.

b) *Transmisión del VIH por vía sexual, ¿autopuesta en peligro o heteropuesta en peligro?*

Como se ha señalado, decidir si los supuestos de transmisión de enfermedades por vía sexual son de autopuesta en peligro o heteropuesta en peligro no traen, por lo general, consecuencias jurídicas diferentes⁸⁷. No obstante, no deja de ser cierto que dentro de este grupo de casos ha sido una cuestión objeto de gran debate por parte de la doctrina.

La línea que defiende que en los supuestos en los que el interviniente sano conoce la dolencia de su pareja sexual no son sino impunes participaciones en autopuestas en peligro se fundamenta en que, si la «víctima» consiente en la relación sexual, acepta implícitamente el riesgo de contagio como propio. Pues si el ejercicio de la relación sexual es un acto llevado a cabo de igual manera por ambos intervinientes que comparten el dominio del hecho, no puede considerarse como actuación única del ya contagiado, ya que ambos tienen en todo momento la posibilidad de intervenir y cesar el peligro, o por lo menos disminuirlo -por ejemplo, con el uso de medios de protección como es el preservativo-. Así se han pronunciado dentro de la doctrina, entre otros: GÓMEZ RIVERO⁸⁸, GARCÍA ÁLVAREZ⁸⁹, BOTTKE⁹⁰ o el mismo GIMBERNAT⁹¹.

Por su parte, con autores de mucho peso como SCHÜNEMANN⁹², FRISCH⁹³ o ROXIN⁹⁴, se encuentra el sector doctrinal que llega a la conclusión de que la transmisión de enfermedades e infecciones por vía sexual comprende un supuesto de heteropuesta en peligro

⁸⁶ CANCIO MELIÁ, M., «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. (“imputación a la víctima”)), RDPC, 1998, pág. 87.

⁸⁷ Cfr. *supra* n. 83.

⁸⁸ GÓMEZ RIVERO, M.C., *op. cit.*, págs. 185 y 186: «En efecto, en la medida en que rasgo distintivo de este tipo de relaciones es que ambos miembros de la pareja pueden poner fin cuando quieran a la situación de riesgo, o, al menos, reducir su peligrosidad mediante el empleo de medios de protección, cabe afirmar que estamos ante un supuesto de dominio compartido del suceso. Nos encontraríamos, por tanto, conforme a la doctrina mayoritaria, ante una forma de autopuesta en peligro de la víctima, que, por ello, debe permanecer impune».

⁸⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., *op. cit.*, págs. 271 ss.

⁹⁰ BOTTKE, W., «Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung», *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, pág. 183: «Con el contacto consensual y la situación de peligro, acepta y determina el acto potencial de transmisión de una manera que equivale a la puesta en peligro propia, en el que el ya infectado colabora atípicamente como cómplice». (referencia tomada de GIMBERNAT, *op. cit.*, pág. 778).

⁹¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*, pág. 788: «la víctima ha ejecutado la conducta a la que hay que reconducir el resultado lesivo del contagio, es decir, que se ha autocausado su propia lesión. De ahí que en estos casos estemos ante una autopuesta en peligro con resultado de muerte o lesiones».

⁹² SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, pág. 44;

⁹³ FRISCH, W., «Selbstgefährdung im Strafrecht. Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten», *NStZ*, 1992, pág. 166 y 167 (referencia tomada de GIMBERNAT, *op. cit.*, pág. 779).

⁹⁴ ROXIN, C., *La polémica en torno...*, 2013, pág. 16, también en ROXIN, C., *Strafrecht...*, n. m. 133.

consentida por entender que el peligro proviene directamente del ya contagiado. En palabras del último autor, «como la puesta en peligro parte exclusivamente del infectado, y la pareja únicamente se expone a aquella, se trata de una heteropuesta en peligro consentida, completamente comparable con el caso de que alguien se haga inyectar una droga por otro».

La doctrina científica no queda dividida únicamente entre los que opinan que constituye un supuesto de autopuesta en peligro y los que opinan que constituye un supuesto de heteropuesta en peligro consentida. De esta forma, se presentan otros autores considerando que en lo que respecta a la transmisión del VIH por vía sexual no es posible acudir a criterios de autoría y participación para determinar una posible auto o heteropuesta en peligro consentida⁹⁵.

c) Imputación a título de dolo o de imprudencia

Una vez atendida la cuestión clave objeto del presente grupo de casos -la imputación objetiva de la transmisión del VIH por vía sexual-, y antes de centrarnos en la respuesta de la jurisprudencia española, se tratará de responder, desde el punto de vista que nos ofrece la doctrina científica, al tipo subjetivo -dolo o imprudencia- en los supuestos en los que el primer contagiado de VIH es conocedor de su dolencia -y, por lo tanto, también consciente del riesgo de transmisión mediante relaciones sexuales-, y aunque no pretende contagiar a su pareja sexual, no le informa de la enfermedad. De esta forma, nos encontramos ante una de las cuestiones que más interés ha despertado en la doctrina durante los últimos años: la difícil distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente. No obstante, debido a la complejidad que suscita este asunto en el ámbito jurídico penal del VIH y que además, no me es posible extenderme en el presente trabajo -en el que me ocupo del tipo objetivo-, sólo se podrá tratar de forma resumida.

Así, por un lado, con fundamento en las reglas generales del dolo eventual -que exige, además de la presentación del resultado lesivo como probable, que exista una cierta actitud que no permita confiar en la no producción de dicho resultado-⁹⁶, se encuentra el sector doctrinal que considera que concurre dolo eventual cuando el portador del VIH, que conoce el riesgo de transmisión, no emplea los medios de protección adecuados que le permitan confiar en la no transmisión de la enfermedad, por ejemplo, el uso del preservativo. Y por el contrario, el empleo de dicho medio de protección en la relación sexual, al reducir el riesgo de

⁹⁵ LUZÓN PEÑA, D.M., «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», en *Problemas jurídico penales del SIDA*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 16, especialmente n.1.

⁹⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *Parte General*, 3ª ed., 2016, págs. 234-242; MIR PUIG, S., *Parte General*, 10ª ed., 2016, págs. 271-276.

contagio y permitir confiar en la no transmisión, elimina el dolo eventual y el primer portador únicamente será responsable, en su caso, por imprudencia consciente⁹⁷.

Por su parte, la posibilidad de apreciación de dolo eventual -incluso en los supuestos en los que no se emplean medios de protección como el preservativo- ha sido muy criticada por parte de una línea doctrinal. Línea doctrinal que, en caso de afirmar la imputación objetiva del contagio, considera que debe hacerse a título de imprudencia⁹⁸. Consideran que la probabilidad de transmisión del VIH por vía sexual es demasiado baja como para alcanzar un riesgo que permita hablar de dolo eventual. Pues de acuerdo con los datos publicados en diferentes estudios, el riesgo de transmisión del VIH por vía sexual sin protección oscila entre el 0,05% y el 3% en función de la práctica realizada⁹⁹. De todo ello se sigue que, como la tentativa no es compatible en términos jurídico penales con el comportamiento imprudente, la relación sexual de una persona seropositiva con una persona sana -por mucho que la última no conozca la dolencia de la primera-, si no termina con la transmisión del VIH no se considerará una conducta punible¹⁰⁰.

d) Posición de la jurisprudencia española en los casos de contagio de VIH por vía sexual.

Es cierto que, en lo que respecta a supuestos de transmisión del VIH, no se puede decir que han sido numerosas las resoluciones dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. No obstante, su último pronunciamiento, la STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo [ECLI:ES:TS:2020:806], resulta muy interesante para completar el análisis de este grupo de casos. Esta sentencia, a su vez, cita dos resoluciones de la misma Sala a las que se hará referencia más adelante. Estas son, por un lado, la STS 528/2011, Penal, de 6 de junio [ECLI:ES:TS:2011:3527], en la que se condena al acusado por dos delitos de lesiones graves a título de imprudencia grave. Y por otro lado, la STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre

⁹⁷ LUZÓN PEÑA, D.M., en *Problemas jurídico penales del SIDA*, pág. 20.

⁹⁸ Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, E., «La transmisión del SIDA por vía sexual», *El Mundo*, 21.09.2010; el mismo, GIMBERNAT ORDEIG, E. *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, 2005, pág. 789 ss.; SCHÜNEMANN, B., en *Problemas jurídico penales del SIDA*, págs. 47-52; CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva», en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2022, InDret, págs. 322, que señalan que «no puede hablarse de un riesgo tan elevado como para asumir que el autor acepta el resultado lesivo, se conforma con él o, al menos, le resulta indiferente».

⁹⁹ Concretamente, de acuerdo los datos aportados por la farmacéutica Janssen en <<https://www.infosida.es/crees-puedes-vih>>, sin el uso de preservativo la probabilidad de riesgo de contagio oscila entre el 0,05% y el 0,8% en las prácticas de penetración vaginal receptivo e insertivo, con o sin eyaculación, y en la penetración anal sin eyaculación. Mientras que en la penetración anal receptiva con eyaculación el riesgo de transmisión oscila entre el 0,8% y el 3%.

¹⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Imputación objetiva...*, 2005, pág. 791.

[ECLI:ES:TS:2011:7857], en la que se condena al acusado por un delito de lesiones graves a título doloso.

Los hechos probados de los que parte la primera sentencia son, en resumen, los siguientes: el acusado Luciano fue diagnosticado por infección de VIH el 15 de julio de 2004. En el año 2012 comenzó una relación sentimental con Clemencia, que fue diagnosticada por infección de VIH en septiembre de 2013. No se prueba que Clemencia desconociera ni la enfermedad que padecía Luciano ni el riesgo de transmisión que conllevaba mantener relaciones sexuales con él.

La Audiencia Provincial de Madrid absuelve al acusado basando su motivación en la duda razonable sobre el conocimiento o desconocimiento de la enfermedad de Luciano¹⁰¹. De ello se deduce que la tipicidad o atipicidad de la conducta del portador del VIH depende del conocimiento o desconocimiento de dicha enfermedad por parte de la pareja sana, aunque la AP no aporta ulterior justificación. Ante esta resolución, Clemencia presenta recurso por infracción de ley en el que defiende que aún conociendo la dolencia de Luciano y por mucho que consintiese en mantener relaciones sexuales sin protección, Luciano es responsable de un delito de lesiones agravadas, «sin que el consentimiento que ella pudiera haber prestado tenga otra consecuencia que rebajar en uno o dos grados la pena legalmente prevista para el acto lesivo enjuiciado (art. 155 del Código Penal)»¹⁰². No obstante, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación puesto que el alegato del recurso «parte de la concurrencia del presupuesto de imputación objetiva correspondiente al tipo penal de lesiones»¹⁰³, que es precisamente, lo que niega el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo identifica que se trata de un supuesto en el que «concurren los requisitos objetivos del tipo de lesiones y, o bien la víctima se había colocado a sí misma en la situación de riesgo de la que deriva el resultado previsto por la norma (autopuesta en peligro), o bien asumió la situación de peligro creada por otro (heteropuesta en peligro)»¹⁰⁴. En este sentido, y admitiendo las dificultades que presenta el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo termina por considerar que la relación sexual de riesgo de Clemencia y Luciano no es sino un supuesto de heteropuesta en peligro consentida. Sin embargo, lejos de considerar punible esta

¹⁰¹ SAP Madrid 286/2018, Sección 26ª, de 16 de abril [ECLI:ES:APM:2018:7398], FD 1º: «de los diversos hechos en que se funda la acusación el único que se ha sido probado es que la denunciante mantuvo una relación sentimental con el procesado y que a consecuencia de las relaciones sexuales que mantenían se contagió del virus (VIH) del que era portador, aunque sin que se haya establecido que [Clemencia] fuera desconocedora de la patología que padecía su compañero sentimental. Por todo ello, hemos de concluir que los hechos que se han sometido a nuestra consideración, tal y como resultan de la prueba practicada en el acto del juicio, son impunes».

¹⁰² STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo [ECLI:ES:2020:806], FD 1º.

¹⁰³ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo [ECLI:ES:2020:806], FD 1º, punto 4.

¹⁰⁴ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo [ECLI:ES:2020:806], FD 1º, punto 5.

heteropuesta en peligro consentida, esta Sala considera que «la heteropuesta en peligro consentida comporta una restricción teleológica del tipo de lesiones cuando el peligro equivalga, en su aspecto sustantivo, a una normalmente impune autopuesta en peligro con cooperación de terceros. Una equiparación que precisa de la comunión de los elementos que desdibujan la responsabilidad del autor con la del propio lesionado, concretamente: a) Que la víctima tenga un adecuado conocimiento del riesgo; b) Que consienta en la acción arriesgada causante del daño, sin venir tampoco impulsado por una marcada incitación del autor; c) Que el daño sea consecuencia del riesgo asumido, sin añadirse otros descuidos del ejecutante y d) Que la víctima, hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor mismo. Lo que es plenamente predicable respecto de aquella persona que, conociendo la patología contagiosa de otro, decide voluntaria y libremente mantener relaciones sexuales con él, sabedor que éstas son vehículo de transmisión de la enfermedad»¹⁰⁵. De la fundamentación del Tribunal Supremo en la sentencia 690/2019, Penal, de 11 de marzo [ECLI:ES:2020:806], se asume, por lo tanto, que el conocimiento de la dolencia de la pareja sexual y el consentimiento en mantener dicha relación sexual son las circunstancias esenciales que permiten considerar la transmisión del VIH como un supuesto de heteropuesta en peligro consentida equivalente a una participación en una autopuesta en peligro y, por ello, impune¹⁰⁶. Además, es preciso señalar que la no información de la enfermedad a la pareja sexual fue, fundamentalmente, lo que llevó a la misma Sala del Tribunal Supremo a resolver condenando a los acusados por un delito de lesiones por transmisión del VIH en las otras dos sentencias mencionadas anteriormente (ECLI:ES:TS:2011:3527 y ECLI:ES:TS:2011:7857).

En la primera de ellas nos encontramos ante un supuesto en el que el acusado portador de VIH mantuvo relaciones sexuales con su pareja sin informar de su dolencia y, a pesar de que en todas las relaciones hicieron uso de preservativo, éste se rompió cuatro o cinco veces, quedando la pareja embarazada y contagiada de VIH. En este sentido, el Tribunal Supremo, considera que el uso del preservativo no sólo elimina el dolo directo, sino que también el dolo eventual. Citando textualmente, «queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la

¹⁰⁵ STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo [ECLI:ES:2020:806], FD 1º, punto 5, último párrafo, coincidiendo plenamente en la construcción doctrinal elaborada por ROXIN sobre la equivalencia de la heteropuesta en peligro consentida a la participación en una autopuesta en peligro -cfr. *supra* 3.2.a-.

¹⁰⁶ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva», en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2022, InDret, pág. 310.

asunción de las consecuencias del riesgo generado»¹⁰⁷. Sin embargo, el hecho de que el preservativo se rompiera en cuatro o cinco ocasiones le basta al TS para apreciar imprudencia grave en la conducta, puesto que, «aquello que resulta tan excepcional en la generalidad de los casos, [...] en el concreto caso de las relaciones sexuales entre Gerardo y Araceli se producía con esa frecuencia, relativa pero en modo alguno desdeñable. Encontrándonos así ante un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas»¹⁰⁸. De esta forma, de la STS 528/2011, Penal, de 6 de junio [ECLI:ES:TS:2011:3527], se desprende que, mientras el uso correcto de medios profilácticos excluye la tipicidad de la conducta, un uso descuidado de ellos basta para considerar la conducta típica de un delito de lesiones en su forma imprudente¹⁰⁹.

Por su parte, en la STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre [ECLI:ES:TS:2011:7857], nos encontramos ante un supuesto en el que el acusado portador de VIH mantuvo varias relaciones sexuales con su pareja sentimental sin informar de su dolencia. En dos ocasiones no hizo uso de ningún medio de protección y, como consecuencia de dichas relaciones, la pareja resultó contagiada de VIH. En este sentido, el TS afirma la imputación objetiva de la conducta del acusado -por la no información de su enfermedad- apreciando la concurrencia de dolo eventual, puesto que «el acusado, portador del virus (VIH), tenía pleno conocimiento de la posibilidad de que se produjera el resultado de graves lesiones y el alto grado de probabilidad de que realente se ocasionaran, tras mantener relaciones sexuales con su pareja, máxime cuando en dos ocasiones ni siquiera utilizó preservativos»¹¹⁰.

Por lo tanto, de las tres sentencias comentadas se desprende lo que hasta ahora es la postura de la jurisprudencia en cuanto a la transmisión del VIH. Por un lado, la información de la enfermedad a la pareja sana en una relación sexual, aunque se mantenga sin protección, excluye la imputación objetiva del contagio por tratarse de un supuesto de heteropuesta en peligro consentida equivalente a una mera participación en una autopuesta en peligro, que como tal, es impune. Por otro lado, el uso correcto de medios de protección excluye la tipicidad de la conducta por considerar que es una conducta encuadrada dentro del riesgo

¹⁰⁷ STS 528/2011, Penal, de 6 de junio [ECLI:ES:TS:2011:3527], FD 1º.

¹⁰⁸ STS 528/2011, Penal, de 6 de junio [ECLI:ES:TS:2011:3527], FD 1º.

¹⁰⁹ A favor, HERZBERG, «SIDA: desafío y piedra de toque del Derecho penal. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 StR 262/88)», en MIR PUIG (dir.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, 1993, Bosch, pág. 135, «el portador del SIDA puede cargar a un partner el riesgo restante de un beso o de una relación sexual protegida con condón, incluso si no se lo explica. El hecho de que haya considerado lo peor, o quizás incluso lo haya aprobado o buscado, no puede servir para fundar el dolor de un delito, porque la imaginada causación de la muerte limitada por una decisión de “riesgo permitido”, no realizaría ningún tipo». En contra, LUZÓN PEÑA, D. M., en *Problemas jurídico penales del SIDA*, pág. 19.

¹¹⁰ STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre [ECLI:ES:TS:2011:7857], FD 1º.

permitido. Por último, en aquellos casos en los que el portador del VIH no informe de su enfermedad, si no hace uso de medios de protección se afirmará la imputación objetiva de un delito de lesiones agravadas a título de dolo eventual, mientras que si hace un uso *incorrecto* de los medios de protección se afirmará a título de imprudencia grave¹¹¹.

4.4 Autopuesta en peligro a raíz de una detención ilegal

Un grupo de casos muy característico de especial trascendencia lo comportan aquellos supuestos en los que la víctima se pone en peligro como vía de escape de un secuestro o detención ilegal provocado por otro sujeto. Sirve de ejemplo la sentencia del TS 269/2000, Penal, de 26 de febrero [ECLI:ES:TS:2000:1481], cuyo supuesto de hecho versa sobre un conductor -Joaquín- que tras recoger con su vehículo a un joven -Iván- que hacía auto-stop comenzó a pedirle dinero y a decirle que le entregara el reloj que llevaba. Al ver que Iván no accedía, insistió en su cometido señalando, además, que disponía de una navaja. Entonces Iván, nervioso, pidió que parara el coche o de lo contrario se arrojaría en marcha -incluso haciendo amago de abrir la puerta-. Joaquín no accedió y después de insistir finalmente Iván saltó del vehículo en marcha sufriendo lesiones que tardaron 45 días en sanar. En este sentido, el TS absuelve a Joaquín de un delito de lesiones y le condena por un delito de tentativa de robo. De esta forma, y como era de esperar, fue una sentencia que provocó ríos de tinta dentro de la doctrina penal, donde lo que se planteaba era si esa autopuesta en peligro por parte de la víctima cumplía o no los requisitos para excluir la responsabilidad penal del tercero.

Si bien es cierto que el supuesto objeto del presente análisis es muy frecuente cuando se habla de autopuesta en peligro, también es cierto que la doctrina ofrece opiniones muy similares a las del grupo de casos relativo a las medidas salvadoras emprendidas a raíz de siniestros provocados antijurídicamente, por lo que no considero que debo extenderme. Así, la posición doctrinal que considera imputable el resultado de lesiones al tercero -en este caso conductor- lo hace basándose en que la puesta en peligro de la víctima no cumple los requisitos de asunción libre y consciente del riesgo, pues la existencia de intimidación por parte del conductor provoca que el “consentimiento” o libre asunción del peligro consistente en saltar del vehículo en marcha no sea válido¹¹².

¹¹¹ Cfr. CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva», en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2022, InDret, pág. 321.

¹¹² BONET ESTEVA, M., «Los límites de la exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima. Comentario a la sentencia núm.270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho y Proceso Penal, RDPP 2*, 2000, págs. 164 y ss. (referencia tomada de ROSO CAÑADILLAS, R., *op. cit.*, págs. 253 y 254); GIMBERNAT ORDEIG, E., *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, *op. cit.*, pág. 95, «aquí no estamos ante una impune participación en una autopuesta en peligro consentida, ya que ese consentimiento en la situación de riesgo, por venir

Por su parte, se presenta un sector de la doctrina que hace depender la responsabilidad del conductor -o mejor, el autor de la detención- en la proporcionalidad¹¹³ de los bienes jurídicos protegidos y “razonabilidad”¹¹⁴ de la puesta en peligro de la víctima.

4.5 Autopuestas en peligro de trabajadores por mandato u orden del empresario

Hasta el momento nos hemos centrado en grupos de casos en los que el partícipe de la autopuesta en peligro no ostenta una posición de garante con respecto al sujeto lesionado, y por lo tanto, no se podía dar por finalizado el estudio sin antes hacer referencia al grupo de casos relativo a autopuestas en peligro por parte de los trabajadores. Concretamente, con el grupo de casos que se pretende analizar nos encontramos ante supuestos en los que concurren, por un lado, una infracción del deber de cuidado en materia de prevención de riesgos laborales por parte del empresario¹¹⁵, y por otro lado, una acción descuidada o imprudente por parte del trabajador que provoca un resultado de lesiones o incluso la muerte de dicho trabajador.

Las características que presenta este grupo de casos y que se deben aclarar antes de entrar al fondo del asunto que nos ocupa son, en primer lugar, que la posición de garante del empresario se concreta en una serie de deberes: el deber de proporcionar todos los medios de protección y seguridad exigidos legalmente y el deber de formación e información, entre otros. Y en segundo lugar, que en materia de seguridad laboral el criterio general que viene operando es el de “desconfianza” del empresario frente al trabajador¹¹⁶. Este principio se deriva del párrafo 4 del artículo 15 de la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*¹¹⁷, y hace

condicionado por una coacción delictiva, es ineficaz, y ya que el resultado provocado imprudentemente por el conductor era perfectamente previsible, en cuanto que la víctima había insistido a aquél «en que parara o se tiraba del vehículo, haciendo incluso ademán de abrir la puerta».

¹¹³ TAMARIT SUMALLA, J.P., «Los límites de la exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima», en *RDPP* 2, 2000, pág. 179; GARCÍA ÁLVAREZ, P. «Los límites de la exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima», en *RDPP* 2, 2000, pág. 178 (referencias tomadas de ROSO CAÑADILLAS, R., *op. cit.*, págs. 255-257).

¹¹⁴ De igual manera que con el grupo de casos de las medidas salvadoras a raíz de un siniestro antijurídico, véase *supra* 4.1.

¹¹⁵ Empleamos la figura de empresario como sujeto legalmente obligado para el cumplimiento de los deberes en materia de prevención de riesgos laborales. En este sentido, se recomienda DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, págs. 563 ss.

¹¹⁶ DEL RÍO MONTESDEOCA, L., *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito laboral: en especial la autopuesta en peligro del trabajador*. 1ªed., Ser. Delitos, 121, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 72; ARROYO ZAPATERO, L.A., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981, pág. 179 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*. Bosch, 1ª. ed., 2013, pág. 96, señala «la rutina, el automatismo y la monotonía en el trabajo acaban imponiendo la desconsideración del riesgo por parte del trabajador. Así que el empresario ha de incrementar el deber objetivo de cuidado. En vez de confiar, deben desconfiar y acentuar las medidas de seguridad»; CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pág. 177 ss.

¹¹⁷ Este párrafo dispone que «la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador».

surgir en el empresario un deber de control y vigilancia que tenga en cuenta las posibles imprudencias de los trabajadores¹¹⁸.

De esta forma, sabiendo que el empresario tiene un deber de protección e incluso un deber de vigilancia específico frente a las imprudencias profesionales de los trabajadores, lo que se plantea es si dicha imprudencia o acción descuidada por parte del trabajador -en concreto, su autopuesta en peligro- puede o no puede operar para excluir -total o parcialmente- la responsabilidad penal del empresario de las eventuales lesiones o, en su caso, de la muerte del trabajador. En este sentido hay que señalar que para la solución de estos supuestos tampoco existe unanimidad dentro de la doctrina, y es por ello por lo que a continuación se pasará a exponer las diferentes opiniones doctrinales con respecto a la aplicación de la autopuesta en peligro como criterio de exclusión de la responsabilidad en el ámbito de la siniestralidad laboral.

a) *Posición doctrinal reticente*

Comenzamos recordando que para aplicar el criterio de la autopuesta en peligro o propia responsabilidad e imputar el resultado exclusivamente a la víctima se exige, como norma general, que la víctima ostente un conocimiento exacto del riesgo y que lo asuma libre y voluntariamente¹¹⁹. No obstante, algunos autores mantienen una postura reticente a la aplicación de este criterio en el ámbito de la siniestralidad laboral. Para TERRADILLOS BASOCO¹²⁰, el hecho de que en la relación laboral el empresario y el trabajador ni actúen en un plano de igualdad ni ostenten la misma capacidad de organización -en la que por norma general el trabajador actúa para y por orden del empresario- impide considerar como voluntaria la conducta de la víctima y por ello impide también aplicar la teoría de la autopuesta en peligro para atribuir el resultado a la víctima en el ámbito laboral. En el mismo sentido se ha manifestado LASCURAÍN SÁNCHEZ¹²¹, que considera que «frente al principio

¹¹⁸ Además, es un precepto invocado en varias ocasiones por parte del TS. Entre otras, en la STS de 5 de septiembre de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:6710], «Es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo».

¹¹⁹ BONET ESTEVA, M., *op. cit.*, pág. 160; CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pág. 555; La misma, CORCOY BIDASOLO, M., «Siniestralidad laboral y responsabilidad penal», en *AAVV, Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Edisofer, Madrid, 2009, págs. 366 y 367 (esta última referencia tomada de DEL RÍO MONTESDEOCA, L., *op. cit.*, pág. 74).

¹²⁰ TERRADILLOS BASOCO, J., *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 118.

¹²¹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., en AA.VV., Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 3, 2006, págs. 60 y ss.; El mismo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La prevención penal de los riesgos laborales. Cinco preguntas», en *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, págs. 586 ss., que restringe los supuestos en los que el resultado lesivo es imputable exclusivamente a la esfera de responsabilidad del trabajador a aquellos en los que el trabajador actúa con dolo e interés propio -por ejemplo, en el suicidio-.

de autorresponsabilidad, que comportaría que los responsables de seguridad de una empresa no responden por las imprudencias de un trabajador frente a sí mismo, debe pasarse a la presunción no irrefragable de que el consentimiento del trabajador en su propio riesgo es inválido»¹²². Llega a esta conclusión porque en el ámbito del trabajo, el primer requisito -conocimiento exacto del riesgo- falta en varias ocasiones debido a la poca formación del trabajador, y el segundo requisito -libre asunción del riesgo-, falta en otras tantas ocasiones cuando debido a la relación vertical empresario-trabajador, este último actúa coaccionado por el carácter de subordinación, dependencia y cuenta ajena que caracteriza la relación laboral. Además, a todo lo anterior se añade que el empresario está obligado a proteger al trabajador de sus propios peligros e imprudencias¹²³.

b) Posición doctrinal más amplia

Otros autores entienden que sí existirán casos en los que el resultado lesivo puede recaer exclusivamente en la esfera de responsabilidad del trabajador. Ello ocurre cuando el empresario ni crea el riesgo que genera el resultado ni tiene el deber de evitarlo, sino que es el propio trabajador quien libre y conscientemente asume el peligro¹²⁴. Es decir, cuando el peligro que se concreta en el resultado es producto de la conducta de la víctima y no de la del empresario. De esta manera se distinguen tres clases de supuestos que sirven para conocer cuándo el riesgo que se concreta en el resultado es imputable al empresario y cuando al trabajador: autopuesta en peligro del trabajador irrelevante (responsabilidad penal del empresario), autopuesta en peligro del trabajador relevante (exclusión de la responsabilidad del empresario) y autopuesta en peligro del trabajador parcialmente relevante (dos supuestos diferentes)¹²⁵.

El primer supuesto ocurre cuando el empresario incumple sus deberes de seguridad -por ejemplo, no entregar los medios de protección necesarios o no otorgar una formación

¹²² LASCURAÍN SÁNCHEZ; J.A., «La prevención penal...», *op. cit.*, pág. 586 ss.

¹²³ Idem; También se ha manifestado en sentido parecido criticando distintas resoluciones judiciales, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pág. 97: «Preocupante la tendencia jurisprudencial que tiende a desplazar la responsabilidad de los accidentes laborales hacia las víctimas. Estas decisiones judiciales parten de un desconocimiento de las condiciones en las que se trabaja en algunos sectores de actividad, de la posición subordinada del trabajador en la empresa y una clara incompreensión de las razones por las que muchas personas aceptan cotidianamente riesgos elevados en sus trabajos».

¹²⁴ CORCOY BIDASOLO, M., *op. cit.*, pág. 370 ss. y 378, «cuando el trabajador tenga información suficiente, tenga a su disposición las medidas de seguridad requeridas, se le advierta suficientemente de los riesgos y de su deber de adoptar las medidas de seguridad [...], y si pese a ello incumple las medidas, asume un riesgo que, en principio, sólo a él le es imputable»; DEL RÍO MONTESDEOCA, L., *op. cit.*, pág. 81.

¹²⁵ Esta distinción se ha llevado a cabo tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia, CORCOY BIDASOLO, M., HORTAL IBARRA, J.C., CARDENAL MONTRAVETA, S., «Protección penal de los accidentes laborales (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 2ª, 2 de septiembre de 2003)» en *Revista del Poder Judicial*, núm. 71, 2003, págs. 56 ss.; DEL RÍO MONTESDEOCA, L., *op. cit.*, pág. 81 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, págs. 98 y 99.

adecuada- y la conducta descuidada del trabajador consiste en cumplir la orden y trabajar en dichas condiciones. En éste, el resultado lesivo es imputable exclusivamente al empresario en la medida en que si hubiera cumplido con las medidas exigidas, el resultado no se habría producido¹²⁶.

Por el contrario, se habla de una autopuesta en peligro del trabajador relevante cuando el riesgo que se concreta en el resultado proviene únicamente de la conducta imprudente del trabajador -por ejemplo, el empresario cumple con todas las medidas de seguridad y protección y el trabajador no hace uso de ellas-. Si bien es cierto que no hay que olvidarse del deber de vigilancia del empresario frente a las imprudencias de los trabajadores, este sector doctrinal entiende que no se puede hablar de un deber absoluto, sino que sólo puede exigirse cuando aquellas imprudencias sean previsibles atendiendo a las características del caso¹²⁷.

Por último, habrá una autopuesta en peligro del trabajador parcialmente relevante cuando en el resultado lesivo interviene tanto el riesgo creado por el trabajador como el creado por el empresario -por ejemplo, el empresario no entrega los medios de protección y el trabajador además de no exigirlos, actúa descuidadamente-. En lo que respecta a este último supuesto es preciso señalar que, dentro del sector doctrinal que resuelve los supuestos en base a los criterios de imputación objetiva, existe más de una posible solución. La primera solución consiste en la degradación de la responsabilidad del empresario, pasando de imprudencia grave a imprudencia leve, o en su caso, de imprudencia leve a irrelevante para el Derecho penal¹²⁸. No obstante, con la anterior convive otra posible solución que consiste en distinguir dos sub-escenarios dependiendo de si el resultado se hubiese podido evitar o no con el cumplimiento de las obligaciones omitidas por parte del empresario. De esta forma, si se determina que el resultado lesivo se podría haber evitado con el cumplimiento del deber de cuidado, el supuesto se equipararía a una autopuesta en peligro del trabajador irrelevante, y

¹²⁶ DEL RÍO MONTESDEOCA, L., *op. cit.*, pág. 82; OLAIZOLA NOGALES, I., «Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, p. 36 y ss.

¹²⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, *op. cit.*, pág. 645; DEL RÍO MONTESDEOCA, L., *op. cit.*, pág. 90 y ss.; PERIN, A., «La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2016, pág. 24; OLAIZOLA NOGALES, I., *op. cit.*, pág. 38; En este sentido, la SAP de Zamora de 31 de mayo de 2003 (sentencia tomada de DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, pág. 652).

¹²⁸ CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, *op. cit.*, pág. 61 y ss.; En este mismo sentido se han pronunciado, entre otras, la SAP de Madrid de 11 de enero de 2002 [ECLI:ES:APM:2002:199] o SAP de Guipúzcoa de 21 de octubre de 2004 [ECLI:ES:APSS:2004:1043], que señala que «cuando en el resultado lesivo concurren tanto el riesgo creado por el empresario como por el creado por el trabajador, existiendo relación de riesgo entre ambos y el resultado, determina que aun cuando la infracción de cuidado del empresario hubiera podido calificarse como grave, no toda ella se ha realizado *ex post* en el resultado deberá calificarse, por consiguiente, la conducta del empresario como imprudencia leve» (sentencias tomadas de DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pág. 654).

por consiguiente, se resolvería afirmando la imputación objetiva del resultado al trabajador. Sin embargo, si aún cumpliendo el empresario con todas sus obligaciones el resultado se hubiera producido de igual manera, habrá de considerar el supuesto como una autopuesta en peligro del trabajador relevante, y por ello, la conducta del empresario queda impune¹²⁹.

5. CONCLUSIONES

- I. Lo que se ha pretendido con este trabajo ha sido en todo momento abordar la relevancia jurídico-penal del comportamiento de la víctima en los delitos, pues el interés que ha despertado durante los últimos años tanto en la doctrina como en la jurisprudencia demuestra que se ha superado la idea de víctima como sujeto estático. Cuestión que, a mi parecer, resulta acertada. Esto es así porque si se obvia la contribución de la víctima a los hechos y únicamente se tiene en cuenta la conducta del autor, éste último sufriría en muchas ocasiones una sobrecarga en la valoración de su responsabilidad.
- II. Este creciente interés de relevancia jurídico-penal del comportamiento de la víctima se ha planteado desde el punto de vista que nos ofrece la figura de la autopuesta en peligro. Y una vez expuesto todo el trabajo, se puede afirmar que esta figura, aunque sea cierto que cada autor o autora aporta sus matices y particularidades, se encuentra consolidada como institución autónoma dentro de nuestra doctrina y aceptada también por la jurisprudencia. Así, se ha podido observar que la autopuesta en peligro opera como primer criterio para determinar cuándo la conducta de la víctima se presenta relevante para el Derecho penal. Y este exige, como norma general, que la contribución de la víctima haya sido plenamente libre y consciente.
- III. Como se ha señalado, la autopuesta en peligro constituye un criterio consolidado y aceptado por la mayor parte de la doctrina. Pero si algo se ha podido comprobar con el análisis de los grupos de casos es que la aplicación de dicho criterio no es para nada pacífico y tampoco es fácil de extrapolar a cada caso concreto. Esto es así en la medida en que todos los supuestos examinados presentan sus complejidades y en todos ellos se ha observado cómo la doctrina se encuentra dividida.
- IV. Aunque es cierto que el concepto de autopuesta en peligro es muy amplio y su aplicación al caso concreto conlleva muchas veces una serie de dificultades, también

¹²⁹ DEL RÍO MONTESDEOCA, L., *op. cit.*, pág. 87.

es cierto que de todo el análisis se pueden desprender denominadores comunes que concretan su aplicación. En primer lugar, que la figura de la autopuesta en peligro se reduce a supuestos de imprudencia. Es decir, a aquellos en los que ni víctima ni autor quieren que se produzca el resultado lesivo. En segundo lugar, que sólo tiene sentido hablar de autopuesta en peligro de la víctima -que excluya la responsabilidad del autor- en delitos de resultado. Y por último, que no habrá una autopuesta en peligro de la víctima cuando el bien jurídico protegido sea de carácter colectivo. Es decir, sólo puede operar en los delitos en los que se acepte un cierto margen de disponibilidad con respecto al bien jurídico protegido. Por ejemplo, el tercero vende droga al drogadicto que, al inyectársela y debido al grado de pureza, resulta gravemente lesionado. Es un claro ejemplo donde concurren estos denominadores comunes en el sentido de que primero, ni el distribuidor ni el drogadicto conocen el grado de pureza de la droga, segundo, que ninguno de los dos tiene voluntad con respecto al resultado, y tercero, que el bien jurídico protegido es la integridad física. Aquí, la autopuesta en peligro libre y consciente del drogadicto podría excluir la responsabilidad del distribuidor en cuanto a las lesiones producidas. Sin embargo, esa puesta en peligro por parte de la víctima no impide afirmar la responsabilidad por un delito contra la salud pública, en tanto que se trata de un bien jurídico de carácter colectivo.

- V. Por último, y en mi opinión, la labor que ha realizado la doctrina penal a lo largo de los últimos años en torno a la figura de la autopuesta en peligro ha sido muy necesaria para dar solución a un problema: la no ubicación sistemática de la víctima dentro de la teoría general del delito. Y es que creo acertado guardar un espacio sistemático para examinar la conducta de la víctima en la medida en que no hacerlo conlleva en algunos casos a una sobrecarga en la culpabilidad del autor. Con esto no quiero decir que se haya creado una figura que opera como regla mágica para dar respuesta a todos los grupos de casos en los que el comportamiento de la víctima interviene determinadamente en el delito, pero sí que poco a poco tanto las obras en la doctrina como decisión tras decisión en la jurisprudencia están haciendo grandes esfuerzos por pulir y pincelar las características que deben concurrir para una correcta aplicación de la autopuesta en peligro a cada caso en concreto.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, L.A., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid, 1981.
- BONET ESTEVA. M., *La Víctima del Delito (La Autopuesta en Peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*. Monografía Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill. Madrid 1999.
- BONET ESTEVA. M., «Los límites de la exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima. Comentario a la sentencia núm.270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho y Proceso Penal, RDPP 2*, 2000.
- 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*, Bosch, Barcelona, 2ª ed, 1998.
- CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva», en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, InDret*, 2022, págs. 307-326.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español: Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, Barcelona, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, M., «Siniestralidad laboral y responsabilidad penal», en *AAVV, Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Edisofer, Madrid, 2009.
- CORCOY BIDASOLO, M., HORTAL IBARRA, J.C., CARDENAL MONTRAVETA, S., «Protección penal de los accidentes laborales (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 2ª, 2 de septiembre de 2003)» en *Revista del Poder Judicial, núm. 71*, 2003, págs. 39-66.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*. Bosch, 1ª. ed., Barcelona, 2013.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- DEL RÍO MONTESDEOCA, L., *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito laboral: en especial la autopuesta en peligro del trabajador*, 1ªed., Ser. Delitos, 121, Tirant lo Blanch, 2022.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en el Derecho penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, Barcelona, 1991.

- FEIJÓO, B., «Actuación de la víctima e imputación objetiva. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.^a época, núm. 5, 2000, págs. 265-333.
- FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988 (traducción de Joaquín Cuello Contreras Jose Luis Serrano González de Murillo, «Comportamiento típico e imputación del resultado», Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004).
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N^o Extraordinario 2, UNED, 2004, págs. 75-100.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Imputación objetiva y conducta de la víctima. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ADPCP, VOL. LVIII, 2005, págs. 734-805.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La transmisión del SIDA por vía sexual», en *El Mundo*, 21.09.2010.
- GÓMEZ RIVERO, M. C., *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y MIRA BENAVENT. J., «Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva». En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al profesor Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 711-733.
- HERZBERG, «SIDA: desafío y piedra de toque del Derecho penal. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 StR 262/88)», en MIR PUIG, S., (dir.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 121-155.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., AA.VV., en *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 3, País Vasco, 2006, págs. 41-64.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La prevención penal de los riesgos laborales. Cinco preguntas», en *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, págs. 565-591.
- LÓPEZ DÍAZ, C., *Strafgesetzbuch*, 32a.edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Principio de alteridad o de identidad vs principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*, Ponencia en el I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 2015.
- LUZÓN PEÑA, D.M., «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», en Mir Puig, S., (dir.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 11-23.

- LUZÓN PEÑA, D.M., *Parte General*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., 2016.
- LUZÓN PEÑA (dir.). *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.
- MIR PUIG, S., *Parte General*, 10ª ed., 2016.
- OLAIZOLA NOGALES, I., «Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2010.
- PERIN, A., «La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-03, págs. 1-27, ISSN, 1695-0194.
- ROSO CAÑADILLAS, R., *Autoría y participación en el delito imprudente*, Comares, Granada, 2002.
- ROXIN, C., «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal», en *Revista para el análisis del derecho, InDret*, Barcelona, 2013 (traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Universidad Autónoma de Madrid).
- ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976 (Traducción y notas por Diego Manuel Luzón Peña).
- ROXIN, C., *Derecho penal, parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997 (Traducción por Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal).
- SCHÜNEMANN, B., «Sistema del derecho penal y victimodogmática», En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al profesor Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, págs. 159-172 .
- SCHÜNEMANN, B., «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», en *Problemas jurídico-penal del SIDA*, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 25-99 (traducción de Santiago Mir Puig).
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la Victimodogmática», en AA.VV., *La victimología*, Madrid, 1993.
- TAMARIT SUMALLA, J.P., «Los límites de la exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima. Comentario a la sentencia núm. 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho y Proceso Penal, RDPP* 2, 2000, págs. 163-186.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

STS 1149/1986, Penal, de 25 de septiembre [ECLI:ES:TS:1986:9013].

STS 269/2000, Penal, de 26 de febrero [ECLI:ES:TS:2000:1481].

STS 1329/2001, Penal, de 5 de septiembre [ECLI:ES:TS:2001:6710].

STS 528/2011, Penal, de 6 de junio [ECLI:ES:TS:2011:3527].

STS 1218/2011, Penal, de 8 de noviembre [ECLI:ES:TS:2011:7857].

STS 690/2019, Penal, de 11 de marzo [ECLI:ES:TS:2020:806].

SAP Barcelona, de 15 de noviembre [ECLI:ES:APB:1999:11965].

SAP de Madrid, de 11 de enero [ECLI:ES:APM:2002:199].

SAP de Guipúzcoa, de 21 de octubre [ECLI:ES:APSS:2004:1043].

SAP de Madrid, de 16 de abril [ECLI:ES:APM:2018:7398]

BGH de 4 de noviembre de 1988 [1 StR 262/88].