

Imputación objetiva y conducta de la víctima

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG *

A) INTRODUCCIÓN

1. Mi toma de posición ante el problema

En un reciente artículo, titulado «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida» (1), he tratado el problema de hasta qué punto el consentimiento de la víctima en el riesgo que corre, y que se acaba materializando en un resultado lesivo para la misma, puede excluir la imputación objetiva de terceros que, imprudentemente, han contribuido causalmente a ese resultado lesivo. En el presente artículo voy a ocuparme de ulteriores grupos de casos de conducta peligrosa de la víctima e imputación objetiva no examinados en ese artículo; pero antes de entrar en ellos, y para resolverlos de una manera coherente, voy a exponer, con la mayor brevedad posible, cuáles son los principios de los que parto.

Siguiendo una terminología ya acuñada, en estos supuestos de asunción voluntaria por parte de la víctima del peligro que corren sus

* Este artículo se enmarca dentro del Proyecto I+D del Ministerio español de Ciencia y Tecnología BJU2003-06687, proyecto del cual soy el investigador principal.

(1) Publicado en: Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Valencia 2004, pp. 431-457. Este trabajo ha aparecido también en: *Revista de Derecho Penal* (Argentina), 2003 (2), pp. 9-39; *Criminalia* (Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales) 70 (2004), pp. 313-337, y *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario 2 (2004), pp. 75-100.

propios bienes jurídicos, se distingue entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida.

En la participación en una autopuesta en peligro es la víctima la que en última instancia se mata o se lesiona a sí misma. Como ejemplo de este primer grupo de casos puede acudirse al del tercero-partícipe que vende heroína al drogadicto, falleciendo éste posteriormente al autoinyectársela, debido al alto grado de pureza de la droga, circunstancia que era desconocida tanto para el vendedor como para el comprador.

En la heteropuesta en peligro consentida, al igual que en la autopuesta, la víctima acepta también el riesgo de lesión, pero, a diferencia de la autopuesta, donde es el sujeto pasivo el que, en última instancia, y *con su propia actividad*, se autocausa su muerte o el daño a su integridad física, en la heteropuesta es un *tercero* el que, como autor directo, mata o lesiona a la víctima, si bien ésta es consciente de –y asume– el riesgo de lesión para su vida o su integridad al que aquél le está sometiendo. Como ejemplo de heteropuesta en peligro puede acudirse al de la persona que, consciente de que quien se encuentra al volante de un automóvil ni tiene permiso ni sabe conducir, accede, no obstante, a ocupar el puesto de acompañante, produciéndose posteriormente, a consecuencia de una previsible maniobra imprudente del conductor, un accidente de circulación en el que la víctima pierde la vida o resulta lesionada.

Por lo que se refiere a la participación en una autopuesta en peligro, defiendiendo la siguiente tesis: Como la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio, siempre doloso) es impune en Derecho español, y como también lo es la participación imprudente (lo es, incluso, la dolosa) en una autolesión dolosa, de ahí se sigue que igualmente tienen que ser impunes las participaciones imprudentes en una automuerte o en unas autolesiones imprudentes, consecuencias de la autopuesta en peligro en la que se ha colocado la propia víctima; es decir, y para expresarlo con mi ejemplo inicial: el vendedor de heroína que le facilita al drogadicto la sustancia, falleciendo éste, o sufriendo un daño en su salud, al autoinyectársela, no responde del resultado lesivo que imprudentemente se ha causado a sí misma la propia víctima.

Junto a esta primera tesis de que es impune la participación en una autopuesta en peligro con resultados lesivos para la víctima, mi segunda tesis es que sí que es punible, en cambio, la heteropuesta en peligro consentida; es decir, y para expresarlo también con un ejemplo: que el conductor que, por su conducción imprudente del vehículo, lesiona o mata al acompañante, responde penalmente de esos resulta-

dos, aunque la víctima hubiera estado de acuerdo en someterse al riesgo al que le exponía quien materialmente le produjo la muerte o las lesiones. Y ello es así por los motivos que expongo a continuación.

Si la correspondiente figura *dolosa* del homicidio consiste en «matar a otro» (art. 138 CP), sin que para la aplicación del tipo tenga trascendencia alguna el que la víctima haya aceptado o no el riesgo de que la podían matar –tan homicidio es el que se ejecuta sorpresivamente sobre un sujeto pasivo desconocido para el autor, y con el que éste acaba de cruzarse en la calle (es decir: sobre una víctima que nunca ha asumido el riesgo de que podían matarla) como aquél que comete el marido sobre la esposa enamorada, que, a pesar de las continuas y serias amenazas de muerte de las que está siendo objeto, no ha denunciado al esposo y ha preferido seguir conviviendo con él en el hogar familiar (es decir: sobre una víctima que sí ha asumido el riesgo que corre su vida)–, no se ve el motivo por el cual en el homicidio imprudente tendría que regir otra cosa, y excluirse su aplicación en el supuesto de que la víctima fuera consciente de que la acción descuidada del autor podría conducir a su propia muerte: el CP castiga a «el que por imprudencia causare la muerte de otro», y la muerte «se causa imprudentemente» tanto cuando la víctima ignora como cuando conoce el peligro al que está siendo sometida, por lo que no existe razón alguna que pueda impedir la subsunción de ambos supuestos en el tipo correspondiente del homicidio imprudente.

Y como lo mismo rige para las lesiones *dolosas*: el tipo doloso entra igualmente en juego tanto si el sujeto no ha asumido riesgo alguno como si lo ha aceptado –la esposa enamorada de nuestro ejemplo ha recibido continuas y serias amenazas, no de muerte, sino de ser maltratada físicamente, amenazas que terminan convirtiéndose en realidad–, de ahí se sigue que las lesiones imprudentes son asimismo aplicables, independientemente de que la víctima haya conocido y asumido, o no, el peligro al que la sometía el autor.

Naturalmente que, como expresa el CP al hablar del consentimiento, éste, para que se le pueda otorgar eficacia, debe ser «válida y libremente expresado», por lo que si dicho consentimiento de la víctima está viciado, entonces el partícipe en una autopuesta en peligro –no consentida ya eficazmente– responde de los daños que aquélla se causa a sí misma.

Así, habrá que negar eficacia al consentimiento cuando éste se manifiesta como resultado de la coacción delictiva a la que el partícipe está sometiendo a la víctima. En consecuencia, y de acuerdo con la

acertada tesis defendida por el TS, en casos análogos, en las sentencias de 3 de mayo de 1982, 8 de noviembre de 1991 y 15 de marzo de 1999, el conductor de un vehículo que se niega a detenerlo, amenazando a la acompañante con hacerla objeto de una agresión sexual, y a pesar de que aquélla ha anunciado que se va a arrojar del vehículo en marcha, para impedir el ataque a su libertad en general –y deambulatoria y contra su derecho a la autodeterminación sexual, en particular–, lo que finalmente realiza la víctima, al persistir el conductor en su actitud coactiva y antijurídica, resultando muerta o lesionada al chocar violentamente contra el piso de la carretera, ese conductor responderá de un homicidio o, en su caso, de unas lesiones imprudentes –o dolosoeventuales, si concurren los presupuestos de esta modalidad de dolo–; pues con su comportamiento imprudente ha causado unas consecuencias lesivas previsibles, sin que pueda hablarse aquí de una participación imprudente en una autopuesta en peligro, excluyente de la imputación objetiva, dado que el *consentimiento* de la víctima en dicha autopuesta ha sido *ineficaz*.

El consentimiento también será ineficaz, por estar basado en un error, cuando la víctima cree que asume un grado de riesgo inferior al que realmente corre, en el caso de que ese elevado riesgo sea conocido por el partícipe. Por eso –y a pesar de que se trataba de una autopuesta en peligro–, la sentencia del TS de 4 de marzo de 1985 (A. 1968) condenó por homicidio dolosoeventual, con toda razón, al vendedor de una dosis de metadona adulterada, que hacía pasar por heroína, falleciendo posteriormente el comprador al autoinyectársela, ya que el dealer –no así el drogadicto– conocía perfectamente la peligrosidad de la sustancia, porque anteriormente se la había vendido a otra persona, que estuvo a punto de perecer, y que sólo logró salvar la vida «gracias a una rápida y eficaz intervención médica».

2. La principal objeción contra el argumento *a maiore ad minus* derivado de la impunidad de la participación imprudente en el suicidio

a) Contra el argumento *a maiore ad minus* derivado de la no-punibilidad de la participación imprudente (en Alemania ni siquiera lo es la participación dolosa) en el suicidio o en las autolesiones dolosas se han pronunciado, entre otros: Geppert (2),

(2) ZStW 83 (1971), p. 975: «Querer extender el elemento voluntativo del consentimiento también al resultado en los casos de asunción del riesgo es una “ficción metodológicamente deshonestá”».

Frisch (3), Torío (4), Fiedler (5), Mir (6), Weber (7), Zaczyk (8), García Álvarez (9), Degener (10), Cancio (11), Schönke/Schröder/Lenckner (12), Freund (13), Duttge (14) y Puppe. Esta última autora expone lo siguiente: «Pues la complicidad y también la inducción a una autolesión dolosa no es impune porque sea sólo una participación y no una autoría, sino porque la cuasiautoría del titular del bien jurídico supone una *disposición jurídicamente válida* sobre el objeto del bien jurídico en el sentido de que ya no

(3) FRISCH, 1988, p. 159, mantiene que de la impunidad de la participación dolosa en el suicidio no puede derivarse argumento alguno para fundamentar la impunidad en los supuestos de autopuesta en peligro, ya que en estos casos de lo que se trata es de negar la autoría imprudente en la muerte de otro (v. también, en parecido sentido, WALTHER, 1991, pp. 77/78). Por lo demás, FRISCH opina que en estos supuestos –y de acuerdo con la doctrina dominante– procede la absolución, pero que en ellos estamos (cfr. 1988, pp. 8/9, 198; *NStZ*, 1992, pp. 5 y 67; 1995, pp. 128, 133 ss.; Roxin-FS, 2001, pp. 232/233), no ante un problema de imputación objetiva, sino de ausencia de comportamiento típico.

(4) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR-LH, 1989, p. 720: «En consecuencia, el consentimiento expreso en una acción imprudente que ponga en peligro, y ulteriormente lesione, la vida de la víctima carecería jurídicamente de significación. En tal homicidio culposo persistiría la responsabilidad jurídicopenal del autor. Esta tesis es igualmente aplicable al consentimiento presunto. Particularmente el dato de que la conducta temeraria de la víctima haya codeterminado el resultado típico nunca podría ser reconducido a la doctrina del consentimiento. Contra esto hablaría en primer lugar la realidad de que el consentimiento en la pérdida de la vida debe enfrentarse con la presunción objetiva adversa a favor de la conservación de la vida».

(5) 1990, pp. 69 («No se presta atención a la consideración de que quien aprueba un riesgo ni mucho menos consiente en las lesiones cognoscibles que pueden derivar de aquél»), 70 [«Sin embargo, en la aprehensión y consideración jurídicopenales dogmáticas tiene que marcar una diferencia si el titular del bien jurídico únicamente (a lo sumo) quería el riesgo inmanente a una acción, o el riesgo y el resultado vinculado a él», subrayado en el texto original], 72 («cualquier equiparación del conocimiento del riesgo con la aceptación de la pérdida es, por consiguiente, una ficción»), 75 y 194.

(6) Cfr. *ADPCP*, 1991, pp. 266 ss.

(7) Cfr. *Spendel-FS*, 1992, pp. 376/377.

(8) Cfr. 1993, pp. 51 y 53.

(9) Cfr. *RDPC*, 1999, pp. 410/411.

(10) V. 2001, p. 342: «Ciertamente que es posible dar un paso *maior-minus* en el cambio de la participación dolosa a la culposa, pero no en la transición de la autolesión voluntaria de la víctima a la mera autopuesta en peligro. Aquí fracasa el argumento del con-mayor-motivo. Por el contrario: El menor conocimiento del riesgo por parte de la víctima hace surgir la cuestión de una mayor necesidad de protección».

(11) Cfr. *RDPC*, 1998, pp. 5 ss.; 2001, pp. 41 ss., 164 ss., 193 ss.

(12) V. *StGB*, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss., n. m. 92 a.

(13) Cfr. *MünchKommStGB*, 2003, antes de los §§ 13 ss., n. m. 383.

(14) V. *MünchKommStGB*, 2003, § 15, n. m. 150.

existe interés alguno en su mantenimiento. Con ello, su lesión deja de representar un desvalor del resultado. Frente a ello, la lesión de un objeto del bien jurídico propio mediante *una autopuesta en peligro* no es, dentro de la presente conexión, un Minus, sino un *Maius*, porque la autopuesta en peligro *per se* no supone renuncia alguna del interés en el mantenimiento del objeto del bien jurídico ... Por ello, y en cualquier caso, en la participación en la autopuesta en peligro ajena no falta el desvalor del resultado. Por consiguiente, de la impunidad de la participación en la autolesión ajena y cuasidolosa no se sigue nada para la impunidad de la participación en la autopuesta en peligro ajena» (15).

b) La objeción formulada por la doctrina contra el argumento *a maiore ad minus* consiste, por consiguiente, en que dicho argumento estaría aquí fuera de lugar, ya que la participación imprudente en un suicidio (*doloso*) –impune tanto en España como en Alemania– sería heterogénea respecto de la participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte de la víctima, porque en el primer supuesto ésta *se quiere matar*, mientras que en el segundo no sólo no persigue su muerte, sino que *confía* en que esa muerte no se va a producir. Pero esta objeción debe ser rechazada.

Ciertamente que en la participación imprudente en el suicidio (por ejemplo: a pesar de que era previsible, pero sin querer ese resultado, el partícipe deja una sobredosis de morfina al alcance de una persona con tendencias suicidas, utilizando ésta la sustancia para, intencionadamente, acabar con su vida) la víctima *quiere* y ejecuta su propia muerte, mientras que en la participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte (por ejemplo: el dealer vende al drogadicto heroína adulterada –circunstancia que ambos desconocían– falleciendo la víctima al autoinyectársela), la víctima, en cambio, *no quiere* su muerte, aun siendo consciente del peligro que corre. Pero, a pesar de que en los dos casos el comportamiento de la víctima es impune, la participación es más grave en el primer caso que en el segundo, en cuanto que, si utilizamos categorías juridicopenales, también es «más grave» la conducta principal atípica a la que contribuyen: automuerte *dolosa* en el primer caso (suicidio) y automuerte *imprudente* en el segundo (suicidio «imprudente»). Esta conclusión a la que llego, examinando los dos supuestos desde la «gravedad juridicopenal» –si se me per-

(15) PUPPE, NK, 2005, antes del § 13, n. m. 184, negritas en el texto original. Cfr. también *la misma AT*, 1, 2002, § 6, nn. mm. 3 y 4.

mite emplear esta expresión— de la conducta principal atípica, se corresponde también con el análisis del comportamiento desde la perspectiva del partícipe imprudente, pues es mayor la infracción del deber de diligencia si para aquél, poniendo el instrumento (la sobredosis de morfina) al alcance de la víctima, *era previsible la muerte segura* de aquélla (porque se iba a suicidar) que si, facilitándolo (la heroína), *sólo era previsible una muerte posible* (porque la víctima no se quería matar, sino que sólo se iba a someter a un riesgo que podía desencadenar, tal vez, su propia muerte). Y si lo más grave (tanto desde la perspectiva de la víctima, porque el hecho principal es doloso, como desde la perspectiva del partícipe, porque lo previsible es una muerte cierta), es decir: si la participación imprudente en un suicidio, no es punible, con mayor motivo no puede serlo lo menos grave (porque, desde la perspectiva de la víctima, el hecho principal es imprudente, y porque, desde la perspectiva del partícipe, lo previsible no es una muerte cierta, sino sólo una posible), es decir: la participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte.

Este mismo razonamiento es aplicable, naturalmente, al caso de participación en una autopuesta en peligro con resultado de lesiones: si lo más grave —la participación imprudente en unas autolesiones dolosas— no es punible, entonces tampoco puede serlo lo menos grave —la participación imprudente en unas autolesiones imprudentes.

c) Una vez establecidos los principios por los que se deben regir la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, y rechazada la principal objeción contra la tesis que aquí defiendo, a continuación paso a exponer, y a tratar de solucionar, cuatro grupos de casos que en los últimos tiempos han desencadenado una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial.

B) MEDIDAS DE SALVAMENTO EMPRENDIDAS A RAÍZ DE UN SINIESTRO PROVOCADO ANTIJURÍDICAMENTE

1. Introducción

a) Cuando una persona origina antijurídicamente (dolosa o imprudentemente) un siniestro (por ejemplo, un incendio), y otras personas «salvadoras» (bomberos profesionales o particulares) pierden la vida o sufren lesiones, al intentar sofocar las llamas, tales supuestos podrían considerarse, en principio, como de participación

en autopuestas en peligro –no es el que provoca el siniestro quien, como autor material, causa la muerte o las lesiones de otro, sino que son estos mismos quienes se las autocausan como consecuencia de sus acciones arriesgadas–, lo que condicionaría, de acuerdo con las reglas generales establecidas supra A 1, la impunidad del incendiario (del «primer causante») por los menoscabos sufridos por los salvadores en sus bienes jurídicos.

b) En estos supuestos la doctrina distingue, dentro de los salvadores, entre aquellos que están jurídicamente obligados a intervenir, y quienes lo hacen espontáneamente sin que el ordenamiento jurídico les haya impuesto deber alguno de actuar.

En el primer caso, se encuentran, por ejemplo, los bomberos, que están obligados profesionalmente a combatir las llamas.

Y también los particulares que pudieran evitar daños a las personas, ya que, en tal supuesto, existe la obligación juridicopenal de actuar, bajo amenaza, si no se presta la ayuda debida, de incurrir en una omisión del deber de socorro (art. 195 CP). De todas formas, y por lo que se refiere a estos particulares juridicopenalmente obligados, sólo en muy raras ocasiones podrían sufrir menoscabos en sus bienes jurídicos, pues en el momento en que la acción de salvamento encierra algún «riesgo» para su persona (penetrar en el edificio en llamas comporta el peligro de sufrir quemaduras que pueden afectar a su salud o a su vida), el Código Penal les exime de cualquier obligación de intervenir, ya que éste *sólo exige esa ayuda* cuando puede llevarse a cabo «sin riesgo propio ni de terceros» (art. 195 CP). Además, si lo que amenaza el incendio del edificio, en cuyo interior no se encuentra persona alguna, son solamente daños a la propiedad, tampoco existe deber de actuar, pues el artículo 195 CP únicamente es aplicable cuando no se evitan daños «*personales*» ajenos (no socorrer «a una *persona* que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave»), por lo que no existe omisión del deber de socorro cuando –si no se interviene– lo único que podrían sufrir menoscabos serían las cosas.

c) Al margen de esas personas que, por su profesión, como los bomberos, o porque, si no, incurrirían en una omisión del deber de socorro (deber juridicopenalmente establecido), están obligadas a intervenir, la doctrina examina también la posible imputación objetiva al desencadenante del siniestro (al incendiario) de los daños en la vida o en la salud que pueda sufrir quien, por razones altruistas o de otra índole, se lanza espontáneamente, *sin que le incumba deber jurídico alguno de actuar*, a combatir las llamas, tal como sería el caso del heroico particular que pasa por delante del edificio en el

que se está produciendo el siniestro y, en lugar de regresar a su casa, o de ir a su lugar de trabajo, o de permanecer en el exterior, contemplando los estragos que está causando el fuego, decide emprender «medidas salvadoras» para rescatar a personas que se encuentran en el interior de la casa en situación apurada o para evitar la propagación del incendio.

2. La posición de la doctrina dominante: en principio, procede la imputación al causante del siniestro de los menoscabos que pueden autocausarse quienes emprenden «medidas salvadoras»

a) *Responsabilidad por los daños que se autocausan personas jurídicamente obligadas a intervenir*

aa) La doctrina dominante, para justificar por qué el causante del siniestro debe responder de los eventuales daños que sufran los «salvadores», acude al argumento de que en esas autopuestas en peligro el consentimiento en la situación de riesgo no es eficaz, ya que, como sucede en el caso de los bomberos, estos actúan «coaccionados» por el deber jurídico que les obliga a actuar.

En este sentido se han manifestado, entre otros, Rudolphi (16), Schumann (17), W. Frisch [«Difícilmente puede argumentarse, dentro de la presente conexión (cuando el salvador está jurídicamente obligado a actuar), con una *decisión del salvador libre y autorresponsable a favor de la acción de autopuesta en peligro ... En la situación misma de salvamento no puede hablarse de una decisión libre y autorresponsable del salvador, porque éste está obligado a ejecutar la acción arriesgada, esto es: porque, dentro del marco del Derecho, no puede actuar de otra manera»] (18), Maurach/Gössel (19), Cor-*

(16) Cfr. JuS, 1969, p. 557; SK, 2005, antes del § 1, nn. mm. 80 [«... el salvador (jurídicamente obligado) no es libre en su decisión»], 81.

(17) V. 1986, p. 70, n. 2.

(18) 1988, p. 475, cursivas añadidas [W. FRISCH, de acuerdo con la particular y rechazable teoría que defiende, que apenas ha encontrado adeptos, estima (*op. cit.*, p. 474; Nishihara-FS, 1998, p. 74), de todas maneras, que en estos casos no estamos ante un problema de imputación objetiva, sino de comportamiento típico].

(19) AT II, 1989, § 43, n. m. 73: «El deber aquí existente de prestar ayuda [en el caso de los bomberos o de la obligación jurídicopenal de socorro] excluye de considerar *jurídicamente* libre la decisión de exponerse a la situación de peligro» (cursivas en el texto original).

coy (20), Fiedler (21), Sowada (22), Bernsmann/Zieschang (23), Cancio (24), Schönke/Schröder/Lenckner (25), Degener (26), Cuello Contreras (27), Puppe (28), Freund (29), Duttge (30), Hoyer (31).

bb) Otros autores llegan a la *misma conclusión* de responsabilidad del primer causante por los daños que se autocausa el salvador obligado jurídicamente a intervenir, acudiendo a razonamientos distintos del de que este último no actúa libremente, sino coaccionado.

(20) Cfr. 1989, p. 556. A pesar de que CORCOY considera que la autopuesta en peligro del bombero no es voluntaria, estima, no obstante, con la tesis minoritaria (infra 3), que al incendiario no se le pueden imputar los daños personales que se autocausa el salvador (cfr. *op. cit.*, loc. cit.).

(21) 1990, p. 188: «En tales casos [de las personas jurídicamente obligadas a intervenir] 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».

(22) Cfr. *JZ*, 1994, p. 665, n. 1.

(23) V. *JuS*, 1995, p. 778, quienes, en el caso del salvador –tanto si está obligado jurídicamente, como si no, a intervenir– fundamentan la responsabilidad del primer causante en que dicho salvador no actúa libremente, si bien entienden que los conceptos de «libertad» y de «autorresponsabilidad» no son «categorías puramente empíricas», sino «normativas».

(24) CANCIO, sin distinguir entre salvadores obligados y no obligados jurídicamente a intervenir, establece, 2001, p. 343, que «si la conducta del salvador ... constituye una medida razonable, resulta artificioso sostener que se trata de una conducta libre. Aunque el salvador tenga, en efecto, la posibilidad de optar por no realizar el intento de salvamento, su comportamiento no se explica sin el contexto del riesgo inicial: en efecto, es el autor el que le ha impuesto esa conducta».

(25) Cfr. *StGB*, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss., n. m. 101 c.

(26) Cfr. 2002, pp. 368 ss., sin distinguir entre salvadores obligados y no obligados jurídicamente: en ambos casos estima que estamos ante «una presión de motivación que conduce a la falta de libertad».

(27) Cfr. *PG*, 2002, VIII/178.

(28) AT 1, 2002, § 6, n. m. 36, equiparando a las personas obligadas jurídicamente a intervenir con las que no lo están: «Nadie debe llevar a otro a una situación en la que sea razonable –es decir, en la que esté indicado– autoponerse en peligro. Con mayor motivo rige esto para una situación en la que incluso está obligado a ello. Ambas [categorías] de salvadores pueden actuar, en una visión externa, libremente, pero, en realidad, están coaccionados». V. también § 13, nn. mm. 28 y 33, y *la misma, NK*, 2005, antes del § 13, n. m. 186.

(29) Cfr. *MünchKommStGB*, 2003, antes de los §§ 13 ss., n. m. 388.

(30) V. *MünchKommStGB*, 2003, § 15, n. m. 155: «... mientras que en el caso de los “salvadores profesionales” (como, en especial, los miembros del servicio de extinción de incendios o de la policía) falta siempre, dentro del marco del círculo de deberes que les viene impuesto, la autorresponsabilidad (y, por ello, hay que atribuir al “causante” la consecuencia del hecho como producida por “imprudencia”)».

(31) Cfr. *SK*, 2005, Apéndice al § 16, n. m. 44.

En este sentido, se han manifestado, entre otros, Sowada (32), Jescheck/Weigend (33), Cerezo (34), Feijoo (35), Schroeder (36).

b) *Responsabilidad por los daños que se autocausan personas que no están jurídicamente obligadas a intervenir*

La doctrina dominante estima también que al causante del siniestro se le deben imputar igualmente los daños en la salud o en la vida que puedan autocausarse los salvadores, *aunque éstos no estén jurídicamente obligados a actuar*, tal como sucedería con el viandante que, al presenciar un incendio, decide intrépidamente salvar a las personas que, dentro del edificio en llamas, se encuentran amenazadas por éstas. La fundamentación de por qué en estos casos deben imputarse al «primer causante» los daños que se autocausan los salvadores no es unitaria, acudiéndose a distintas formas de argumentar.

aa) Un sector de la doctrina opina que tampoco en estos casos de personas no obligadas jurídicamente a intervenir puede

(32) V. JZ, 1994, p. 664, donde, acudiendo a una fundamentación distinta a la de la coacción que sufre el salvador (cfr. supra n. 22), entiende que el motivo por el cual el primer causante debe responder de los daños que se autocausa el salvador –independientemente de si está o no jurídicamente obligado a intervenir– reside «en la especial necesidad de protección del salvador que está actuando en un sentido socialmente deseado».

(33) Cfr. AT, 1996, p. 288, quienes, sin ulterior fundamentación, se limitan a decir que «hay que afirmar la imputación objetiva independientemente de si existe un deber de salvamento, ya que la puesta en peligro del salvador pertenece a la esfera de riesgo del autor».

(34) CEREZO, *PG II*, 1998, p. 108, afirma, sin ulterior fundamentación, que «sí le es imputable al que incendia su casa por imprudencia, la muerte de un bombero al tratar de extinguir el fuego».

(35) V. *RDPC*, 2000, p. 318, donde, extendiendo esa argumentación tanto a los salvadores obligados como a los no obligados jurídicamente, expone: «No existe una autolesión atípica si en el momento de llevar a cabo su acción y de acuerdo con los datos que tiene a su alcance el salvador toma una decisión solidaria asumible por el ordenamiento jurídico. Por tanto, los posibles resultados lesivos que sean consecuencia de esa decisión valorada positivamente por el ordenamiento jurídico son sólo imputables al que ha motivado esa decisión. El ordenamiento jurídico no puede considerar que ese tipo de acciones es un “asunto propio” del sujeto solidario, cuando se actúa de acuerdo con unos principios generales reconocidos de forma clara por el CP (por ejemplo, esta idea de solidaridad es lo único que obliga a tener que aceptar los sacrificios del estado de necesidad)».

(36) Cfr. *LK*, 2003, § 16, n. m. 182.

hablarse de una «decisión libre» de autopuesta en peligro, por lo que el consentimiento en dicha autopuesta seguiría siendo *inválido*: «Que en tales casos el salvador se encuentre dispuesto a la salvación, asumiendo un considerable riesgo personal, tiene motivos muy concretos: tiene su fundamento en que las correspondientes ideas éticosociales del salvador son, por lo general, tan importantes, que se decide a actuar. *El caso se encuentra, por consiguiente, en un plano muy similar al caso de la exclusión de una decisión libremente responsable por la existencia de regulaciones jurídicas que imponen obligaciones*; sólo que el elemento que restringe el ámbito de motivación es de otra índole. Así contempladas las cosas, y teniendo en cuenta que los contenidos éticosociales a menudo se siente que obligan aún más intensamente que las regulaciones jurídicas, aparece como perfectamente defendible afirmar que *los casos aquí tratados deben ser considerados también como de ausencia de “voluntariedad”*» (37). En parecido sentido se han pronunciado Bernsmann/Zieschang (38), Degener (39),

(37) W. FRISCH, 1988, p. 487, cursivas añadidas. De todas formas, W. FRISCH, *op. cit.*, pp. 484/485, utiliza, más que complementaria, alternativamente, otra argumentación para explicar por qué, en los supuestos de personas no obligadas jurídicamente a intervenir, los resultados dañosos que éstas puedan sufrir se le deben imputar asimismo al «primer causante»: «La comunidad está en alta medida interesada, también en los casos en los que falta un deber jurídico, en que se produzca una acción razonable de salvamento, aunque, por motivos bien meditados, no impone ese interés estableciendo deberes jurídicos ...– En la medida en que acciones arriesgadas de salvamento, y teniendo en cuenta la situación conjunta (proporcionalidad de los bienes y dimensión de los peligros, capacidades del salvador, etc.), sean razonables, y, por consiguiente, sean valoradas de manera positiva éticosocialmente (y, por lo demás, también jurídicamente), en que, por tanto –y a pesar de la renuncia a la imposición jurídica de un deber– esté interesada en la ejecución de las acciones correspondientes, se presenta como necesario y adecuado proteger (juridicopenalmente) a quien hace lo que (ex ante) aparece como deseado. Por consiguiente, la creación de situaciones que conllevan la necesidad de medidas arriesgadas de salvamento debe ser considerada también, en principio, con respecto a acciones de salvamento del peligro así creado por parte de personas no obligadas, como creación de peligro típicamente desaprobada (en el sentido de los tipos de lesiones o de delitos contra la vida). De acuerdo con ello, las consecuencias de las acciones razonables de salvamento constituyen la realización del peligro desaprobado creado por el causante, y se le deben imputar a éste de la misma manera como las correspondientes consecuencias de la acción del salvador que está obligado a intervenir». En esta argumentación alternativa insiste W. FRISCH también en posteriores escritos (cfr. *NStZ*, 1992, p. 65; 1995, p. 140; Nishihara-FS, 1998, pp. 67/68, 82/83).

(38) Cfr. *supra*, n. 23.

(39) V. *supra*, n. 26.

Puppe (40), Schönke/Schröder/Lenckner (41), Freund (42), Hoyer (43).

bb) A igual conclusión de responsabilidad del autor del siniestro por los daños que se autocausan los salvadores no obligados a intervenir llega otro sector de la doctrina, acudiendo a otra fundamentación distinta de que esos salvadores actúan coaccionados y de que, por consiguiente, su consentimiento en la autopuesta en peligro es ineficaz. Así, por ejemplo, W. Frisch (44), Sowada (45), Jescheck/Weigend (46), Feijoo (47), Schroeder (48), Rudolphi (49).

El Bundesgerichtshof fundamenta la responsabilidad del primer causante, en un caso que se ocupa de un salvador no obligado jurídicamente a intervenir –pero con una argumentación que también es extensible a quien sí lo está–, negando que en estos casos estemos realmente ante una *participación* en una autopuesta en peligro imprudente. En la sentencia BGH 39, 322, en la que se condena por homicidio imprudente al incendiario, cuando, al intentar sofocar las

(40) V. supra, n. 28. Además, PUPPE, NK, 2005, antes del § 13, n. m. 197, estima que «tampoco actúa voluntariamente el salvador que, por pánico, actúa irrazonablemente. También por este pánico excluyente de la libertad es responsable el causante del primer peligro».

(41) StGB, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss., n. m. 101 c: «Con ello se hace referencia a los casos que se hallan al margen de un deber jurídico de actuar, que pueden ser aquellos en los que el salvador, para el que es un simple deber de humanidad ayudar a otros que se hallan necesitados, toma de manera análoga [a la de los jurídicamente obligados] una decisión que no es libre».

(42) *MünchKommStGB*, 2003, antes de los §§ 13 ss., n. m. 389: «Porque también quien sin deber jurídico emprende un –no completamente irrazonable– intento de salvamento, no está persiguiendo, en modo alguno, su “placer personal”. Tampoco se trata de una autopuesta en peligro “voluntaria” o de una renuncia a los bienes jurídicos en el sentido de que el afectado ya no sea digno de protección ante el reto correspondiente. Por el contrario, el afectado tiene un interés digno de protección en ser preservado de tales peligros».

(43) V. SK, 2005, Apéndice al § 16, n. m. 45.

(44) V. supra n. 37, donde W. FRISCH expone una argumentación alternativa a la de la falta de libertad del salvador.

(45) V. supra n. 32.

(46) V. supra n. 33.

(47) V. supra n. 35, donde, como se ha expuesto, la fundamentación a la que acude FEJOO la extiende a salvadores obligados y no obligados jurídicamente.

(48) V. LK, 2003, § 16, n. m. 182.

(49) En relación con los no obligados jurídicamente, RUDOLPHI, SK, 2005, antes del § 1, n. m. 81, escribe: «Pero habría que dar todavía un paso adelante e incluir en el campo de protección juridicopenal a quien se autopone en peligro mediante una acción de salvamento, cuando, de una ponderación de los bienes jurídicos enfrentados entre sí, resulta que el fin de salvamento perseguido debe ser valorado –incluyendo el grado de peligro que corren– más alto que la autopuesta en peligro».

llamas, resulta la muerte de un salvador no obligado jurídicamente a intervenir, el tribunal alemán fundamenta por qué no aplica su doctrina de que es impune la participación en una autopuesta en peligro, tal como había establecido en los casos de la jeringuilla y de la entrega de heroína (50), razonando que en este supuesto del incendio en realidad no estamos ante una *participación* en una autopuesta en peligro, ya que, así como en los casos de la jeringuilla y de la heroína existió *acuerdo* entre partícipe y víctima en la autopuesta en peligro de esta última, en cambio en el del BGH 39, 322, dicho acuerdo no concurrió, ya que «*sin la colaboración y sin el acuerdo de la víctima* [se colocó] un peligro considerable para un bien jurídico de la víctima y de las personas que le son próximas, y, con ello, un motivo razonable para medidas de salvamento peligrosas» [BGH 39, 322 (325), negritas añadidas]. Si esta argumentación fuera válida se habría encontrado un fundamento sólido para explicar por qué son imputables al causante del siniestro los daños que se autocausa el salvador: porque, si la razón por la que no responde el partícipe imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte o lesiones reside en que, si no es punible la participación imprudente en una automuerte o en una autolesión dolosas, con mayor motivo no puede serlo en una automuerte o en una autolesión imprudentes, entonces esa razón no sería aplicable a este caso donde, al no haber acuerdo

(50) En el caso de la jeringuilla (BGH 32, 262, sentencia de 14 de febrero de 1984, reproducida en *NSiZ*, 1984, pp. 410-411), H, la víctima, había comunicado al acusado que poseía heroína, y este último «se decidió a proporcionar las jeringuillas necesarias, cuando H, que era conocido como consumidor de drogas duras, le reveló que ya no le daban jeringuillas en ninguna parte». Una vez que el acusado le facilitó la jeringuilla a H, éste se inyectó una mezcla de heroína con cafeína, falleciendo como consecuencia de la droga en el cuarto de baño de un restaurante. La sentencia de instancia había condenado al acusado por un homicidio imprudente, por haber facilitado la jeringuilla con la que la víctima se autocausó, imprudentemente también, la muerte, sentencia que es revocada por el Tribunal Supremo alemán, absolviendo a aquél sobre la base de la siguiente argumentación: «Quien ocasiona, posibilita o favorece imprudentemente la acción autorresponsable de quien se automenoscaba, y que conduce a su automuerte o autolesión, no puede ser punible, cuando no sería punible en el caso del ocasionamiento, posibilitación o favorecimiento dolosos ... Si se le castigara por homicidio o lesiones imprudentes, porque había colocado, infringiendo el deber de diligencia, una condición para el resultado previsible (o previsto), esa punición vulneraría la relación escalonada de las formas de culpabilidad [dolo e imprudencia] que encuentran su expresión en los §§ 15 y 18 StGB».

Al mismo fallo absolutorio, y remitiéndose a la sentencia del caso de la jeringuilla, se llegó en la sentencia de 9 de noviembre de 1984 (caso de la heroína, reproducida en *NSiZ* 1985, pp. 319 ss.), que revocó la condena por homicidio imprudente de un acusado que había facilitado heroína a la víctima, que falleció después de autoinyectársela.

entre tercero y víctima (al no haber concertado el incendiario con el salvador la autopuesta en peligro de éste), *habría que negar al primero la condición de partícipe*.

Esta argumentación del BGH parte de la idea de que, para que exista participación, tiene que haber acuerdo entre partícipe y autor material (51). Pero ello no es así porque: como *tan participación dolosa en el suicidio* es la de quien, *de acuerdo con ella*, entrega a la víctima una pistola para que se pegue un tiro, como la de quien *—sin acuerdo con el suicida, pero conociendo que éste está decidido a privarse de la vida—* deja encima de su mesilla de noche un arma de fuego con la que aquél, posteriormente, se dispara en la sien, por ello, tan participación imprudente en una autopuesta en peligro será la de quien, *de acuerdo con la víctima*, crea una ocasión para la autopuesta en peligro de ésta (casos de la jeringuilla y de la entrega de heroína), como la de quien, sin ese acuerdo (caso del incendio), y, prendiendo fuego a un edificio, provoca que el salvador-víctima se autoponga en peligro (52).

c) *Limitaciones a la responsabilidad del primer causante por los daños que se autocausan los salvadores*

Ya Rudolphi, en su trabajo pionero publicado en la Juristische Schulung (JuS) del año 1969 (53), a pesar de que consideraba responsable al primer causante por los daños que pudieran autocausarse quienes emprendían medidas de salvamento, había señalado que esa responsabilidad no podía ser ilimitada y que quedaba excluida en los supuestos en los que «el fin de salvamento perseguido está fuera de cualquier proporción con los peligros a los que se expone con sus medidas de salvamento. Se puede pensar, por ejemplo, en el caso de que alguien se exponga a una muerte casi segura para salvar una cosa de poco valor de una casa incendiada. Pues en los casos de esta naturaleza la medida de salvamento, por la burda desproporción entre la protección perseguida de los bienes jurídicos y los bienes jurídicos que se ponen en juego, ya

(51) Que puede haber participación sin ese acuerdo he tratado de fundamentarlo ya en *mi Autor y cómplice*, 1966, pp. 86/87.

(52) De acuerdo con lo que acabo de exponer, FRISCH, Nishihara-FS, 1998, pp. 76/77, quien critica el argumento de BGH 39, 222, de que en ese supuesto no existiría participación, con el siguiente argumento: «la decisión BGH 32, 262 [caso de la jeringuilla], desde el aspecto de la punibilidad por homicidio imprudente, no habría podido tener un texto distinto, aunque el autor no hubiera entregado la jeringuilla o la droga a la víctima (capaz de una decisión autorresponsable) de acuerdo con aquélla, sino que le hubiera hecho posible la autopuesta en peligro, dejando a su alcance descuidadamente el instrumento del hecho».

(53) V. su referencia en la bibliografía recogida al final del presente artículo.

no es aprobada por el ordenamiento jurídico» (54). Rudolphi, de todas maneras, es consciente ya de las dificultades que presentan otros casos en los que la desproporción no es tan evidente, preguntándose «¿cómo hay que decidir cuando el propietario de la casa que está ardiendo intenta salvar toda su fortuna con peligro para su vida o con considerable peligro para su integridad física?», conformándose, finalmente, con el establecimiento del principio general de que «hay que incluir en el ámbito de protección de las normas juridicopenales a quien, con la acción de salvamento, se autopone en peligro, cuando una ponderación de los bienes jurídicos contrapuestos –incluyendo el riesgo que correnda como resultado que el fin perseguido de salvamento debe ser más valorado que la autopuesta en peligro» (55).

Desde entonces la doctrina ha asumido esta idea de que la responsabilidad del primer causante no puede extenderse a *cualquier* supuesto en el que el salvador se auto-mata o se autolesiona, exigiendo, para que aquella responsabilidad pueda entrar en juego, que la acción de salvamento no haya sido «irrazonable» (56),

(54) JuS 1969, p. 557

(55) RUDOLPHI, *op. cit.*, loc. cit.

(56) Así, BGH 39, 322 (326: «abiertamente irrazonable»); W. FRISCH, 1988, p. 485; *el mismo*, Nishihara-FS, 1998, p. 85; SOWADA, JZ, 1994, p. 664; DERKSEN, NJW, 1995, p. 241; PUPPE, AT 1, 2002, § 6, n. m. 36, § 13, n. m. 33; *la misma*, NK, 2005, antes del § 13, n. m. 186. Escépticos sobre la aplicabilidad del criterio de la «irrazonabilidad» BERNSMANN/ZIESCHANG, JZ, 1995, p. 778: «Cuando el intento de salvamento se emprende para el mantenimiento de un bien cuyo valor se encuentra considerablemente por debajo de la integridad física o de la vida que pone en peligro el salvador, es posible que concurra una “falta de proporcionalidad”. Pero lo “desproporcionado” no tiene por qué ser, al mismo tiempo, “abiertamente irrazonable”, ya que la determinación de lo que sea “irrazonable” depende decisivamente de la perspectiva desde la que se valore ...– Por el contrario, y por ejemplo, puede ser “irrazonable” desde cualquier punto de vista el intento desesperado de un progenitor –en la esperanza de una casualidad feliz que nunca puede excluirse– de salvar a su hijo de la muerte literalmente a cualquier precio. Sin embargo, el causante del peligro habría colocado justamente aquí un motivo de salvamento cuya fuerza de presión está próxima a la del instinto de conservación, por lo que, a la vista de ello, categorías como la de la “irrazonabilidad” o “carencia de sentido” no representarían obstáculos de un peso especial para la actuación». Contra el criterio de la «irrazonabilidad», ROXIN, AT I, 2006, § 11, nn. mm. 115 [«El juicio sobre qué acciones de salvamento son (más o menos) “razonables” depende de tantos imponderables que, ya sobre la base del principio de certeza, no se le debe vincular la punibilidad»], 117 (si se hace depender la responsabilidad de que «la acción de salvamento “no sea abiertamente irrazonable”, ello pone de manifiesto a qué arbitrariedad conducen tales delimitaciones»). V. también REYES, 1994, p. 366: «En consecuencia, como los parámetros que posee el juez para determinar lo que es o no valioso no siempre coincidirán con los que maneja la víctima, la distinción propuesta entre acciones de salvamento razonables y las desproporcionadas con el peligro no ofrece seguridad jurídica alguna».

«osada» (57), «aventurada» (58) o «caprichosa» (59). En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia alemana, que estima que el causante de un incendio no responde de los daños que se autocause el salvador cuando «se trata de un intento de salvamento unido a riesgos carentes de sentido desde un principio o abiertamente desproporcionados» (60).

A la hora de la difícil concreción de estos conceptos abstractos (61) («riesgos irrazonables, osados, aventurados, carentes de sentido»), se ha considerado que habría que estimar «irrazonables» las medidas de salvamento «si el bombero que emprende una acción de salvamento lo hace de modo descuidado sin su traje ignífugo o sin su máscara de oxígeno» (62), «si alguien fallece al intentar salvar su colección de sellos de un incendio provocado dolosamente» (63), o «cosas de poco valor o para demostrar su valentía o para ganar una apuesta» (64), si el salvador «actúa por motivaciones puramente personales (morales, religiosas, búsqueda de prestigio social como héroe o de una medalla, etc.)» (65), «si la acción de salvamento está dirigida al rescate de una maleta con heroína robada» o «si alguien (por ejem-

(57) Así, W. FRISCH, 1988, p. 485; *el mismo*, Nishihara-FS, 1998, p. 85.

(58) Así, W. FRISCH, 1988, p. 485.

(59) Así, SOWADA, JZ, 1994, p. 666 n. 27; DEGENER, 2001, p. 373; PUPPE, AT 1, 2002, § 13, n. m. 247.

(60) BGH 39, 322 (326). V. también SCHROEDER, LK, 2003, § 16, n. m. 182: «En referencia a la clase y a la proximidad de los daños amenazantes, la autopuesta en peligro y el peligro a impedir deben figurar en una relación razonable».

(61) W. FRISCH, Nishihara-FS, 1998, p. 85 (cursivas añadidas), escribe, dentro de esta conexión, lo siguiente: «Con el fundamento de esta interpretación sistemática, parece evidente decir que salvadores potenciales no son dignos o no están necesitados de protección, mediante prohibiciones dirigidas a terceros, cuando determinadas consecuencias pueden producirse sobre la base de un comportamiento propio irrazonable, carente de sentido u osado ...— Naturalmente que el límite bosquejado está necesitado de concreción. No sólo se plantea la cuestión de cómo precisar la irrazonabilidad de acuerdo con la relación de riesgos y de las posibilidades [de salvamento]. También está necesitado de discusión, por ejemplo, si el criterio debe ser entendido más objetivamente, o en el sentido de una irrazonabilidad aprehendida, o, tal vez, sólo en el sentido de la aprehensión de las circunstancias que fundamentan este juicio». V. también, SOWADA, JZ 1994, pp. 664/665, quien estima que la fórmula genérica, necesitada de ulterior concreción, sería la siguiente: «Cuanto más valioso sea el bien a salvar, a mayores riesgos se puede exponer el salvador sin perder la protección del Derecho penal». Cfr., asimismo, DEGENER, 2001, p. 373, para quien en la «transición de la “falta de libertad” al “capricho” ... el límite siempre será incierto».

(62) CANCIO, 2001, p. 345. En el mismo sentido FEJOO, RDPC 2000, p. 324.

(63) FEJOO, RDPC 2000, p. 315 n. 124.

(64) PUPPE, AT 1, 2002, § 13, n. m. 35.

(65) FEJOO, *op. cit.*, p. 321. V. también PUPPE, AT 1, 2002, § 6, n. m. 36: «... jóvenes que entraban en la casa ardiendo para demostrar su valor».

plo, como curioso) se expone autorresponsablemente a los efectos del peligro primario» (66).

En cambio, sería «razonable», por ejemplo, y los resultados lesivos deberían imputarse al primer causante, cuando el salvador actúa para rescatar toda su fortuna (67), pues «la víctima de un incendio también merece la protección del ordenamiento jurídico frente al peligro de precipitarse en una casa amenazada de derrumbamiento o envenenada de humo para salvar cosas valiosas o que le son queridas» (68). Para Puppe (69), y a la vista de lo dramático de la situación, los criterios de cuándo la acción de salvamento es razonable deben ser establecidos en niveles más bajos que los de uso corriente: «Si una madre muere en medio del humo y de las llamas, porque ha intentado salvar a su hijo de la vivienda incendiada, entonces el incendiario que ha llevado a esa situación es plenamente responsable de su muerte» (70).

3. La posición minoritaria: al causante del siniestro no se le pueden imputar objetivamente los menoscabos que puedan auto-causarse quienes emprenden medidas de salvamento

a) *El origen de esta posición minoritaria en Roxin: sus argumentos*

Ya desde el inicio de la aprehensión de la participación en una autopuesta en peligro y de la heteropuesta en peligro consentida como un problema de imputación objetiva, Roxin, con una posición que ha seguido manteniendo hasta nuestros días, ha defendido la tesis de que al incendiario no se le podía hacer responsable por los eventuales daños que se autocasaban las personas –jurídicamente obligadas a intervenir o no– en el curso de la actividad desplegada –por muy «razonable» que ella sea– para combatir el siniestro. Para fundamentar esta tesis Roxin operaba –y sigue operando– con todo un arsenal de argumentos.

(66) SOWADA, *JZ*, 1994, p. 667.

(67) Así, RUDOLPHI, *JuS* 1969, p. 557. V. también, aunque más restrictivamente, operando analógicamente con el estado de necesidad, FEIJOO, *RDPC*, 2000, p. 322: «Así puede ser razonable en un determinado supuesto correr el peligro de sufrir una lesión leve que no precisa tratamiento quirúrgico para salvar todo el patrimonio personal que ha costado años de trabajo o la única copia de una tesis doctoral casi finalizada».

(68) PUPPE, *AT* 1, 2002, § 13, n. m. 35.

(69) Cfr. *AT* 1, 2002, § 13, nn. mm. 24 y 25.

(70) *Op. cit.*, § 13, n. m. 34

En primer lugar, en el caso de las personas jurídicamente obligadas a intervenir, como los bomberos, Roxin argumenta que esa intervención no sólo está condicionada por el incendiario, a quien se le quieren imputar objetivamente los daños que pudiera sufrir el salvador en su persona, «sino también por el mandato del legislador», por lo que «entonces, consecuentemente, ese legislador también debería ser hecho responsable por los eventuales daños producidos» (71).

En segundo lugar, y para el caso de los salvadores no obligados jurídicamente a intervenir, Roxin afirma que tampoco en estos supuestos el incendiario debe responder, fundamentándolo en que, en otro caso, a aquéllos se les plantearía un problema de conciencia: «Quien, por su propia decisión –y sin obligación jurídica–, quiere poner en juego su vida por los otros, caerá en conflictos sin salida si se plantea la pregunta de si es compatible con su conciencia que su osadía –que nadie le exige– pueda acarrear, posiblemente, una pena criminal para terceros (a saber, para el causante o los causantes del accidente)» (72).

Finalmente, Roxin llega a la misma conclusión de no-responsabilidad del primer causante, alegando que, si se le pudieran imputar los eventuales resultados dañosos para el salvador, aquél tendría que calcular cínicamente si le interesaba o no avisar a terceros (tanto a los obligados como a los no obligados jurídicamente a intervenir) para combatir el siniestro: «Y también aquel que, por un descuido, ha creado una situación peligrosa, se verá forzado a un cálculo indigno si tiene que reflexionar sobre si pide ayuda, cuyo fracaso (al resultar dañado el salvador) podría acarrearle posiblemente un ulterior castigo» (73).

b) *Autores que coinciden total o parcialmente con la tesis de Roxin*

En el mismo sentido que Roxin, y asumiendo sus argumentos, se han pronunciado Otto (74), y, en España, Martínez Escami-

(71) Honig-FS, 1970, pp. 142/143. V. también ROXIN, Gallas-FS, 1973, p. 247: «el legislador debe él mismo asumir la responsabilidad por los riesgos de su mandato».

(72) Honig-FS, 1970, p. 143. V. también *el mismo*, Gallas-FS, 1973, p. 248, donde se pregunta «si realmente a los que participan en las labores de extinción hay que cargarles con el escrúpulo de conciencia de que cualquier lesión que se inflijan con su entrada en acción debe cargar al primer causante imprudente con una pena criminal», y AT I, 2006, § 13, n. m. 25.

(73) Honig-FS, 1970, p. 143. Cfr. también *el mismo*, AT I, 2006, § 11, n. m. 139: «Si un incendiario imprudente tiene que contar, además, con que se le va a exigir responsabilidad por el homicidio de bomberos, entonces esa consideración puede llevarle –indeseadamente– a abstenerse de avisarlos».

(74) Cfr. Maurach-FS, 1972, p. 100, n. 32, y Wolff-FS, 1998, p. 411.

lla (75). Y también Schumann, quien sólo excluye la responsabilidad del primer causante por los daños personales que pueda sufrir el salvador –tanto el obligado como el no obligado jurídicamente a intervenir– en el caso de que el siniestro haya sido provocado precisamente con la *intención* de producir esos daños (76). Hernández Plasencia, que rechaza la doctrina de la imputación objetiva, llega a la misma conclusión que Roxin, si bien sobre la base de la teoría de la participación (77), y Castaldo (78) opina que el incendiario no responde, porque los daños que se puedan autocausar los salvadores –tanto los obligados como los no obligados jurídicamente a intervenir– caen fuera del ámbito de protección de la norma.

Schünemann, Maurach/Gössel y Duttge coinciden sólo parcialmente con la solución de Roxin. Según estos autores, el incendiario respondería de las autolesiones o automuertes de los salvadores si éstos estaban *jurídicamente obligados* a combatir el siniestro, pues en estos casos su intervención *no es* «*autorresponsable*», y no puede hablarse, consiguientemente, y mostrándose en este punto de acuerdo con la fundamentación y con las soluciones de la doctrina dominante (v. *supra* 2 a aa), de una autopuesta en peligro voluntaria (79). En cambio, si no existe obligación jurídica de intervenir, al primer causante no se le pueden imputar objetivamente los resultados dañosos que sufra el tercero, porque, al actuar éste porque quiere –Schünemann llega a manifestar que lo hace por su «placer personal» («Priva-

(75) Cfr. 1992, pp. 362 ss.

(76) V. 1986, pp. 70/71, n. 2.

(77) Para HERNÁNDEZ PLASENCIA, 2002, p. 760, quien provoca un incendio no responde de los daños que se autocausa el salvador, ya que aquél no es autor mediato de la actividad de éste: «Pero tampoco puede afirmarse que en ese supuesto el provocador del incendio tenga un dominio sobre la cualidad lesiva de la acción, pues aunque determine la participación del bombero, aquél no domina su comportamiento ni controla la peligrosidad del incendio». No me es posible entrar en este artículo en la crítica a la equivocada tesis de Hernández Plasencia de resolver los problemas de imputación objetiva con la teoría de la participación; en cualquier caso, y como veremos infra 4, y en contra de lo que opina Hernández Plasencia, el incendiario debe responder, en principio, de los daños personales que se autocausen los salvadores, aunque éstos actúen libremente y no puedan considerarse meros instrumentos de quien provocó el siniestro.

(78) Cfr. 2004, pp. 242/243.

(79) Cfr. SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 722; MAURACH/GÖSSEL, *AT* 2, 1989, § 43, n. m. 73; DUTTGE, *MünchKommStGB*, 2003, § 15, n. m. 155: «en los profesionales (en especial, los miembros de los cuerpos de bomberos o de la policía), dentro del marco del círculo de deberes que les vienen impuestos, falta siempre la responsabilidad (y, por ello, se le debe imputar al “causante” la consecuencia del hecho como producida mediante “imprudencia”»).

tvergnügen»)–, estaríamos ante una impune participación en una autopuesta en peligro consentida (80). Reyes llega a la misma solución de Roxin con una distinta fundamentación, excluyendo que se le puedan imputar objetivamente al incendiario los daños que sufran los salvadores, tanto si éstos están jurídicamente obligados a intervenir como si no, tanto si efectúan las acciones de salvamento de manera imprudente o de forma objetivamente correcta (81).

c) *Crítica a la tesis de Roxin*

La posición de Roxin de que el primer causante no responde por los daños que se puedan autoinfligir los salvadores no puede convencer, y ha sido rechazada mayoritariamente por la jurisprudencia y la doctrina (82).

En contra se argumenta, con razón, que el conflicto de conciencia que, según Roxin, supuestamente se le crearía al salvador, ya que si resultaba lesionado o muerto, esos daños se le imputarían al incendiario, olvida el *aspecto positivo* que precisamente para ese mismo incendiario puede encerrar la medida salvadora, por lo que, en el momento de intervenir, a aquél difícilmente se le pueden presentar problemas de conciencia en relación con la situación penal del primer causante, ya

(80) Cfr. SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 722: «En la imputación de los accidentes del salvador habría que excluir, para empezar, todas las acciones no mandadas jurídicamente, porque ..., si ni siquiera existe un deber de ayuda conforme al § 330c [omisión del deber de socorro], la autopuesta en peligro dolosa del salvador, que ha de ser considerada como [la satisfacción de] un “placer personal”, fundamenta un riesgo nuevo no contenido necesariamente en el peligro primario» (v. también *el mismo*, *GA*, 1999, p. 223); MAURACH/GÖSSEL, *AT* 2, 1989, § 43, n. m. 73; DUTTGE, *MünchKommStGB*, 2003, § 15, n. m. 154: «La decisión a favor del comportamiento de autopuesta en peligro ... es, en última instancia, emanación de la autonomía del titular del bien jurídico. Porque, en el momento crítico, depende únicamente de su decisión si quiere seguir o no el “requerimiento”. Si la toma de manera libremente responsable, tiene que cargar el mismo con las consecuencias».

(81) V. REYES, 1994, p. 368: «Si cualquiera de dichas personas se comporta en forma incorrecta al ejecutar una maniobra de rescate, y como consecuencia de su imprudencia pierde la vida o resulta lesionado, será únicamente su conducta descuidada la que permita explicar el resultado lesivo y por consiguiente sólo él será responsable por los daños, sin que ellos puedan ser objetivamente imputables al primer autor. Y si quien despliega la maniobra de salvamento resulta lesionado o perece por un desafortunado accidente, a pesar de haber observado todas las precauciones que su oficio le impone, los daños serán consecuencia de un riesgo general de la vida que, como en otras oportunidades lo hemos mencionado, no se cataloga en abstracto sino en relación con cada persona en cada situación».

(82) Cfr. sólo, además de los autores que se citan en las notas siguientes: BGH 39, 322; JAKOBS, 1977 (1997), pp. 253/255, con notas 57, 59 y 60; FRISCH, 1988, pp. 475 ss.; SOWADA, *JZ*, 1994, p. 665; DEGENER, 2001, pp. 365 ss.

que tampoco sabe si le va a perjudicar –si resulta autolesionado– o beneficiar –si consigue evitar daños a los que se encuentran dentro del edificio en llamas, en cuyo caso quien provocó el siniestro quedaría libre de responsabilidad por los homicidios o lesiones imprudentes que, de no ser por la intervención salvadora, se habrían producido–: «Hay que recordar que el salvador con éxito disminuye los resultados lesivos que se le pueden imputar al autor de la situación de necesidad» (83).

Contra esa supuesta angustia psicológica que, según Roxin, padecería el salvador porque, si se decide a intervenir, ello, en el caso de que se autodañase, podría acarrear ulteriores consecuencias perjudiciales al incendiario, se han formulado otras objeciones igualmente convincentes que ponen de manifiesto hasta qué punto se trata de un argumento completamente alejado de la realidad, ya que: en primer lugar, cuando el bombero se dispone a intervenir en un incendio, no suele tener conocimiento de si éste se ha debido a un accidente o de si es reconducible a una acción humana dolosa o imprudente, por lo que mal va a detenerse a considerar si su conducta, en el supuesto de que se autocausa alguna lesión, va a empeorar la responsabilidad penal de un incendiario del que ni siquiera sabe si realmente existe (84); en segundo lugar, a quien tiene que arriesgar su vida porque un tercero ha prendido fuego dolosa o imprudentemente un edificio o un bosque, quien lo ha hecho no le cae precisamente simpático como para preocuparse, además, por el más o menos sombrío horizonte penal con el que tendrá que enfrentarse el incendiario (85); y, finalmente, si a

(83) FEIJOO, *RDPC*, 2000, p. 321. Cfr. también, en el mismo sentido, RUDOLPH, *SK*, 2005, antes del § 1, n. m. 81; y BGH 39, 322 (325/326): «Es materialmente correcto incluir a estas personas [a los salvadores], que en situaciones así se ponen en peligro, dentro del ámbito de protección de los preceptos penales. De la misma manera que si tiene éxito la acción de salvamento, ello favorece al autor, tiene que responder en el caso de que salga mal».

(84) Cfr. DEGENER, 2001, p. 365: «Por lo general, la referencia a la “compasión con el autor y causante” no hace justicia a las circunstancias reales. Baste pensar en los numerosos casos de necesidad en los que el salvador, en el momento de intervenir, no puede enjuiciar la causa o responsabilidad por el daño primario, en concreto: no es consciente de si detrás del accidente se encuentra o no una persona que ha actuado delictivamente».

(85) V. PUPPE, *AT I*, 2002, § 13, n. m. 24: «Interpretada como afirmación real y psicológica [la de Roxin de que el salvador tendría escrúpulos para intervenir, porque, si resultara lesionado o muerto, esas consecuencias se le imputarían al incendiario], con toda seguridad que no es correcta. Salvadores que caen en un peligro serio, no profesan sentimientos amistosos frente a su causante. Y si hubiera que entender a Roxin normativamente, tal norma tal vez sería apropiada para un santo, pero no para un jefe de bomberos».

quien hay que rescatar es al cónyuge, o a los hijos, o a cualquier otro ser querido, al salvador lo único que le importan son estas personas, y no va a dejar de actuar –como teme Roxin–, porque, si se autodañara –algo en lo que confía normalmente que no va a suceder–, ello podría incrementar la responsabilidad penal de quien precisamente no le importa: de quien ha puesto en peligro a su familia o a sus amigos (86).

El ulterior argumento de Roxin para justificar por qué a quien provoca un siniestro no se le deben imputar los eventuales daños que se autocausen los salvadores, ya que, si realmente tuviera que responder, ello le llevaría a considerar, cínicamente, si avisaba o no a los bomberos porque, si lo hacía, y alguno de ellos se autolesionaba, entonces, además de por el incendio, tendría que responder también por un homicidio o unas lesiones imprudentes, tampoco lo considero sólido: si el causante no alarma a los servicios de extinción de incendios, y está en peligro la vida o la salud de las personas que se encuentran dentro del edificio o del bosque en llamas, nadie le podría librar de que se le aplicase, en primer lugar, una omisión del deber de socorro agravada del artículo 195.3 CP; objeción a la que hay que añadir, en segundo lugar, que es precisamente el aviso a los bomberos el que puede exonerarle de que, además de por el incendio, tenga que responder de eventuales muertes o lesiones imprudentes de las personas amenazadas por las llamas, que finalmente no se habrían producido gracias a las medidas salvadoras llevadas a cabo por los miembros del cuerpo de extinción de incendios. Con otras palabras: Al contrario de lo que opina Roxin, la llamada de emergencia a los bomberos de quien ha provocado el incendio no sólo no le perjudicaría, sino que le favorecería, porque sólo así podría responder únicamente del incendio, y, no, *adicionalmente*, de una omisión del deber de socorro agravada y de eventuales muertes o lesiones imprudentes, resultados estos que podrían ser evitados por aquéllos en el despliegue de su benemérita labor.

El último argumento de Roxin para fundamentar la no-responsabilidad del primer causante, pero que sólo es aplicable a los daños que puedan autoinfligirse los *salvadores jurídicamente obligados a actuar*, es el de que esa obligación la ha establecido el legislador, por lo que, si se defiende que el incendiario debería responder por las eventuales

(86) V. DEGENER, 2001, p. 365: «... el “argumento del conflicto de conciencia” pierde su fuerza de convicción cuando concurre un interés personal del salvador. En las acciones de salvamento a favor de personas próximas ... ese argumento se presenta como ajeno a la vida real».

automuertes o autolesiones, también lo debería hacer, con el mismo o con mayor motivo, el legislador, quien, al dictar su mandato, igualmente habría co-condicionado las autopuestas en peligro.

Contra esto hay que decir: La situación de emergencia la ha creado *gratuita y antijurídicamente* sólo el incendiario, quien, con su acción, ha originado innecesariamente un conflicto entre distintos bienes jurídicos: entre, por una parte, los bienes vida, salud y propiedad amenazados primariamente por el incendio, y, por otra, y si se pretende preservar la integridad de dichos bienes, la vida y la salud que tienen que arriesgar los salvadores para lograr ese objetivo. El legislador se encuentra ante esa para él indeseada situación de conflicto como un hecho consumado, generado antijurídicamente, no por él, sino por otra persona, y, ponderando *razonablemente y conforme a la justicia material* los intereses en conflicto, decide que, en determinadas circunstancias, está *justificado* imponer a los salvadores la asunción de ciertos riesgos para sus propios bienes jurídicos. Ciertamente, por tanto, que ambos, el incendiario y el legislador, han condicionado la autopuesta en peligro –y los eventuales daños personales que de ella deriven– a las personas jurídicamente obligadas a actuar, como lo son los bomberos; pero mientras que el primero lo ha hecho antijurídicamente, mediante la comisión de un delito doloso o imprudente de incendio, creando un conflicto innecesario entre bienes dignos de protección, el segundo ni ha generado el conflicto ni ha dictado tampoco un mandato contrario a la justicia material, por lo que, naturalmente, y como la mera causalidad –el único elemento atribuible por igual a incendiario y a legislador– nunca es suficiente, por sí sola, para fundamentar responsabilidad penal de clase alguna, de ahí que no ofrezca ningún reparo –porque es plenamente equitativo– que únicamente ese incendiario deba cargar con los eventuales daños en su vida o en su salud que se autoproduzcan los salvadores.

4. Toma de posición

a) *Introducción*

No obstante el rechazo que acabo de manifestar a los argumentos sobre los que se basa Roxin para propugnar la no-responsabilidad del primer causante por los eventuales daños que sufran los salvadores –tanto los obligados como los no obligados jurídicamente a actuar–, el hecho es que en estos supuestos estamos ante una *participación en una autopuesta en peligro* y que, si aplicamos las reglas generales establecidas anteriormente (*supra* A 1), entonces parece que habría que llegar

a la conclusión de que al partícipe (en este caso, al incendiario) no se le deberían imputar los daños que se cause a sí mismo quien se autopone en peligro (en este caso, el salvador).

En mi opinión, es cierto –y en ello coincido con la doctrina dominante– que el incendiario debe responder por homicidio o, en su caso, lesiones imprudentes por los posibles daños que sufran los miembros de los cuerpos de extinción de incendios, o los salvadores particulares, en el desarrollo de su benemérita actividad. Y como esa doctrina dominante diferencia entre salvadores obligados y no obligados jurídicamente a intervenir, en lo que sigue parto también de esa distinción para explicar en qué fundamento mi opinión.

b) *Responsabilidad del primer causante por las automuertes o autolesiones que puedan sufrir las personas jurídicamente obligadas a intervenir para paliar los efectos del siniestro*

Empezando por los que tienen el deber de combatir las llamas, y, como ya he expuesto, el argumento más manejado por la doctrina dominante para justificar por qué aquí no estamos ante un caso al que se le pueda aplicar el principio general de impunidad de la participación en una autopuesta en peligro *consentida*, reside en que en el caso del incendio esa autopuesta no *sería consentida*, porque, si bien habrían sido los propios salvadores los que se habrían autopuesto en peligro, no obstante esa asunción del riesgo por parte de aquéllos no sería reconducible a un consentimiento válido y eficaz, ya que, en virtud de sus obligaciones profesionales, las víctimas se habrían visto «coaccionadas» a asumir los evidentes riesgos que conllevaban sus acciones. Con otras palabras y acudiendo a un ejemplo paralelo: Si el conductor responde de los resultados lesivos que se causa a sí misma la mujer que se arroja de un vehículo para eludir la agresión sexual con la que le amenaza aquél, porque esa autopuesta en peligro no es reconducible a un consentimiento eficaz, es decir: porque no ha sido jurídicamente «voluntaria», de la misma manera el incendiario debería responder, a título de imprudencia, de la muerte o de las lesiones sufridas por los miembros de los servicios de extinción de incendios, ya que éstos, al desarrollar su actividad salvadora, no serían libres, porque estarían legalmente obligados a combatir el fuego.

Pero esta fundamentación de por qué debería responder el tercero-incendiario tampoco es convincente. Porque, mientras que en el caso de la mujer amenazada sexualmente, su autopuesta en peligro tiene su origen en una coacción delictiva que priva de eficacia a su consentimiento en la conducta arriesgada de lanzarse del automóvil, en el del bombero lo que le mueve a actuar es una obligación jurídica libre-

mente contraída cuando ingresó en su profesión, que no condiciona vicio alguno en la asunción voluntaria de la actividad peligrosa de intentar apagar las llamas. Expresándolo con ejemplos y en términos juridicoprivados: Si una persona celebra un contrato de compraventa porque le han amenazado con un mal en su integridad física para el caso de que no lo contraiga, ese negocio jurídico es nulo porque existe un vicio del consentimiento que lo convierte en ineficaz; pero si lo concluye sobre la base de un precontrato, con promesa bilateral de compra y venta, entonces no puede alegar que el ulterior contrato de compraventa es también nulo porque prestó su consentimiento «coaccionado» por el deber jurídico originado en aquel precontrato.

De lo expuesto se deduce que la asunción del riesgo por parte del bombero es jurídicamente voluntaria y que, por consiguiente, la responsabilidad del incendiario por los eventuales daños que pueda sufrir aquél no pueden justificarse tampoco apelando a que se ha puesto en peligro con un consentimiento viciado y, por ello, ineficaz.

Esa responsabilidad del incendiario se explica, sin embargo, por los motivos que paso a desarrollar.

En los supuestos de participación en una autopuesta en peligro con resultado de, por ejemplo, muerte –se desafía a otro motorista a una carrera, falleciendo éste a consecuencia de su propia actividad imprudente– la razón por la que el retador no responde –es decir: por la que no se le puede imputar objetivamente la muerte que se ha causado a sí misma la víctima– reside en que, si no es punible la participación imprudente en un suicidio doloso, con mayor motivo no puede ser punible tampoco la participación imprudente en un suicidio «imprudente». Esta argumentación, sin embargo, no es trasladable al supuesto del bombero, porque, al combatir el fuego, *aquél no se está comportando imprudentemente*, sino que está desarrollando su actividad dentro del marco de lo que técnicamente se llama riesgo permitido: y donde hay riesgo permitido, y por definición, y aunque se produzcan menoscabos de bienes jurídicos, no puede existir imprudencia.

Cuando los fines que se persiguen son valorados positivamente por el ordenamiento jurídico, el legislador autoriza la ejecución de conductas arriesgadas que, si se mantienen dentro de las normas de diligencia, y aunque produzcan la lesión de un bien jurídico, excluyen la imputación del resultado causado a título de imprudencia, y, con ello, cualquier clase de responsabilidad juridicopenal. Para expresarlo con un ejemplo: Si el cirujano realiza una operación complicada de cirugía estética, con los peligros que siempre conlleva la anestesia total que se le aplica al paciente, observando las reglas de la *lex artis*, esto es: la diligencia debida, y, no obstante, y a consecuencia de la

operación, el enfermo fallece, el médico no responde de un homicidio imprudente. Ciertamente que éste ha causado la muerte de aquél con su intervención quirúrgica, pero como la ha llevado a cabo respetando los estándares médicos, ese riesgo corrido, y que, desgraciadamente, se ha materializado en el fallecimiento del paciente, es un riesgo permitido que exime al cirujano de la imputación penal del resultado lesivo para la vida.

Por consiguiente, la automuerte o las autolesiones que puede provocarse el bombero en el desarrollo de su libremente asumida actividad peligrosa, dirigida a apagar las llamas –y siempre que se ejerza dentro de los límites del riesgo permitido–, *no son automuertes o autolesiones dolosas ni imprudentes, sino causaciones de menoscabos de bienes jurídicos propios a las que no se les puede vincular ningún estigma de intencionalidad ni de imprudencia*. Por ello, el tercero-incendiario debe responder como autor de los eventuales daños que se autocausa el heroico combatiente del incendio: porque 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 de una profesión. Por ello también, y como aquí no estamos en presencia de una autopuesta en peligro imprudente por parte de la víctima, tampoco sería aplicable –para fundamentar una inaceptable no responsabilidad del tercero– el argumento *a maiore ad minus* de que si no es punible la participación imprudente en un suicidio o en una autolesiones dolosas, tampoco puede serlo esa participación imprudente en un suicidio o en unas autolesiones imprudentes, ya que en este supuesto del bombero los menoscabos que pueda sufrir en su vida o en su salud han tenido su origen en una actividad salvadora *no imprudente*, expresamente aprobada por el ordenamiento jurídico. Y como el autor-incendiario se comporta antijurídicamente, y como el siniestro que ha provocado está en relación de causalidad con las muertes y las heridas que han sufrido los bomberos que trataban de atajarlo, y como todo ello era previsible para aquél en el momento en que prendió fuego a la casa, de ahí que concurren todos los requisitos que fundamentan la responsabilidad del incendiario por un homicidio o unas lesiones imprudentes: porque nadie tiene derecho –ni la ley penal puede aprobar ese comportamiento sin sancionarlo– a crear innecesariamente una situación de emergencia en la que, *en el ejercicio legítimo y no imprudente de su profesión*, otras personas deban arriesgar sus vidas y su salud para intentar aminorar los daños que gratuitamente ha provocado el incendiario.

De acuerdo con la argumentación sobre la que hemos basado la imputación al incendiario de los menoscabos personales que puedan

sufrir los bomberos, la responsabilidad de aquél por éstos, a título de homicidio o de lesiones imprudentes, sólo desaparecería en el supuesto de que los miembros del cuerpo de extinción de incendios hubieran actuado al margen del riesgo permitido, es decir: si hubieran actuado *imprudentermente* también, que es lo que sucedería, por ejemplo, si el bombero penetrara en un edificio en llamas para, a instancias de un traficante de drogas, poner a salvo una maleta conteniendo varios kilos de cocaína, o si, después de que el jefe del destacamento le hubiera ordenado que no entrara en la casa siniestrada, porque ésta iba a derrumbarse en pocos segundos, desoyera esas órdenes, y perdiera la vida o sufriera daños en su salud cuando aquélla se viene abajo. En este caso los resultados lesivos que se había autocausado el bombero negligente no se le podrían imputar al incendiario, porque, al igual que sucede con el que vende a otro –sin saberlo– una dosis de heroína adulterada que causa la muerte del drogadicto que negligentemente se la autoinyecta, también estaríamos aquí en un supuesto de *participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente* que, como he señalado al principio del presente trabajo (*supra* A 1), excluye la responsabilidad penal del tercero.

La decisión de si la conducta del bombero se ha mantenido dentro del riesgo permitido o debe calificarse, por el contrario, de imprudente, no encierra mayores dificultades que las que pueden presentarse a la hora de examinar si un médico ha incurrido o no en imprudencia con su comportamiento.

Los incendios presentan en la realidad tal variedad de formas de manifestación que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la prevención de riesgos laborales, la explotación de minas o el tráfico aéreo o ferroviario, no es posible condensar en una norma administrativa cuáles son las reglas de diligencia que deben observarse para combatir el fuego, ya que ello depende de múltiples factores, como la extensión del bosque en llamas, el comportamiento del fuego, la altura y ubicación de los edificios incendiados, las predicciones meteorológicas y los súbitos cambios en la dirección del viento, la sospecha o certeza de que existen personas atrapadas por el siniestro, etc., siendo un ulterior factor a tener en cuenta, aunque carezcan de valor jurídico-normativo, los protocolos internos sobre actuación de los cuerpos de bomberos de las comunidades autónomas o de los municipios. De ahí que, para la determinación de si un comportamiento de los bomberos se ha ajustado o no a la *lex artis*, sea precisa, como en la actividad médica, la práctica de una prueba pericial que pueda ilustrar al tribunal sentenciador sobre si la actuación de aquéllos ha sido o no imprudente.

Ciertamente que en estos casos –y a diferencia de lo que sucede con la conducta de un médico, en la de lo que se trata de averiguar, normalmente, es si el daño que *ha causado a otro* (al paciente) es reconducible o no a una imprudencia– aquí la pregunta que se plantea es si el daño que el bombero *se ha causado a sí mismo* ha sido imprudente (porque si no lo ha sido, entonces no estamos ante una participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente, sino en otra aprobada por el ordenamiento jurídico, y, consiguientemente, y, como ya no es aplicable el argumento *a maiore ad minus*, el incendiario debe responder por la automuerte o las autolesiones del salvador). Pero la observancia de la diligencia debida es un concepto que hace referencia a la *conducta como tal*, independientemente de las consecuencias que tenga o deje de tener: independientemente, pues, de si causa un daño a la persona que la ejecuta, a otro, o a nadie en absoluto. Para expresarlo con un ejemplo: Dejar abierta la llave del gas durante la noche, por un olvido, es una conducta imprudente, aunque nadie haya sufrido ninguna intoxicación, y cerrarla, cuando se ha terminado de preparar la fabada en un fuego de la cocina, es precisamente el comportamiento que hay que realizar y, por ello, plenamente cuidadoso.

Todavía una última observación sobre las reglas de diligencia en las tareas de extinción de incendios. En contra de lo que parecen sugerir algunos autores (87), los límites dentro de los cuales puede desarrollarse prudentemente la actividad de extinción de incendios no se rigen por el estado de necesidad –ni, consiguientemente, tampoco por el principio de ponderación de bienes–, en el sentido de que sólo estaría justificado arriesgar bienes jurídicos personales para salvar la vida o la salud de otras personas, por lo que deberían considerarse al margen del riesgo permitido, y, en consecuencia, imprudentes, las autolesiones o automuertes que se puedan causar los bomberos para apagar un incendio, cuando consta que no corre peligro ningún ser humano, porque el edificio en llamas está deshabitado o porque nadie se encuentra en el bosque siniestrado, ya que en tal caso se estarían poniendo en peligro bienes jurídicos de mayor entidad (vida o integridad física) para preservar otros de menor valor (propiedad).

(87) Cfr. RUDOLPHI, *JuS*, 1969, p. 557; SOWADA, *JZ*, 1994, pp. 664/665 («Cuanto más valioso sea el bien a salvar, a mayores riesgos se puede exponer el salvador sin perder la protección del Derecho penal»); FEIJOO, *RDPC*, 2000, p. 322 («Así puede ser razonable en un determinado supuesto correr el peligro de sufrir una lesión leve que no precisa tratamiento quirúrgico para salvar todo el patrimonio personal que ha costado años de trabajo o la única copia de una tesis doctoral casi finalizada»).

Frente a esto hay que decir que la actuación conforme a Derecho –y no-imprudente– de los bomberos no deriva del estado de necesidad, sino del ejercicio legítimo de un oficio, y que los destacamentos de bomberos no pueden abstenerse de aplicar medidas salvadoras, contemplando tranquilamente como se consumen por el fuego un edificio o una manzana de casas, o miles de hectáreas de bosque, apelando –sobre la base del estado de necesidad– a que no pueden arriesgar su vida o su salud para evitar «solamente» daños en el bien jurídico de menor valor de la propiedad. Como su propio nombre indica, los cuerpos de extinción de incendios están ahí para extinguir incendios, y como el comportamiento del fuego siempre tiene elementos no cognoscibles *ex ante*, y como los cambios de la dirección del viento en un incendio forestal pueden producirse repentinamente, y como la estructura de un edificio y los eventuales materiales inflamables que en él se pueden albergar muchas veces son una incógnita, ello quiere decir que los bomberos, aunque sólo esté en peligro la devastación de cosas, tienen que intervenir en el ejercicio de su profesión, aunque ello suponga siempre un cierto riesgo para su vida y su salud, y que, si ese riesgo se materializa en un daño personal, su conducta, no obstante, habrá sido una prudente, por lo que el incendiario (doloso o negligente) no puede apelar, para exonerarse de su responsabilidad, a que aquí estaríamos ante una impune participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente, ya que esa automuerte o esa autolesión no han sido imprudentes, sino que han estado cubiertas por el riesgo permitido.

Resumiendo en pocas palabras lo que se acaba de exponer: El incendiario sólo estará exento de responsabilidad por los daños personales que se autocausan los salvadores cuando, de acuerdo con el principio general con el que estoy operando, estemos ante una participación imprudente en una *autopuesta en peligro imprudente* (como sería el caso, para recordar un ejemplo que ya nos es conocido, cuando el bombero sufre lesiones o pierde la vida para rescatar un fardo de cocaína). En cambio, si la autopuesta en peligro se mueve dentro de los márgenes del riesgo permitido –esto es: si ya no es imprudente– aquel principio general ya no es aplicable, y, en consecuencia, el causante responde de los daños que se autocausa el salvador, riesgo permitido que no se rige por el estado de necesidad, sino por el ejercicio legítimo de una profesión, y que autoriza al bombero a arrostrar riesgos personales, aunque solamente se corran para evitar daños en las cosas.

- c) *Responsabilidad del primer causante por las automuertes o autolesiones que puedan sufrir las personas no obligadas jurídicamente a intervenir para paliar los efectos del siniestro*

La sentencia de la AP Barcelona de 15 de noviembre de 1999 (ARP 5346), en un supuesto en el que el autor, «con decidido propósito de producir la devastación tanto de dicho piso [de aquél en el que habitaba el autor] como del inmueble en el que se ubicaba», colocó tres bombonas de butano y otra de «camping-gas» con el mando abierto, produciéndose, como pretendía el acusado, a consecuencia de la acumulación de gas, un estallido y posterior incendio, que, además de daños en las cosas, causó lesiones de carácter leve a 6 vecinos, condenó al causante de dicho incendio por un delito de estragos y por las correspondientes lesiones infligidas a aquellos vecinos por la inhalación de humo. Además, también resultó lesionado un salvador *no obligado jurídicamente a intervenir*: «Instantes después del estruendo», se lee en la sentencia de la AP Barcelona, «Antonio M.^a S. P., vecino del piso ... puerta ... del inmueble y a la sazón presidente de la comunidad de propietarios, salió al rellano de su planta, dirigiéndose de inmediato a la inferior y penetrando en el domicilio del procesado por el hueco que la onda expansiva había causado junto a la puerta principal, intentando sofocar las llamas y ante la imposibilidad de hacerlo, advirtiendo de la colocación de las bombonas de butano, optó por arrastrarlas intentando apartarlas de allí, extrayendo incluso el regulador de dos de ellas, sufriendo quemaduras en ambas manos de primer y segundo grado, que le incapacitaron para sus ocupaciones por 56 días». La AP Barcelona *no hace responsable* al procesado de las lesiones sufridas por Antonio M.^a, estableciendo que habrá que negar la «imputación objetiva del resultado ... cuando el afectado se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro», si bien estima «meritorio y plausible ... el comprometido trance de ahogar las llamaradas contiguas a las repetidas bombonas».

Recurrida en casación la citada resolución de la AP Barcelona, el TS, en su sentencia de 17 de enero de 2001 (A. 397), rechaza la tesis de la de instancia de que «las referidas lesiones no podían imputarse objetivamente al acusado, sino al comportamiento del propio lesionado, quien voluntariamente se expuso a la acción del fuego y del calor sobre sus propias manos al realizar la acción antes descrita». Según el TS, *el procesado debe responder por las lesiones que se ha autocausado el salvador no obligado jurídicamente a intervenir*: porque «el suceso posterior [los daños personales sufridos por quien intentó apagar las llamas] se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comporta-

miento», porque «en estos casos siempre es preciso apagar el incendio con los medios necesarios para ello, bien por los profesionales dedicados a estos menesteres (bomberos), bien por cualquier otra persona que a tal se presta, como ocurrió en el presente caso», porque «el procesado ha de responder de todos los daños y lesiones producidos por la explosión y el subsiguiente incendio, incluso de aquellos que pudieran derivarse de acciones de salvamento como la aquí examinada», y porque, finalmente, el acusado «tuvo que representarse la existencia del incendio consiguiente a la explosión y la actuación de personas que, con riesgo para su vida e integridad física, profesionales o no profesionales, ... habrían de acudir al lugar para sofocar el fuego».

La absolució decretada por la AP Barcelona *ha de ser rechazada* porque se basa en un principio –habrá que negar la «imputación objetiva del resultado ... cuando el afectado se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro» (88)– que, como he expuesto en las páginas anteriores, no puede aceptarse con esa generalidad, porque, si de lo que se trata es de una heteropuesta en peligro consentida, es falso en su integridad, y, si ante lo que estamos es ante una participación imprudente en una autopuesta en peligro –que es el supuesto del que se ocupó la AP Barcelona–, dicho principio sólo rige cuando esa exposición voluntaria es imprudente, y no cuando es conforme a Derecho, tal como es el caso en los supuestos que acabo de examinar de actuación legítima de los bomberos.

El problema que se plantea con los salvadores no obligados jurídicamente a intervenir es que, al tratarse de particulares, lo que sea o no conforme a Derecho no puede decidirse con las pautas relativamente fáciles de concretar –porque están preestablecidas por la *lex artis* del oficio de bombero– del «ejercicio legítimo de una profesión». No obstante, hay que mantener la tesis de que, en principio, no es contrario a Derecho (y, por consiguiente, tampoco es imprudente), cuando en el lugar del siniestro todavía no han llegado los profesionales-bomberos, que los particulares *asuman* la función de aquéllos para evitar la propagación del fuego, porque si a los miembros de los cuerpos de extinción de incendios les está permitido actuar corriendo el riesgo de autocausarse daños personales –incluso en incendios de poca entidad a veces es inevitable que los bomberos se autolesionen como consecuencia de la inhalación de humo–, no se ve el motivo por el cual,

(88) La AP Barcelona recoge, con ello, literalmente, una frase de la, por varios motivos –entre otros, porque niega la imputación objetiva en los supuestos de heteropuesta en peligro consentida–, equivocada sentencia del TS de 17 de septiembre de 1999, A. 6667.

analógicamente, no han de poderlo hacer también los no-profesionales, si bien, para no incurrir en imprudencia, de una manera menos arriesgada, ya que ni disponen de los medios anti-incendios de los bomberos ni gozan tampoco de la formación técnica de éstos. Pero dentro de esos márgenes más reducidos, y como señala el TS en la citada sentencia, «en estos casos siempre es preciso apagar el fuego con los medios necesarios para ello». Ciertamente que el particular puede abstenerse de intervenir, porque no está sometido a ningún deber jurídico que le imponga sofocar el incendio; pero, si decide hacerlo, está actuando –dentro de los límites que acabo de señalar– «en un sentido socialmente deseado» (89), ya que «la comunidad está en alta medida interesada, también en los casos en que falta un deber jurídico, en que se produzca una acción razonable de salvamento, aunque, por motivos bien meditados, no impone ese interés estableciendo deberes jurídicos» (90).

A la conclusión a la que acabo de llegar: a la de que el incendiario responde de los daños personales que se autocausan los salvadores no-profesionales, aunque la actuación de éstos no esté dirigida a salvar vidas humanas, sino a sofocar el fuego, porque si ello les está permitido a los bomberos, quienes, según su *lex artis*, no pueden abstenerse de intervenir con el pretexto de que las llamas «sólo» amenazan la propiedad ajena, también les debe estar permitido a los particulares –no estamos, pues, ante una actuación imprudente–, cuando, debido a que los miembros de los cuerpos de extinción de incendios no han hecho todavía acto de presencia, esos no-profesionales pueden *asumir* las funciones que el ordenamiento jurídico aprueba que ejerzan aquéllos, si bien los particulares, por su carencia de medios y de formación técnicos, deberán exponerse a un nivel de riesgo inferior al de aquéllos, hay que añadir un ulterior supuesto en el que el primer causante tendrá que responder también por las autolesiones o automuertes que se provoquen las personas no obligadas jurídicamente a intervenir.

En la doctrina, Puppe ha señalado que «tampoco actúa voluntariamente el salvador que, por pánico, actúa irrazonablemente», y que «también por este pánico excluyente de la libertad es responsable el causante del primer peligro» (91), y Bernsmann/Zieschang, que «lo “desproporcionado” no tiene por qué ser, al mismo tiempo, “abiertamente irrazonable”, ya que la determinación de lo que sea “irrazonable” depende decisivamente de la perspectiva desde la que se valore»,

(89) SOWADA, JZ, 1994, p. 664.

(90) W. FRISCH, 1988, p. 484.

(91) NK, 2005, antes del § 13, n. m. 197.

por lo que, «aunque puede ser <irrazonable> desde cualquier punto de vista el intento desesperado de un progenitor –en la esperanza de una casualidad feliz que nunca puede excluirse– de salvar a su hijo de la muerte», no obstante, el primer causante debe ser hecho responsable de los autodaños personales que se produzca ese progenitor, pues «habría colocado justamente aquí un motivo de salvamento cuya fuerza de presión está próxima a la del instinto de conservación» (92). Y por lo que se refiere a la jurisprudencia, la sentencia de 20 de abril de 1994 de la Sección 6.ª de la AP Madrid (caso Alcalá 20), posteriormente confirmada por la del TS de 17 de julio de 1995, A. 6827, también estimó que los empresarios de la discoteca que, con una vulneración masiva de las normas de prevención de incendios, pusieron en funcionamiento el local, debían responder penalmente no sólo de las 81 muertes de los clientes que, encontrándose dentro del establecimiento, perecieron en el incendio, sino también de la de la hija de diecinueve años de los porteros del inmueble –que tenían su vivienda en el último piso del edificio, a donde habían llegado grandes cantidades de humo–, que, para salvar, no a otras personas, sino para salvarse a sí misma, intentó pasar, a través de una cornisa, desde la terraza de la casa incendiada a la de la colindante, tal como, sin sufrir daño alguno, habían hecho anteriormente sus padres, perdiendo pie la muchacha, cayendo al vacío y resultando muerta.

El motivo por el que en los supuestos expuestos por Puppe y Bernsmann/Zieschang, y en el de la hija de los porteros en el caso de la discoteca Alcalá 20, los resultados lesivos de las autopuestas en peligro se les deben imputar a los causantes de los siniestros no reside en que en esos casos dichas autopuestas no fueran imprudentes –que posiblemente lo fueron–, sino en que las situaciones angustiosas o de pánico en las que se vieron inmersas las víctimas *excluyeron el consentimiento eficaz* de éstas en dichas autopuestas.

Resumiendo: Como lo que es impune es la participación en una autopuesta en peligro *imprudente eficazmente consentida*, en los casos de incendios el primer causante debe ser hecho responsable por los daños personales que se autocausen las personas particulares, bien *cuando éstas no actúan imprudentemente* –salvadores no-profesionales que, ante la ausencia de los bomberos, y dentro de ciertos límites, asumen las funciones de éstos para sofocar las llamas–, o cuando, *aunque actúen imprudentemente*, como consecuencia de la angustia o del pánico generados por el incendio *no prestan un consentimiento eficaz* al riesgo al que se autosometen.

(92) JZ, 1995, p. 778.

C. MEDIDAS DE SALVAMENTO EMPRENDIDAS PARA RESCATAR A UNA VÍCTIMA QUE SE HA COLOCADO A SÍ MISMA EN UNA SITUACIÓN DE PELIGRO: LOS CASOS DEL INTENTO DE SUICIDIO Y DEL ALPINISTA ARRIESGADO

1. Descripción del grupo de casos que van a ser aquí objeto de estudio

En el caso de los bomberos las acciones arriesgadas de éstos se llevan a cabo, *normalmente*, para evitar daños a *bienes jurídicos* –la vida, la salud y la propiedad– *ajenos a los del propio incendiario que ha creado el peligro* –aunque también es imaginable que los daños que se autocausan los salvadores se produzcan como consecuencia de su intento de rescatar al propio pirómano que se encuentra atrapado dentro del edificio en llamas–. En cualquier caso, la doctrina trata diferenciadamente un ulterior grupo de supuestos en los que las conductas de salvamento están dirigidas a intentar salvar los bienes jurídicos de *la misma persona* que ha creado la situación de peligro, tal como acontece, por ejemplo, cuando un policía cae al vacío en el momento en el que se disponía a rescatar a un suicida arrepentido que se había encaramado a la torre de un campanario, o cuando el miembro de un servicio de auxilio alpino se despeña por un precipicio cuando trataba de salvar a un montañero que se encontraba en una situación comprometida al borde de un abismo.

2. La opinión de la doctrina

a) La doctrina dominante, aunque con distinta fundamentación, opina que en estos casos el primer causante no debe responder por los eventuales daños que se autocause la persona que intenta el rescate.

Frisch fundamenta esta solución acudiendo a consideraciones de prevención general y especial: «Quien quiere acabar con su vida no se va a abstener de la realización de su plan mediante una norma que prohíba con una pena su comportamiento porque éste provoque peligros para salvadores potenciales» (93), ya que «querer alcanzar la protección de salvadores potenciales mediante la penalización de las acciones de autopuesta en peligro o de autolesión, apropiadas para desencadenar acciones de salvamento arriesgadas, es, desde un princi-

(93) 1988, p. 491.

pio, una empresa inidónea, porque a quien se pone a sí mismo en peligro o a quien se quiere matar no es accesible una norma que amenace con una pena» (94).

Según Cancio (95), la no responsabilidad de quien se quiere suicidar o inicia una escalada alpina arriesgada por los daños personales que se autocausen quienes intentan rescatarles deriva de que «la cualidad de la conducta típicamente irrelevante de la autopuesta en peligro impide una reinterpretación *ex post* como típica para eventuales salvadores después de una eventual situación de necesidad».

Roxin (96) resuelve estos casos acudiendo a los mismos argumentos sobre los que se ha basado para negar la imputación objetiva de los daños que se autocausan las personas no obligadas jurídicamente que intervienen para sofocar un incendio, pues esas «reglas rigen para todas las constelaciones en las que intervienen salvadores voluntarios ... Un salvador escrupuloso sólo se sentiría sobrecargado por la conciencia de que está exponiendo a un riesgo de ser castigado penalmente aquél a quien quiere ayudar».

b) Peñaranda, en cambio, propone una solución diferenciada, y estima que, si quien quiere rescatar al alpinista no está jurídicamente obligado a hacerlo, entonces este último no responde de los eventuales daños personales que se autocause el primero; por el contrario, mantiene que habrá que imputarle el resultado a ese alpinista si el salvador que se autolesiona o auto-mata tenía el deber jurídico de ayudarle (97).

3. Toma de posición

En mi opinión, ni el suicida frustrado ni el alpinista arriesgado deben responder a título de imprudencia por los daños en la salud o en la vida que eventualmente se autocausen aquellos que intentaron salvarles. Ciertamente que, como en el caso de los bomberos, las medidas de salvamento aplicadas por el policía o por el socorrista alpino, y aunque éstos resulten lesionados o muertos, pueden haberse llevado a cabo dentro de los límites del riesgo permitido, si tenemos en cuenta lo dramático de la situación en que se encuentran el suicida arrepentido y el alpinista temerario, que están corriendo un riesgo cierto de perder la vida si nadie les auxilia. En este aspecto: en el aspecto de

(94) *Op. cit.*, p. 492.

(95) 2001, p. 344.

(96) AT I, 2006, § 11, n. m. 115.

(97) Cfr. PE I, 2003, pp. 88/89.

que ni el policía ni el socorrista alpino actúan imprudentemente –porque actúan dentro del riesgo permitido–, su actividad es equiparable a la del bombero que, observando la *lex artis* de su profesión, y poniendo en juego su vida y su salud, trata de mantener la integridad de los importantes bienes jurídicos que están siendo amenazados por las llamas. Pero la diferencia entre uno y otro caso, reside, como ha apuntado ya Cancio (98), en que, así como el incendiario, al prender fuego dolosa o imprudentemente al edificio, está realizando una acción antijurídica, desaprobada por el ordenamiento juridicopenal, el suicida, en cambio, tiene todo el derecho del mundo a intentar quitarse la vida, y el alpinista lo tiene también a emprender la escalada que le plazca, por muy peligrosa que sea, sin que ninguna de estas dos acciones merezca ningún juicio de desvalor por parte del Derecho penal. De donde se sigue: si ambas conductas –a diferencia de lo que sucede con la del incendiario– son *plenamente conformes a Derecho*, no pueden dejar de serlo porque, posteriormente, deriven de ellas eventuales daños a beneméritos salvadores que se autoponen en peligro, de la misma manera que si alguien inicia un incendio fortuitamente –por ejemplo: porque al encender un electrodoméstico, que le han vendido en malas condiciones, se produce un cortocircuito que da origen a las llamas que luego arrasan un edificio–, tampoco respondería de los eventuales daños que se autocausan los bomberos que atacaban el fuego, ya que no es posible que una acción lícita –en este último caso: lícita porque fortuita– se convierta en ilícita en función de las lesiones de bienes jurídicos que posteriormente puede desencadenar.

D) LA TRANSMISIÓN DEL VIH POR VÍA SEXUAL

1. Introducción

Cuando, como consecuencia de una relación sexual, uno de los intervinientes en el contacto resulta infectado con el VIH, la pregunta de si quien ha contagiado la enfermedad debe o no responder por unas lesiones, o, en su caso, por un homicidio (si quien ha adquirido el virus fallece a consecuencia del sida), suele ser discutida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva, distinguiéndose, por lo general, entre aquellos casos en los que el enfermo conoce su dolencia, pero la oculta a su

(98) Cfr. *supra* n. 95. V. también FEJOO, *RDPC*, 2000, p. 320.

pareja, y aquellos otros en los que la víctima es consciente del riesgo que corre, porque la persona con la que practica el sexo le ha hecho saber que padece esa enfermedad.

2. La cuestión en la jurisprudencia

a) *La jurisprudencia española*

aa) Frente a la jurisprudencia alemana que se ha ocupado ya, en los casos de contactos sexuales con personas afectadas por la enfermedad, tanto de supuestos en los que, como consecuencia de aquéllos, se ha transmitido el VIH como de otros en los que, a pesar del riesgo corrido, el compañero o compañera no han resultado contagiados, tanto de supuestos en los que en la pareja sexual una persona sabe de su infección y la otra la ignora como de aquellos otros en los que el individuo sano conocía que aquel con quien mantenía la relación estaba infectado del virus del sida, al enjuiciamiento de nuestros tribunales sólo se le han sometido hasta ahora supuestos caracterizados porque, primero, ha habido transmisión efectiva de la enfermedad, y, segundo, quien contrajo la enfermedad ignoraba que su pareja la padecía.

bb) En el supuesto de hecho de la sentencia de la AP Tenerife de 20 de enero de 1996 (ARP 28), confirmada posteriormente por la del TS de 28 de enero de 1997 (A. 110), el acusado, Francisco Javier C. P., portador del VIH, y ocultando esta circunstancia a su pareja femenina Ana G. F., mantuvo con ella relaciones sexuales sin preservativo durante varios meses de 1993, resultando ésta contagiada con el virus. Además de con Ana, Francisco Javier «[mantuvo, posteriormente], relaciones sexuales con la otra denunciante, Begoña, al parecer sin emplear preservativo, aunque con la fortuna para ésta de que no se contagió», si bien en el fallo de la sentencia no se enjuicia el comportamiento de Francisco Javier con Begoña, por lo que es obvio que por esta conducta no llegó a formularse acusación. La AP Tenerife condenó al acusado por un delito de lesiones dolosas («al menos... con dolo eventual») del artículo 420 CP 1973.

La sentencia de la AP Madrid de 2 de enero de 2004 (JUR 20872) se ocupa de un caso en el que la acusada María del Mar T., «a partir de agosto o septiembre de 1997 [mantuvo] relaciones sexuales [con la víctima, José Luis P. B.] entre dos y cuatro veces al mes, inicialmente usando preservativo, y, más tarde, sin él, o usándolo sólo a veces, situación que se mantuvo durante 1998 y los primeros meses hasta abril de 1999, sin que María del Mar informara a José Luis de que era

portadora del VIH, o, al menos, le exigiera el uso de preservativo», sometiéndose José Luis en el mismo mes de abril de 1999 «a pruebas analíticas que dieron como resultado que presentaba serología VIH positiva», condenando la AP Madrid a la acusada por un delito de lesiones dolosoeventuales del artículo 149 CP 1995. Interpuesto por la acusada recurso de casación contra la sentencia de la AP Madrid, el TS, por auto de 15 de septiembre de 2005 (JUR 227711), acordó no admitirlo a trámite.

Finalmente, y según noticias periodísticas (v. *El Mundo* de 29 de junio de 2006, p. 27), el Juzgado de lo Penal núm. 17 de Barcelona ha condenado por lesiones dolosas en concurso con otro de homicidio imprudente a un hombre que, sin poner en su conocimiento que estaba infectado con el VIH, contagió el sida por vía sexual a la mujer con la que convivía, falleciendo ésta a consecuencia de la enfermedad transmitida.

b) *La jurisprudencia alemana*

aa) La sentencia del Bundesgerichtshof de 24 de noviembre de 1988 (BGH 36, 1 ss.) mantuvo la condena del tribunal de instancia por tres delitos de lesiones *en grado de tentativa* contra un acusado homosexual de nacionalidad norteamericana que, a pesar de saber que era portador del VIH, mantuvo por dos veces en un club de homosexuales sendos coitos anales sin preservativo con un italiano, a quien no informó de su dolencia, sin que conste que este último hubiera contraído la enfermedad. Posteriormente, y en un «punto de encuentro homosexual», volvió a practicar sexo anal con un ciudadano alemán, a quien tampoco había informado que padecía la enfermedad, si bien un ulterior examen médico no arrojó prueba alguna de que hubiera sido infectado. El BGH parte de que aquí estamos ante un caso de participación dolosoeventual en una autopuesta en peligro, y recuerda su doctrina jurisprudencial establecida en, entre otras, el caso de la jeringuilla y el de la heroína (v. *supra* n. 50), de que «quien ocasiona, posibilita o favorece una autopuesta en peligro de otro, autorresponsablemente querida y realizada, no es punible, por lo general, por un delito –intentado o consumado– de lesiones o de homicidio, aunque se realice el riesgo que ese otro ha aceptado conscientemente». La razón por la que, no obstante, esas participaciones del ciudadano norteamericano en las autopuestas en peligro de sus dos parejas homosexuales deben ser consideradas tres delitos de lesiones en grado de tentativa reside en que los consentimientos prestados por aquéllas en dichas autopuestas no son válidos, ya que «la punibilidad del autor [del partícipe en la autopuesta en peligro] comienza allí donde, *en virtud de su*

conocimiento material superior; aprehende el riesgo mejor que aquel que se autopone en peligro» (BGH 36, 17, cursivas en el texto original), circunstancia que concurriría en este supuesto, ya que el acusado sabía que era portador del virus, mientras que sus parejas lo ignoraban (99).

bb) En un ulterior supuesto, del que entendió en instancia, en una sentencia de 20 de enero de 1989, la AP Kempten (100), y, en apelación, en otra de 15 de septiembre de 1989, el TSJ Baviera (101), y en el que un hombre portador del VIH, que había comunicado a su pareja femenina su enfermedad, mantuvo con la mujer relaciones sexuales, aproximadamente una por semana y mayoritariamente sin preservativo, desde junio/julio 1987 hasta el 7 de enero de 1988, sin que la compañera sexual adquiriera la enfermedad, tanto el tribunal *a quo* como el *ad quem* absolviéron al hombre del delito de lesiones en grado de tentativa, por el que le había acusado el Ministerio Fiscal en ambas instancias.

La AP Kempten distingue entre «participación *impune* en una autopuesta en peligro y participación o autoría *punibles* en una heteropuesta en peligro» (negritas añadidas), llegando a la conclusión de que, en el supuesto sometido a enjuiciamiento, se trata de una «autopuesta en peligro responsable [por parte de la mujer] en la que ha participado el acusado, y no en una posiblemente punible heteropuesta en peligro consentida», lo que fundamenta la absolución del transmisor, ya que en este caso el consentimiento de la pareja sexual sana es eficaz, porque, en los supuestos de participación en una autopuesta en peligro, «la punibilidad del tercero que promueve el acto de autopuesta en peligro sólo puede empezar cuando aquél, en virtud de un conocimiento material superior, aprehende el peligro mejor que quien se autopone en peligro», circunstancia que no concurría en esa relación sexual, ya que tanto el hombre como la mujer sabían que aquél era portador del VIH. La conclusión de que este supuesto es uno de autopuesta en peligro consentida (y no de otro de heteropuesta) la extrae el tribunal de que aquí estamos ante un «caso de participación necesaria de ambos intervinientes. Los dos tienen igualmente el dominio del acontecimiento». En consecuencia, la AP Kempten concluye

(99) En el mismo sentido, la AP de Hamburgo, en una sentencia de 17 de febrero de 1989 (reproducida en *NJW*, 1989, pp. 2071 y 2072), que condenó al acusado por una tentativa de lesiones en la persona de su pareja sexual femenina, a quien aquél no reveló que era portador del virus del sida, si bien no pudo acreditarse si el contagio se produjo cuando el hombre aún desconocía la enfermedad que padecía.

(100) Reproducida en *NJW*, 1989, pp. 2068-2071.

(101) Reproducida en *NJW*, 1990, pp. 131-132.

que, «con ello, la participación necesaria del acusado en la práctica de un comercio carnal heterosexual, sin protección, es sólo una participación en una autopuesta en peligro autorresponsable de la mujer y, como tal, impune, por faltar el tipo objetivo de unas lesiones peligrosas punibles (en grado de tentativa)».

El TSJ Baviera, al confirmar la sentencia absolutoria de la AP Kempten, estima igualmente que ese contacto sexual es uno de autopuesta en peligro, ya que lo que caracteriza a la heteropuesta en peligro es que «alguien se expone, con plena conciencia del riesgo, al peligro de amenaza de otra persona, es decir, cuando el “autor” ejerce sólo el dominio del hecho sobre el acontecimiento que provoca la puesta en peligro del bien jurídico, y la “víctima” únicamente se expone a los efectos de las acciones peligrosas del autor, de tal manera que su destino se encuentra, finalmente, en las manos del “autor”». Por ello, y siguiendo esa definición, el tribunal bávaro entiende que aquí se trataría de una autopuesta en peligro por parte de la pareja sexual sana físicamente, porque, «en la relación sexual realizada de mutuo acuerdo, las dos personas dominaban conjuntamente el acontecimiento. Cada una de ellas tuvo en cualquier momento la posibilidad de intervenir dirigida en el desarrollo del acontecimiento; pudieron en cualquier momento interrumpir el contacto sexual, o disminuir sensiblemente su peligrosidad, empleando, por ejemplo, preservativos».

3. La cuestión en la doctrina científica

a) *Introducción*

Las tres cuestiones más importantes que se discuten en la doctrina científica sobre la transmisión del VIH por vía sexual son las siguientes:

En primer lugar, si el tratamiento juridicopenal debe ser distinto en función de si el portador del virus del sida ha hecho saber a su pareja sexual que padece la enfermedad, cuestión que se responde mayoritariamente en el sentido de que el resultado lesivo se le debe imputar al transmisor del virus cuando ha ocultado su dolencia, y de que hay ausencia de imputación objetiva cuando la ha revelado a la persona con la que practicó el sexo.

Sobre la segunda cuestión, a saber, la de si la transmisión del virus del sida por vía sexual constituye una heteropuesta en peligro por parte del ya infectado o una autopuesta en peligro por parte de quien corre el riesgo de contagio, existen más discrepancias que sobre la primera. De todas formas, y *en contra de la tesis que aquí defiende*, a esta distinción no se le suelen hacer seguir consecuencias prácticas, ya que para la

doctrina científica dominante (102) –no así para la jurisprudencia alemana (103)– tanto la heteropuesta como la autopuesta en peligro eficazmente consentidas excluyen la imputación objetiva, imputación que se hace depender únicamente de la primera cuestión, de si el consentimiento

(102) Cfr., por ejemplo, ROXIN, 1973, pp. 252/253; el mismo, *ATI*, 2006, § 11, nn. mm. 123 ss.; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 723; OTTO, *Jura*, 1984, p. 540; el mismo, 1989, pp. 170, 171 y 172; el mismo, *AT*, 2004, § 6, n. m. 62; FRISCH, 1988, pp. 116 y 149; FIEDLER, 1990, pp. 97, 158 ss., 169 ss., 187 y 193; MIR, *ADPCP*, 1991, p. 267; el mismo, 2001, p. 407; WALTHER, 1991, pp. 230/231, 241, 248; PORTILLA, *CPC*, 1991, pp. 712, 726 y 729; ZACZYK, 1993, pp. 64 y 65; JAKOBS, 1992 (1997), pp. 411/412; CANCIO, *RDPC*, 1998, pp. 73/74, 84 y 85; el mismo, 2001, pp. 46/47, 213 ss., 284 ss., 383/384; GARCÍA ÁLVAREZ, 1999, 518 ss.; la misma, *RDPC*, 1999, p. 419; FEJOO, *RDPC*, 2000, pp. 289/290; HELLMANN, 2001, p. 285; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *StGB*, 2001, antes de los §§ 13 ss., nn. mm. 101/101 a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 2001, § 15, n. m. 171; RUDOLPHI, *SK*, 2005, antes del § 1, n. m. 81 a; PUPPE, *NK*, 2005, antes del § 12, n. m. 192 («En principio, todo ciudadano mayor de edad debe poder decidir libremente a qué peligros se expone y cómo se protege frente a ellos. Esto excluye una responsabilidad del tercero que posibilita una tal autopuesta en peligro autónoma o que participa en ella, siendo indiferente el que su participación aparezca, de acuerdo con cualquier descripción del proceso externo de acción, como participación en autopuesta en peligro ajena o como heteropuesta en peligro consentida»); WESSELS/BEULKE, *AT*, 2006, § 6, nn. mm. 190/191.

En contra de esta equiparación, por ejemplo, STREE, *JuS* 1985, p. 183; y DÖLLING, *GA* 1984, pp. 80/81: «Existe una diferencia fundamental si el autor únicamente ayuda a la víctima a autoponerse en peligro de muerte, poniendo a su disposición, por ejemplo, una motocicleta para un viaje arriesgado, o si él comete por sí mismo el hecho peligroso para la vida, conduciendo el mismo la motocicleta en un viaje osado, llevando consigo, como acompañante, a la víctima, y haciéndose, con ello, señor sobre la vida de la víctima. Como mucho podría pensarse en una equiparación con la participación en una autopuesta en peligro en aquellos casos en los que la víctima, más allá de su consentimiento, ha participado en el hecho como “inductora” o “cómplice”. Pero también en estos casos es el otro interviniente, que coloca la última causa de la muerte, señor sobre el acontecimiento, de manera que no está justificado equiparar esta constelación a la mera participación en la autopuesta en peligro. De la impunidad de la participación en el suicidio y de la punibilidad del homicidio a petición de la víctima se sigue que el StGB distingue estrictamente entre participación en el autodaño y daño ajeno consentido. Esta diferenciación debe ser efectuada también en la autopuesta en peligro».

(103) La jurisprudencia alemana, a partir de las sentencias de 14 de febrero y de 9 de noviembre, ambas de 1984 (casos de la jeringuilla y de la heroína, cfr. *supra* n. 50), sólo admite la exclusión de la imputación objetiva en los supuestos de participación en una autopuesta en peligro, argumentando esa exclusión con el argumento *a maiore ad minus* derivado de la impunidad de la participación dolosa en el suicidio. En los supuestos de heteropuesta en peligro consentida, en cambio, y a pesar de algunas vacilaciones, la jurisprudencia alemana estima que concurre la imputación objetiva y que, por tanto, el autor debe responder, a título de imprudencia, por el correspondiente resultado lesivo causado materialmente a la víctima. (Para una exposición –crítica– de esta doctrina jurisprudencial alemana, con amplias referencias a las sentencias que se han pronunciado en ese sentido, cfr. ROXIN, *ATI*, 2006, § 11, nn. mm. 126 ss.)

era válido, porque la víctima conocía la enfermedad de aquel con quien practicó el acto sexual, o inválido, porque no la conocía.

Finalmente, y en tercer lugar, y para aquellos supuestos en los que se estima que al portador del virus se le debe imputar objetivamente el resultado lesivo, surge el problema de si esa imputación debe hacerse a título de dolo o de imprudencia, cuestión esta en la que –aunque tome personalmente posición– no me es posible profundizar aquí, donde de lo que me ocupo es de la imputación objetiva –esto es, del tipo objetivo– y no del tipo subjetivo de los delitos dolosos o imprudentes –esto es, del dolo y de la imprudencia–.

b) *Ausencia o presencia de imputación objetiva en función de si a la pareja sana se le había hecho saber o no la enfermedad del portador del virus*

aa) De acuerdo con la doctrina científica dominante, cuando el tercero tiene un conocimiento superior (porque conoce su enfermedad) al de la víctima (porque ignora que su pareja sexual es seropositiva) sobre el riesgo que se está asumiendo, el consentimiento no puede considerarse jurídicamente válido, lo que condicionaría que el resultado lesivo debería imputársele objetivamente a ese tercero, mientras que si ambos son conscientes del peligro que se corre (porque tanto uno como otro conocen la enfermedad), entonces, independientemente de si se consideran estos supuestos de heteropuestas o de autopuestas en peligro, y siempre según la tesis de la doctrina dominante, el comportamiento del portador del VIH sería atípico por ausencia de imputación objetiva. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia alemana [v. *supra* 2 b)] (104), y se ha pronunciado también la doctrina científica dominante (105).

bb) Helgerth, que considera que en estos casos estamos ante supuestos de heteropuesta en peligro (106), coincide con la doctrina

(104) La jurisprudencia española sólo se ha ocupado hasta ahora –afirmando la imputación objetiva– de supuestos en los que la víctima desconocía que la persona con la que practicó el sexo era portadora del VIH [v. *supra* 2 a)], sin que haya tenido ocasión de pronunciarse sobre cuál debería ser la calificación juridicopenal en el caso de que el interviniente sano en el acto sexual conociera la enfermedad de su pareja y, con ello, el riesgo que asumía.

(105) Cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN, 1988, p. 492; el mismo, 1993, p. 43; el mismo, GA, 1999, p. 222; BOTTKE, 1988, p. 187; PORTILLA, CPC, 1991, p. 731; WALTHER, 1991, p. 240; FRISCH, NStZ, 1992, p. 66; OTTO, Jura 1992, p. 98; ZACZYK, 1993, pp. 58/59; PUPPE, AT I, 2002, § 6, nn. mm. 20 ss.; KÜHL, AT, 2005, § 4, nn. mm. 89 y 90; ROXIN, AT I, 2006, § 11, n. m. 133.

(106) V. NStZ, 1988, p. 262.

dominante en que existe responsabilidad penal si el portador de VIH ha ocultado a su pareja la enfermedad que sufre. Pero si ambos intervinientes en el acto sexual conocen la dolencia de uno de ellos, Helgerth mantiene, en contra de la opinión mayoritaria, y acudiendo a criterios ético-religiosos, que el ya portador del virus del sida sólo quedará exento de responsabilidad en el caso de que la relación se haya desarrollado dentro del matrimonio, ya que «la conformación de las relaciones sexuales matrimoniales, y practicadas de mutuo acuerdo, también debe quedar en manos de la libre conformación de los cónyuges, incluso aunque a ellas vaya vinculada la puesta en peligro de uno de los cónyuges» (107). En cambio, y como se trata de una heteropuesta en peligro, el previamente infectado debería responder por los resultados lesivos si la relación sexual ha sido una de carácter extramatrimonial (108).

Por su parte, Weber prefiere no tomar posición sobre la discutida cuestión de si en la relación sexual con un portador (o portadora) del VIH estamos ante una heteropuesta o una autopuesta en peligro (109), haciendo depender la imputación objetiva al transmisor de la enfermedad —cuando éste le ha informado previamente de ella a su pareja—, y con una argumentación parecida a la de Helgerth, de si el contacto ha tenido lugar fuera del matrimonio, y de si, en ese caso, atenta o no contra las buenas costumbres (110).

Por lo demás, la argumentación de Helgerth y de Weber tiene su apoyo legal en Alemania en el § 228 [antiguo § 226 a)] StGB («consentimiento del lesionado»), según el cual, «quien ejecuta una lesión con consentimiento del lesionado, sólo actúa antijurídicamente cuando el hecho, a pesar del consentimiento, vulnera las buenas costumbres».

cc) De acuerdo con una tercera y también minoritaria dirección doctrinal, que tiene su defensor más importante en Jakobs, el consentimiento ha de considerarse también jurídicamente válido, con la consecuencia de que al transmisor del VIH no se le podrán imputar los resultados lesivos consecuencia del contagio no sólo cuando la víctima *conocía*, sino también cuando le era *cognoscible* la enfermedad de su pareja sexual, lo que sería el caso cuando la persona hasta entonces sana accede a practicar el sexo con otra perteneciente a un *grupo de riesgo*, como lo puede ser quien ejerce la prostitución femenina o masculina, o quien pertenece al círculo de los heroinómanos.

(107) *NStZ*, 1988, p. 263.

(108) Cfr. HELGERTH, *op. cit.*, loc. cit.

(109) Cfr. 1992, p. 54, n. 45.

(110) Cfr. *op. cit.*, pp. 54/55. WEBER no aclara, sin embargo, cuándo una relación sexual extramatrimonial atenta contra las buenas costumbres y cuándo no.

Jakobs fundamenta su tesis argumentando que en estos casos lo que explica la consecuencia lesiva para la víctima «no es la “desgracia”, sino la “lesión de un deber de autoprotección”», denominando a este grupo de casos «acción a propio riesgo» (111): «quien tiene trato sexual con una persona drogodependiente o que se prostituye actúa a propio riesgo en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH» (112), ya que «hay ya una acción a propio riesgo cuando [la víctima] conoce determinadas condiciones bajo las cuales una persona cuidadosa contaría con que existe una probabilidad superior a la media de que esté presente tal enfermedad», porque «en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la relación, es decir, de quien actúa a propio riesgo» (113); en este caso, «el propio sujeto lesionado... ha incumplido sus deberes de autoprotección» (114).

En el mismo sentido que Jakobs se han pronunciado Cancio (115), Gómez Rivero (116) y García Álvarez (117).

(111) 1996, p. 110.

(112) *Op. cit.*, p. 111.

(113) *Op. cit.*, p. 112.

(114) *Op. cit.*, p. 174. A la infracción de los deberes de autoprotección se refiere también JAKOBS, en *op. cit.*, pp. 175, 176, 177 y 178. Cfr. también JAKOBS, 1992 (1997), p. 405: «Si hay autolesión de quien adquiere la enfermedad cuando consiente mantener relaciones sexuales sabiendo ambos de la infección del otro, entonces también tiene que haber autolesión cuando uno de los sujetos no conoce la enfermedad del otro, pero sólo porque no tiene en cuenta lo que sería asunto suyo tener en cuenta. Especialmente en el supuesto de relaciones sexuales mantenidas con alguien que de modo evidente pertenece a un grupo de riesgo, por ejemplo, porque se prostituye... es asunto propio del otro, en todo caso en un supuesto “normal”, el ocuparse de las condiciones de higiene, ya que este tipo de situaciones no se define por un cuidado mutuo, sino por la esperanza recíproca de obtener ventajas».

(115) Cfr. *RDPC*, 1998, p. 87: «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 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». V. también CANCIO, 2001, pp. 290/201, 372/373 con nota 516.

(116) V. 1998, pp. 174 ss.

(117) Cfr. 1999, pp. 291/292.

c) *¿Autopuesta o heteropuesta en peligro en la transmisión del VIH por vía sexual?*

Sobre si en la transmisión del virus del sida por vía sexual estamos ante un supuesto de heteropuesta –es decir, ante un supuesto en el que *el tercero causa* el resultado lesivo a la víctima– o de autopuesta en peligro –es decir, ante otro en el que es la propia víctima la que se *autocausa* el daño–, la doctrina está dividida.

No así la jurisprudencia alemana que, como hemos visto supra 2 b), y cuando la víctima conoce la enfermedad previa de su pareja sexual, fundamenta precisamente la absolución del transmisor en que en estos casos se trataría de una impune participación en una autopuesta en peligro consentida. En el mismo sentido de que aquí estaríamos ante una autopuesta en peligro se han manifestado en la doctrina científica, entre otros: Bottke (118), Otto (119), Hugger (120), Fiedler (121), Mir (122), Walther (123),

(118) BOTTKE, 1988, p. 183, fundamenta la impunidad del transmisor, cuando su pareja sexual conoce la enfermedad, en la atipicidad de la participación en una autopuesta en peligro consentida: «Si la víctima se sirve ya del infectado, con pleno conocimiento de la situación arriesgada... como medio de una autopuesta en peligro, entonces, 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».

(119) OTTO, 1989, p. 367, quien argumenta la concurrencia de una autopuesta en peligro con un razonamiento análogo al del TSJ Baviera: «Sobre las contingencias de las posiciones en la relación sexual de los participantes no pueden fundamentarse ulteriores consecuencias jurídicas. El ejercicio de la relación sexual, con conocimiento del supuesto de hecho [de que uno de ellos es seropositivo] y de sus posibles consecuencias, es un acto sustentado de igual manera por ambos participantes. Los dos son, en sentido juridicopenal, cotitulares del dominio del hecho, también sobre el acto decisivo del peligro de contagio. Con ello, el supuesto de hecho no se puede fraccionar, tal como exigen los §§ 212 [homicidio de otro] y 223 ss. [lesiones de otro] StGB, como la lesión de otro por parte del autor infectado de la pareja».

(120) Cfr. *JuS*, 1990, p. 975.

(121) FIEDLER, 1990, estima que «la relación sexual, cuando se ejecuta voluntariamente, está determinada hasta tal punto por la propia actuación que no puede definirse como la actuación de otro» (p. 190), llegando a la conclusión, sobre la base de consideraciones victimodogmáticas, de que, cuando ambos intervinientes conocen la infección de uno de ellos, «el punto de vista de la autorresponsabilidad del titular del bien jurídico debe prevalecer sobre el aumento del riesgo proveniente del autor, y no en último lugar para contraponerse a una desmesurada tutela estatal del titular del bien jurídico de imponerle protección juridicopenal en esferas privadas, que ni él quiere ni necesita» (p. 191).

(122) Cfr. *ADPCP*, 1991, pp. 264/265. Que para MIR se trata de una autopuesta en peligro es lo que parece que hay que deducir de la exposición que hace de la sentencia, ya mencionada, del TSJ Baviera.

(123) Cfr. 1991, p. 240.

Jakobs (124), Zaczyk (125), Gómez Rivero (126), García Álvarez (127), Hellmann (128), Schönke/Schröder/Lenckner (129), Puppe (130), Köhl (131), Wessels/Beulke (132).

Opinan, por el contrario, que la transmisión sexual de VIH constituye un caso de heteropuesta en peligro y, entre otros, Helgerth (133), Frisch (134), Schünemann (135) y Roxin, fundamentando este último autor su posición de la siguiente manera (136): «En el campo de la heteropuesta en peligro consentida habrá que encuadrar también el caso, especialmente actual, de que alguien admita contactos sexuales con riesgo de sida. Estos casos se tratan frecuentemente desde el punto de vista de que el infectado toma parte en una autopuesta en peligro de su pareja. Pero como la puesta en peligro parte exclusivamente del infectado, y la pareja únicamente se expone a aquélla, se

(124) Cfr. AT, 1992, 21/78 a; 1992 (1997), p. 405.

(125) V. 1993, p. 58 n. 195.

(126) V. 1998, pp. 185/186.

(127) V. 1999, pp. 271/272, 291/292.

(128) 2001, p. 284 (igualmente con razonamientos análogos a los del TSJ Baviera): «El principio así entendido de la autorresponsabilidad lleva indudablemente a la exclusión de la imputación objetiva en el contacto sexual sin protección de la persona sana informada sobre la enfermedad con su pareja infectada de sida, ya que ambos dominan el acontecimiento de igual modo, toda vez que las “contribuciones al hecho” son incluso completamente equivalentes».

(129) Cfr. *StGB*, 2001, antes de los §§ 32 ss., n. m. 107.

(130) Cfr. AT, 1, 2002, § 6, n. m. 7. Según PUPPE, «el ciudadano mayor de edad es libre de decidir por sí mismo los peligros a los que se expone y cómo se protege contra ellos. Por consiguiente, no se trata de una exoneración del autor y de una responsabilidad unilateral de la víctima por el riesgo conjuntamente causado, sino de la libertad de esta última de ser tutelado por la razonabilidad ajena. Por ello, está permitido contribuir de cualquier manera a la autopuesta en peligro de otro, mientras concurra esa libertad» (*op. cit.*, § 6, n. m. 6).

(131) Cfr. AT, 2005, § 4, n. m. 89 (con una argumentación parecida a la del TSJ Baviera): «A causa del común dominio del hecho o de la común dominación del riesgo, y de la posibilidad existente para cada uno de los intervinientes de intervenir, dirigiéndolo, en el desarrollo del acontecimiento, habrá que partir de una puesta en peligro propia del aún no infectado, si no se quiere pasar por alto la decisión responsable propia a favor del riesgo».

(132) AT, 2006, § 6, n. m. 191: «colaboración impune en una autopuesta en peligro ajena».

(133) *NStZ*, 1988, p. 262: «... el peligro parte sólo del infectado con el VIH. Contemplado de esta manera, su contribución al hecho debe ser valorada más que la de la víctima. Por consiguiente, todo hablaría a favor de tratar el presente caso [relación sexual en la que la víctima conoce la enfermedad de su pareja] como heteropuesta en peligro consentida».

(134) Cfr. *NStZ*, 1992, pp. 166/167.

(135) V. 1993, p. 44.

(136) AT I, 2006, § 11, n. m. 133.

trata de una heteropuesta en peligro consentida, completamente comparable con el caso de que alguien se haga inyectar una droga por otro».

Otros autores o prefieren no pronunciarse sobre el dilema autopuesta-heteropuesta (137), o consideran que en estos casos no tiene sentido hablar de heteropuesta y autopuesta en peligro acudiendo a criterios de autoría, porque no es viable «distinguir formas de autoría y participación en este ámbito: no parece posible que la contribución de la víctima en términos de cuasi-coautoría con otro pueda enmarcarse en el artículo 28 CP (“realizar el hecho conjuntamente”), ya que la víctima, al ser atípica su conducta, nunca realizará el “hecho”» (138).

4. Toma de posición

a) *El consentimiento eficaz*

aa) De acuerdo con la doctrina jurisprudencial (139) y científica [indicaciones supra 3 b) aa)] (140) dominante, a la que me adhiero, el

(137) Así, WEBER, 1992, p. 54 n. 45. Cfr. también SCHROEDER, *LK*, 2003, § 16, n. m. 183: «... la diferenciación entre consentimiento en el peligro que proviene de otro y la autopuesta en peligro frecuentemente apenas puede llevarse a cabo (por ejemplo, comercio sexual con infección del sida...)».

(138) CANCIO, 2001, pp. 212 y 213, n. 487. En el mismo sentido, HUGGER, *JuS*, 1990, p. 972, y LUZÓN PEÑA, 1993, p. 16.

(139) Para la jurisprudencia alemana, cfr. *supra* 2 b). Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, el TS, en su sentencia de 4 de marzo de 1985, A. 1968, condena por la muerte sobrevinida al vendedor de metadona adulterada que se la proporciona a un drogadicto, falleciendo éste después de habérsela inyectado. Ciertamente que en este caso se trata, por parte de la víctima, de una autopuesta en peligro con resultado de muerte, pero como el vendedor tenía un *conocimiento superior* al de aquella del riesgo que corría, ya que, hasta tal punto era consciente de la extrema peligrosidad de la sustancia, que un anterior cliente, al que había facilitado otra dosis de la misma remesa de metadona, había estado a punto de morir, «logrando salvar la vida [sólo] gracias a la rápida y eficaz intervención médica», por todo ello, *el consentimiento del drogadicto fallecido no fue eficaz*, porque –al contrario que el vendedor– no tenía un conocimiento cabal del grado de peligro que encerraba su autopuesta en peligro.

(140) Además de los autores citados supra 3 b) aa), cfr. OTTO –con ulteriores referencias jurisprudenciales y bibliográficas–, 1989, p. 174: («Sólo se puede hablar de una puesta en peligro autorresponsable cuando el afectado ha actuado, en sentido jurídico, de manera libremente responsable y conociendo el alcance de su decisión, es decir, conociendo el riesgo, así como las posibles consecuencias de su comportamiento. Si –al contrario que otra persona que participa en la creación de la situación peligrosa– calcula incorrectamente las consecuencias, o calcula incorrectamente el riesgo, entonces el conocimiento material superior convierte la aportación del otro al

consentimiento será jurídicamente ineficaz cuando el portador del virus del sida tiene un conocimiento superior del peligro (conoce su enfermedad) que la persona que resulta contagiada (que ignora la existencia de esa enfermedad en su pareja sexual).

En estos casos de error sobre la dimensión del peligro por parte de la víctima –que no del tercero–, la doctrina dominante, como *principio general*, y al margen del caso concreto de la transmisión sexual del VIH, no otorga eficacia juridicopenal alguna al consentimiento (que, según el art. 155 del Código Penal español, tiene que ser «válida, libre, espontánea y expresamente emitido»), de tal manera que en la inducción y el auxilio al suicidio, y en el homicidio consentido, si el tercero convence a la víctima para que se dispare en la sien, o es ese tercero el que la dispara directamente, y el sujeto pasivo cree que el revólver sólo contiene una bala en el tambor (sólo existiría una *posibilidad* entre seis de que perdiera la vida), siendo así que, en realidad –y esa realidad la conoce el tercero–, aquél está lleno, y contiene los seis proyectiles que admite (por lo que, en caso de disparo, la muerte sería *segura*), el partícipe o el autor directo no responderían de una inducción o auxilio al suicidio o de un homicidio consentido, sino de un asesinato, en un caso en autoría mediata –si es el propio sujeto pasivo ulteriormente fallecido quien se ha disparado a sí mismo, y que habría actuado como mero instrumento de aquél sometido a error–, y en otro como autor directo, si quien ha disparado en la sien no ha sido la víctima (que creía que en el tambor de seis sólo había una bala), sino materialmente ese tercero (que sabía que el tambor contenía todas las balas): el consentimiento es, pues, ineficaz cuando el sujeto activo tiene un conocimiento del

hecho en una heteropuesta en peligro, de tal manera que quien dispone del conocimiento material superior es autor de un delito de lesiones o de homicidio. Con ello, rigen los mismos principios elaborados para constatar la libre responsabilidad de la decisión de voluntad de un suicida, es decir, los principios que confieren la eficacia jurídica a un consentimiento jurídicamente relevante»); ROXIN, *Chengchi Law Review*, 1994, p. 233 («De todas formas, si el proveedor de la droga conoce mejor que el comprador la peligrosidad de la sustancia, entonces el vendedor asume la responsabilidad, de tal manera que el conocimiento del autor es relevante, también aquí, para la imputación al tipo objetivo»); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 2001, observaciones previas a los §§ 32 ss., n. m. 46 («Por consiguiente, es relevante, por ejemplo, un error sobre la clase y la dimensión de la lesión, o sobre los peligros superiores a ella vinculados, cuando el paciente, por ejemplo, en una intervención quirúrgica arriesgada, cree falsamente que quien le trata es un médico o un facultativo autorizado». Cfr., además, SCHLEHOFER, *MünchKommStGB*, 2003, observaciones previas a los §§ 32 ss., n. m. 143, y ROXIN, *AT I*, 2006, § 13, nn. mm. 98 y 99, ambos con ulteriores indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales.

riesgo superior al del pasivo. Y si esto es así –y así es–, lo mismo debe regir para el supuesto de transmisión sexual del virus del sida: si el portador del VIH sabe que lo es, y no lo sabe su pareja sexual, entonces ese consentimiento en un riesgo inferior del que realmente corre, por no ser eficaz, carece de relevancia alguna, por lo que, en cualquier caso, el eventual resultado lesivo que se cause de muerte o de lesiones debe ser imputado objetivamente a aquél.

bb) La opinión mantenida por Helgerth y por Weber de que, en el caso de que los dos intervinientes en el acto sexual conozcan que uno de ellos es seropositivo, la imputación objetiva habrá que negarla si la relación sexual tuvo lugar dentro del matrimonio, y afirmarla, en cambio, si la relación vulneró las buenas costumbres, no puede convencer ni en Derecho español, ni tampoco en el alemán.

En el español, porque lo único decisivo es la validez o no validez jurídica del consentimiento, cumpliéndose ese requisito cuando las dos personas que practican el sexo saben que una de ellas padece esa enfermedad contagiosa, sin que el Código Penal español haga depender esa validez, en ningún precepto, de la adecuación o inadecuación de ese consentimiento con las buenas costumbres.

Y en el Derecho alemán, y en el caso de relaciones sexuales con una persona seropositiva, si los dos sujetos que practican el sexo conocen la enfermedad de uno de ellos, el consentimiento ha de considerarse eficaz o, en su caso, ineficaz, sin que desempeñe papel alguno si el contacto se desarrolla dentro o fuera del matrimonio: porque si el contagiado resulta muerto a consecuencia del sida transmitido, en el delito doloso, el StGB, en su § 216, no exige para la entrada en juego del tipo atenuado del homicidio consentido que el acuerdo prestado no vulnere las buenas costumbres. Y en las lesiones dolosas consentidas, la doctrina dominante (141) considera que existe una vulneración de las buenas costumbres, *en todo caso*, cuando el daño en la salud es de especial gravedad, que es precisamente el daño que se causa cuando al lesionado se le contagia el VIH.

cc) La tesis patrocinada por Jakobs y otros autores de que, aunque la persona hasta entonces sana no *conozca* que su pareja sexual es portadora del VIH, el consentimiento también será eficaz si esa enfermedad era al menos *cognoscible*, tal como sería el caso cuando aquélla practica el sexo con otra persona perteneciente a un grupo de riesgo, como lo es el de las mujeres o los hombres que ejercen la pros-

(141) Cfr. sólo PAEFFGEN, *NK*, 2005, § 228, nn. mm. 40 y 41; ROXIN, *AT I*, 2006, § 13 nn. mm. 40 ss., ambos con ulteriores indicaciones.

titución, o el de los drogadictos, ha sido rechazada, con razón, mayoritariamente (142).

Con su tesis, Jakobs entra en contradicción con la dogmática penal del consentimiento en general, que considera que éste carece de eficacia cuando se ha prestado como consecuencia de vis física o de amenaza, o cuando quien lo presta es víctima de un error sobre el alcance del riesgo que corre, dogmática que, en especial, se ha desarrollado jurisprudencial y doctrinalmente, tanto en España como en Alemania, para determinar, en primer lugar, el contenido de los tipos de inducción y auxilio al suicidio y de homicidio consentido, y para concretar, en segundo lugar, cuándo el consentimiento en las lesiones ha de considerarse válido, y, con ello, cuándo puede operar para atenuar la pena del autor (art. 155 CP español) o para excluir la antijuridicidad de la lesión infligida (§ 218 StGB alemán).

A esa contradicción existente entre Jakobs y la doctrina dominante del consentimiento no habría nada que oponer si se sustentara en una argumentación jurídica. Pero es que Jakobs sociologiza la dogmática jurídica, sustituyendo, así, el método interpretativo de la ciencia del Derecho por el de las ciencias extrajurídicas, y, más concretamente,

(142) Cfr. BGH 36, 1 ss. (18): «Lo mismo rige cuando el afectado, que no ha percibido el riesgo concreto de una transmisión del VIH, sabe que practica la relación sexual con una persona que pertenece a uno de los llamados grupos de riesgo. También en tales casos tiene derecho a la protección juridicopenal; pues es inadmisibles trasladar la responsabilidad para la evitación de un peligro tan grave de aquel de quien parte el peligro, y que lo sabe, a quien corre el peligro, por muy poco cuidadoso que sea su comportamiento... La pareja debe confiar, en todo caso, en que nadie se relacione con ella sexualmente, sin protección, conociendo y silenciando su contagio»; HERZBERG, 1993, p. 131: «Si, por ejemplo, una prostituta que padece el sida promete prestar sus servicios sin condón a un tercero desinformado o engañado, entonces ella sabe al cien por cien que él mantendrá relaciones sin protección con una persona infectada. Él, por el contrario, considera que esto es posible, pero a falta de explicaciones sólo puede partir del peligro estadístico, que en su situación normalmente está por debajo del cinco por ciento. Negar o no tener en consideración esta diferencia sólo porque uno desatiende las reglas de autoprotección no me parece alejado de la mala fe»; LUZÓN PEÑA, 1993, p. 16; PUPPE, *AT I*, 2002, § 6, n. m. 21, con ulteriores referencias, en nota 238, sobre quienes rechazan la tesis de JAKOBS; ROXIN, *AT I*, 2006, § 11, n. m. 133 n. 280, quien argumenta, contra los que niegan la imputación objetiva de la persona seropositiva cuando el todavía no infectado sabe que aquélla pertenece a un grupo de riesgo, que «detrás de ello se encuentra el punto de vista de política epidemiológica de que uno no debe confiar en los demás, sino que se debe proteger a sí mismo. Pero, en primer lugar, nuestro ordenamiento jurídico también protege a los irreflexivos. Y, en segundo lugar, está completamente indicado politicocriminalmente exhortar a quien ya está infectado a que facilite información; pues esta es la manera más segura de motivar a la pareja para que se adopten medidas de protección».

por el de la sociología, y, más concretamente aún, por el de la sociología de Luhmann. Naturalmente que no es posible hacer *filosofía* del Derecho penal sin tener en cuenta las aportaciones de la filosofía general, de la sociología o de la psicología (143). Pero para interpretar los preceptos del Código Penal me basta, por sólo mencionar a algunos autores ya fallecidos, con la lectura de, entre otros, Jiménez de Asúa o Quintano Ripollés, v. Liszt, Binding, Beling, Mezger o Welzel, y me niego a admitir que, en el discurso estrictamente jurídico-exegético, toquen algún pito, por dar algunos nombres, y con todos los respetos, Freud, Heidegger, Habermas, Wittgenstein o Luhmann.

Y después de esta declaración de principios, y abordando ya el razonamiento al que acude Jakobs para concluir que el consentimiento de la víctima es eficaz no sólo cuando conoce que la persona con la que practica el sexo es seropositiva, sino también, y aun cuando no lo conozca, cuando ello sea cognoscible, porque entabla la relación sexual con un hombre o una mujer que pertenecen a un grupo de riesgo, lo primero que hay que decir sobre su argumento de que ello es así porque en tal caso la víctima «ha incumplido sus deberes de autoprotección», es que tales deberes son una invención de Jakobs que carecen de cualquier base jurídica, ya que, como ya he expuesto *supra* A 1 (144), lo que se deduce del Código Penal es precisamente lo contrario: que, incluso cuando la víctima vulnera *conscientemente* –y no inconscientemente, como en el caso de las relaciones sexuales con individuos pertenecientes a grupos de riesgo– sus supuestos –e inexistentes– deberes de autoprotección, renunciado *voluntariamente* –y no involuntariamente– a la vida o a su salud, ello no excluye, sino que fundamenta, la responsabilidad penal del tercero en la inducción y auxilio al suicidio y en el homicidio y las lesiones consentidas. Y hay que decir, en segundo lugar, que atribuir a la teoría sociológica de los roles de Luhmann también relevancia juridicopenal es una nueva invención de Jakobs, porque no existe norma penal ni extrapenal alguna, ni tampoco *legi artis* de ninguna clase, de las que se puedan deducir con criterios jurídicos mínimamente plausibles y concretizables cuál es el contenido obligacional de ese supuesto rol de la víctima.

(143) Yo mismo he tratado de hacer fructífero el psicoanálisis para establecer cuáles serían los fines de la pena y, en general, del Derecho penal: cfr., por ejemplo, mis artículos «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?»; «El sistema del Derecho penal en la actualidad»; «Prólogo» al libro de ALCÁCER, «¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber?», 2003, pp. 14 ss., todos ellos citados en el «Apéndice» bibliográfico del presente artículo.

(144) Y, con mayor detenimiento, en GIMBERNAT, 2004, pp. 441 ss.

b) *La dicotomía heteropuesta en peligro consentida-participación en una autopuesta en peligro, en el caso de la transmisión del virus del sida por contacto sexual*

aa) Como hemos visto *supra* 2 y 3 c), la jurisprudencia y la ciencia penal están divididas sobre si el caso de la transmisión del virus del sida como consecuencia de una relación sexual constituye un supuesto de heteropuesta en peligro o de participación en una autopuesta en peligro. Pero para la doctrina científica dominante (145) –no así para la jurisprudencia– esta distinción sólo tiene un interés teórico que no se traduce en consecuencias jurídicas distintas, ya que, independientemente de la clasificación en la que haya que subsumir este supuesto, considera –tanto a nivel general como a nivel particular, en el caso concreto de la transmisión del VIH por vía sexual– que, *con tal que el consentimiento de la víctima haya sido jurídicamente eficaz* (porque también ésta conoce la enfermedad de su pareja), ello condiciona, en cualquier caso, la no imputación del resultado lesivo al portador del virus (146): «Esta distinción (entre autopuesta y heteropuesta) carece de sentido, y la ciencia empieza a apartarse de ella» (147). Por ello, para la doctrina científica dominante lo determinante para decidir si el tercero responde o no del resultado lesivo es establecer si el consentimiento ha sido eficaz –porque si lo ha sido, e independientemente de si se estima que estos casos constituyen una heteropuesta o una autopuesta en peligro, habrá que negar la existencia de imputación objetiva– .

Por el contrario, y según la tesis que aquí se defiende (v. *supra* A 1), sólo la participación en una autopuesta en peligro válidamente consentida excluye la imputación objetiva del tercero, sobre la base de una argumentación *a maiore ad minus* derivada de la impunidad de la participación imprudente en un suicidio o en una autolesión dolosa, argumento que no es trasladable a la heteropuesta en peligro consentida que ha de considerarse, en consecuencia, punible.

bb) Por consiguiente, la solución al supuesto de transmisión del VIH por vía sexual –en el caso de *consentimiento eficaz* en la situación de riesgo, que concurrirá siempre que la persona sana *conozca* la enfermedad del otro y asuma esa situación libremente, sin haber sido

(145) Indicaciones *supra* n. 102.

(146) De otra opinión, en cambio, la jurisprudencia alemana (referencias en PUPPE, *AT I*, 2002, § 6, n. 219); y así la AP Kempten habla de «participación *impune* en una autopuesta en peligro y participación o autoría *punibles* en una heteropuesta en peligro» (negritas añadidas). Para ulteriores referencias, v. *supra* n. 103.

(147) PUPPE –en referencia expresa a la transmisión sexual del VIH–, *AT I*, 2002, § 6, n. m. 3, con ulteriores indicaciones bibliográficas en n. 220.

objeto de violencia, intimidación o engaño, como sucede cuando el infectado con el VIH *oculta* su enfermedad— depende de si consideramos que en estos casos estamos ante una heteropuesta en peligro por parte de la pareja seropositiva o ante una autopuesta en peligro de la persona sana que resulta infectada.

Tal como se ha expuesto *supra* A 1, y más extensamente en otro lugar (148), en la heteropuesta en peligro consentida es el tercero el que *como autor material mata o lesiona a otro* (a una víctima que es consciente del riesgo al que aquél le está sometiendo), mientras que en la autopuesta en peligro es la misma víctima *la autora material de su propia muerte o de su propia lesión*.

Como ejemplos de heteropuesta en peligro consentida ya he mencionado (149) aquellos casos en los que, a consecuencia del comportamiento imprudente del conductor del vehículo, fallecen los acompañantes que habían consentido en la situación de riesgo que estaban corriendo (150), o aquel otro en el que el autor, para probar su puntería, y desafiado por la víctima, dispara contra ésta, y, en lugar de acertar, como era su intención, en la botella que sostenía el retador, marra el tiro, alcanzando el proyectil el hemitórax derecho de dicha víctima, que fallece a consecuencia del disparo (151).

Lo decisivo para subsumir estos supuestos en la heteropuesta en peligro es que en ellos el resultado muerte es reconducible al comportamiento de los terceros, quienes, *como autores materiales, matan* a la víctima al *conducir* el vehículo imprudentemente o al *disparar* contra ésta.

En cambio, estaremos ante una autopuesta en peligro si un tercero vende heroína al drogadicto, quien, debido al alto grado de pureza de la droga, resulta lesionado o fallece posteriormente al *autoinyectársela* (152), o si, a instancias de otro conductor, un motorista acepta competir con él en una carrera que se desarrolla dentro del casco urbano de Barcelona, falleciendo el retado al *autoestrellarse* con su vehículo contra un obstáculo (153).

(148) Cfr. GIMBERNAT, 2004, pp. 432 ss., 443 y 447 ss.

(149) Cfr. *supra* A 1 y GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 450 y 451

(150) Así, los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 23 de diciembre de 1963, A. 5168, y 26 de enero de 1981, A. 2465.

(151) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 17 de julio de 1990, A. 6728.

(152) Así, los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 29 de mayo de 1991, A. 3983, y de 20 de febrero de 1993, A. 1383.

(153) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 25 de septiembre de 1986, A. 4837.

En todos estos supuestos se trata de una autopuesta en peligro, porque las víctimas son los autores materiales de sus propias muertes o lesiones, ya que estos resultados típicos deben reconducirse a los comportamientos de aquéllas de autoinyectarse la droga o de autoestrellarse contra el obstáculo.

La doctrina dominante, tanto en la jurisprudencia alemana (154) como en la ciencia española y alemana (155), estima que la transmisión sexual del VIH es un caso de autopuesta en peligro, defendiéndose sólo minoritariamente la tesis de que se trataría de una heteropuesta en peligro consentida (156).

La fundamentación mayoritaria de por qué en este supuesto se trataría de una autopuesta en peligro opera con la teoría del dominio del hecho, afirmándose que los dos sujetos de la relación sexual –también, por consiguiente, la víctima que resulta infectada– son *autores*, ya que «en la relación sexual realizada de mutuo acuerdo las dos personas dominaban conjuntamente el acontecimiento. Cada una de ellas tuvo en cualquier momento la posibilidad de intervenir dirigidamente en el desarrollo del acontecimiento; pudieron en cualquier momento interrumpir el contacto sexual, o disminuir sensiblemente su peligrosidad, empleando, por ejemplo, preservativos» (157).

En mi opinión, y prescindiendo de la doctrina del dominio del hecho, a la que siempre me he opuesto como criterio para establecer el contenido de la autoría (158), lo decisivo para determinar si en la transmisión del sida por vía sexual estamos o no ante una autopuesta en peligro es si se puede considerar al infectado *autor material* de sus propias lesiones o, en su caso, de su propia muerte, es decir, si su conducta es directamente subsumible en los verbos automatarse o autoleccionarse.

Los verbos conductuales a los que habría que reconducir el resultado típico de lesiones o de muerte serían –si es que queremos prescindir de expresiones obscenas, aunque serían más plásticas– los de «acostarse con», «fornicar» o «copular», entendidos en un sentido

(154) Cfr. *supra* 2.b).

(155) Indicaciones *supra* 3.c).

(156) Así, por ejemplo, HELGERTH, FRISCH, SCHÜNEMANN y ROXIN: indicaciones *supra* 3 c).

(157) Así la sentencia del TSJ Baviera de 15 de septiembre de 1989, reproducida en *NJW* 1990, pp. 131-132. Una fundamentación parecida en la doctrina en, por ejemplo, OTTO (*supra* nota 119), HELLMANN (*supra* nota 128) y KÜHL (*supra* nota 131).

(158) Cfr. ya GIMBERNAT, 1966, pp. 135 ss., 141 ss., y, más recientemente, *RDPC* 13 (2004), pp. 436 ss.

amplio en el que habría que incluir tanto la relación heterosexual genital-genital, como las relaciones hetero u homosexuales genital-anal, la felación o el cunnilingus (159). Independientemente de cuál de esos verbos elijamos, es evidente que el, por así decirlo, «*autor material*» de esas conductas no es una sola persona, ya que, por definición, es imposible «acostarse con», «fornicar» o «copular» –*cada uno* de los intervinientes en el acto sexual siempre «fornica», «copula» o «se acuesta» con el otro– sin el concurso de dos personas –en nuestro caso, de la ya infectada y de la hasta entonces sana–, por lo que quien resulta contagiado *también* «fornica» o «copula». De donde se sigue que, al *acostarse con*, al fornicar o al *copular*, 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, y que, en consecuencia, y si la víctima se ha colocado en la situación de peligro con un consentimiento jurídicamente eficaz, quede excluida la imputación objetiva del resultado al tercero (160).

c) *El problema de si la transmisión del VIH ha de imputarse a título de dolo o de imprudencia*

En los casos tratados por la jurisprudencia española [v. *supra* 2 a)], que se ha ocupado, en todos ellos, de supuestos en los que el portador del virus del sida ocultó a su pareja la enfermedad, los tribunales, en la sentencia de la AP Tenerife de 20 de enero de 1996, y en la de 2 de enero de 2004 de la AP Madrid, imputaron la transmisión del VIH, como delito de lesiones, a título de dolo eventual. Y en otro caso, en el que la víctima falleció a consecuencia de la enfermedad transmitida, el Juzgado de lo Penal núm. 17 de Barcelona estimó que el autor debía ser hecho responsable de unas lesiones dolosas en concurso con un homicidio imprudente.

Los tribunales alemanes también consideran que en estos casos estamos ante delitos dolosoeventuales. Por ello, la sentencia del BGH 36, 1 ss. [citada *supra* 2 b)], en un supuesto en el que no quedó acreditado que el ya contagiado hubiera transmitido la enfermedad,

(159) En esta variante sexual el contagio se puede originar por el contacto con los flujos vaginal o menstrual.

(160) Con ello me aparto de la tesis que he defendido recientemente en mi artículo «La imputación objetiva» (en prensa, en *Cuadernos de Derecho Judicial*) en el que incluía la transmisión sexual del VIH dentro de la heteropuesta en peligro consentida.

estimó que el solo hecho de que una persona mantuviera relaciones sexuales con conciencia de la enfermedad que padecía constituía un delito de lesiones dolosoeventuales en grado de tentativa.

Como la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente no es objeto de estudio en el presente artículo, aquí, y remitiéndome a otros trabajos míos ya publicados (161), me voy a limitar a reiterar que, en mi opinión, y de acuerdo con la teoría de la probabilidad, estamos en presencia de dolo eventual cuando el autor, con su conducta, somete al bien jurídico protegido a una alta probabilidad de lesión, siendo consciente de que objetivamente existe esa alta probabilidad. A partir de la sentencia del caso de la colza (162) esta teoría de la probabilidad es también la que ha ido adoptando paulatinamente el Tribunal Supremo español (163).

En la doctrina Schünemann (164) y Puppe (165) defienden que la transmisión del VIH debe imputarse a título de imprudencia. Y con

(161) «Acerca del dolo eventual» y «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ambos citados en la bibliografía del presente artículo.

(162) TS 23 de abril de 1992, A. 6783: «La jurisprudencia no ha dudado en admitir el dolo (por lo menos en forma eventual) cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción y dicho peligro supera claramente el riesgo permitido... En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a la teoría de la probabilidad».

(163) V., por ejemplo, TS 23 de enero de 2002, A. 2633: «A este propósito hay que recordar que existe dolo cuando se obra con conocimiento de que, al ejecutar un acto, se crea para ciertos bienes un peligro concreto jurídicopenalmente desaprobado. Es decir, se genera, con plena conciencia, un riesgo preciso, mediante la realización de una conducta de *claro y altísimo potencial lesivo*, que se conoce como tal y se sabe no es en absoluto controlable en sus consecuencias. [...] sólo cabe concluir que la eventualidad del resultado muerte tuvo que representársele a aquél *como altamente probable*» (negritas añadidas). V. también la sentencia del TS de 17 de marzo de 2005, A. 4308: «[...] obra con dolo [eventual] quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un *elevado índice de probabilidad* de que se produzca» (negritas añadidas).

(164) Cfr. GA, 1999, p. 222.

(165) Esta autora, comentando la jurisprudencia alemana que, como hemos visto, considera que en estos supuestos estamos ante un delito doloso, escribe lo siguiente (AT I, 2002, § 6, n. m. 2): «Para una aprehensión sistemática correcta del problema se opone, en primer lugar, que aquí se examina una lesión dolosa (en grado de tentativa), porque, por la ausencia de prueba sobre el origen de una infección de

razón, porque, ante una posibilidad tan reducida de contagio (166), no puede hablarse, tal como exige la teoría de la probabilidad para afirmar la presencia de dolo eventual, de que la persona seropositiva, al practicar el acto sexual, esté sometiendo a su pareja a un alto riesgo de ser contagiada con el VIH, y, a consecuencia de ello, de sufrir lesiones o, incluso, de perder la vida.

La sentencia de la AP Madrid de 2 de enero de 2004, a la que ya me he referido *supra* 2 a), fundamenta la existencia de dolo eventual en el contagio del virus del sida de la siguiente manera: «Los hechos que se declaran probados han sido calificados por el Ministerio Fiscal como delito doloso de lesiones del artículo 147 del Código Penal y por la acusación particular conforme al artículo 149 de igual ley. Ambas acusaciones han descartado la imputación de las lesiones a título de imprudencia. En efecto, la conducta de la penada es propia de la actuación dolosa, bajo la variante propia del dolo eventual, pues conocía perfectamente la probabilidad de contagio por haber sido informada, y casi con absoluta y total certeza, por haber sido ella misma contagiada por vía sexual. Por otra parte, la posibilidad de contagio es baja en caso de un solo encuentro sexual pero, tal como informaron los médicos, esa probabilidad crece con el número de contactos sexuales, conclusión que no precisa de especiales conocimientos científicos, pues es propia del sentido común. La relación sin tomar especiales medidas precautorias se prolongó durante más de un año, esto es, fueron decenas las veces en que se mantuvieron relaciones sexuales, sin informar la procesada a su compañero o sin imponerle, cuando menos, aunque pueda resultar insuficiente en caso de práctica del sexo oral, el uso de preservativo. Esta persistencia en la acción, por un lado, y en el silencio, por otro, unida a la conciencia de la probabilidad de contagio progresivamente más alta, da lugar a la aparición del dolo eventual».

Contra esta argumentación de la AP Madrid hay que decir que la infección con el VIH no es reconducible a la *multitud* de actos sexuales practicados por la mujer seropositiva, sino, obviamente, sólo a *uno* de ellos que fue el que fisiconaturalmente condicionó la infección, y

sida, es prácticamente inviable la punibilidad por una lesión o una muerte imprudentes. Pero resulta difícil construir un dolo de lesión del autor con un riesgo de infección de menos del 1 por 100, y teniendo en cuenta la actitud interna del autor ante la víctima, que es, según la jurisprudencia, lo determinante». Cfr., también, HELGERTH, *NSiZ*, 1988, p. 262: «Cuál es el grado de probabilidad de una infección [en el acto sexual practicado por una persona seropositiva] es una cuestión en gran medida no esclarecida en los círculos de especialistas. En parte se admite una relación de 1:100 o de 1:400», con indicaciones bibliográficas en n. 5.

(166) V. los datos recogidos en la nota anterior.

que ese *único acto* lesivo encerraba no más de un 1 por 100 de posibilidades de que el compañero resultara contagiado, y que, con ese mínimo grado de posibilidad, no es viable construir un dolo eventual. Para expresarlo con otro ejemplo: Si una persona, en la ruta que recorre todos los días para ir en automóvil desde su casa al trabajo, se salta *siempre y sistemáticamente* un determinado mandato de «ceda el paso», a medida que vayan sucediéndose los meses y los años irá aumentado la probabilidad de provocar un accidente. Pero si un día se produce un accidente, y como consecuencia de él sufre lesiones un tercero, no por ello éstas van a convertirse de imprudentes en dolosas: porque lo que ha condicionado ese accidente concreto no ha sido la multitud de infracciones previas cometidas a lo largo de los años, sino *sólo una de ellas*, que no encerraba (considerada aisladamente) una alta probabilidad, sino una pequeña posibilidad de que se ocasionara un resultado lesivo.

La conclusión de que la *transmisión efectiva* del VIH por vía sexual constituye un delito de lesiones (o, en su caso, de homicidio) imprudentes trae consigo la ulterior conclusión de que, como la imprudencia es conceptualmente incompatible con la tentativa, y mientras el legislador no introduzca un delito de peligro que penalice esa conducta sin resultado lesivo, la relación sexual de un portador del virus del sida con una persona sana, y *sin transmisión de la enfermedad*, es una conducta *impune*.

E) EL CASO DE LA VIRUELA

1. Exposición del supuesto de hecho

El BGH, en una sentencia de 10 de julio de 1962 (BGH 17, 359/360), y que se ha hecho famosa como el «caso de la viruela», dando origen a una intensa discusión doctrinal, tuvo que ocuparse de un supuesto de hecho en el que un médico, que, enfermo de viruela, regresó a Alemania de un viaje de estudios a la India y a Ceilán, «a pesar de que no tenía claro cuál era la índole de su enfermedad, se reincorporó a su servicio en una clínica universitaria, sin examinar su todavía afectado estado de salud». El médico contagió su enfermedad a algunos médicos, a otros miembros del personal de la clínica y a diversos pacientes que se encontraban en el establecimiento hospitalario, falleciendo a consecuencia de ese contagio un médico y un paciente, y resultando con daños en su salud 15 personas más, siendo condenado por el tribunal de instancia por dos homicidios imprudentes y por 15 delitos de lesiones, también imprudentes. En rela-

ción con *uno* de esos delitos de lesiones el Ministerio Fiscal interpuso recurso ante el BGH por estimar que al médico no se le podía imputar el contagio de la viruela a uno de los afectados, al capellán de la clínica, ya que éste «se había presentado voluntariamente en la cuarentena para asistir a los afectados».

EL BGH, sin embargo, mantiene la sentencia de instancia también en referencia a la transmisión de la enfermedad al capellán, dejando abierta la cuestión de si éste consintió «libremente» su asunción del peligro, ya que lo determinante es que «el capellán siguió un mandato de la conciencia que debería ser equiparado al mandato jurídico que obedecieron los médicos y el personal sanitario [que también resultaron contagiados]».

2. La corriente doctrinal que mantiene que el «primer causante» no debe responder por el contagio padecido por el capellán

Según Roxin, el médico debería haber sido absuelto de las lesiones en su salud sufridas por el capellán que se contagió de la enfermedad por asistir espiritualmente a los enfermos que se encontraban en la cuarentena, ya que, fundamentando Roxin su posición con un argumento análogo al que le sirve para propugnar la no responsabilidad del incendiario por los daños que se puedan autocausar los salvadores, «el noble motivo de esa autopuesta en peligro [del capellán] no varía esto en nada; por el contrario, solamente podría suponer una carga para la conciencia del capellán, si tuviera que temer que, con su sacrificio, incurriría A [el médico que regresó enfermo de viruela de su viaje de estudios] en una pena» (167).

Fiedler, aunque con una distinta fundamentación, argumenta la absolución del médico por la enfermedad contraída por el capellán acudiendo al principio de autorresponsabilidad: «Pero no puede ser el fin del Derecho penal proteger absolutamente los bienes jurídicos, incluso contra la voluntad de sus titulares y despreciando su derecho al propio desarrollo: tiene que estar permitido a cada ciudadano correr determinados riesgos a su propia responsabilidad o moverse en ámbitos de comportamiento peligrosos» (168), siendo, por consiguiente, «incompatible con la función del bien jurídico en Derecho penal la

(167) *AT I*, 2006, § 11, n. m. 109. En el mismo sentido ya ROXIN, Honig-FS, 1970, p. 143, n. 26 («es indiferente que el capellán estuviera obligado o no a su actuación, ya que, en cualquier caso, la evitación de su contagio se encontraría fuera del ámbito de protección de la norma»), y GALLAS-FS, 1973, p. 248, n. 23.

(168) 1990, p. 186.

protección de bienes jurídicos contra la voluntad del titular del bien jurídico» (169). Según Fiedler, a diferencia de lo que sucede con, por ejemplo, el caso de los bomberos que intervienen para apagar un incendio, «no se puede partir de que el médico acusado haya “forzado” al capellán a hacer las visitas hospitalarias. Si Gössel habla de un deber juridicocanónico de servicio y el BGH de un “mandato de la conciencia”, no se puede discutir seriamente que la asistencia religiosa no puede ser impuesta mediante una obligación jurídica. [...] hay que tener en cuenta que la asistencia religiosa no es necesaria para “garantizar la existencia externa de las personas y, con ello, el mantenimiento de la sociedad humana”, que es lo que el Derecho penal debe proteger de manera absoluta. De ahí se sigue que en el caso de la viruela al pastor le era exigible exponerse sin protección juridicopenal al peligro de contagio» (170).

En el mismo sentido de que habría que haber absuelto al médico por el contagio del capellán, aunque con argumentos no siempre coincidentes, se han manifestado, entre otros, Schünemann (171), Otto (172), Feijoo (173), Schroeder (174).

3. La corriente doctrinal que mantiene que el «primer causante» debe responder por el contagio padecido por el capellán

Según Rudolphi (175), el capellán no asume «voluntariamente» el peligro, sino que lo hace «coaccionado», porque «la obligación de acuerdo con el Derecho estatal debe equipararse al deber de servicio

(169) FIEDLER, *op. cit.*, p. 187.

(170) *Op. cit.*, p. 188. En el mismo sentido, y con la misma argumentación, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 2001, § 15, n. m. 168.

(171) *JA*, 1975, p. 721: «El capellán de la clínica ciertamente que no se quiere autolesionar ni, mucho menos aún, auto-matar, pero se expone conscientemente al peligro de infección que abarca plenamente ... En el caso del médico con viruela ... se trata de una autopuesta en peligro voluntaria que, al igual que la autolesión, no es subsumible en ningún tipo penal, y cuyo favorecimiento o positibilitación tiene que ser tan impune (o, con mayor motivo, impune) que en relación con el suicidio».

(172) Cfr. Maurach-FS, 1972, p. 100.

(173) V. *RDPC*, 2000, p. 323, n. 32: «Pero en este caso la “salvación de almas” no es un bien que se pueda tener en cuenta a efectos de ponderación de intereses en el marco de un Estado laico en el que las cuestiones religiosas pertenecen a la esfera privada. Por ello poner en peligro la salud o la vida para “salvar almas” es una autopuesta en peligro atípica. Para el ordenamiento no existe una situación de necesidad ni una puesta en peligro de bienes jurídicos».

(174) V. *LK*, 2003, § 16, n. m. 182.

(175) *JuS* 1969, p. 557.

juridicocanónico ... de asistir a los enfermos» (176), opinando igualmente Maurach/Gössel que la puesta en peligro del capellán no puede considerarse «voluntaria» (177). En el mismo sentido de considerar que el médico primariamente infectado en Asia debe responder penalmente de la enfermedad contraída por el capellán se han pronunciado también, entre otros, Jescheck/Weigend (178) y Baumann/Weber (179).

Por su parte, Frisch se muestra desconcertado ante este caso, del que lo único que sabe decir es que su solución es «dudosa» (180).

4. Toma de posición

a) La tesis que mantiene el BGH, para fundamentar la imputación del resultado al médico, de que el capellán ha actuado «coaccionado» y de que, por consiguiente, su *consentimiento* en la situación de riesgo *no sería jurídicamente eficaz*, ya que el pastor «siguió un mandato de la conciencia que debería ser equiparado al mandato jurídico», y que, en la doctrina, es seguida por, entre otros, Rudolphi y Maurach/Gössel (181), y que llevaría a la conclusión de que –aun en la hipótesis de que en este caso se tratara de una autopuesta en peligro– el primero debería responder por las lesiones sufridas por el segundo, no puede convencer: si ni siquiera la *obligación jurídica* que cumplen los bomberos cuando despliegan sus acciones de salvamento convierte a éstas en «involuntarias» (182), con mayor motivo no puede considerarse «ineficaz» la asunción del riesgo por parte de quien sólo sigue un «mandato de la conciencia».

b) Por otra parte, y *por lo que se refiere al enfermo primario* (al médico que regresó a Alemania del Oriente asiático padeciendo la viruela), hay que rechazar la tesis unánime jurisprudencial y doctrinal de que este supuesto debe encuadrarse dentro de los criterios de imputación objetiva: heteropuesta *en peligro consentida-participación en una autopuesta en peligro*. Ciertamente que ese *enfermo primario* debe responder –y sobre ello no se plantea ninguna duda–, a título de imprudencia, por las muertes y las lesiones de las personas que resul-

(176) Equivocadamente, ROXIN, *AT I*, 2006, § 11, n. m. 109, n. 236, incluye a RUDOLPHI entre los autores partidarios de negar la responsabilidad del médico por el contagio sufrido por el capellán.

(177) *AT 2*, 1989, § 43, n. m. 73.

(178) Cfr., *AT*, 1996, p. 288.

(179) *V. AT*, 2003, § 14, nn. mm. 73/74.

(180) Cfr. 1988, pp. 493/494.

(181) Indicaciones supra 3.

(182) Cfr. supra B 4 a).

taron infectadas en primera instancia, ya que aquél, al volver de su viaje, en lugar de comportarse de acuerdo con la diligencia debida, sometiéndose a un examen clínico, que habría originado su aislamiento como enfermo infecto-contagioso, decidió reanudar su trabajo en el hospital. En cambio, y por lo que se refiere al contagio del capellán –que es precisamente el único que se está examinando desde la perspectiva de la imputación objetiva–, dicho contagio no se ha originado por el contacto con el médico (enfermo primario), sino por el contacto con otra persona infectada a su vez por el médico (enfermo secundario), que fue la que, *imprudentemente*, y a pesar de saber que padecía la viruela, solicitó los servicios espirituales del sacerdote, conociendo el peligro –como lo conocía el sacerdote, quien, no obstante, consintió en ese riesgo– que con ello le hacía correr de transmitirle la enfermedad.

Con ello, y aunque sólo fuera por este motivo, la *responsabilidad del médico* por la infección del capellán *debe quedar excluida*, ya que entre el comportamiento imprudente de éste, al reanudar su servicio en el hospital, y el contagio del capellán se ha *interpuesto una ulterior acción también imprudente*: justamente la del enfermo secundario, siendo éste, y no el primario, quien transmite directamente la enfermedad a la víctima.

De ahí que, como ya he indicado, la presencia o ausencia de imputación objetiva del resultado lesivo al enfermo primario no pueda discutirse dentro del marco heteropuesta-autopuesta en peligro –dentro de ese marco sólo puede examinarse la eventual responsabilidad del enfermo secundario–, sino que aquí entra en juego un criterio distinto, a saber: el de hasta qué punto puede imputarse a un autor imprudente (en este caso: al enfermo primario) un determinado resultado lesivo cuando entre éste y la acción de aquél se ha intercalado una ulterior conducta imprudente (a saber: la del enfermo secundario), quien, conociendo que padecía una dolencia contagiosa, no obstante reclamó la presencia de una persona para que le asistiera espiritualmente.

Como excede del propósito de este artículo examinar otros posibles criterios de imputación objetiva, en este lugar tengo que limitarme a establecer la conclusión –sin poder analizar los argumentos en los que la fundamento– de que esa intercalación imprudente de la conducta del enfermo secundario excluye la imputación del resultado al primario, quien, como es de sentido común, no puede ser hecho responsable de los posibles comportamientos imprudentes de las personas a las que ha contagiado, porque, en otro caso, entraríamos en una cadena de responsabilidades que permitiría atribuirle no sólo el resultado lesivo sufrido por el capellán, sino también el de

aquellas personas nuevas a las que, eventual e imprudentemente, el sacerdote pudiera contagiar, y el de otras ulteriores a las que transmitieran la enfermedad, imprudentemente también, las a su vez contagiadas por el pastor, y así sucesivamente en una progresión geométrica *ad infinitum*.

c) Excluida ya la imputación objetiva al médico de la enfermedad del capellán, ya que entre la acción de aquél y el contagio de éste se ha interpuesto la conducta imprudente del enfermo secundario, la cuestión que hay que abordar ahora es la de si ese enfermo secundario debe ser hecho responsable de la viruela contraída por el sacerdote.

Sobre ello hay que decir que, independientemente de si en este caso se trata de una autopuesta o de una heteropuesta en peligro, el enfermo secundario tampoco puede responder por el contagio del capellán, no sólo por una cuestión de imputación objetiva –que también, ya que este supuesto, como veremos en el apartado siguiente, es uno de autopuesta en peligro–, sino porque su comportamiento abiertamente imprudente –infringiendo el deber de diligencia ha requerido la presencia del pastor, por lo que era previsible que éste resultara infectado– está cubierto por una causa de justificación.

Y es que, en efecto, en el caso de la viruela, y por lo que se refiere al enfermo secundario, entra en juego el factor de la libertad religiosa, y, con ello, el de la obligación de los Estados democráticos de permitir –si no, no habría libertad religiosa– la práctica de los actos de culto y de los ritos y ceremonias de las religiones reconocidas por el Estado.

En las religiones cristianas pertenecen al *núcleo duro* de su fe el consuelo espiritual de los enfermos –una de las «obras de misericordia» es la de «visitar a los enfermos»– y la administración de los sacramentos (como lo son la confesión y la comunión), independientemente de si quien los recibe está sano o no, y, en relación a los enfermos graves, la de un sacramento específico llamado extremaunción. De ahí que si el Estado prohibiera, por el peligro de infección, la asistencia religiosa y la administración de sacramentos a los enfermos contagiosos, dejando a éstos abandonados a su suerte sin ninguna clase de auxilio espiritual, bajo amenaza de imponerles una pena por los daños personales que pudieran causar a los pastores que les asistían, ello supondría una vulneración frontal del derecho a la libertad religiosa, por lo que hay que llegar a la conclusión de que, en esas circunstancias, el peligro al que el enfermo secundario somete al sacerdote con el consentimiento de éste, y que finalmente se materializa en el contagio de la viruela, debe considerarse justificado, puesto

que el enfermo está ejerciendo legítimamente su derecho a la libertad religiosa (art. 20.7.º CP en relación con el art. 16.1 CE) (183).

d) Con lo expuesto hasta ahora en esta «Toma de posición», en el sentido de que el médico (enfermo primario) no responde del resultado lesivo infligido al capellán, porque entre su conducta y el contagio de este último se ha interpuesto el comportamiento imprudente de un tercero (del enfermo secundario) que excluye la imputación objetiva, y de que el enfermo secundario, a pesar de haber actuado imprudentemente, tampoco responde por la transmisión de la viruela, ya que, al requerir la asistencia espiritual, su comportamiento imprudente está justificado por la causa de exclusión de la antijuridicidad del ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa, me aparto del marco: heteropuesta-autopuesta en peligro, dentro del cual ha sido tratado hasta ahora el «caso de la viruela».

Pero no quiero eludir el problema, porque, si el enfermo secundario hubiera requerido, no la presencia de un capellán, sino la de un familiar o la de un amigo o la de un cliente con quien quería tratar algún negocio, y éstos hubieran accedido a esa petición, visitando al doliente, a pesar de conocer la enfermedad que padecía, y contrayendo, a consecuencia de ello, la viruela, al estar ausente en todos esos casos una causa de justificación, la eventual responsabilidad de dicho enfermo por ese resultado lesivo tendría que resolverse, efectivamente, en función de si se estima que en este caso estamos ante una heteropuesta en peligro (entonces, responsabilidad del enfermo secundario) o, por el contrario, ante una participación imprudente en una autopuesta en peligro (entonces, no-responsabilidad de aquél por ausencia de imputación objetiva).

Antes de abordar la solución del caso tal como lo acabo de plantear, permítaseme que reitere tesis que ya nos son sobradamente conocidas (184): La participación imprudente en una autopuesta consentida con resultado de muerte o de lesiones no es punible, al no concurrir el requisito típico-objetivo de la imputación objetiva, porque, como tampoco lo es la participación imprudente en un suicidio o en unas autolesiones dolosas, con mayor motivo no puede serlo la participación imprudente en un suicidio «imprudente» o en unas autolesiones imprudentes; en cambio, como la heteropuesta en peligro dolosa, es decir, y en nuestro caso: la causación dolosa por parte del autor material de una

(183) Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad no sólo en los delitos dolosos, sino también en los imprudentes: cfr., por todos, HOYER, SK, 2005, apéndice al § 16, nn. mm. 89 ss.; ROXIN, *AT I*, 2006, § 24, nn. mm. 99 ss., ambos con ulteriores referencias jurisprudenciales y doctrinales.

(184) Cfr. sobre todo ello, otra vez, supra A 1.

muerte o de una lesión se castiga como un homicidio o unas lesiones dolosas, independientemente de si el sujeto pasivo ha asumido (caso de la esposa enamorada) o no el riesgo que está corriendo, de ahí que el tercero igualmente autor material imprudente de la causación de una muerte o de un menoscabo de la integridad física responda por un homicidio o unas lesiones imprudentes, tanto si la víctima ha asumido, como si no lo ha hecho, el riesgo que corría su vida o su salud.

En mi opinión, en este caso, tal como lo acabo de construir, en el sentido de que el comportamiento imprudente del enfermo secundario no está cubierto por una causa de justificación –porque quien le visita a instancias suyas no es un capellán, sino un familiar o un amigo o un cliente– estamos ante una participación imprudente en una autopuesta en peligro (185). Ello es así porque, si un tercero-partícipe, imprudentemente, llena una determinada habitación de gas letal, y la víctima, para acabar con su vida o para sufrir lesiones tóxicas, *penetra* en dicha habitación, la conducta de aquél sería constitutiva de una participación imprudente (*impune*) en un suicidio o en unas autolesiones dolosas, ya que es el propio automuerto o autolesionado el que, con su acción, y aprovechándose de las circunstancias negligentemente colocadas por el partícipe imprudente (conversión de la habitación en un recinto tóxico), se ha autocausado, como *autor material*, su propia muerte o el propio menoscabo de su integridad física, al introducirse en el espacio envenenado. Este caso es estructuralmente idéntico al que se da en la nueva variante que acabamos de configurar del «caso de la viruela», pues son el familiar o el amigo o el cliente quienes *se introducen* en la habitación donde se encuentra aislado el enfermo secundario, es decir: allí donde se encuentra el foco del virus, autoprovocándose así el contagio de la viruela y, como consecuencia de ello, el menoscabo de su salud o, eventualmente, su propia muerte. Naturalmente que todo ello rige únicamente para el supuesto de que el tercero contagiado por el enfermo secundario conociera la enfermedad de éste, porque, si ignoraba que la persona a la que visitaba padecía la viruela, entonces, y teniendo en cuenta el *conocimiento superior* que poseía el doliente de la dimensión del peligro, el *consentimiento* de

(185) En el «caso del capellán», tal como aconteció realmente en el supuesto de hecho que tuvo que resolver la jurisprudencia alemana, la doctrina dominante estima que se trata de uno de autopuesta en peligro: cfr. sólo SCHÜNEMANN, *JA*, 1975 («autopuesta en peligro voluntaria»); FELJOO, *RDPC*, 2000, p. 323 n. 32 («autopuesta en peligro atípica»); SCHROEDER, *LK*, 2003, § 16, n. m. 182 («Se trata de una autopuesta en peligro *impune*»); CASTALDO, 2004, pp. 233/234; ROXIN, *AT I*, 2006 § 11, n. m. 109 («autopuesta en peligro»).

ese tercero sería *jurídicamente ineficaz*, lo que condicionaría la responsabilidad del previamente enfermo por la dolencia transmitida.

F) CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto supra A 1, y con más detenimiento en mi artículo publicado en Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón (186), la participación imprudente en una autopuesta en peligro es impune, mientras que es punible la heteropuesta en peligro consentida.

Prescindiendo de los supuestos de participación imprudente en una autopuesta en peligro, en la que el partícipe añade a esta cualidad la de ser garante –como sucede, por ejemplo, en los casos de accidentes de trabajo, respecto de los encargados de la seguridad laboral–, y donde debe responder por los daños que se autocausa la víctima, no porque aquél sea partícipe, sino porque, además, es garante (187), en los casos en los que la víctima, sin actuar imprudentemente, pierde la vida o sufre lesiones a consecuencia de su propia actividad, cuando trata de evitar la amenaza de menoscabos de bienes jurídicos desencadenada por la acción dolosa o imprudente de un tercero, tal como sucede en los incendios provocados antijurídicamente, el incendiario responde por los daños personales que se autocausa el salvador, siempre que la actividad de este último *no haya sido imprudente*; en cambio, si el comportamiento del salvador autodañado es también imprudente, estamos ante un caso paradigmático de participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente, quedando excluida, en consecuencia, la imputación objetiva a quien desencadenó el siniestro de esos autodaños personales.

Si la participación *no es imprudente*, porque el partícipe provocó legítimamente la situación de peligro –por ejemplo, emprendiendo una escalada alpina arriesgada–, y quien pretende rescatarle se autocausa daños personales, a aquél no se le pueden imputar objetivamente éstos, dado que no es posible vincular responsabilidad penal alguna a un comportamiento *ab initio* conforme a Derecho.

En los supuestos de transmisión del VIH por vía sexual, la persona hasta entonces sana que contrae la enfermedad de la ya contagiada, se está autocausando su enfermedad o, en su caso, su propia muerte,

(186) Cfr. supra nota 1.

(187) Para una fundamentación de esta tesis cfr. GIMBERNAT, 2004, pp. 454 ss.

reconducibile a su conducta de fornicar, de copular o de acostarse con otro, por lo que, al tratarse de una autopuesta en peligro con resultado de lesiones o muerte, queda excluida la imputación objetiva de esos menoscabos de bienes jurídicos a su pareja sexual seropositiva, siempre y cuando ésta no le haya ocultado su dolencia a la víctima. En cambio, si se la ha ocultado, al portador del VIH habrá que imputarle objetivamente los resultados lesivos, ya que, al poseer un conocimiento superior al de la víctima de la dimensión del peligro que corría ésta, esa autopuesta en peligro no puede considerarse eficazmente consentida.

En el llamado «caso de la viruela», y por lo que se refiere al médico que introdujo la enfermedad desde Asia, quien transmite la enfermedad no es éste, sino otra persona que, a su vez, fue contagiada por el médico; se trata, por consiguiente, de una actividad imprudente –la del enfermo que, vulnerando las reglas que rigen la cuarentena, solicita el auxilio espiritual de un pastor– que se intercala entre la primera conducta imprudente –la del médico que introdujo la enfermedad en Alemania, ocultando su dolencia e impidiendo, así, que hubiera podido ser aislado como enfermo infecto-contagioso– y el resultado final de la viruela contraída por el sacerdote, intercalación que excluye que esta dolencia pueda ser imputada objetivamente al enfermo primario. Sin embargo, el enfermo secundario tampoco puede ser hecho responsable del contagio del capellán, ya que la conducta imprudente de aquél está cubierta por la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa. Y tampoco se le podría imputar la transmisión de la viruela, aunque no concurriera esa causa de exclusión de la antijuridicidad, si, por ejemplo, la visita que hubiera solicitado fuera la de un familiar o de un amigo o de un cliente, ya que en tal caso –y siempre que el visitante conociera la dolencia contagiosa del enfermo– estaríamos ante una (impune) participación imprudente en una autopuesta en peligro eficazmente consentida.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO Y OTROS, *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, volumen I, Madrid, 2003. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 11 ed., Bielefeld, 2003. (Se cita BAUMANN/WEBER o BAUMANN/MITSCH, según los autores que han elaborado el correspondiente capítulo.)

- BERNSMANN/ZIESCHANG, *Zur strafrechtlichen Haftung des Verursachers einer Gefahrenlage für Schäden eines Retters* –BGHSt 39, 322, JuS 1995, pp. 775-779.
- BOTTKE, «Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung», *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, pp. 171-247.
- CANCIO, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)», *RDPC*, 1998, pp. 49-99.
- CANCIO, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona, 2001.
- CASTALDO, *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- CEREZO, «Curso de Derecho penal español, Parte General, II», *Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, 1998.
- CORCOY, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.
- CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3.ª ed., Madrid, 2002.
- DEGENER, «Die Lehre vom Schutzzweck der Norm» und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, *Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik*, tomo 6, Baden-Baden, 2001.
- DERKSEN, «Strafrechtliche Verantwortung für fremde Selbstgefährdung», *NJW*, 1995, pp. 240-241.
- DÖLLING, «Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers», *GA*, 1984, pp. 71-94.
- FEIJOO, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza, 1999.
- FEIJOO, «Actuación de la víctima e imputación objetiva. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», *RDPC*, 5 (2000), pp. 265-333.
- FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung –unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, *Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft*, tomo 898, Frankfurt a. M.-Berna-Nueva York-París, 1990.
- FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, *Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, tomo 1, Heidelberg 1988. (Hay traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, con el título «Comportamiento típico e imputación del resultado», Madrid-Barcelona, 2004).
- «Selbstgefährdung im Strafrecht. Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten», *NStZ*, 1992, pp. 1-7, 62-67.
- *Tipo penal e imputación objetiva*, traducido por CANCIO, DE LA GÁNDARA, JAÉN y REYES, bajo la supervisión de VENTURA, Madrid, 1995.
- *Strafrechtssystem und Rechtsfindung. Zur Bedeutung systematischer Einsichten für die Beantwortung von Sachfragen –am Beispiel der «Zurechnung bei Retterunfällen»*, Nishihara-FS, 1998, pp. 66-87.

- «Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs», *Roxin-FS*, 2001, pp. 213-237. (Existe una traducción de este artículo, realizada por ROBLES, y publicada en: FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 1-60.)
- GARCÍA ÁLVAREZ, «La relevancia de la intervención de la “víctima” en conductas de riesgo que conducen a una lesión», *RDPC*, 3 (1999), pp. 401-420.
- *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999.
- GEPPERT, *Rechtfertigende «Einwilligung» des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? (Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung)*, *ZStW* 83 (1971), pp. 947-1001.
- GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966. (Existe una reimpresión de esta obra publicada en editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006.)
- «Acerca del dolo eventual (1969)», *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 240-265.
- «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal? (1970)», *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 140-161.
- «El sistema del Derecho penal en la actualidad (1971)», *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 162-181
- «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato) (1990)», *Ensayos penales*, 1999, pp. 403-427.
- «Prólogo» al libro de Rafael Alcácer *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003.
- «Revisión de: Cerezo, Curso de Derecho penal», Parte General, vol. III, *Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, 2001, *RDPC* 13 (2004), pp. 433-443.
- «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 431-457.
- GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA*, Valencia, 1998.
- HELGERTH, «Aids-Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr», *NStZ*, 1988, pp. 261-264.
- HELLMANN, «Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung», *Roxin-FS*, 2001, pp. 271-285.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, «Imputación objetiva versus dominio del hecho», *Cerezo-LH*, 2002, pp. 735-762.
- HERZBERG, *SIDA: Desafío y piedra de toque del Derecho penal, Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 121-155.
- HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, Schriften zum Strafrecht*, tomo 150, Berlín, 2004.
- HUGGER, *HIV-Übertragung als mitherrschaftliche Beteiligung an fremder Selbstverletzung-BayObLG*, *NJW* 1990, 313, *JuS* 1990, pp. 972-977.

- JAKOBS, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento jurídico-penal de la comisión (1977)», *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 241-270. [Este trabajo es una versión del artículo de JAKOBS publicado en ZStW 89 (1977), pp. 1-35, en traducción de CANCIO, con algunas modificaciones introducidas por JAKOBS para la versión española.]
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch, 2.^a ed., Berlín-Nueva York 1991. (Hay traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995).
- La imputación objetiva en Derecho penal, traducción de CANCIO, con un estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO, Madrid, 1996.
- La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte (1992), *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 385-412.
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín 1996. (La 3.^a edición de esta obra ha sido traducida al castellano por MIR y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1981; la 4.^a edición, por MANZANARES, Granada, 1993; y la 5.^a ed., por OLMEDO, Granada, 2002.)
- KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Munich, 2005.
- LK, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11.^a ed., Berlín, 1992-2003. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- LUZÓN PEÑA, *Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español, Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 11-23.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid*, tomo 60, Madrid, 1992.
- MAURACH/GÖSSEL/[ZIPF], *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch, 7.^a ed., Heidelberg 1989. (Hay traducción española de BOFILL, Buenos Aires, 1995.)
- MIR, «Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente, Comentario a la STS de 17 de julio de 1990», *ADPCP*, 1991, pp. 259-267.
- *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 389-408.
- MünchKommStGB, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, 2003. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- NK, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2.^a ed., Baden-Baden, 2005. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- ОТТО, *Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht*, Maurach-FS, 1972, pp. 91-105.
- *Die aktuelle Entscheidung. Selbstgefährdung und Fremdverantwortung –BGH NJW 1984, 1469–*, Jura, 1984, pp. 536-541.
- *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und –gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und –gefährdung*, Tröndle-FS, 1989, pp. 157-175.

- *Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht*, Jura, 1992, pp. 90-99.
- *Kausalität und Zurechnung*, Wolff-FS, 1998, pp. 395-416.
- *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.^a ed., Berlín, 2004. PEÑARANDA (v. BAJO y otros).
- PORTILLA, *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo*, CPC 45 (1991), pp. 695-738.
- PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, tomo I. Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Baden-Baden, 2002.
- REYES, *Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, 1994.
- ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Honig-FS, 1970, pp. 133-150.
- *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, Gallas-FS, 1973, pp. 241-259. (Hay traducción española de este artículo, por LUZÓN PEÑA, con el título «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos culposos», en ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 181-199.)
- *Comentario a una sentencia del BGH de 14 de febrero de 1984*, NSTZ, 1984, pp. 410-412.
- *Comentario a una sentencia del BGH de 9 de noviembre de 1984*, NSTZ, 1985, pp. 319-321.
- *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*, Chengchi Law Review, 1994, pp. 219-257.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., Munich, 2006. (Hay traducción española de la 2.^a ed., por LUZÓN PEÑA, DE VICENTE y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Madrid, 1997).
- RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, JuS 1969, pp. 549-557.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26 ed., Munich 2001. (A partir de la 18 ed., 1975, este Comentario, fundado por SCHÖNKE, y continuado posteriormente, hasta su fallecimiento, por SCHRÖDER, se convierte en una obra colectiva, por lo que se cita, añadiendo a SCHÖNKE/SCHRÖDER, el autor concreto que ha elaborado el correspondiente comentario).
- SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, tomo 63, Tübingen, 1986.
- SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, pp. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798.
- *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?-Besprechung des Urteils BGH*, NSTZ 1981, 350, NSTZ 1982, pp. 60-63.

- *Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung-Eine Zwischenbilanz*, Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, pp. 373-509.
- *Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA, Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 25-99.
- Über die objektive Zurechnung, GA 1999, pp. 207-229.
- SK, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a/8.^a ed., Neuwied-Kriftel-Berlín, situación: octubre de 2005 (entrega 41). (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- SOWADA, *Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von durch einen Primärtäter ausgelösten Retterunfällen*, JZ, 1994, pp. 663-668.
- STREE, *Beteiligung an fahrlässiger Selbstgefährdung* –BGHSt 32, 266 und BGH, NStZ 1984, 452, JuS 1985, pp. 179-184.
- TORÍO, *Significación dogmática de la «compensación de culpas» en Derecho penal*, Fernández Albor-LH, Santiago de Compostela, 1989, pp. 709-723.
- WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und «Opfer» bei riskantem Zusammenwirken, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, tomo S 23, Freiburg i. Br., 1991.
- WEBER, *Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen*, Baumann-FS, 1992, pp. 43-55.
- *Einwände gegen die Lehre von der Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung im Betäubungsmittelstrafrecht*, Spindel-FS, 1992, pp. 371-380.
- WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 35 ed., Heidelberg, 2006.
- ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, *Heidelberger Forum*, tomo 84, Heidelberg, 1993.

