

A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad (*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal.
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo se ocupa de la imputación objetiva y de los cinco criterios que pueden llevar a su exclusión, de la autoría mediata e inmediata y de las formas de participación delictiva, de la teoría del dominio del hecho, de la de los bienes escasos y del papel que pueden desempeñar los «actos neutrales» para distinguir a la cooperación necesaria de la complicidad. Se estudia también la omisión impropia y la fórmula que emplea la doctrina dominante para imputar el resultado al garante, así como de la relación entre neurociencias y Derecho penal.

Palabras clave: Imputación objetiva, fin de protección de la norma, consentimiento de la víctima en el riesgo, autoría y participación, dominio del hecho, «actos neutrales», quasicausalidad de la omisión impropia, libre albedrío, reprochabilidad, psicoanálisis, neurociencias.

ABSTRACT

This paper deals with objective imputation criteria, immediate and mediate criminal authorship, about the forms of participation in the crime, about domain theory of crime, about theory of scarce goods, and discusses the role that «neutral acts» to distinguish between the conduct of accomplice and the performance of the necessary cooperation at the Crime. Improper omission is also studied and the formula used by

(*) El presente trabajo está destinado al Libro-Homenaje que, con motivo de su 70 cumpleaños, dedican los penalistas de habla española a Bernd Schünemann.

the dominant doctrine to impute the result to the guarantor, besides the relationship between neuroscience and Criminal Law.

Keywords: *Objective imputation, protection to which the standard is directed, the consent of the victim in a risk situation, author and participant in the crime, domain theory of crime, «neutral acts», improper omission causation, freewill, reproachability, psychoanalysis, neuroscience.*

SUMARIO: A) La imputación objetiva. I. Introducción.–II. Los cinco criterios integrantes de la imputación objetiva. 1. El fin de protección de la norma. 2. Exclusión de la imputación objetiva cuando la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta. 3. El consentimiento de la víctima en el riesgo como factor excluyente de la imputación objetiva. 4. Casos de ausencia (o de presencia) de imputación objetiva cuando entre la acción inicial dolosa o imprudente y el resultado típico final se interpone la conducta, también dolosa o imprudente, de un tercero. 5. Comportamiento alternativo conforme a Derecho vs. teoría del incremento del riesgo. III. La imputación objetiva en Jakobs. Crítica al intento de sustituir los criterios jurídicos por otros de carácter sociológico. IV. La definición de la imputación objetiva como la creación de un riesgo ilícito que se ha realizado en el resultado. V. Consideraciones finales.– B) La participación delictiva. I. Introducción. II. Los distintos problemas históricos de autoría y participación en Alemania y en España: la autoría mediata y la cooperación necesaria. III. La previsión expresa de la autoría mediata en los Códigos Penales. IV. Mi punto de partida sobre autoría y participación delictiva. V. La teoría del dominio del hecho. VI. Partícipes que colaboran con actos ejecutivos y partícipes que lo hacen con actos preparatorios. VII. El problema de la cooperación necesaria. VIII. La teoría de los bienes escasos. Reformulación y rebautizo de la teoría de los bienes escasos: la «teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)». IX. Los «actos neutrales» o «actos cotidianos». X. Conclusiones. 1. Autores. 2. Partícipes.–C) La omisión impropia.–D) El derecho penal de la culpabilidad

Cuando escribo un artículo científico –pero también cuando el trabajo está destinado a un medio de comunicación– no empiezo a redactar ni una sola línea hasta que he recopilado –y me he empapado de– el material bibliográfico y jurisprudencial que se ha ocupado previamente de la materia de la que voy a tratar. Este artículo es una excepción: está redactado desde la memoria y me he lanzado a escribirlo, por así decirlo, a pelo, levantándome cuando era necesario del sillón en el que me siento ante mi mesa de trabajo y tomando de la estantería de mi biblioteca –sólo excepcionalmente he tenido que acudir también a la de mi Departamento de Derecho Penal de la Universidad Complutense– el libro o el artículo publicado en una revista o en una obra colectiva de los que recordaba que podía venir a cuento consultar y, en su caso, citar.

De todas la materias de las que trato en la presente contribución empecé a ocuparme hace varias décadas, incluso hace ya más de –o cerca de– medio siglo. Confío, no obstante, en que el lector pueda encontrar ideas nuevas sobre temas viejos – si bien siempre actuales–, aunque ya le aviso que va a volver a comprobar –si es que conoce mi obra– que uno de los rasgos que caracteriza mi producción científica es el de que –y no sé si eso es un defecto o una virtud– pocas veces cambio de opinión.

A) LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. Introducción

La teoría de la imputación objetiva surge entre los años 60 y 70 del pasado siglo y, desde entonces, pasa a ocupar en la teoría del delito –o, por lo menos, en la de la tipicidad– el papel central que, desde finales del siglo XIX, y hasta la irrupción de la imputación objetiva, habían desempeñado, primero, las teorías de la causalidad y, posteriormente, las de la acción. Desde una perspectiva histórica, es fascinante contemplar cómo, parafraseando a v. *Kirchmann*, las teorías de la acción convierten en maculatura a bibliotecas enteras –con obras escritas desde finales del siglo XIX hasta la mitad del siglo XX– que se habían ocupado del problema causal en Derecho penal y cómo, a su vez, la imputación objetiva ha arrumbado –arrinconándolas en el baúl de los recuerdos– con decenas de miles de brillantes páginas, escritas fundamentalmente entre las décadas de los 40 y los 90 del pasado siglo –aunque todavía, fuera de Alemania, se siguen produciendo algunos coletazos–, dedicadas a defender o a criticar algunas de las distintas teorías de la acción, especialmente [pero no sólo (1)], la causal, la final y la social.

En su aspecto subjetivo, el tipo exige que la conducta sea dolosa o imprudente (2). Pero para que exista una conducta típica es preciso,

(1) «Ciertamente que hay que desmentir el rumor surgido en el extranjero de que en Alemania una censura secreta prohíbe la aparición de un nuevo manual de Derecho penal en el caso de que no se ofrezca un nuevo concepto de acción» (Armin KAUFMANN, «Die Funktion des Handlungsbegriffes im Strafrecht», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 21).

(2) El sistema finalista es el primero en introducir el dolo, como elemento subjetivo, en la tipicidad dolosa, construcción dogmática que posteriormente, y con razón, ha sido asumida por la doctrina dominante, pero al margen ya, y desconectándola, de la teoría final de la acción, cuyo último y único representante relevante en Alemania, HIRSCH, ha fallecido recientemente (*cfr.* mi necrológica de HIRSCH

además, que esa conducta subjetivamente típica haya realizado el tipo objetivo, y el tipo objetivo ya no se compone únicamente de relación de causalidad entre la acción y el resultado –tal como se entendió hasta la aparición de la teoría de la imputación objetiva– sino que, si esa causalidad concurre (en el sentido de la teoría de la condición), hay que preguntarse ulteriormente si la lesión del bien jurídico le es imputable objetivamente o no al causante de la misma. Como he escrito en otro lugar (3), «[l]a teoría de la imputación objetiva supone una *clarificación* y, con ello, un *avance* en la comprensión del tipo objetivo, dando a cada uno lo suyo: lo que en el tipo objetivo es ontológico –la causalidad– debe decidirse, consecuentemente, también con consideraciones avalorativas, a saber: con la teoría de la condición; y lo que es valorativo debe decidirse con criterios de carácter normativo, a saber: con la teoría de la imputación objetiva».

La teoría de la imputación objetiva, por consiguiente, sólo entra en juego para excluir en última instancia la tipicidad si consta ya que un comportamiento doloso o imprudente ha causado –condicionado– el resultado típico, porque si no hay comportamiento, o éste no se ha ejecutado dolosa o imprudentemente, o no ha causado (condicionado) el resultado), la ausencia de acción, de dolo o, en su caso, de imprudencia, o de relación de causalidad, nos basta y nos sobra ya para fundamentar la ausencia de tipicidad (4).

Los críticos de la teoría de la imputación objetiva argumentan en contra de ella que es un *totum revolutum*, informado por una tópica insufrible, que continuamente se está sacando de la manga nuevos y arbitrarios criterios poco o nada fundamentados, para finalmente afirmar, apodócticamente, la ausencia de responsabilidad de un determinando comportamiento por no ser objetivamente imputable al autor el

en ADPCP 2011, pp. 5 ss.). En cambio, que la imprudencia integre el tipo subjetivo del delito imprudente, como con razón mantiene, también, la doctrina dominante, es una conclusión a la que se llegó al margen de la teoría final de la acción, si bien Welzel quiso adornarse posteriormente –como si fuera su descubrimiento– con esa pluma ajena que no le correspondía (cfr. GIMBERNAT, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, pp. 91-93 (= *el mismo*, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, 2013, pp. 71-73 con notas 208 a 210); *el mismo*, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2007, pp. 79/80, con notas 332 a 334. (La primera edición de este último libro es de 1966, y existen dos reimpresiones posteriores: de 1990, publicada en Madrid, y de 2007, publicada en Montevideo-Buenos Aires. En el presente trabajo cito de la reimpresión de 2007, por ser aquella a la que actualmente se puede acceder más fácilmente).

(3) GIMBERNAT, «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, p. 97.

(4) Cfr. GIMBERNAT, «¿Qué es la imputación objetiva?» (1987), *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed. 1990, pp. 209 ss.

resultado típico causado. Es cierto que de la teoría de la imputación objetiva no sólo se ha usado, sino también abusado, y que existen autores que, en su incapacidad para fundamentar una determinada solución –correcta o incorrecta–, acuden a la novedad –y al resplandor– de la imputación objetiva para dar apariencia de científica a una de esas soluciones que, en muchos casos, no pasa de ser una ocurrencia. Pero de este abuso no tiene la culpa la teoría de la imputación objetiva, sino exclusivamente alguno de sus defensores.

La teoría de la imputación objetiva, tal como –implícita o explícitamente– fue entendida en un principio, supone, como ya he señalado, el último filtro –y un filtro exclusiva y excluyentemente de carácter normativo– que tiene que recorrer un comportamiento doloso o imprudente causante del resultado típico para que pueda afirmarse que concurre en él, definitivamente, el elemento del delito de la tipicidad. De los criterios normativos con los que opera la teoría de la imputación objetiva voy a exponer a continuación aquéllos que, en mi opinión, son los únicos que, a la altura de 2014, han demostrado su vigencia. Junto a *Roxin*, *Rudolphi*, *Schünemann* –nuestro sabio y querido homenajeado–, *Puppe* y, tal vez, *Otto*, me considero un representante de la teoría de la imputación objetiva –por así llamarla– ortodoxa, y si bien existen discrepancias entre nosotros sobre los casos que deben ser tratados dentro de la imputación objetiva (5), sobre la solución que deben recibir y sobre la fundamentación que justifique dicha solución, lo que tenemos en común es la concepción de la imputación objetiva como un criterio normativo perteneciente al tipo objetivo y la coincidencia en muchos de los argumentos con los que operamos.

II. Los cinco criterios integrantes de la imputación objetiva

En el presente estado de la dogmática penal el *catálogo cerrado* de criterios integrantes de la imputación objetiva –lo que no quiere decir, naturalmente, que no esté dispuesto a ampliarlo si alguien aporta uno nuevo con argumentos convincentes– es, en mi opinión, el que relaciono a continuación *con pretensiones de exhaustividad*.

(5) Discrepo de ROXIN, por ejemplo, en que el criterio de la disminución del riesgo pertenezca a la imputación objetiva y opino, con la doctrina dominante, que estamos, más bien, ante un supuesto de estado de necesidad que excluye la antijuridicidad de una acción típica –«A ve volar hacia la cabeza de B, de manera amenazadora, una piedra que no la puede desactivar, pero sí desviarla a una parte del cuerpo menos peligrosa», ROXIN, Honig-FS, 1970, p. 136–, en cuanto que se causa una lesión de menor entidad para evitar otra de mayor gravedad.

1. EL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

Un comportamiento doloso o imprudente causante de un resultado típico no será, no obstante, objetivamente imputable y, por consiguiente, tampoco típico, *si la norma formalmente infringida no se estableció para evitar ese resultado tal como en concreto se produjo, o sea: si esa forma de producción del resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma.*

La STS de 30 de mayo de 1988 se ocupa de un supuesto de hecho en el que el conductor de un camión, A, embistió por detrás a un ciclomotor de 49 c.c., conducido por B, que, a pesar de estar ello prohibido por la escasa cilindrada del vehículo, había autorizado que en la parte trasera viajara la muchacha X. De resultas de la embestida el conductor de la motocicleta, B, resultó lesionado y la acompañante X muerta. La Audiencia Provincial había condenado al camionero por un homicidio imprudente en la persona de X y por unas lesiones imprudentes en la de B. Y, a su vez, también a B por la muerte imprudente de su acompañante. Ciertamente que el conductor del ciclomotor había *causado* la muerte de X, porque si no hubiera autorizado que le acompañara, ésta no se habría encontrado en la parte trasera del ciclomotor cuando fue arrollada y muerta por el camión; y ciertamente, también, que la conducta de B había sido *imprudente*, en cuanto que, en contra del entonces vigente artículo 133.d) del Código de la Circulación (C. de la C.), había transportado a una persona en su ciclomotor, a pesar de que ello estaba prohibido por el citado precepto. Pero con la comprobación de que B había *causado imprudentemente* la muerte de X todavía no quedaba cerrada la cuestión de la tipicidad, ya que todavía restaba por determinar si la causación imprudente del resultado típico le era objetivamente imputable al causante del mismo, cuestión a la que había que contestar negativamente sobre la base del criterio del fin de protección de la norma. Porque, ¿qué clase de accidentes son los que quiere evitar el legislador cuando prohíbe que un ciclomotor transporte, además de al conductor, a una segunda persona? Obviamente, y teniendo en cuenta la escasa potencia del motor, a que el transporte de dos personas en el vehículo favorezca accidentes reconducibles a la falta de estabilidad y a las dificultades de manejabilidad del ciclomotor, puesto que para otros vehículos de dos ruedas con una cilindrada superior no existe norma alguna que prohíba el transporte en los mismos de dos personas. Como el accidente que causó la muerte de X no tiene su origen en problemas de estabilidad del ciclomotor, sino en que fue embestido por detrás por el camión, de ahí se sigue que el legislador no estaba pensando en un accidente de esas características causante de la muerte cuando estableció la prohibición

del artículo 133.d) C. de la C., porque, si hubiera querido evitar también muertes como consecuencia de esas embestidas imprudentes por parte de otros vehículos, también tendría que haber prohibido –lo que no ha hecho– el transporte de dos personas en motocicletas de mayor cilindrada, de donde se sigue que la concreta muerte imprudentemente causada por B a X cae fuera del ámbito de protección de la norma y es, por consiguiente, atípica. A esta clase de consideraciones acude también la mencionada sentencia del TS cuando, casando la sentencia de instancia, resuelve absolver a B: «La finalidad de esta prohibición [la del art. 133.d) C. de la C.] se debe ver en la evitación de resultados que sean producto directo de las dificultades de conducción que el transporte de la persona adicional necesariamente origina. Consecuentemente, la muerte producida a la víctima por el golpe que le dio el camión, en la medida en que no se conecta con las dificultades de conducción que la persona podría haber generado, cae fuera del ámbito de protección de la norma de cuidado infringida, lo que determina que no sea objetivamente imputable al procesado».

Como ulterior ejemplo de aplicación del criterio del fin de protección de la norma para excluir la imputación objetiva –y, con ello, la tipicidad– de conductas dolosas o imprudentes causantes del resultado típico, he acudido, en otro lugar (6), al conocido ejemplo del incendio en el hospital, manteniendo que «el “fin de protección de la norma” es el que explica ... por qué no responde el autor imprudente de un atropello por la muerte de la víctima que, después de ser arrollada, fallece a consecuencia de un incendio que se declara en el hospital al que ha sido trasladada para ser curada de sus heridas. Si el legislador prohíbe que se circule negligentemente, la finalidad que con todo ello persigue es, obviamente, la de prevenir que quien resulta atropellado pueda morir por las lesiones que le produce el conductor imprudente, pero lo que con ello no quiere –ni puede– impedir es que el accidentado perezca en el incendio de un edificio, ya que el establecimiento de esa prohibición no tiene incidencia alguna en la evitación o no-evitación de una muerte en tales circunstancias, porque *podría muy bien suceder que precisamente ese atropello* –si variamos uno de los factores del supuesto de hecho con el que estamos operando– *hubiera impedido que la víctima pereciera abrasada*, pues si lo que se incendia no es el hospital, sino su casa, en donde se habría encontrado en el caso de no haber resultado lesionada por el autor impru-

(6) GIMBERNAT, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», *RDPC*, núm. extr. 2 (2004), pp. 78/79, cursivas en el texto original (este trabajo se ha publicado también en: Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón 2004). La misma idea ya en GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 175/176.

dente, entonces habría sido precisamente en el hospital en donde se hubiera encontrado a salvo, evitando así que las llamas acabaran con su vida mientras se encontraba en su vivienda –ilesa hasta entonces, porque no habría sufrido atropello alguno– contemplando tranquilamente la televisión. Con otras palabras: Si el legislador quiere prevenir, en serio, que una persona perezca abrasada en un edificio, entonces le surgiría la duda de si debía prohibir o permitir que alguien atropellara a otro imprudentemente, porque si lo que se incendia es la casa donde vive la víctima, entonces sería precisamente la circunstancia de encontrarse en el hospital –por lo que lo procedente sería permitir el atropello– la que habría salvado la vida del sujeto pasivo, de donde se sigue: la finalidad que persigue el legislador al prohibir que se atropelle imprudentemente a otra persona es prevenir que se pueda producir la muerte a consecuencia de las heridas sufridas en el accidente, pero no a consecuencia de un incendio, ya que aquella acción puede condicionar *indistintamente* que perezca abrasado (si lo que es pasto de las llamas es el hospital) como que se salve de esa clase de muerte (si, mientras se encuentra en el hospital, lo que se incendia es su casa): el fin de protección de la norma que veda esa conducta no es el de impedir un fallecimiento a consecuencia de incendios de edificios, y, por ello, si se produce en esas circunstancias, procede la absolución del autor del accidente por un homicidio imprudente, por falta de imputación objetiva, ya que la muerte por incendio no pertenece a la clase de las que quería impedir el legislador cuando estableció la prohibición de circular imprudentemente por las carreteras».

Por otra parte, el criterio del fin de protección de la norma no sólo es aplicable para excluir la tipicidad de conductas imprudentes –tanto en el supuesto del ciclomotor como en el del incendio en el hospital estamos en presencia de acciones imprudentes–, sino también de otras dolosas, lo que es fácil de demostrar introduciendo una variante en el supuesto que acabo de examinar del incendio en el hospital: si la víctima resulta herida, no a consecuencia de un accidente de tráfico provocado imprudentemente, sino porque el autor ha disparado contra ella *con la intención de matarla*, y ésta fallece finalmente abrasada en un incendio declarado en el hospital a donde había sido trasladada para el tratamiento de sus heridas, como la conducta de ese autor ha sido una *dolosa causante del resultado típico*, para determinar definitivamente la tipicidad de un homicidio doloso, será necesario someter ese comportamiento al último filtro de la imputación objetiva, por lo que, de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, habrá que preguntarse qué clase de resultados mortales pretende impedir el legislador cuando prohíbe que se dispare contra otra persona con la intención de quitarle la vida. La respuesta no puede ser otra que la de

tratar de impedir que la víctima muera, de una manera más o menos directa, como consecuencia de los disparos, pero no de un incendio en un edificio, ya que resultar herido por arma de fuego no aumenta para nada la posibilidad de perecer abrasado, porque –argumentando de manera idéntica a como lo hemos hecho cuando las heridas tienen un origen imprudente–, si lo que arde es la vivienda del herido, en lugar del hospital donde se encontraba, habría sido precisamente el ataque doloso el que le habría salvado de morir quemado. Con otras palabras: Si lo que el legislador pretende impedir es que una persona muera como consecuencia de un incendio, entonces no sabría muy bien lo que tenía que hacer: si prohibir o permitir que se disparase contra otro, porque esa acción no aumenta para nada la probabilidad de perecer calcinado –igualmente, y en función de cuál es el edificio que es pasto de las llamas (hospital o vivienda), le puede salvar o no salvar–, de donde se sigue que, al no ser la muerte por incendio una de las que se quería evitar cuando se estableció la prohibición de dirigir balas contra una persona, ese resultado concreto queda fuera del ámbito de protección de la norma y, por consiguiente, y por mucho que se haya *causado dolosamente* la muerte de una persona, el comportamiento del autor no integra, por ausencia de imputación objetiva, un homicidio intencional consumado, con lo que la única calificación posible de la conducta es la de una tentativa de homicidio.

El siguiente criterio al del fin de protección de la norma (7) que, como integrante de la imputación objetiva, paso a exponer a continuación es el de:

2. EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA CUANDO LA ACCIÓN DOLOSA CAUSANTE DEL RESULTADO TÍPICO ES UNA OBJETIVAMENTE CORRECTA (8)

Este criterio sirve para fundamentar por qué, *cuando se causa dolosamente un resultado típico* mediante una acción objetivamente

(7) Para más detalles sobre el contenido y aplicaciones del principio del fin de protección de la norma, me remito a GIMBERNAT, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, pp. 132 ss. (= GIMBERNAT, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, 2013, pp. 104 ss.); el mismo, *Delitos cualificados*, 1966, pp., 140 ss.; el mismo, «Fin de protección de la norma e imputación objetiva», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volumen II, 2009, pp. 489 ss. (este artículo ha aparecido también en ADPCP 2008, pp. 5 ss.).

(8) Para más detalles sobre este criterio cfr. GIMBERNAT, *Problematik*, pp. 143 ss. (= el mismo, *Beiträge*, pp. 112 ss.); el mismo, *Delitos cualificados*, pp. 167 ss.; el mismo, *Estudios* (1987), 1990, pp. 214 ss.

correcta, dicho resultado no se le puede imputar objetivamente al autor. De esta manera se solucionan casos tradicionales como el de quien, *para matar a otra persona*, convence a ésta para que realice un viaje en avión, pagándole el pasaje, consiguiendo su propósito al estrellarse el aparato contra el suelo falleciendo todos sus ocupantes.

El motivo por el cual el autor, *a pesar de que ha causado dolosamente* (9) *un resultado típico*, no debe responder por éste, reside en que el medio al que ha acudido para lograr su propósito ha sido uno objetivamente correcto y porque, en consecuencia, y sobre la base del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, castigar dicha conducta supondría reprimir penalmente un *mero mal pensamiento* que no se ha plasmado en el mundo exterior con una conducta que presente el mínimo viso de antijuridicidad. De la misma manera, si un conductor, con la intención de matar a su acompañante en un accidente de circulación, emprende un viaje por una carretera especialmente peligrosa, en la que existen numerosos puntos negros que denotan el elevado número de siniestros que se producen anualmente en dicho tramo, y éste accidente sobreviene, consiguiendo así su propósito, al autor tampoco se le podrá imputar objetivamente el resultado, siempre y cuando en la conducción del vehículo ese autor haya respetado escrupulosamente todas las normas del tráfico rodado.

La conocida definición –a la que volveré más adelante– de que, para imputar un resultado, es necesario haber creado un riesgo ilícito y que este riesgo se haya realizado en el resultado, definición que es la que se suele utilizar para negar la imputación objetiva en este grupo de casos, parte de una petición de principio en la que se da por acreditado lo que precisamente hay que demostrar, a saber: que la observancia del cuidado debido –independientemente de la peligrosidad que encierre la acción ejecutada– no sólo excluye la tipicidad del comportamiento en el delito imprudente, sino también en el doloso, algo que creo haber argumentando convincentemente en otros escritos míos a los que aquí me remito (10). Y es sólo entonces, una vez que *previamente* se ha fundamentado por qué el riesgo permitido no sólo forma parte del tipo imprudente, sino también del doloso, cuando ya puede afirmarse que, en efecto, ese comportamiento doloso plasmado en una

(9) Un sector de la doctrina niega que aquí estemos en presencia de un comportamiento *doloso*, lo que fundamentaría ya la no responsabilidad del autor; en contra de esta fundamentación cfr. GIMBERNAT, *Problematik*, pp. 139 ss. (= el mismo, *Beiträge*, pp. 109 ss.); el mismo, *Delitos cualificados*, pp. 163; y el mismo *RDPC*, 2.^a época, 3 (1999).

(10) PROBLEMATIK, pp. 143 ss. (= el mismo, *Beiträge*, pp. 112 ss.); *Cualificados*, pp. 167 ss.

acción que no supera el riesgo permitido no ha creado un riesgo ilícito.

En contra de lo que ha propuesto un sector de la doctrina, los supuestos de los que nos estamos ocupando exigen un tratamiento separado de los de participación en una autopuesta en peligro y de heteropuesta en peligro consentida, porque, independientemente del tratamiento juridicopenal que deba darse a estos dos últimos grupos de casos (infra 3), ambos tienen en común que sólo pueden excluir eventualmente la imputación objetiva si el consentimiento emitido por la víctima es válido, mientras que quien induce a otro a emprender un viaje en avión o a acompañarle en su coche en un trayecto especialmente peligroso –pero permitido–, y aunque se produzca el resultado típico, nunca responderán de éste, ni siquiera cuando la víctima –por tratarse de un menor o de un incapaz, o porque fue objeto de una coacción– no ha prestado un consentimiento eficaz para subirse en el avión o para emprender el viaje por carretera: con consentimiento eficaz o sin él, no responde penalmente quien causa dolosamente un resultado mediante una acción objetivamente correcta.

Como el criterio de la acción objetivamente correcta excluye la tipicidad de *comportamientos dolosos causantes de un resultado típico*, de ahí que también aquí estemos en presencia de un grupo de casos en el que la razón por la cual se excluye la tipicidad es un criterio normativo que debe encuadrarse sistemáticamente dentro del ámbito de la imputación objetiva.

3. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN EL RIESGO COMO FACTOR EXCLUYENTE DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Cuando la víctima consiente en el riesgo de resultar lesionada o muerta, y ese riesgo desemboca en un resultado típico, la doctrina diferencia entre heteropuesta en peligro consentida y participación en una autopuesta en peligro, distinguiéndose una de otra en que, mientras que en la primera es el tercero quien finalmente causa la lesión a la víctima, en la segunda es la misma víctima la que, inducida por el tercero, se autocausa su propia muerte o su propia lesión.

Como ejemplo del primer grupo de casos puede servir el del supuesto de hecho de la STS de 17 de julio de 1990 en el que la víctima, Héctor José, tomando una botella, retó al autor, Carlos, a que éste acertase de un disparo en la botella mientras aquél bebía de ella, con tan mala fortuna que Carlos marró el tiro, y en lugar de alcanzar la botella, como se proponía, el proyectil que disparó penetró en el hemitórax derecho de Héctor José, causándole la muerte; en este caso estamos ante una heteropuesta en peligro consentida porque, si bien la

víctima consintió en el riesgo que corría, al permitir que el autor disparara contra la botella que sostenía en la mano, no fue Carlos quien se mató a sí mismo, sino que fue el tercero el que le causó la muerte.

Un ejemplo de participación en una autopuesta en peligro consentida lo constituye el supuesto de hecho objeto del auto 44/1995, de 26 de septiembre, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba: el «autor» prometió que le pagaría una botella de whisky a la víctima si era capaz de beberse entero su contenido, accediendo ésta a la invitación, y falleciendo a los pocos minutos, después de haber ingerido buena parte del licor, como consecuencia de una intoxicación alcohólica aguda. Por consiguiente, en la participación en una autopuesta en peligro consentida interviene también un tercero, que es quien participa (generalmente, induce) a la víctima a someterse a un riesgo de lesión, pero, a diferencia de lo que sucede en la heteropuesta en peligro consentida, aquí es la propia víctima la que, asumiendo el peligro que corre, se automata o se autolesiona.

De la heteropuesta en peligro consentida y de la participación en una autopuesta en peligro me he ocupado extensamente en los últimos años (11). Pero en este lugar sólo quiero justificar por qué los problemas que presentan estos grupos de casos deben ser tratados, sistemáticamente, dentro de la teoría de la imputación objetiva. Ello es así, porque en ambos casos existe un tercero (el autor directo en la heteropuesta, el partícipe en la participación en una autopuesta) que *causa imprudentemente (en algunos casos, dolosoeventualmente) un resultado típico*, por lo que, si, no obstante ello, se puede llegar a la conclu-

(11) Me remito a mis siguientes contribuciones: «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia 2004, pp. 431-457 [publicado 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, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario 2 (2004), pp. 75-100, y *Revista Ultima Ratio (Brasileña)*, año 1 2006, pp. 301-328]; Otra vez: «Conducta de la víctima e imputación objetiva», en *Nuevas Posiciones de la Dogmática Jurídico Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial VII/2006, Madrid 2006, pp. 93-107; «Imputación objetiva y conducta de la víctima», México D.F., 2007 [publicado, como artículo, en *ADPCP* 2005 (aparecido en 2007), pp. 733-805, y en *Revista de Derecho Penal (Argentina)*, 2010-1, pp. 107-188]; «¿Se puede imputar objetivamente al delincuente fugado las muertes o lesiones que se autocausen los policías que le persiguen?», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo 2013, pp. 289-301; «El caso de los perseguidores», en *Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, 2013, pp. 561-576; «Der Pockenarztfall», en *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlín 2013, pp. 291-297; «Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung?», en *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Berlín 2013, pp. 389-402.

sión de que la conducta del tercero no es típica, ello sólo puede fundamentarse argumentando, sobre la base de consideraciones normativas, que al causante imprudente (o doloso eventual) del resultado típico, éste no le es imputable objetivamente. En mi opinión, mientras que en la heteropuesta en peligro consentida el autor directo de la muerte debe responder por un homicidio imprudente (o doloso eventual), en la participación en una autopuesta en peligro consentida el partícipe, por ausencia de imputación objetiva, ni siquiera realiza una conducta típica, y esa conclusión la fundamento, en mis trabajos que acabo de citar, en el argumento jurídico (y, por consiguiente, normativo) de que, si no es típica la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio, siempre doloso) y, en el caso de las lesiones, ni siquiera lo es la participación dolosa en una autolesión dolosa, con mayor motivo tienen que ser atípicas las participaciones imprudentes en un «suicidio imprudente» o en unas autolesiones imprudentes.

Examinado este tercer criterio de exclusión de la imputación objetiva –el de la eventual relevancia del consentimiento de la víctima en el riesgo corrido que ha desembocado en un resultado típico–, paso a ocuparme del cuarto criterio, a saber:

4. CASOS DE AUSENCIA (O DE PRESENCIA) DE IMPUTACIÓN OBJETIVA CUANDO ENTRE LA ACCIÓN INICIAL DOLOSA O IMPRUDENTE Y EL RESULTADO TÍPICO FINAL SE INTERPONE LA CONDUCTA, TAMBIÉN DOLOSA O IMPRUDENTE, DE UN TERCERO

Desde finales del siglo XIX, cuando se empieza a desarrollar la dogmática juridicopenal tal como hoy en día la entendemos, ésta siempre mostró su interés –y, a veces, su desconcierto– por estos grupos de casos, entre otras razones por su importancia práctica ya que son –y siguen siendo– numerosas las resoluciones judiciales que tienen que ocuparse de supuestos en los que, si bien el acontecimiento tiene su origen en una –más o menos grave– agresión física dolosa o imprudente del autor primario, entre dicha agresión y el resultado final se interpone un tercero (un particular o el personal sanitario que atiende al herido o la propia víctima) que, dolosa o imprudentemente también, contribuye a la agravación de ese resultado o que no impide –pudiendo hacerlo– que esa agravación se produzca; por ejemplo: el herido dolosa o imprudentemente por el autor inicial fallece porque a ello contribuye también un error del cirujano que le ha intervenido quirúrgicamente.

Durante el auge del problema causal se creyó que estos supuestos deberían resolverse con teorías causales diferentes de la de la condición, como la de la causalidad adecuada (¿era la lesión inicial ade-

cuada para producir ese resultado final agravado tal como en concreto se produjo?) o la de la interrupción del nexo causal (¿quedaba interrumpida la relación de causalidad por la intervención dolosa o imprudente del tercero?). Pero lo que hacían tales doctrinas –casi siempre sin tener conciencia de ello– era aplicar criterios normativos a un concepto ontológico como lo es el de la causalidad, con lo que, independientemente de si la solución a la que llegaban era correcta en sus resultados, su fundamentación (exclusión de la responsabilidad por la lesión producida por ausencia de nexo causal) no podía serlo (12).

Otra doctrina con la que, en su día, y antes de la aparición de la teoría de la imputación objetiva, se trató de solucionar estos grupos de casos, es la de la «prohibición de regreso» de *Frank*, la cual, tras una larga hibernación, ha experimentado una inmerecida –si bien minoritaria– resurrección (13) en la ciencia penal actual (14), aunque con algunas variantes, como las de quienes sostienen, en contra de la versión originaria de *Frank* (15), que la interposición no sólo de una acción dolosa, sino también de una imprudente de un tercero, «prohíbe regresar» y, consiguientemente, hacer responsable por el resultado al autor primario. Pero ni en parte alguna de la obra de *Frank*, ni en la de sus actuales seguidores, se encuentra razón alguna que explique por qué –y con qué base– ese «regreso» a la responsabilidad del autor primario tendría que estar «prohibido».

Debido a la complejidad de esta materia –y a las distintas manifestaciones en las que se puede presentar, según que el comportamiento

(12) Para más detalles sobre por qué tanto la teoría de la causalidad adecuada como la de la interrupción del nexo causal son insostenibles como tales teorías causales, cfr. GIMBERNAT, *Problematik*, pp. 174 ss. (= el mismo, *Beiträge*, pp. 59 ss.); el mismo, *Delitos cualificados*, pp. 62 ss.

(13) A esa resurrección ha contribuido, tal vez, el impacto que produce una expresión tan terminante como la de «prohibición de regreso», a la que no se le puede negar un cierto «gancho»; pero ni ese carácter terminante de la expresión, ni tampoco su «gancho», pueden servir para ocultar que se trata de una teoría carente de cualquier clase de fundamentación.

(14) Referencias sobre los autores que actualmente, de una u otra forma, se muestran próximos a la teoría de la prohibición de regreso en RUDOLPHI, *SK*, 1997, antes del § 1 n. m. 72, y ROXIN, *AT*, 4.ª ed., 2006, § 24 n. m. 27 n. 48.

(15) Para FRANK, sólo «prohíbe el regreso» la acción dolosa, pero no la imprudente, del autor posterior: «Rige una prohibición de regreso, en el sentido de que no puede ser considerada causa condiciones que se encuentran más allá de un determinado lugar: No son causas las precondiciones de una condición que estaba dirigida a la producción de un resultado libre y conscientemente (*dolosa* y culpablemente)» (FRANK, *StGB*, 18 ed., 1931, p. 14), mientras que «[n]o se da un caso de prohibición de regreso cuando la persona que actúa posteriormente es inimputable o no actúa dolosamente (aun cuando lo haga *imprudentemente*)» (FRANK, *op. cit.*, p. 15. (Todas las cursivas han sido añadidas).

del autor primario sea doloso o imprudente, según que también sea dolosa o imprudente la conducta del tercero que se interpone, y según la gravedad de la lesión inferida así como del resultado final— no me es posible exponer en este lugar —ni siquiera resumidamente— cuáles son los criterios normativos a los que hay que acudir para decidir en cada una de esas distintas variantes si el autor inicial debe responder o no por el resultado final. A quien esté interesado en conocer los distintos criterios a los que han acudido la doctrina y la jurisprudencia para resolver este amplio grupo de casos — y cuáles son las opiniones que yo mismo defiendo—, les remito a mi reciente trabajo «Cursos causales irregulares e imputación objetiva» (16), que se ocupa extensamente de esta materia. En cualquier caso, como en este grupo de casos de lo que se trata es de una *acción dolosa o imprudente causante del resultado típico* (que el tercero haya condicionado el resultado no afecta para nada al hecho de que también lo ha condicionado el autor primario), esos criterios —incluyendo los míos—, que en todos o en algunos supuestos excluyen la responsabilidad de dicho autor primario por el resultado final, tienen carácter normativo y, por consiguiente, pertenecen, sistemáticamente, a la imputación objetiva como causa de exclusión de la acción típica.

5. COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME A DERECHO VS. TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO

Como he expuesto reciente, y extensamente (17), el origen de la teoría de la imputación objetiva hay que buscarlo precisamente en este grupo de casos en los que, *a pesar de que el autor imprudente ha causado el resultado típico*, no obstante se mantiene la no-responsabilidad del autor cuando —según el criterio del comportamiento alternativo conforme a Derecho— el resultado también se habría producido —con certeza, con una probabilidad rayana en la certeza o con una alta probabilidad (en este extremo hay opiniones para todos los gustos)—, aunque dicho autor hubiera actuado correctamente. Como ejemplo de este grupo de casos puede valer el enjuiciado por una sentencia del Reichsgericht de 1929 (18), el llamado «caso de los pelos de cabra», en el que el dueño de una fábrica de pinceles adquirió a una empresa china

(16) Cursos causales irregulares e imputación objetiva, Editorial B d F, Montevideo-Buenos Aires 2011, obra que se ha publicado también, como artículo, en *ADPCP* 2010, pp. 15 ss.

(17) Cfr. GIMBERNAT, *Rodríguez Ramos-LH*, 2013, pp. 95 ss., con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales.

(18) RG 63, pp. 211 ss. Lo describo siguiendo la referencia que de él hace ROXIN, *ZStW* 74 (1962), pp. 411/412.

pelos de cabra para elaborar sus productos, y, a pesar de que estaba obligado a desinfectarlos, se los entregó a sus empleadas omitiendo esa desinfección, contrayendo cuatro de ellas el bacilo de corbunco, lo que les provocó la muerte. El informe pericial puso de manifiesto, no obstante, que, aunque el empresario hubiera cumplido con su deber, las operarias *tal vez* habrían fallecido también, dado que no resultó acreditado que los desinfectantes hubieran podido destruir los gérmenes.

En un principio, la doctrina acudió a toda clase de argumentos para fundamentar la no-responsabilidad del autor imprudente por el resultado sobrevenido, bien negando la causalidad material entre el comportamiento y el resultado, bien la ausencia de relevancia de la conducta imprudente, bien la culpabilidad del autor, bien la inexistencia de un desvalor del resultado. Finalmente, y a partir de principio de los años 60 (19) del pasado siglo se localiza la solución a este grupo de casos en la tipicidad objetiva, introduciéndose, como ulterior elemento de ésta, y junto a la relación de causalidad, el de la imputación objetiva, cuya no concurrencia constituiría la explicación de por qué no sería posible imputar objetivamente el resultado a ese autor imprudente.

Frente a este criterio de imputación objetiva, que niega su concurrencia cuando el comportamiento alternativo conforme a Derecho habría causado (con una más o menos alta probabilidad) el mismo resultado que el imprudente, *Roxin* elabora, para resolver este grupo de casos, el del «incremento del riesgo» (20), que excluye la imputación objetiva únicamente cuando (independientemente de si el comportamiento correcto *tal vez* podría haber llevado al mismo resultado) la acción imprudente no ha elevado el riesgo de lesión que se hubiera corrido con la prudente.

Dentro del marco de este trabajo no puedo detenerme en exponer cuál de las dos soluciones –la dominante o la minoritaria de *Roxin*–, y que llevan a soluciones discrepantes, es la correcta (21) (se trata de un

(19) Cfr. GIMBERNAT, *Rodríguez Ramos-LH*, pp. 107 ss.

(20) Para una exposición de esta teoría de ROXIN, cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 107 ss.

(21) ROXIN ZStW 74 (1962), pp. 439/440, ejemplifica con el «caso de los pelos de cabra», donde es partidario de condenar por los homicidios imprudentes causados a cuatro operarias, la distinta solución a la que llega frente a la teoría dominante: «El perito ... únicamente había expresado “que las tres modalidades autorizadas de desinfección ... no ofrecían una garantía suficiente de desinfección real de los pelos, y que, por consiguiente, no estaba excluido que la infección se hubiera también producido después de la aplicación del procedimiento de desinfección”. Aquí, por consiguiente, la entrega sin control significaba un incremento considerable del riesgo, por

problema sobre el que, en mi opinión, todavía no se ha dicho la última palabra), porque, tanto si se adopta una como otra solución, en cualquier caso estamos ante un ulterior criterio de imputación de objetiva, en cuanto que se niega su concurrencia y, con ello, se niega la tipicidad de *conductas imprudentes causantes del resultado típico*.

III. La imputación objetiva en Jakobs. Crítica al intento de sustituir los criterios jurídicos por otros de carácter sociológico

Frente a esta concepción (jurídico) normativa de la teoría de la imputación objetiva, *Jakobs* y su escuela ciertamente que también consideran a la imputación objetiva un elemento de la tipicidad, sin cuya concurrencia no puede hablarse, en consecuencia, de una conducta típica; pero, para decidir si al causante doloso o imprudente de un resultado lesivo éste le es o no imputable objetivamente, acuden a criterios sociológicos, y, en concreto, a la teoría de los roles de *Luhman* (22).

Y así, por ejemplo, para resolver los casos de participación en una autopuesta en peligro y de una heteropuesta en peligro consentida, *Jakobs* escribe: «las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles –si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social–, sino que adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción –y no a todas las personas–, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos» (23). Sobre la base de esta supuesta «competencia por organización», *Jakobs* habla de que «un afectado que se coloca en una situación arriesgada, o que, imputablemente, no se desprende de ella, es competente él mismo para las consecuencias [lesivas], tanto de las conocidas como de las que no lo son» (24), ya que «las terceras personas no tienen que adaptar su organización con un mayor cuidado que el propio titular del bien jurídico

lo que se imponía el castigo. A ello no se le puede oponer... que la desinfección en este caso sólo posiblemente hubiera tenido éxito y que la mera posibilidad no basta para condenar... El peligro consistente en la manipulación de pelos de cabra chinos, y que aquí ha llevado a varios resultados de muerte, sólo puede quedar impune cuando se han tomado todas las medidas que hubieran conducido a su reducción. Si no es ese el caso, entonces ese hacer peligroso sobrepasa el límite de tolerancia establecido por el legislador, y sus consecuencias deben caer sobre el autor».

(22) Cfr. únicamente LUHMANN, *Rechtssoziologie I*, 1972, pp. 85 ss.

(23) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 96/97.

(24) JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1992, 7/129.

a riesgos que ha originado este titular» (25), existiendo una «competencia de la víctima» y una «competencia del autor» (26).

Como he expuesto ampliamente en otros lugares (27), *Jakobs*, al «sociologizar» la imputación objetiva, da entrada a unos criterios difusos y racionalmente incontrolables, ya que en ningún lugar está escrito que normas no-jurídicas regulan con precisión, en los casos de autopuesta y heteropuesta, esas supuestas competencias de los intervinientes en la lesión de un bien jurídico. Con ello, la teoría de la imputación objetiva –a cuyo desarrollo *Jakobs*, ciertamente, no ha prestado ningún buen servicio– entra en un terreno de indefinición que no puede prevalecer frente a la argumentación racional y precisa de los cinco criterios jurídico-normativos de la teoría ortodoxa de la imputación objetiva a los que me he referido con anterioridad, a saber:

1. El criterio del fin de protección de la normas opera con la tradicional interpretación *jurídico-teleológica* que se pregunta qué finalidad es la que ha perseguido el legislador cuando ha establecido una prohibición.

2. La exclusión de la imputación objetiva cuando la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta se basa en el consagrado *principio juridicopenal* «*cogitationis poenam nemo patitur*».

3. La exclusión de la imputación objetiva en los supuestos de participación en una autopuesta en peligro consentida (en mi opinión, en cambio, el autor de una heteropuesta en peligro consentida –y porque no encuentro ningún argumento jurídico que pueda avalar su absolució– debe responder por el resultado causado) se fundamenta en el *argumento jurídico a maiore ad minus* derivado de la impunidad de la participación imprudente en el suicidio y de la participación dolosa (y, consiguientemente, también imprudente) en una autolesión (28).

(25) *JAKOBS, op. cit, loc. cit.*

(26) Cfr. *JAKOBS*, «La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte (1992)», en *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 401, 404, 410, 412 y *passim*; el mismo, *La imputación objetiva*, 1996, pp. 100, 109 y *passim*.

(27) Cfr. *GIMBERNAT*, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», *RDPC*, núm. extraordinario 2 (2004), pp. 81 ss.; el mismo, «Imputación objetiva y conducta de la víctima», *ADPCP* 2005, pp. 776/77, 782 ss. (estos dos últimos trabajos se han publicado también en otros lugares: cfr. *supra* n. 11); el mismo, *Wolter-FS*, 2013, pp. 390 ss.

(28) Exposición de este argumento y crítica de quienes han intentado rebatirlo en *GIMBERNAT*, *RDPC*, núm. extraordinario 2 (2004), pp. 86 ss.; el mismo, *ADPCP* 2005, pp. 736 ss.

4. En los casos de interposición de la conducta dolosa o imprudente de un tercero co-condicionante de un resultado lesivo, cuya cadena causal la ha iniciado un autor primario que ha actuado asimismo dolosa o imprudentemente, me he esforzado en demostrar la existencia o no existencia de imputación objetiva en los distintos subgrupos de casos operando con *argumentos estrictamente jurídicos*, entre otros con el papel que desempeña el desistimiento voluntario en la tentativa (29).

5. Finalmente, y por lo que se refiere al último criterio excluyente de la imputación objetiva (al del comportamiento alternativo conforme a Derecho o, en su caso, al del incremento del riesgo), de cualquier manera la idea que informa ambos criterios es la de que no puede ser típica una acción, por muy imprudente que sea, si con ella, y si la ponemos en relación con lo que hubiera sucedido con la acción correcta omitida, no se ha rebasado el concepto jurídico de «riesgo permitido» que, para la dogmática actual, constituye el núcleo fundamental del tipo del delito imprudente.

IV. La definición de la imputación objetiva como la creación de un riesgo ilícito que se ha realizado en el resultado

1. Según la definición de la imputación objetiva, dominante en la ciencia y en la jurisprudencia (30), «... sólo es objetivamente imputable un resultado injusto causado mediante un comportamiento humano, cuando este comportamiento ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y este peligro se ha realizado también realmente en el concreto acontecimiento causante del resultado» (31). De esta manera, y frente a la crítica de los detractores de la teoría de la imputación objetiva de que ésta está

(29) Cfr. GIMBERNAT, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, 2011, *passim*.

(30) Cfr., por todas, la STS 847/2013, de 11 de noviembre: «... la imputación del resultado requiere ...: a) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; b) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción».

(31) RUDOLPHI, SK, 1997, antes del § 1 n. m. 57. En el mismo sentido, entre otros, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a ed., 1996 («... cuando la acción ha creado un peligro jurídicamente prohibido del objeto de la acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico»); KÜHL, AT, 6.^a ed., 2008, § 4 n. m. 43. Y, en la doctrina española, MIR, PG, 9.^a ed., 2011 («... la teoría de la imputación objetiva exige: a) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, b) que se realice en el resultado»), y LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2012, 15/44.

informada por una tónica anárquica, imposible de subsumir en un denominador común, sus partidarios se han esforzado en elaborar un concepto que se podría predicar de todas sus formas de manifestación.

a) Pero este concepto sólo es aplicable, sin más, al criterio de la imputación objetiva del fin de protección de la norma, donde, por ejemplo, y como se ha expuesto supra II 1, parece evidente que el riesgo prohibido creado, cuando el conductor de un ciclomotor traslada imprudentemente a un acompañante, no se ha realizado en la muerte de ese acompañante si ésta sobreviene porque dicho ciclomotor es embestido por detrás por un camión, ya que ese riesgo negligentemente creado sólo se habría realizado en el resultado si el accidente se hubiera podido reconducir –lo que no fue el caso– a la –por el sobrepeso transportado– falta de estabilidad del vehículo arrollado.

b) Ciertamente que, a primera vista, en el segundo criterio –ausencia de imputación objetiva cuando se causa dolosamente un resultado típico mediante una acción correcta– la no imputación objetiva del resultado hay que fundamentarla en que dicha acción dolosa –a pesar de que es dolosa– *no crea un riesgo prohibido*, por lo que dichos supuestos serían abarcados por la definición dominante de la imputación objetiva. Pero para llegar a esa conclusión no nos basta ya con una *aplicación automática* de aquella definición de la imputación objetiva, sino que *previamente* hay que demostrar que el riesgo permitido no sólo excluye la imprudencia, sino que pertenece también al tipo de los delitos dolosos (32), conclusión que hay que extraerla, a su vez y previamente, del principio *cogitationis poenam nemo patitur*.

c) En cambio, el tercer criterio (participación en una autopuesta en peligro consentida) (33) *cae abiertamente fuera de la definición mayoritaria de ésta*, ya que, acudiendo, por ejemplo, al caso jurisprudencial descrito supra II 3, si un tercero induce a otro a beberse el contenido de una botella de whisky, prometiéndole pagarle el precio si se atreve a hacerlo, con ello se está creando un riesgo ilícito (imprudente) que sí se ha realizado en el resultado típico causado, puesto que el bebedor ha fallecido por una intoxicación alcohólica, y puesto que tal fallecimiento sólo puede entenderse como concretización del riesgo creado mediante la acción (imprudente) prohibida de convencer a otro para que beba una peligrosa y a todas luces excesiva

(32) Cfr. *supra* n. 10.

(33) En mi opinión, en los supuestos de heteropuesta en peligro no hay exclusión de la imputación objetiva.

cantidad de licor, no obstante lo cual, no obstante la inaplicabilidad a estos casos de la definición de imputación objetiva, hay que negar que ésta concorra en aquéllos.

d) Tampoco todos los supuestos de ausencia de imputación objetiva por interposición de la conducta dolosa o imprudente de un tercero entre la, también dolosa o imprudente, conducta del autor primario y el resultado final, parecen subsumibles en la definición dominante de imputación objetiva; pues, acudiendo a los casos más frecuentes pertenecientes a este grupo –heridas de mayor o menor entidad que, como consecuencia de una posterior imprudencia médica o de la propia víctima, conducen a una agravación de las lesiones o, incluso, a la muerte del agredido–, es evidente que con el ingreso en un hospital de aquél se incrementa el peligro de sufrir las siempre temidas (imprudentes o no) complicaciones médicas, peligro al que no hubiera estado sometido de no haber sido herido por el autor primario, por lo que no puede afirmarse en todos los casos –a pesar de que, no obstante, existen manifestaciones de este grupo en los que el resultado final no debe imputarse objetivamente a ese autor primario (34)– que no se haya realizado en ese resultado final el peligro –o, al menos, una parte del peligro– creado por la agresión física inicial.

e) Finalmente, el quinto y, en mi opinión, último criterio de exclusión *en algunos casos* de la imputación objetiva es el del comportamiento alternativo conforme a Derecho o, en su caso, el del incremento del riesgo. Tampoco en estos supuestos es aplicable –al menos, no lo es directamente– la definición dominante de imputación objetiva. Pues, en, por ejemplo, el «caso de los pelos de cabra» (supra II 5), el riesgo creado por la acción imprudente de entregar este material a las operarias sin desinfectar es el de que éstas pudieran contraer una enfermedad, que es precisamente lo que sucedió (realización del riesgo creado) cuando resultaron infectadas con el bacilo de *corbunco*; y esa realización del riesgo en el resultado típico de la acción ilícita no la modifica en nada el hecho de que la acción correcta tal vez también habría sido ineficaz para destruir el bacilo. Si, no obstante, en algunos de estos supuestos hay que excluir, como yo también lo creo, la imputación objetiva, esa será una conclusión a la que habrá que llegar, no aplicando automáticamente la definición tradicional de la imputación objetiva, sino sobre la base de otras consideraciones normativas en las que aquí no voy a entrar, ya que lo único que trato de

(34) Cfr. *supra* n. 29.

mostrar en este trabajo es la inidoneidad de esa definición para captar todas las manifestaciones de la imputación objetiva.

2. Posiblemente por los motivos que acabo de exponer, *Roxin*, en el § 11 («La imputación al tipo objetivo») del tomo I de su Tratado, después de haber expuesto: «La teoría de la relación causal» en el apartado A, dedica el apartado B a: «La ulterior imputación al tipo objetivo», apartado este último en el que se ocupa de la imputación objetiva a la que define como «la realización de un peligro –no cubierto por el riesgo permitido– creado por el autor *dentro del alcance del tipo*» (35). De esta manera, *Roxin* distingue, dentro de la imputación objetiva, aquellos casos en los que ésta no concurre por no haberse realizado el peligro creado por la acción ilícita (por ejemplo, porque «los resultados no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado» (36)) y aquellos otros en los que, *si bien ese peligro sí se ha realizado*, no obstante, como sucede con «la participación en una autopuesta en peligro» (37), quedan fuera del «alcance del tipo» («Reichweite des Tatbestandes»).

Desde el punto de vista material, no hay nada que oponer a la diferenciación de *Roxin*, en cuanto que con ella pone de manifiesto, con razón, que existen casos en los que el peligro creado por la acción ilícita se ha realizado en el resultado (el caso más evidente es el de la participación en una autopuesta en peligro) y en los que, no obstante, hay que negar también la presencia de imputación objetiva

Más dudoso es, en cambio, que *Roxin* acierte con la formulación terminológica de esta distinción, porque fuera del «alcance del tipo» –que, en realidad es el género, dentro del cual *Roxin* incluye las dos especies– quedan tanto los supuestos de ausencia de imputación objetiva por no realización en el resultado del peligro creado por la acción ilícita (primera especie) como aquellos otros (segunda especie) de los que *Roxin* niega, a pesar de que en ellos sí se realiza el peligro, la imputación objetiva (así, en los casos de participación en una autopuesta en peligro). Con otras palabras: La no inclusión en el «alcance del tipo» es precisamente la *consecuencia* de la ausencia de imputación objetiva, y tan fuera del «alcance del tipo» está la primera especie (no realización en el resultado del peligro creado) como la segunda, que *Roxin* agrupa redundantemente dentro de la categoría: no comprendida por el «alcance del tipo», produciéndose de esta manera, *terminológicamente*, y en contra de toda lógica, una identificación entre esta segunda especie y el género.

(35) *ATI*, 4.^a ed., 2006, § 11 n. m. 49 (cursivas añadidas).

(36) *Op. cit.*, § 11 nn. mm. 84 ss.

(37) *Op. cit.*, § 11 nn. mm. 107 ss.

La errónea denominación de esas dos especies de ausencia de imputación objetiva proviene de que, mientras que en la primera *Roxin* formula una *definición* (no realización en el resultado del peligro creado), dentro de la cual es posible *subsumir* supuestos en los que no concurre la imputación objetiva, en la segunda (no comprendida por el «alcance del tipo») *no formula una definición* que nos pueda servir para determinar qué ulteriores casos son aquéllos en los que tampoco se da la imputación objetiva, sino que se limita a *establecer la consecuencia* («no-alcanzados por el tipo» y, en definitiva, y con otras palabras, «atipicidad»), sin que se aporte una definición apta de subsunción que nos pudiera permitir averiguar cuáles son esos ulteriores casos de ausencia de imputación objetiva.

Estas dificultades terminológicas con las que se enfrentan tanto la doctrina dominante en la ciencia y en la jurisprudencia con su (incompleta) definición de imputación objetiva (cfr. supra nn. 30 y 31), como también *Roxin*, tienen su origen en razones de carácter histórico y en otras de fondo.

Históricamente, el *primer criterio* que da origen a la teoría de la imputación objetiva, y el que hasta la actualidad ha encontrado una acogida más favorable, es el del «fin de protección de la norma» (38), lo que explicaría que la definición de la imputación objetiva se formulara originariamente teniendo en cuenta *sólo ese criterio* –al que dicha definición se ajusta como un guante– y que, por inercia, así haya llegado inalterada hasta nuestros días; pero esta definición ya no es idónea para adaptarse a las nuevas manifestaciones que se han ido incorporando a la teoría de la imputación objetiva, como las ya mencionadas de participación en una autopuesta en peligro consentida (39)

(38) Esta denominación es la utilizada ya en dos trabajos publicados en los años 60 del siglo pasado: GIMBERNAT, «Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos», *RDCirc.* 1965, pp. 1-21; RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in den strafrechtlichen Fahrlässigkeitsdelikten (“Previsibilidad y fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”)», *Jus* 1969, pp. 549-557.

(39) Tanto la jurisprudencia de los tribunales inferiores (cfr. el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 26 de septiembre de 1995 citado supra II 3), como la del TS, han reconocido la exclusión de imputación objetiva en supuestos de participación en una autopuesta en peligro consentida. Así, por ejemplo, se puede leer en la STS 1064/2005, de 20 de septiembre: «Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente los realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado [como se ha expuesto profusamente a lo largo de este trabajo, en los supuestos de autopuesta sí que se realiza el riesgo en el resultado, pero lo que importa de esta sentencia es que el TS en estos casos –si bien aferrada a su

o de la interposición de conductas dolosas o imprudentes entre la acción inicial ilícita y el resultado final, manifestaciones éstas no aptas para ser subsumidas en dicha definición.

Pero también existen razones de fondo que dificultan establecer una definición de imputación objetiva capaz de abarcar los *cinco* criterios de imputación objetiva que, en mi opinión –aunque siempre estoy abierto a la incorporación de ulteriores criterios, si es que se fundamentan convincentemente–, son los únicos actualmente vigentes; y esas razones de fondo son la *heterogeneidad* de los razonamientos jurídicos que sustentan, en cada grupo de casos, la exclusión de la imputación objetiva. Por ello, hace ya unos cuantos años que formulé, no una definición, sino un *concepto negativo* de imputación objetiva que sigo considerando válido: si lo que excluye la imputación objetiva es la tipicidad y ésta, antes de la aparición de la imputación objetiva, consistía en un comportamiento doloso o, en su caso, imprudente causante de un resultado típico, entonces, y por exclusión, la imputación objetiva será aquel elemento normativo que fundamentaría por qué comportamientos dolosos o, en su caso, imprudentes en relación de causalidad con un resultado lesivo, no obstante no son típicos: «Para el viaje de explicar por qué lo que no es acción o no es causante del resultado típico o no es doloso (en los tipos dolosos) o no es imprudente (en los tipos imprudentes), no es tampoco típico, no se necesitan las alforjas de la imputación objetiva: esas alforjas se necesitan para el viaje de explicar por qué lo que es acción (dolosa o imprudente) causante del resultado típico, a veces y no obstante, tampoco es típico» (40).

Por consiguiente, y resumiendo, formularía así mi concepto negativo de imputación objetiva: Si llego a la conclusión de que un comportamiento doloso, o, en su caso imprudente, causante del resultado lesivo, no obstante, y en virtud de una fundamentación

definición de imputación objetiva y, por consiguiente, con una fundamentación equivocada– reconoce la ausencia de imputación objetiva] cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de “autopuesta en peligro” o “principio de la propia responsabilidad”». Por otra parte, en otro caso de autopuesta (transmisión del sida por vía sexual), en la STS 528/2011, de 6 de junio, el TS excluye la responsabilidad del seropositivo si su pareja sexual tenía conocimiento de la enfermedad: «Al respecto, tan sólo puede afirmarse “*obiter dicta*” que, caso de haber comunicado tal circunstancia [de haber comunicado Gerardo, la persona portadora del VIH, que padecía esa enfermedad] y, a pesar de ello, consentido la mujer en seguir manteniendo relaciones sexuales, ese consentimiento hubiere supuesto una exclusión plena de las responsabilidad para Gerardo».

(40) GIMBERNAT, «¿Qué es la imputación objetiva? (1987)», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, p. 214.

jurídica convincente, no es típico, entonces estamos ante una fundamentación que pertenece al elemento normativo de la tipicidad de la imputación objetiva. Ciertamente que este concepto sólo sirve para agrupar, sistemáticamente, qué clase de criterios excluyentes de la tipicidad pertenecen a la imputación objetiva. Pero, una vez que se han establecido, sobre la base de argumentos sólidos, dichos criterios, y su pertenencia a la imputación objetiva, de las definiciones de éstos sí que es posible ya determinar, mediante el mecanismo de la subsunción, qué casos –por ejemplo, porque no se ha realizado en el resultado el peligro creado, porque la acción dolosa dirigida al (y causante del) resultado era una objetivamente correcta, porque ha sido la propia víctima quien, inducida imprudentemente por un tercero, ha causado su propia muerte o lesión– son atípicos por ausencia de imputación objetiva.

V. Consideraciones finales

Han transcurrido varias décadas desde el descubrimiento de la imputación objetiva, que, en realidad, es una nueva teoría para resolver viejos problemas, porque esos viejos problemas, es decir: los grupos de casos que esta teoría trata de solucionar, ya estaban ahí ocupando a la doctrina y a la jurisprudencia, como grupos de casos espacialmente problemáticos que eran abordados con las distintas teorías de la causalidad y, posteriormente, con las de la acción, negándose relaciones de causalidad realmente existentes o la concurrencia de comportamientos humanos también realmente existentes. La teoría de la imputación objetiva trata –y consigue– dar respuesta a tales grupos de casos ubicando la cuestión en el lugar sistemáticamente correcto: en lo que constituye un (nuevo) elemento del tipo objetivo. Y es precisamente ahí, en esa correcta ubicación, y en los argumentos con los que opera para llegar a soluciones satisfactorias, apoyadas en argumentos sólidos y, por tanto, accesibles a una discusión controlable racionalmente, donde se encuentra el secreto del, me atrevería a decir que arrollador, éxito de la teoría de la imputación objetiva, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por todo ello, porque ahora sí que sabemos, por fin –y ahí es nada–, el terreno que estamos pisando, poner en cuestión la enorme aportación de la teoría de la imputación objetiva al progreso de la dogmática juridicopenal de las últimas décadas, especialmente, pero no sólo, a la del delito imprudente –hasta entonces mucho menos desarrollada que la del doloso–, supone simplemente negar la evidencia.

B) LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA

I. Introducción

Permítaseme que en este trabajo, escrito desde la memoria, reafirme, aclare y rectifique algunas de mis ideas expuestas ampliamente, hace casi ya medio siglo, en mi monografía «Autor y cómplice en Derecho penal» (41), una materia de la que casi no me he vuelto a ocupar, si prescindimos de un artículo publicado en 1968 en la ZStW (42), de una breve referencia en mi «Introducción a la Parte General del Derecho penal español» (43), de mi artículo-recensión a un libro de Enrique Peñaranda (44), y del Prólogo a la 2.^a edición del texto del Código Penal (editorial Tecnos) preparada por mí en colaboración con Mestre (45).

Según la doctrina española dominante en 1966, en el artículo 14.1 del entonces vigente CP («Se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho») se describía la conducta del autor material del delito. La tesis que yo defendí entonces –en contra de esa doctrina dominante (46)– era que la conducta del autor material se caracterizaba por ser directamente subsumible en el tipo penal del correspondiente hecho punible cometido, y que lo que se describía en el artículo 14.1.º era el comportamiento de quien, *sin ser autor en sentido estricto del delito*, colaboraba en él con actos ejecutivos –en contraposición a los actos preparatorios– (47): el artículo 14 regulaba la participación delictiva, esto es: una causa de *ampliación* de la punibilidad, por lo que no tenía sentido alguno mantener que la conducta del autor material del delito, además de estar prevista en el tipo corres-

(41) Gimbernat, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966 (existe una reimpresión de este libro, de 2006, publicada en Montevideo-Buenos Aires, por la editorial B de f). En lo que sigue, las citas de esta monografía se hacen de la edición de 1966.

(42) GIMBERNAT, «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», *ZStW* 80 (1968), pp. 915-943.

(43) GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, pp. 141-149

(44) GIMBERNAT, «Concurso de leyes, error y participación en el delito», *ADPCP* 1992, pp. 833-854 (este artículo figura también, como Anexo, en la reimpresión de «Autor y cómplice en Derecho penal», publicada en 2006 por la editorial B de f).

(45) Prólogo a la 2.^a ed. I.6. Este «Prólogo» se reproduce en todas las ulteriores ediciones de este texto (última edición: 19.^a, de 2013).

(46) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 215 ss.

(47) V. GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 92 ss.

pondiente, lo estaba también, innecesaria y redundantemente, poniendo en relación dicho tipo penal con el artículo 14.1º. A ese partícipe que, *sin ser el autor material*, contribuía al delito con actos ejecutivos, yo le denominaba «coautor ejecutivo» (48), aunque hubiera sido más preciso denominarle «partícipe ejecutivo». Los *restantes* partícipes tenían entre ellos en común que su contribución al hecho punible se había desarrollado, antes de (o simultáneamente con) la iniciación de la consumación del delito con actos ejecutivos, *dentro del marco de los actos preparatorios*, distinguiendo el CP entre los cooperadores según el peso de su contribución, en función de si aquéllos habían «coopera[do] a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado» (art. 14.3.º: cooperación necesaria) o con un acto (igualmente preparatorio) sin el cual el hecho (punible) también se habría efectuado (art. 16: complicidad, cooperación *no* necesaria).

En Alemania, durante mucho tiempo, el precepto entonces vigente –y paralelo a nuestro antiguo art. 14.1.º– era el § 47 StGB –«Mittäter» («coautores»)–, según el cual «cuando varios ejecutan conjuntamente una acción punible, cada uno de ellos será castigado como autor» («Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Täter bestraft»), precepto que la doctrina absolutamente dominante entendió, en su día, en el sentido de la teoría objetivo-formal (49), según la cual eran abarcados por el § 47 todos aquellos que hubieran intervenido en el delito con actos ejecutivos, si bien, como en España, al aplicar ese precepto no siempre se distinguía correctamente entre autor en sentido estricto y coautor (mejor: partícipe) ejecutivo (50); de acuerdo también con esta interpretación del § 47, y según la teoría objetivo-formal, y consecuentemente, lo que caracterizaba al cómplice («Gehilfe») era que, por exclusión, había contribuido al delito que ya había entrado en la esfera de la ejecución con *actos preparatorios* –§ 49.1: «Se castigará como cómplice quien, con consejos o con hechos, preste ayuda voluntariamente al autor para ejecutar una acción amenazada con pena como delito o falta» («Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung einer als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat»)–.

(48) GIMBERNAT, *Introducción*, pp. 142/143.

(49) Amplísimas referencias sobre la teoría objetivo-formal en GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 19 ss.

(50) Indicaciones en GIMBERNAT, *ZStW 80* (1968), p. 916, n. 1.

II. Los distintos problemas históricos de autoría y participación en Alemania y en España: la autoría mediata y la cooperación necesaria

Por aquel entonces los problemas de participación delictiva que preocupaban a la doctrina alemana y a la española no siempre eran coincidentes.

En la dogmática alemana, el problema central de la participación delictiva era cómo fundamentar el castigo del autor mediato –por ejemplo, de quien utiliza para cometer el delito a un inimputable, o a una persona que actúa coaccionada o que está sujeta a error–, ya que como aquél, en principio, no realiza actos ejecutivos (§ 47 StGB), y ya que, como en principio también, su conducta no es subsumible directamente en el tipo penal correspondiente (51), la doctrina se encontraba ante lo que tenía toda la apariencia de constituir una difícilmente digerible laguna de punibilidad. Como esa laguna de punibilidad no la podía cubrir, obviamente, la teoría objetivo-formal, esa circunstancia lleva al abandono de ésta, siendo sustituida por la hoy dominante teoría del dominio del hecho, fundada por *Welzel* (52), y espectacularmente desarrollada por *Roxin*, en 1963, con una monografía de impar influencia que ha marcado toda la ulterior discusión (53).

La teoría del dominio del hecho, surge por consiguiente, para fundamentar la punibilidad de la autoría mediata, pero como tiene la pretensión de establecer un *concepto general de autor* –según ella, autor es el que tiene el dominio del hecho–, mantiene que ese dominio del hecho no sólo lo tiene el autor mediato, el autor inmediato y los coautores ejecutivos («Mittäter») del § 47 StGB, sino también, además de los que acabo de mencionar, otros intervinientes que, aun habiendo ejecutado sólo actos preparatorios, han decidido sobre el sí y el cómo de la realización del tipo penal. Así, por ejemplo, *Roxin* –y con él la mayoría de los partidarios de esta teoría– considera que son autores, *porque todos ellos tienen el dominio del hecho*, además del autor mediato («dominio de la voluntad» (54)) y del material del delito

(51) Cfr., sin embargo, para algunos supuestos en los que la conducta del autor mediato sí es subsumible, GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 223.

(52) En su artículo *Studien zum System des Strafrechts*, publicado en ZStW 58 (1939), p. 539 («Ciertamente que el inductor incita al hecho ajeno y el cómplice lo apoya. Pero el dominio final sobre la decisión y su ejecución real sólo la tiene el autor»); v. también pp. 542 y 543.

(53) Su escrito de habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft* (1.ª ed., 1963, 8.ª ed., 2006).

(54) ROXIN, *AT II*, 2003, § 25 nn. mm. 45 ss.

[«dominio de la acción» (55)], los que contribuyen al hecho del autor material –por ejemplo de quien mata con sus propias manos– con un acto ejecutivo [«dominio funcional del hecho» (56)]: «quien choca contra el auto de la víctima, y lo detiene, ha asesinado conjuntamente con otro (coautor), aun cuando este otro haya sido quien –tal como se había acordado– haya disparado de manera directa el disparo mortal» (57). Ciertamente que, cuando hay varios partícipes, *Roxin* excluye en principio del dominio del hecho a los que realizan actos preparatorios, pero como, dentro de la modalidad que él denomina «dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder» (58) –Estados criminales como el nacionalsocialista, organizaciones terroristas, bandas mafiosas–, opina que existe también autoría mediata, aunque el autor inmediato haya actuado libre y conscientemente, de ahí se sigue que *Roxin* asimismo considera autores a personas que, en determinadas circunstancias y dentro de determinadas organizaciones, han realizado únicamente actos preparatorios.

Otros autores partidarios de la teoría del dominio del hecho, en cambio, y de manera ya generalizada, admiten la posibilidad de que ostenten ese dominio (por lo que, en consecuencia, serían también autores) intervinientes que han contribuido al hecho sólo con actos preparatorios (59). Y así, por ejemplo, *Jakobs* opina que «si bien quien no realiza actos ejecutivos interviene más débilmente en el dominio material bajo la forma del dominio de decisión, este Minus puede ser equilibrado mediante un Plus en el dominio material bajo la forma del dominio de conformación que se ejerce en los actos preparatorios» (60).

Pero mientras que la gran preocupación de la doctrina alemana en 1966, cuando escribo «Autor y cómplice», era cómo fundamentar la punibilidad de la autoría mediata, lo que –como acabo de exponer– conduce al abandono de la hasta entonces dominante teoría objetivo-formal y al triunfo arrollador de la del dominio del hecho, en España ni la doctrina ni la jurisprudencia se quebraban demasiado la cabeza con el problema de la autoría mediata, y ello por dos razones:

(55) ROXIN, *op. cit.*, § 25 nn. mm. 38 ss.

(56) ROXIN, *op. cit.*, § 25 nn. mm. 188 ss., si bien para ROXIN no todos los que intervienen en el hecho con actos ejecutivos son «coautores», sino sólo aquéllos que lo hacen con un acto ejecutivo de «considerable» importancia, ya que «tiene el co-dominio sobre el acontecimiento sólo el que ejerce en la ejecución del hecho una función de la que puede depender el éxito del plan» (*op. cit.*, § 25 n.m. 211).

(57) ROXIN, *op. cit.*, § 25 n. m. 29.

(58) *Op. cit.* §25 nn. mm. 105 ss.

(59) Indicaciones en ROXIN, *op. cit.*, § 25 n. m. 204 notas 272 y 273.

(60) JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 21/48.

La primera razón era la de que, a diferencia de la regulación del StGB, en el CP existían algunos recursos –inexistentes en Alemania– que podían cubrir –al menos parcialmente– las indeseadas lagunas de punibilidad. Ello era así porque, como el CP definía a la inducción, en el artículo 14.2.º, como «[l]os que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo [el hecho]» –en el StGB no figuraba «forzar a otro» como una forma de inducción–, y como existía –y existe– la institución –también desconocida en el StGB– de la cooperación necesaria, ello permitía en determinados supuestos de autoría mediata castigar a los autores mediatos como inductores o cooperadores necesarios; bien es cierto que, con esta solución, se calificaba de inductor o de cooperador necesario a quienes, en sentido estricto, eran autores (mediatos), pero ello sólo planteaba un problema conceptual, pero no de punibilidad, ya que tanto al inductor como al cooperador necesario se les castiga con la misma pena que al autor.

La segunda razón por la que la dogmática española no consideraba a la autoría mediata un problema central de la teoría de la autoría y de la participación era porque sólo en muy contadas ocasiones se dan en la realidad –y, por consiguiente, sólo en muy contadas ocasiones llegan a los tribunales– supuestos de hecho en los que una persona, para cometer un delito, se ha servido de otra como su «instrumento», mientras que los que acontecen –y siguen aconteciendo– continuamente, un día sí y otro también, son otros supuestos de hecho –de los que incesantemente se ha tenido que ocupar y se sigue teniendo que ocupar nuestra jurisprudencia– en los que en la realización de un delito han intervenido, no un autor único, sino *varias personas*, por lo que aquí nos encontrábamos –y nos seguimos encontrando– con un problema endiablado, desconocido en Derecho alemán: el de distinguir la cooperación necesaria –esta forma de participación no existe en el StGB– de la complicidad, problema cuya solución no se puede eludir, ya que las consecuencias jurídicas de ambas formas de participación son distintas, en cuanto que, mientras que al cooperador necesario se le castiga con la misma pena que al autor, al cómplice se le impone la pena inferior en grado.

III. La previsión expresa de la autoría mediata en los Códigos Penales

Entretanto, el problema de la punibilidad de la autoría mediata ha pasado a la historia, ya que esa modalidad de autoría ha sido expresamente prevista tanto por el legislador alemán como por el español. Y así, en 1975, en virtud de la Segunda Ley para la Reforma del StGB,

se sustituye el hasta entonces vigente § 47 (v. su texto *supra* I) por el § 25 StGB, en el que, junto a los coautores del antiguo § 47, *se reconocen expresamente* las figuras del autor único y del *autor mediato*, con la siguiente redacción: «§ 25 (Autoría). (1) Se castigará como autor al que cometa el hecho por sí mismo o a través de otra persona. (2). Si varios cometen conjuntamente el hecho punible, cada uno de ellos será castigado como autor (coautor)» (61). Y, en España, el hasta entonces vigente artículo 14.1.º CP 1973 es reemplazado, en el CP 1995, por otro que, con una redacción similar a la del Código alemán, *también prevé expresamente la punición de la autoría mediata*: el actual artículo 28 CP dispone que «[s]on autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».

IV. Mi punto de partida sobre autoría y participación delictiva

Mi punto de partida, al interpretar los artículos 14 y 16 CP 1973 y los vigentes artículos 28 y 29 CP 1995 (62), era –y es– que autor en sentido estricto es aquél cuya conducta es gramatical y directamente subsumible en el tipo. Y que los restantes intervinientes son *partícipes*, en cuanto que todos ellos colaboran con –y derivan su responsabilidad (accesoriedad) de– el hecho cometido por ese autor en sentido estricto, distinguiéndose, dentro de esos partícipes, entre aquéllos cuya participación en el hecho principal se materializa en la realización de actos ejecutivos (art. 14.1.º CP 1973; art. 28, párrafo primero, CP 1995: «realizan el hecho... conjuntamente...»), y entre aquellos otros que lo hacen con actos preparatorios previos a –o simultáneos con– la entrada del delito en la esfera de la ejecución llevada cabo por un autor principal que bien ha actuado solo o lo ha hecho ayudado, en su caso, por los partícipes ejecutivos (63).

(61) «§ 25. Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)».

(62) Remito para ello a mi «Autor y cómplice», pp. 92 ss., 151 ss., 205 ss. y 215 ss., y a mi «Prólogo» a la 2.ª ed. del Código Penal (Editorial Tecnos), I.6.

(63) Ciertamente que, a diferencia del antiguo artículo 14.1º, que de los partícipes ejecutivos no decía que *eran*, sino que se «consideraban» autores, el vigente artículo 28, párrafo primero, afirma de esos partícipes ejecutivos que «*son* autores», contraponiéndolos a los inductores y a los cooperadores necesarios de los que el mencionado precepto dice que «serán considerados autores». Naturalmente que el legislador puede adoptar la terminología que le parezca conveniente, pero, porque las leyes

En cualquier caso, y prescindiendo ya de cuestiones terminológicas y hasta cierto punto secundarias, lo decisivo –y lo verdaderamente importante– son las consecuencias jurídicas, y lo que no se puede discutir es que el vigente CP, como asimismo hacía el derogado, ordena aplicar, tanto al autor en sentido estricto como al partícipe ejecutivo (a los que mezcla indiferenciadamente en el *totum revolutum* del artículo 28, párrafo primero), la pena prevista en la Parte Especial para el delito en cuestión.

V. La teoría del dominio del hecho

Como ya he señalado anteriormente, la teoría del dominio del hecho surge para, de alguna manera, tratar de fundamentar la punibilidad del autor mediato: ciertamente que éste, en principio, no es el autor en sentido estricto, cuya conducta es directamente subsumible en el tipo penal que habría que aplicar, y que tampoco es autor (partícipe) ejecutivo, lo que habría permitido su castigo sobre la base de preceptos vigentes con anterioridad a la introducción en el StGB (1975) y en el CP (1995) de la punición expresa del autor mediato, y que, por otra parte, castigarle sólo como cómplice (en Alemania no existe la figura intermedia del cooperador necesario) –cuando ello hubiera sido posible si hubieran concurrido los requisitos de accesoriedad en el autor principal– tampoco parecía una pena adecuada para quien se había servido como instrumento del autor material para lesionar el bien juridicopenalmente protegido. Por ello, con la definición un tanto ampulosa del autor mediato como aquél que tenía el «dominio del

de la gramática son las que son, y por mucho que diga de ellos que son autores, lo que no está en las manos de ese legislador es, dentro de los que realizan actos ejecutivos, convertir en autores en sentido estricto, esto es: en sujetos cuya conducta es directamente subsumible en el tipo penal, a aquéllos en los cuales no concurre esa condición, ya que su punibilidad (*porque no es abarcada gramaticalmente por la descripción legal*) no deriva directamente de dicho tipo penal, sino de la causa de *ampliación* de la punibilidad del actual artículo 28: «Pues si A sujeta por la fuerza a la mujer mientras B yace con ella, por mucho que A y B hayan actuado *conjuntamente* y ambos *sean*, por consiguiente y en el sentido del artículo 28 CP 1995, autores, es evidente –por redundante– que sólo ha cumplido el tipo de “atentar con violencia contra la libertad de otra persona mediante acceso carnal” (art. 178 en relación con el 179 CP 1995), quien efectivamente ha “atentado contra la libertad sexual mediante acceso carnal”; y que quien ha aplicado fuerza sin tener acceso carnal ha realizado una conducta no subsumible en el tipo de violación, por lo que su responsabilidad –al contrario de lo que sucede con el autor en sentido estricto– sólo puede fundamentarse sobre la base de *poner en relación* el concreto delito con la “causa de ampliación de la tipicidad” del artículo 28, párrafo 1.º, CP 1995 (“conjuntamente”») (GIMBERNAT, *Prólogo a la 2.ª ed. del texto del Código Penal de Tecnos*, I.6.).

hecho» se intentó fundamentar –*al margen y prescindiendo de la legislación penal entonces vigente*– su punibilidad, porque ¿cómo no podía ser autor quien tenía el «dominio del hecho», quien «decidía sobre el sí y el cómo de la producción del resultado lesivo», quien era «el señor del acontecimiento», aquél que «tenía-en-sus-manos o que tenía las riendas del desarrollo típico» o que «podía dejar correr, detener o interrumpir la realización del tipo»? (64). Al final, y para acabar de fundamentar –antes de 1975 en Alemania, y de 1995 en España– la punibilidad del autor mediato en los Códigos entonces en vigor, se acude a una especie de *pars pro toto* y se define –*y todo ello prescindiendo de las definiciones de autoría y participación contenidas en los Códigos Penales*–, no ya al autor mediato, sino a *cualquier clase de autor* (por contraposición al partícipe) como aquél que ostenta el dominio del hecho.

La opinión que expresaba en 1966, de que la teoría del dominio del hecho «no ha sido capaz de abordar con éxito el problema de la delimitación entre autor y cómplice» (65), la sigo manteniendo en su integridad: las definiciones del dominio del hecho –porque no hay una definición, sino muchas definiciones de esa teoría– son tan ambiguas y carentes de contornos precisos que –sea la que sea la definición queelijamos– no es posible subsumir en ellas con una mínima seguridad (jurídica), y de entre las inabarcables variantes con las que en la vida real se pueden presentar las distintas contribuciones de las personas que intervienen en un hecho delictivo, quién tiene y quién no tiene el dominio del hecho, y, por consiguiente, quién es autor y quién es sólo partícipe (ejecutivo, cooperador necesario, cómplice o inductor).

Y a los hechos me remito. Desde las SSTS de 1 de julio de 1963 (A. 3373), 4 de mayo (A. 811) y 5 de junio de 1965 (A. 2826) (66) hasta nuestros días, los tribunales españoles – con el Tribunal Supremo a la cabeza– ciertamente que han aplicado en innumerables ocasiones la teoría del dominio del hecho, pero ello nunca ha pasado de ser una cláusula de estilo con la que se legitima a posteriori el resultado alcanzado intuitivamente de que una determinada conducta es constitutiva de autoría o de complicidad: los resultados a los que llega nuestra jurisprudencia son tan imprevisibles y contradictorios (muchas veces a la hora de calificar conductas prácticamente idénticas) que, en mi

(64) Para éstas y otras definiciones del dominio del hecho cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 123 ss.

(65) GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 151, opinión que fundamentaba en la crítica a la que en páginas anteriores (135 ss.) había sometido a esa teoría.

(66) V. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 122.

opinión, debería haber llegado ya la hora de abandonar definitivamente –por impracticable– la teoría del dominio del hecho.

Por otra parte, no es difícil –más bien, es fácil– encontrar resoluciones judiciales es las que se aplica la teoría del dominio del hecho para argumentar por qué una determinada conducta es constitutiva de cooperación necesaria (67), lo que supone colocar a esta teoría patas arriba. Porque, si una cosa es segura, es que la teoría del dominio del hecho es un criterio para distinguir al autor del partícipe, y, si otra cosa es segura también, es que *el cooperador necesario no es autor, sino que es partícipe del hecho principal*, con lo que, al interpretar la cooperación necesaria –y en contra de lo que hacen nuestra jurisprudencia y una gran parte de la doctrina–, lo que habría que argumentar es, no que el cooperador necesario tiene el dominio del hecho, sino todo lo contrario: *que no tiene el dominio del hecho*: si el dominio del hecho es lo que, según esta teoría, define al autor, entonces no lo puede tener el cooperador necesario que es un simple –aunque muy importante– partícipe, por lo que caracterizar a este último como detentador del dominio del hecho supone tergiversar el postulado fundamental –el dominio del hecho es lo que distingue al autor del partícipe– de la, en cualquier caso errónea, teoría del dominio del hecho.

Si de verdad queremos distinguir al autor del partícipe a lo que hay que atenerse es a lo que establecen los Códigos Penales y prescindir de la teoría del dominio del hecho, un *invento* elaborado al margen de lo que figura en esos textos legales. Y si, en concreto, nos atenemos al CP español, lo primero que hay que decir es que, cuando intervienen varios en un hecho punible, autor es aquél cuya conducta es subsumible en el tipo penal correspondiente, es decir: el que apuñala, el que sustrae una cosa mueble ajena o el que accede carnalmente con violencia a otra persona, independientemente de si ha sido el propio violador o un tercero (partícipe) el que aplica dicha violencia (68). Como hemos visto, la teoría del dominio del hecho surge para justificar la –entonces no prevista legalmente, ahora sí– punibilidad de la autoría mediata y, para dar mayor consistencia a esa justificación, afirma que no sólo el mediato, sino también el inmediato tiene el dominio del hecho, generalizando esa requisito del dominio del hecho como uno que caracteriza a *cualquier clase de autor*. Pero ¿qué necesidad tengo yo de acudir al argumento de que el autor material del delito es autor *porque tiene el dominio del hecho*, cuando esa conclusión se extrae de la elemental evidencia de que lo es porque, simple-

(67) Indicaciones sobre esa dirección jurisprudencial en BOLEA, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, pp. 113 ss.

(68) Cfr. supra nota 63 y mi *Autor y cómplice*, pp. 215 ss.

mente, su conducta ha cumplido el tipo penal aplicable, y todo ello independientemente de que, al construir un concepto de autor al margen y por encima de los textos legales, la teoría del dominio del hecho ha llevado a extender la condición de autor a conductas –a las de quienes, sin ser autores mediatos, han intervenido en el delito con actos preparatorios– que no están previstas como tales en los Códigos Penales?

Junto al autor en sentido estricto –aquél cuya conducta es directamente subsumible en el tipo penal– el CP 1995 equipara a éste al autor mediato. En su día, mantuve la opinión de que «la utilidad de esta teoría [del dominio del hecho] para la autoría mediata me parece... fuera de duda» (69). A la vista de la extensión que, en aplicación de la teoría del dominio del hecho, ha ido adquiriendo la autoría mediata –incluyendo en ella otros casos distintos de los tradicionales, que habían dado origen al nacimiento de esa forma de autoría–, no volvería a escribir esa frase. Como al describir la autoría mediata, el CP no habla para nada de dominio del hecho, sino de «realiza[r] el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento», creo que lo más conforme con el texto legal sería determinar cuándo, más allá de la inducción y de la cooperación necesaria, se puede afirmar que «el autor de detrás» ha «*instrumentalizado*» al autor inmediato para cometer un delito, una tarea que ni quiero, ni puedo (ni me siento capaz de) abordar aquí.

VI. Partícipes que colaboran con actos ejecutivos y partícipes que lo hacen con actos preparatorios

Todos los que intervienen en la realización de un delito, y no son ni autores en sentido estricto ni autores mediatos, son *partícipes*, distinguiendo el CP entre los que contribuyen con actos ejecutivos (art. 28, párrafo primero, segundo supuesto), con actos de inducción [art. 28.a)] y con actos preparatorios [art. 28.b), cooperación necesaria, art. 29, complicidad].

Prescindiendo de la inducción, la forma de participación que menos problemas de interpretación plantea, quienes auxilian al autor con actos de ejecución, *e independientemente de si su intervención es necesaria o no*, son todos ellos partícipes ejecutivos y son sancionados con la misma pena que el autor, una consecuencia jurídica que tiene también un fundamento material, ya que en otro lugar (arts. 15-18 CP), y debido a su *proximidad* a la puesta en peligro del bien jurídico,

(69) GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 136.

el CP ha distinguido también entre actos ejecutivos y preparatorios, en el sentido de que aquéllos son siempre punibles (como tentativa), mientras que estos últimos sólo lo son en determinados casos (70). Por consiguiente, si el interviniente sujeta a la víctima mientras el autor material le asesta la puñalada mortal, si el partícipe *ha escalado el muro* y permanece como vigilante mientras los autores materiales consuman (o intentan consumir) el robo, si la enfermera entrega el instrumental al ginecólogo mientras éste practica un aborto ilegal, estamos en presencia de partícipes ejecutivos cuya punibilidad deriva de poner en relación el tipo penal realizado por el autor material con el segundo supuesto del artículo 28, párrafo primero.

Si el sujeto ha intervenido en el delito, pero no con actos de ejecución –ni de inducción–, entonces su responsabilidad por participación adopta forzosamente la forma de cooperación necesaria o de complicidad. Como se deriva del artículo 29 que regula la complicidad («con actos anteriores o *simultáneos*») –un binomio que es también aplicable, sistemáticamente, a la cooperación necesaria– la presencia en el lugar de los hechos puede dar lugar tanto a la participación con actos ejecutivos como preparatorios. Si el vigilante del robo al que acabo de aludir no ha saltado el muro y, por consiguiente, no ha realizado ningún acto ejecutivo en el sentido del artículo 238.1.º, sino que ha estado ejerciendo la misma tarea de guardia fuera del referido muro, su acto debe ser calificado de preparatorio –de preparatorio, a pesar de que su acción se desarrolla *simultáneamente* con la ejecución del delito que están llevando a cabo los restantes intervinientes–, con lo que, excluida ya su calificación como partícipe ejecutivo, la cuestión que habría que decidir entonces es la de si esa vigilancia es constitutiva de cooperación necesaria o de complicidad.

VII. El problema de la cooperación necesaria

En 1966, me encuentro con que la dogmática española ha acudido a dos criterios distintos para interpretar la cooperación necesaria (71).

Según el primer criterio –abstracto–, «para averiguar si una determinada conducta es o no condición necesaria del resultado, el juez debería tener en cuenta qué es lo que hubiera sucedido, hipotética-

(70) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 97-99, y ahora, además, los artículos 17.3 («La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley») y 18.2, párrafo primero («La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevé») CP 1995.

(71) Referencias en mi *Autor y cómplice*, pp. 131 ss.

mente, suprimiendo in mente la actividad cuya necesidad se pretende determinar. Si el delito se hubiera ejecutado también, el comportamiento objeto de examen constituiría complicidad; si el resultado criminal no hubiera tenido lugar, el comportamiento sería subsumible en el 14,3» (72).

Según el segundo criterio –concreto– (73), *cualquier* condición en relación de causalidad con el resultado –en el sentido de la teoría de la *conditio sine qua non*–, y *por muy poca importancia que haya tenido para la realización del delito*, sería constitutiva de cooperación necesaria.

Contra la interpretación abstracta de la cooperación necesaria argumenté en su día –y me ratifico en ese argumento– que «no es posible que la ley haya querido –se opone, pues, a la voluntad objetiva de la ley– encomendar al juez tareas insolubles. E insoluble es averiguar si el autor directo hubiera podido o no encontrar un modo de sustituir la actividad del cooperador. Por tanto, y en base al principio *in dubio pro reo*, habría que considerar siempre a todo partícipe que no sea ejecutor, cómplice y nunca cooperador necesario, con lo que el artículo 14 núm. 3 no encontraría jamás una oportunidad de ser aplicado. Y claro es que el legislador no dicta preceptos para que no entren en ningún caso en juego. Resumen: La interpretación abstracta de la “necesidad” es incompatible con la voluntad objetiva de la ley» (74).

Igualmente sigo considerando válidos los argumentos que entonces expuse contra la interpretación concreta de la cooperación necesaria: «Los resultados a que llega la posición concreta nos muestran ya que no puede ser correcta. Pues el núm. 3 del artículo 14 ha de presentar frente al artículo 16 una diferenciación *material*. Con ello quiero

(72) GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 137.

(73) Referencias en GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 133.

(74) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 139. V. también p. 203: «Sin embargo, tampoco esta otra posibilidad de interpretación (la abstracta) del artículo 14 núm. 3 puede ser correcta. Y no lo puede ser por dos motivos fundamentales. En primer lugar, porque no hay juez en el mundo que pueda constatar lo que habría sucedido sin mi colaboración. Y en segundo lugar, porque aunque hubiese un juez que, en efecto, fuese capaz de constatarlo, aunque hubiese en algún lugar de la tierra un juez omnisciente, desde un punto de vista de justicia material la solución seguiría siendo poco convincente. Lo que el partícipe sabe en el momento de actuar es sólo si su aportación es o no difícil de conseguir para el autor en sentido estricto, si ella le resuelve o no un grave problema. Este factor, que es el único que el partícipe conoce, es también el único que hay que tener en cuenta para calificar su conducta. ¿Por qué va a depender el que se me considere cooperador necesario o cómplice de lo que yo no sé –de si mi conducta es “absolutamente necesaria” o no– en el momento de actuar? Lo lógico es que dependa de lo que yo sé. Y lo que yo sé es si estoy resolviendo o no una dificultad sería para el autor directo».

decir lo siguiente: como la consecuencia jurídica de la cooperación necesaria consiste en una pena superior a la de la complicidad, con la definición del artículo 14 número 3 se tiene que describir, forzosamente, una conducta que sea más digna de castigo que la del 16. Pero éste no sería el caso si la diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad residiera en que aquella era causal y ésta no para el resultado» (75).

A la vista de que ninguna de las dos exégesis entonces vigentes de la cooperación necesaria eran convincentes –la posición abstracta ni siquiera era viable–, propuse interpretar el entonces vigente artículo 14.3 [hoy: 28.b)], partiendo de que «está fuera de duda que la ley, en el artículo 14 núm. 3, hace referencia a una actividad de *especial importancia* para el resultado. Por ello, el CP vincula a la cooperación necesaria una pena superior a la impuesta al cómplice, cuya conducta no es demasiado importante, no tiene gran trascendencia para la consecución del resultado delictivo» (76). Y añadía que esa interpretación era conforme con lo que en el lenguaje corriente se entendía por una aportación sin la cual no se habría podido alcanzar un determinado objetivo: «El lenguaje de la ley coincide con el lenguaje corriente: en la conversación de cada día también hablamos de prestaciones o cosas sin las cuales no habríamos podido hacer esto o lo otro. Y hablamos de ello, aunque, naturalmente, ignoramos cuál es el curso que habrían seguido los acontecimientos si no hubiéramos podido disponer de esas prestaciones o cosas» (77).

VIII. La teoría de los bienes escasos. Reformulación y rebautizo de la teoría de los bienes escasos: la «teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)»

Teniendo en cuenta, por consiguiente, que la diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad debe interpretarse, *según una exégesis conforme con el texto de la ley*, en el sentido de que aquella es una *aportación importante* para la ejecución del delito, mientras que la última no lo es, y teniendo en cuenta que, *desde un punto de vista material*, tiene también todo el sentido castigar más severamente la cooperación necesaria (con la misma pena del autor) que la complicidad (a la que se le impone la pena inferior en grado a la del autor), en cuanto que la primera ha contribuido *de manera más decisiva* que

(75) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 140 (cursivas en el texto original).

(76) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 152 (cursivas en el texto original).

(77) GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 152/153.

la segunda a ayudar al autor material para la realización del tipo penal, propuse, para delimitar lo que es necesario de lo no-necesario, la que yo denominé «teoría de los bienes escasos» (78).

Desde su formulación, esta teoría de los bienes escasos ha tenido una gran acogida en la jurisprudencia española –¡muchas gracias!–, si bien tengo que confesar: primero, que, en su aplicación práctica, no ha servido de mucho para diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad, y, segundo, que de esa poca utilidad en su aplicación práctica no es responsable la jurisprudencia española, sino, con toda seguridad, mi torpeza a la hora de establecer criterios fácilmente concretizables sobre lo que es y lo que no es un «bien escaso», una torpeza que, de alguna manera, ya intuía en 1966 cuando escribía: «Si este desarrollo [el que había llevado a cabo de la teoría de los bienes escasos en las páginas precedentes] ha sido acertado y si necesita ser completado o modificado en algunos puntos es algo que no le toca decidir al autor de esta obra» (79).

Pero como sigo creyendo que es correcto el *núcleo* de la teoría de los bienes escasos, a continuación voy a tratar de ofrecer criterios de aplicación más seguros, lo que me lleva a proponer, en el presente trabajo, una reformulación de esta teoría y un rebautizo de la misma, sustituyendo el nombre de «teoría de los bienes escasos» por el de «teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)».

Para explicar por qué sigo considerando que el *núcleo* de esa teoría sigue siendo válido para delimitar la cooperación necesaria de la complicidad, voy a recordar en lo que sigue, y fragmentariamente, algunos de los postulados y ejemplos –no siempre lineales y no siempre exentos de contradicciones– que recogía en mi monografía de 1966.

La idea central de la teoría de los bienes escasos –como criterio de diferenciación entre el art. 14.3 y el 16 CP 1973 y, actualmente, entre los arts. 28 b) y 29 CP 1995– era la de que la distinción tenía que residir en la mayor (cooperación necesaria) o menor dificultad (complicidad) del autor para obtener la correspondiente prestación del partícipe, y que la cooperación necesaria no se podía entender, *en un sentido estrictamente literal*, de si el autor hubiera podido o no obtener, *hipotéticamente*, dicha prestación si el cooperador necesario real se hubiera negado a aportarla, porque ello habría exigido del intérprete que pudiera demostrar lo indemostrable –qué es lo que habría sucedido, si ...–, sino que había que entenderla, *en un sentido coloquial*, de qué es lo que ex ante suponía una aportación importante para la realiza-

(78) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 151 ss.

(79) *Autor y cómplice*, p. 204.

ción de delito, independientemente de si hubiera existido o no la posibilidad, por otros medios, de obtener idéntica aportación.

En mi «Autor y cómplice» distinguía, de entre las aportaciones de los cooperadores necesarios y no-necesarios, entre aquéllas que habían consistido «en la entrega de una cosa» (80) y aquéllas otras que «consist[ían] en un mero hacer» (81).

Por lo que se refería a la entrega de cosas, al interpretar el 14.3, escribía (82): «si el partícipe coopera al delito con un objeto difícil de obtener, con uno del que el autor material no dispone (bien escaso), es coautor (83) del 14.3, prescindiendo de si por un azar o realizando un serio esfuerzo hubiera podido o no obtener después el bien que el cooperador necesario le proporciona. En cambio, si lo que entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir, entonces la conducta es de complicidad».

De acuerdo con ese principio –y frecuentemente utilizando casos de la jurisprudencia, y tomando posición frente a ellos, en los que ésta se había pronunciado sobre la concurrencia de cooperación necesaria o complicidad–, y en lo que se refiere a la aportación al hecho delictivo de *bienes no-escasos*, y constitutivos, por consiguiente de conductas de *complicidad*, ponía como ejemplos, la entrega de un cuchillo para cometer un homicidio (84), o de un martillo para el mismo fin (85), o de «una piedra (v. gr., para producir daños), un palo (v. gr., para alcanzar la cosa que se quiere hurtar), una escalera (v. gr., para penetrar en la morada que se quiere allanar)» (86), o proporcionar a los restantes delincuentes una habitación donde planear el hecho punible (87), mientras que, entre otros, calificaba de *bienes escasos*, cuya contribución por parte del partícipe le convertía en *cooperador necesario*, facilitar a los autores materiales de delitos contra las personas instrumentos tales como pistolas, dinamita o un veneno (88).

Y en relación con aportaciones no consistentes en entregar (o en poner a disposición) cosas para la comisión de un delito, sino en el

(80) Pp. 155 ss.

(81) Pp. 167 ss.

(82) P. 159.

(83) Aquí utilizaba la expresión coautor en el sentido legal del 14.3 de «se consideran autores...», aunque, naturalmente, en un sentido técnico el cooperador necesario es un partícipe.

(84) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 154, 194.

(85) *Op. cit.*, p. 155.

(86) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(87) La STS de 6 de julio de 1881 había estimado, sin embargo, que esa conducta era de cooperación necesaria: cfr. *op. cit.*, pp. 196/197

(88) Cfr. *op. cit.*, pp. 155, 156, 158 y 160.

despliegue de *actividades* de participación –y, a menudo también, analizando críticamente casos resueltos por la jurisprudencia–, establecía el criterio central de que constituían actividades de cooperación necesaria todas aquéllas que tuvieran un *carácter inequívocamente criminal* (89), reservando para la complicidad aquéllas otras que no habría tenido inconveniente en ejecutar –si no hubiera conocido el uso delictivo que se iba a hacer de tal actividad–, y precisamente por carecer de tal carácter, cualquier persona cuidadosa: «Este factor [el criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta] se corresponde con el siguiente principio: Abundante será toda actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa; pues si la mayoría de los hombres no ponen reparos a comportarse de esa manera, ello significa que, por así decir, disponemos de tal actividad, que ésta no nos es escasa. Por consiguiente, si un sujeto se encarga de llevar la carta injuriosa que otro ha escrito a su destinatario, tal actividad no será de cooperación necesaria, ya que todo el mundo tiene a su disposición el servicio de correos para remitir una carta. El criterio de la conducta que un hombre cuidadoso no tiene inconveniente en llevar a cabo es aquí el criterio decisivo; precisamente porque, como hemos dicho anteriormente, son estos los que abundan en la sociedad, no los criminales. Por tanto, en principio, toda actividad claramente criminal que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo es escasa y constitutiva de cooperación necesaria. No es claramente criminal, por ejemplo, el trasladar en automóvil al delincuente al lugar del delito; pues, *ocultando las intenciones delictivas*, tenemos a nuestra disposición taxis y otros medios de transporte que nos llevan al punto que determinemos. Por ello, el partícipe que, con conciencia de la finalidad del viaje, lleva a cabo tal conducta no coopera necesariamente; es sólo cómplice. En cambio, es cooperación necesaria la vigilancia mientras otros roban, pues el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo una actividad tan claramente criminal» (90).

En mi «Autor y cómplice», porque estimaba que constituían conductas inequívocamente criminales, entendía que eran casos de cooperación necesaria, ejercer funciones de vigilancia mientras se cometía un robo (91), facilitar el nombre de una persona dispuesta a cometer un aborto ilegal –las SSTs de 11 de octubre de 1946 y de 3 de julio de 1963, en cambio, habían calificado esa conducta de complicidad– (92), indicar a una mujer embarazada qué manipulaciones debería llevar a cabo

(89) *Op. cit.*, p. 167: “El criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta”.

(90) *Gimbernat*, Autor y cómplice, pp. 167/168 (cursivas añadidas).

(91) Cfr. *op. cit.*, pp. 168, 197.

(92) *V. op. cit.*, p. 198 con n. 218.

para provocarse un aborto –comportamiento que la jurisprudencia había considerado de complicidad– (93), o poner a quienes necesitaban unas certificaciones falsas en contacto con la persona que sabía cómo realizarlas (94). De igual manera, y dentro todavía del marco de la cooperación necesaria, me «adher[ía] a la doctrina jurisprudencial dominante de considerar cooperación necesaria la consistente, en el hurto o en el robo, en poner a disposición de los autores habitaciones contiguas o pasadizos que llevan a la estancia donde se desea perpetrar el delito y también la de aquéllos que, desde dentro de la casa, facilitan la entrada a los ladrones» (95), como asimismo expresaba que «nada hay que oponer ..., por tratarse de una actividad claramente criminal ..., a la doctrina jurisprudencial dominante de considerar cooperación necesaria la conducta del que en un delito contra la vida o contra la propiedad distrae al sujeto pasivo para que los otros codelincuentes puedan aprovecharse de la situación de sorpresa», añadiendo que «consideraciones parecidas hacen aparecer correcta la tesis del TS de calificar de cooperación necesaria las conductas de la persona que, con engaño, lleva a la víctima a un lugar propicio donde la matan, la de quien indica a los codelincuentes que el sujeto a quien se quiere quitar la vida se ha dormido ya o ha llegado ya a su casa y la del que señala a los ladrones quién es la persona que lleva el dinero» (96).

En cambio, y por sólo mencionar dos supuestos de hecho a los que la jurisprudencia del TS había calificado equivocadamente de cooperación necesaria (97), y por no constituir comportamientos inequívocamente criminales, había estimado que eran de complicidad las actividades de llevar una carta injuriosa a su destinatario (98) o del mero traslado en automóvil del autor al lugar de comisión del delito (99).

IX. Los «actos neutrales» o «actos cotidianos»

En 1966, año de la publicación de mi «Autor y cómplice en Derecho penal», nadie se había ocupado en la dogmática juridicopenal –porque no se había tomado conciencia ni de su existencia ni de su

(93) V. *ibidem*.

(94) Cfr. *ibidem*.

(95) *Autor y cómplice*, p. 199.

(96) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 200, donde todos esos ejemplos se mencionan, citando las correspondientes sentencias del TS en las que calificaba de cooperación necesaria tales conductas.

(97) Indicaciones en *op. cit.*, pp. 198/199, 200.

(98) V. *op. cit.*, pp. 168, 200.

(99) V. *op. cit.*, pp. 168, 199.

relevancia— de los llamados «actos neutrales» o «actos cotidianos», es decir: de aquellos actos aparentemente inocuos como vender un cuchillo de cocina o como trasladar a una persona a un determinado lugar, que se convierten en constitutivos de participación delictiva y dejan de ser inocuos, desde el momento en que el partícipe sabe —porque se ha puesto de acuerdo con el autor o porque ha llegado a ese conocimiento por otros medios— que la entrega de ese instrumento (el cuchillo se va a emplear para un asesinato) o el ejercicio de esa actividad (el conductor del automóvil sabe que está trasladando al ocupante al lugar donde éste va a llevar a cabo una violación o un robo) serán utilizados para la comisión de un delito.

Entretanto, sin embargo, la dogmática de los «actos neutrales» se ha convertido, en palabras de *Amelung*, en un «tema de moda» que ocupa y sigue ocupando a la jurisprudencia y a la ciencia penal, no sólo a la alemana (100), sino también a la española (101). En Alemania, cuyo StGB sólo conoce la complicidad —pero no la cooperación necesaria—, la discusión se ha desencadenado porque, según la jurisprudencia y la ciencia dominantes en aquel país, ciertamente que los «actos neutrales» son, en principio, constitutivos de complicidad, si bien, y según las distintas opiniones —en cuyas variantes, naturalmente, no puedo entrar aquí— algunos de ellos deben quedar al margen del Derecho penal: la discusión en Alemania se centra, por consiguiente, en determinar qué «actos neutrales» deben calificarse de conductas de complicidad y cuáles ni siquiera alcanzan esa categoría, debiendo quedar, por consiguiente, impunes.

Lo que la dogmática actual considera «acto neutral» *coincide en todo* con mi concepto de aquellas conductas de participación integrantes —frente a las de cooperación necesaria— de complicidad. En primer lugar, porque yo consideraba «*actividades*» de complicidad «toda actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa» (102), y «*entregas de cosas*», fundamentadoras asimismo de complicidad, aquellos supuestos en los que lo que «se

(100) Indicaciones bibliográficas en ROXIN, *AT II*, 2003, § 26 n. 292, y, más recientemente, en FISCHER, *StGB*, 60 ed., 2013, § 27 n. m. 16 a.

(101) Donde también se ha acabado convirtiendo en un «tema de moda»: cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 253 ss.; FEIJOO, *Límites de la participación criminal*, 1999, pp. 73 ss.; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, 2001; LANDA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana». Contribución al límite mínimo de la participación frente a los «actos neutros»*, 2002; ROBLES, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 23 ss.; MIRÓ, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 63 ss.

(102) *Autor y cómplice*, pp. 167/168.

entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir» (103), «actos neutrales» que se convierten en actos de complicidad cuando quien lleva a cabo esa conducta, en principio inocua, sabe que va a ser utilizada como contribución para la comisión de un delito. Y, en segundo lugar, porque, como yo estimaba que era de cooperación necesaria toda conducta de participación que tuviera «un carácter inequívocamente criminal», de ahí hacía seguir, a contrario, que lo que no tuviera ese carácter de que «no [fuera] claramente criminal» (104), sólo podía fundamentar una complicidad.

La coincidencia de «acto neutral» con lo que yo denominaba bien no-escaso constitutivo de complicidad se pone de manifiesto en que, para determinar lo que debe entenderse por «acto neutral», la dogmática y la jurisprudencia alemanas acuden a *los mismos supuestos* que yo empleaba para ilustrar lo que era una actividad o una cosa no-escasas: entrega de un martillo (105) o de un cuchillo de cocina (106) para atacar a otra persona, taxista que conduce al traficante de droga al lugar de comisión del delito (107), entrega de una escalera como instrumento para cometer un robo o un allanamiento de morada (108).

Prescindiendo de ejemplos traídos por los pelos en los que se niega que sean constitutivas de complicidad determinadas «acciones neutrales o cotidianas» –no sería cómplice de un delito contra la Hacienda Pública el que abona a un profesional el dinero que le corresponde por la obra realizada, aun conociendo que la suma percibida por éste no la va a declarar a la Agencia Tributaria (109)–, la doctrina jurisprudencial alemana parte, con razón, de los siguientes principios: «Si la actuación del autor principal está dirigida exclusivamente a cometer un hecho punible, y eso lo sabe quien presta la ayuda, entonces hay que valorar la contribución de éste al hecho como una acción de complicidad; el hecho pierde siempre su “carácter cotidiano” y ha de ser interpretado como de “solidaridad” con el autor» (110).

(103) *Op. cit.*, p. 159.

(104) *Op. cit.*, p. 168.

(105) ROXIN, *op. cit.*, § 26 nn. mm. 218 y 222.

(106) FRISTER, AT, 3.^a ed., 2008, 28/47.

(107) Así, la jurisprudencia alemana: cfr. ROXIN, *op. cit.*, § 26 n. 330.

(108) Así, la jurisprudencia alemana: cfr. FRISTER, *op. cit.*, 28/45.

(109) Ejemplo que se reproduce a menudo para ilustrar casos de acciones neutrales no constitutivas de complicidad: v. sólo ROXIN, *op. cit.*, § 26 n. m. 218.

(110) Así resumen SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER-HEINE, *StGB*, 27 ed., 2006, § 27 n. m. 10 a, la doctrina establecida por la jurisprudencia del BGH. Análogamente, FISCHER, *StGB*, 60 ed., 2013, § 27 n. m. 18, para quien la posición de la jurisprudencia alemana se puede expresar así: «acciones neutrales en sí pierden su “carácter cotidiano” cuando el comportamiento del autor principal está dirigido a la comisión de un hecho punible y eso lo sabe positivamente quien presta la ayuda».

Ciertamente que el «acto neutral o cotidiano» tiene una significación distinta en Alemania de la que yo propongo que tenga en nuestro Derecho penal.

Como en el StGB, entre los actos preparatorios de participación en el delito, *sólo existe la complicidad* –al contrario de lo que sucede en España, donde, *en función de su importancia para la realización del delito*, el CP distingue los actos de cooperación necesaria de los de complicidad–, en Alemania los «actos neutrales» constituyen el *límite mínimo de la complicidad* –y sirven para excluir, *en supuestos excepcionales*, incluso a algunos de ellos de la esfera de la complicidad–, y son castigados, como tal complicidad, exactamente igual que los «actos no-neutrales» de participación en el delito con una pena inferior (§ 27 en relación con el § 49.1 StGB) a la que corresponde al autor, que es la que se impone (además de a los autores inmediatos y mediatos) también al partícipe ejecutivo y al inductor.

En cambio, como en nuestro Código sí que existe la distinción cooperación necesaria-complicidad, la solución que propongo en este trabajo, y dada que la diferencia entre una y otra reside en la mayor o menor importancia que haya supuesto la correspondiente aportación para la realización del delito, y dada, asimismo, la evidente mayor facilidad que, para ejecutar el hecho punible, tiene el autor principal de obtener «actos neutrales o cotidianos» que no la de conseguir «actos no-neutrales o no-cotidianos», la ayuda con estos últimos integrará una cooperación necesaria, mientras que la que consista en aquellos «actos neutrales o cotidianos» tendrá que calificarse de complicidad (111).

(111) La jurisprudencia española se está empezando a ocupar, ocasionalmente, de los actos neutrales, pero a veces en una dirección que no coincide ni con la mantenida por la jurisprudencia alemana (v. supra n. 70), ni con la que yo mantengo en este trabajo. Y así, mientras que los tribunales alemanes consideran que los actos neutrales son constitutivos, por lo general, de complicidad, debiendo quedar impunes sólo en casos excepcionales, y yo soy de la opinión de que la cualidad de acto neutral es lo que distingue a la punible complicidad de la cooperación necesaria (acto no-neutral), el TS ha llegado a decir, equivocadamente, «que estos actos [neutrales] son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que *por regla general no son típicos*» (STS 34/2007, de 1 de febrero, cursivas añadidas). De esta manera, en la primera sentencia en la que, por lo que alcanzo a ver, el TS se ocupó, aun sin emplear todavía esa terminología, de los «actos neutrales», mantuvo la tesis de que, por constituir actos cotidianos, era impune y no constituía complicidad, en una detención ilegal, la conducta de la mujer que, sabiendo que estaba privado ilegalmente de libertad, lavaba la ropa del secuestrado –encerrado durante casi un año en un zulo de tres metros de largo, 1,90 de ancho y 1,95 de alto– y proporcionó el coche con el que aquél fue puesto en libertad, tesis mayoritaria del tribunal que fue rechazada, convincente y contundentemente, en el voto particular formulado a la sentencia por los magistrados Martínez Arrieta y Monterde.

X. Conclusiones

Reformulando en parte mis tesis expuestas por primera vez, en 1966, en mi monografía sobre «Autor y cómplice en Derecho penal», y rebautizando mi «teoría de los bienes escasos» con el de «teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)», propongo la siguiente interpretación de la regulación de la autoría y de la participación en el Código Penal español.

1. AUTORES

a) Autor en sentido estricto (o autor material o autor principal) es aquél cuya conducta es directamente subsumible en el tipo correspondiente de la Parte Especial, independientemente de si en la realización de la conducta típica han colaborado también con él otros partícipes con actos ejecutivos.

b) Autor mediato es quien realiza el hecho sirviéndose del autor material al que utiliza como un «instrumento» (art. 28, párrafo primero, inciso tercero).

2. PARTÍCIPES

Todos los demás intervinientes en el acontecimiento delictivo son partícipes.

a) Partícipe ejecutivo [art. 28, párrafo primero, segundo inciso («conjuntamente») CP] es todo aquél que, sin que su conducta sea directamente subsumible en el tipo penal en cuestión, ayuda al autor principal a la realización del delito, *e independientemente de la mayor o menor importancia de su aportación*, con actos ejecutivos en el sentido del artículo 16.1 CP.

b) Inductor [art. 20.a)] es quien despierta en el autor material la decisión de cometer un delito.

c) Cooperador necesario [art. 28.b)] es el partícipe que, sin ser partícipe ejecutivo, contribuye a la realización del delito con un acto preparatorio caracterizado por ser un «acto no-neutral (un acto no-cotidiano)» o, expresándolo con términos menos precisos, con una «conducta con un carácter inequívocamente criminal» o un «bien escaso».

d) Finalmente, la aportación del cómplice (art. 29) al autor principal consiste en un acto preparatorio caracterizado por ser un «acto neutral (un acto cotidiano)» o, expresándolo en términos menos precisos, una «conducta no claramente criminal» o un «bien no-escaso».

C) LA OMISIÓN IMPROPIA

Voy a empezar con un caso reciente resuelto por un tribunal inferior: el enjuiciado por la sentencia 179/2013, de 30 de julio, del Juzgado de lo Penal de Huelva núm. 1: La niña Dolores, poco tiempo después de ser sometida a una intervención quirúrgica de apendicitis aguda, empieza a presentar síntomas alarmantes: fuertes dolores de abdomen, vómitos, diarreas, picos de fiebre de 39.2.º C. Los dos médicos que la atienden piensan que se encuentran ante una «supuesta y extraña gastroenteritis», pero no consiguen estabilizar a la enferma con la administración de analgésicos y antitérmicos, falleciendo la menor a las pocas horas. El tribunal reprocha a ambos médicos que, para llegar a un diagnóstico correcto de la enfermedad que sufría la paciente, deberían haber realizado pruebas complementarias como análisis de sangre o alguna exploración radiográfica o ecográfica.

«Las defensas sostienen que la asistencia facultativa de ambos acusados fue correcta desde el primer momento y que la realización de pruebas complementarias o la implantación de un tratamiento antibiótico, *aunque hubieran detectado el mal, no hubieran impedido el resultado de muerte*». Frente a esta alegación de que la acción omitida no hubiera impedido el resultado (los médicos fueron condenados por un homicidio imprudente en comisión por omisión), el Juzgado contesta que «ha quedado acreditado que los acusados Vicente y Celia no aplicaron a la paciente algunas prácticas recomendadas que *hubiesen dado más chance* de alcanzar un diagnóstico precoz», con lo que «aquellas actuaciones [de diagnóstico] se habrían anticipado lo suficiente para evitar, *probablemente*, el proceso infeccioso del que derivó el resultado fatal», añadiendo que «esta clara negligencia profesional no facilitó una intervención operatoria o un tratamiento antibiótico lo más inmediato posible, lo que *tal vez hubiera evitado* las consecuencias del resultado fatal final o disminuido sus efectos». (Todas las cursivas que figuran en las citas literales de la sentencia han sido añadidas).

En mi trabajo «Tiene un futuro la dogmática juridicopenal», publicado en 1970 (112), escribía: «conocido el alcance de la teoría [establecida por la dogmática para interpretar un determinado precepto o una determinada institución] y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos en que se apoya, correcta –por hallarse comprendido realmente dentro del

(112) Cito del texto que recojo en mis *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 140-161.

sector que aquélla abarca— o incorrecta —cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo—» (113), y añadía: «La dogmática jurisdicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación» (114).

Con la concepción dominante de la omisión impropia sucede, en cierto sentido, lo contrario de lo que acontece con la teoría del dominio del hecho. Como he tratado de demostrar supra B V, esta última teoría está formulada en términos tan ambiguos e inconcretos que hace impracticable una aplicación precisa de la misma al caso concreto, tal como lo pone de manifiesto la jurisprudencia española de las últimas décadas, cuyos resultados contradictorios, a la hora de hacer entrar en juego la teoría del dominio del hecho, para determinar lo que es autoría y lo que es participación (115), hacen imposible prever cuál va a ser la calificación de una conducta cuando en la comisión de un delito intervienen varias personas, con las lamentables consecuencias que de todo ello derivan para la *seguridad jurídica*.

En la omisión impropia sucede todo lo contrario, ya que aquí la doctrina dominante (116) nos ofrece una fórmula de *precisión casi matemática* para determinar cuándo se le debe imputar al garante el resultado típico sobrevenido, a saber: «cuando su acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad (o en la certeza) hubiera evitado el resultado».

Si aplicamos esta fórmula de la doctrina dominante al caso resuelto por el Juzgado de lo Penal de Huelva, éste tendría que haber absuelto —y no condenado, tal como hizo, a los médicos acusados, Vicente y Celia— del delito de homicidio imprudente en comisión por omisión. Ya que, como la propia sentencia reconoce implícitamente, para nada

(113) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 159.

(114) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 158.

(115) Incluso sobre lo que es cooperación necesaria, a pesar de que ésta, como también he expuesto (supra B V), por ser una indubitada forma de participación, se tendría que caracterizar por la no-detentación del dominio del hecho.

(116) Amplísimas referencias sobre esta doctrina dominante en GIMBERNAT, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»*, pp. 396 ss. Se cita del texto de este trabajo, publicado por primera vez en 2000, de acuerdo con la paginación con la que aparece recogido en mis *Estudios sobre el delito de omisión*, 2013. Los restantes trabajos míos sobre la omisión se recogen también en —y se citan con la paginación de— mis mencionados *Estudios sobre el delito de omisión*.

puede hablarse de que la acción omitida de efectuar pruebas complementarias de análisis de sangre o de exploraciones radiográficas o ecográficas *habrían evitado la muerte de la niña con una probabilidad rayana en la certeza*.

Y no puede hablarse de ello, en primer lugar, porque no está acreditado que si esas pruebas se hubieran realizado se hubiera podido alcanzar un diagnóstico precoz de la enfermedad que padecía la niña, sino que esas pruebas, según la sentencia, sólo «hubiesen dado más chance de alcanzar un diagnóstico precoz», y «dar más chance» es únicamente una probabilidad, pero no una probabilidad rayana en la seguridad de conseguir un diagnóstico correcto. Y no puede hablarse de ello, en segundo lugar, porque, aunque se hubiera podido llegar a ese diagnóstico precoz, ni siquiera en ese caso podría afirmarse que las medidas terapéuticas que entonces habrían venido médicamente indicadas —«una intervención operatoria o un tratamiento antibiótico»— habrían impedido la muerte de la víctima con una probabilidad rayana en la certeza: *sólo, «probablemente, el proceso infeccioso del que derivó el resultados fatal (se habría podido evitar)»*, es lo que se lee en la sentencia.

En otros trabajos míos —a los que aquí me remito (117)— creo haber demostrado que tanto la jurisprudencia española, como la alemana, a la hora de afirmar la presencia de una omisión impropia y, consiguientemente, de imputar el resultado al garante, echan por la borda la fórmula cuasimatemática de la «probabilidad rayana en la certeza de la evitación del resultado», para hacer responder al omitente por la lesión sobrevenida aunque la acción omitida hubiera supuesto sólo una probabilidad de impedir el resultado, algo que sucede especialmente —pero no sólo— en los supuestos de imprudencia médica omisiva (118), o en aquellos otros en los que el garante, como sucede, por ejemplo, en supuestos de responsabilidad por el producto, se niega a dar un orden de retirada del producto, sin que en estos casos pueda afirmarse, obviamente, con una probabilidad rayana en la certeza, que los cientos de mayoristas, los miles de minoristas, ni las decenas de miles de consumidores que ya están en posesión del producto en cuestión, hubieran obedecido dicha orden de retirada o se hubieran abstenido de consumirlos (119).

En realidad, la fórmula de la «probabilidad rayana en la certeza de evitar la lesión» tiene limitado su campo de aplicación coherente a casos extremos, como el de la muerte del bebé por inanición —si la madre—

(117) GIMBERNAT, *Estudios sobre el delito de omisión*, pp. 76 ss., 83 ss., 98 ss.

(118) Para más detalles, cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 98 ss., 319 ss., 411 ss.

(119) Ampliamente sobre la omisión impropia en la responsabilidad por el producto, GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 400 ss.

garante hubiera alimentado a su hijo, con práctica seguridad no habría muerto— o del guardabarreras que no baja las vallas —si lo hubiera hecho, el tren, también con práctica seguridad, no habría arrollado al automóvil que se le cruzó en las vías—; pero la omisión impropia —especialmente la omisión impropia imprudente— debe —o debería— extenderse a un ámbito mucho más amplio, y así lo entienden también, con razón, pragmática (pero inconsecuentemente), los tribunales, como el Juzgado de lo Penal de Huelva: con razón, ya que el Derecho penal no puede quedarse con los brazos cruzados, y tolerar que, por ejemplo, los médicos dejen de aplicar las medidas terapéuticas médicamente indicadas —sin experimentar ningún temor a ser hechos responsables penalmente por los resultados sobrevenidos— con el ciertamente irrefutable argumento de que —aunque se diagnostique correctamente y se trate conforme a la *lex artis* a los que sufren una peritonitis o un cáncer o una infección o un traumatismo severo— unos pacientes se mueren, y otros no, unos experimentan un agravamiento de su estado de salud, y otros no.

No pretendo en este trabajo hacer propaganda alguna de la fórmula que he propuesto para determinar —frente al criterio de la teoría dominante— cuándo se le puede imputar a un garante el resultado sobrevenido, a saber: «cuando la inactividad del encargado de un foco de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de ese foco de permitido en ilícito o la no reconducción al riesgo permitido de un foco que ha desbordado ya los límites jurídicamente tolerados» (120)

Lo único que he querido poner aquí de manifiesto es la esquizofrenia de la doctrina dominante que, primero, presenta una definición de la omisión impropia como aquélla en la que la acción omitida por el garante habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, y luego se olvida de ella a la hora de imputar resultados lesivos al omitente-garante. Si se quiere hacer dogmática juridicopenal en serio sólo quedan dos caminos: o se cambia esa definición o, si no se cambia, se aplica en sus propios términos, porque lo que no es posible lógico-jurídicamente es la tomadura de pelo de que la definición abstracta de omisión impropia vaya por un lado y la calificación concreta de un comportamiento como tal omisión impropia, por otro.

(120) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 248; v. también pp. 298/299. En otro lugar, (Comentarios al Código Penal, tomo I, Edersa, 1999, p. 439), he formulado la misma definición de una manera semejante: «la equivalencia desvalorativa de un delito de omisión (impropia) con el delito de acción se dará cuando la inactividad del encargado de una fuente de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de esa fuente de permitida en ilícita, o la no reconducción a los niveles jurídicamente tolerados cuando dicho foco (por la acción de un tercero o por una causa material) los hubiera desbordado».

D) EL DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD

En 1970 publiqué «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?» y al año siguiente, en 1971, otro trabajo titulado «El sistema del Derecho penal en la actualidad» (121), en los que, apoyándome en el psicoanálisis, mantengo que el libre albedrío es indemostrable, pero que ello no supone que se venga abajo el Derecho penal, sino sólo una explicación distinta de los Códigos Penales realmente existentes, alejada del entendimiento de la pena vinculada a la culpabilidad, y ésta a un *indemostrable* juicio de reproche que se hace recaer sobre el autor, porque éste ha cometido un delito, a pesar de que «podría haber actuado de otra manera»; en mi concepción, la pena aparece como un *demostrable* mecanismo de motivación (122) para fortalecer las prohibiciones que son imprescindibles para mantener la vida social dentro de un marco de convivencia mínimamente tolerable.

Como he expuesto en otro lugar, «rechazo que se me incluya, habitualmente, entre los partidarios de la prevención general negativa, como si defendiera una teoría del “reflejo condicionado” a la Pavlov» (123).

Lo que yo defiendo es, ni más ni menos, que la prevención general positiva constituye el fundamento de la pena (124), pero explicando, además, cuál es el mecanismo de funcionamiento de esta clase de prevención.

«Naturalmente», expongo en el mismo lugar (125), «que, como escribe *Jakobs*, la pena “grava al comportamiento quebrantador de la norma con consecuencias costosas”, que, por ello, convierte al delito en una “alternativa de conducta no deseable”, y que la pena se aplica para que al ciudadano se le “ejercite en la fidelidad al Dere-

(121) Ambos trabajos aparecen recogidos en mis *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 140-161 y 162-181, respectivamente.

(122) Que ese mecanismo de motivación es *empíricamente demostrable* se pone de manifiesto en que cada vez que, por la razón que sea (huelgas de policías o grandes catástrofes, como terremotos, etc.), deja de tener vigencia efectiva el Derecho penal, se produce un aumento insólito de toda clase de delitos, como atentados contra las personas, saqueos de comercios, etc., cuya única explicación plausible es la de que personas, que mayoritariamente no habían cometido hasta entonces ningún hecho punible, dejan de estar *motivadas* para no hacerlo porque sus conductas antijurídicas –al haber quedado neutralizado el Derecho penal– no van a traer consigo el *mal* de la imposición y ejecución de una pena.

(123) GIMBERNAT, *Prólogo* al libro de ALCÁCER, *¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 15/16.

(124) Aun reconociendo, naturalmente, que la negativa es también *uno* de los fines de la pena

(125) GIMBERNAT, *Prólogo*, cit., p. 17 (cursivas en el texto original).

cho”, aprendiendo así, independientemente de que en el caso concreto viole o no la norma, “la conexión entre comportamiento y deber de asumir sus costos”, modelo este de finalidad de la pena al que *Jakobs* denomina el de la “prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma (la llamada prevención general positiva, o de carácter genérico –es decir, no sólo intimidatoria–)”.– Esta ulterior función de la pena no se distingue en nada de la propuesta por el psicoanálisis, en cuanto que también para éste el sentido de la pena establecida para el delito por las “autoridades determinantes de la sociedad” –en este caso: por la autoridad específica del legislador penal– consiste asimismo en “mantener”, “renovar” y “formar” el Super-Yo –en este caso: el Super-Yo coincidente con la norma penal– “convirtiéndose” así el “poder físico (de la pena)... en uno moral” (126).– La diferencia entre la teoría psicoanalítica de la pena y la de *Jakobs* reside en que, mientras que éste se limita a establecer que la finalidad de la pena reside en la prevención general positiva, *pero sin explicar de qué modo se genera*, aquélla fundamenta racionalmente cuál es el mecanismo psicológico que opera que el castigo estatal se traduzca en un mantenimiento y reconocimiento de las normas promulgadas por las “autoridades determinantes de la sociedad”».

Como es obvio que los fenómenos psíquicos y espirituales tienen su origen en el cerebro, *Freud* no podía ignorar –y no ignoraba– que la estructura psicoanalítica –yo, ello, superyo– tenía una base orgánica, imposible de esclarecer al tiempo de *Freud*, teniendo en cuenta que en aquel entonces la neurología era todavía una ciencia incipiente, aunque *Freud* nunca descartó que, con el desarrollo de esa ciencia, se pudieran confirmar fisiológicamente algunos de sus descubrimientos (127).

«El edificio teórico del psicoanálisis que hemos creado», escribe *Freud*, «es, en realidad, una supraestructura que alguna vez podrá asentarse sobre un fundamento orgánico; pero éste no lo conocemos

(126) Todas estas últimas citas entrecomilladas recogen literalmente o parafrasean párrafos de FROMM, *Sozialpsychologischer Teil, Studien über Autorität und Familie*, editado por HORKHEIMER y otros, 1936, p. 85.

(127) Cfr. ROTH, *Die Zeit (on line)*, 16 de mayo de 2007: «Para él (para *Freud*) lo psíquico era una parte de la actividad cerebral que desarrolla un mundo propio. Interrumpió sus primeros intentos de una fundamentación neurológica, pero mantuvo hasta su muerte que lo espiritual puede –e incluso debe– ser fundamentado neurobiológicamente».

todavía» (128). Y algunos años antes, y en el mismo sentido, *Freud* había escrito lo siguiente:

«Es un resultado inamovible de la investigación que la actividad espiritual está vinculada a la función del cerebro como a ningún otro órgano. Un poco más allá –no se sabe hasta dónde– nos lleva el descubrimiento de la no-equivalencia de las partes del cerebro y su relación especial con determinadas partes del cuerpo y actividades espirituales. Pero todos los intentos de, partiendo de ahí, acertar con una localización de los acontecimientos espirituales, todos los esfuerzos de imaginar las representaciones almacenadas en las células nerviosas y de trasladar los estímulos a las fibras nerviosas, han fracasado radicalmente. El mismo destino es el que le espera a una teoría que, por ejemplo, quisiera reconocer el lugar anatómico del sistema de lo consciente, de la actividad espiritual consciente, en la corteza cerebral, y situar los acontecimientos inconscientes en los sectores subcorticales del cerebro. *Aquí nos encontramos con una laguna que actualmente no es posible rellenar* y que tampoco pertenece a las tareas del psicoanálisis. Nuestra tópica psíquica no tiene nada que ver, *provisionalmente*, con la anatomía; se refiere a regiones del aparato espiritual –*independientemente del lugar del cuerpo en que estén situadas*– y no a lugares anatómicos» (129).

Muchos años después de la muerte de *Freud* se ha producido un avance espectacular en la investigación del cerebro, llegando las neurociencias a resultados coincidentes con la teoría psicoanalítica, localizando en el cerebro los elementos integrantes del edificio teórico del psicoanálisis, también del inconsciente (130), por lo que el neurocientífico *Roth* ha podido escribir que «no puede existir duda alguna sobre la corrección de las afirmaciones fundamentales de Freud» (131). Y por lo que se refiere a la influencia del inconsciente en nuestro comporta-

(128) FREUD, *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse, Gesammelte Werke*, tomo XI, p. 403

(129) FREUD, «Das Unbewusste (1913)», *Gesammelte Werke X*, p. 273. (Todas las cursivas han sido añadidas, menos la de la palabra «provisionalmente» que aparece subrayada en el texto original de FREUD).

(130) Cfr. sólo el libro de los neurólogos Karen KAPLAN-SOLMS/Mark SOLMS, *Clinical Studies in Neuro-Psychoanalysis [manejo la traducción alemana, Neuro-Psychoanalyse*, 2.ª ed., 2005, Capítulo 10 («Sobre la anatomía neurológica del aparato psíquico»), pp. 299 ss.].

(131) ROTH, FÜHLEN, *Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2.ª ed., 2003, p. 434. V. también el mismo, *Die Zeit (on line)*, 16 de mayo de 2007: «A él [a Freud] tenemos que agradecerle la teoría más amplia sobre el espíritu y, al menos en tres aspectos, la neurociencia confirma hoy sus tesis: lo inconsciente tiene más influencia sobre lo consciente que a la inversa; lo inconsciente surge temporalmente antes que las situaciones conscientes; y el yo consciente tiene poco acceso a los fundamentos de sus deseos y acciones».

miento, según el neurocientífico norteamericano Gazzaniga (132), «mucho de lo que hacemos viene dirigido por el inconsciente y está ya casi fijado antes de que nos sea consciente», pues «las investigaciones han demostrado efectivamente que las decisiones vienen marcadas en el cerebro milésimas de segundos antes de que se tomen conscientemente», ya que «una gran parte del trabajo que realiza el cerebro se desarrolla de una manera completamente inconsciente». Esta idea de que es un inconsciente inaccesible, en principio, al consciente el que determina nuestras conductas es uno de los principios fundamentales de las neurociencias [«La sensación de querer hacer algo ahora surge *después de* que en el cerebro, más exactamente: en el sistema límbico y en los ganglios basales, se ha tomado la decisión inconsciente de si algo debe hacerse ahora y de una determinada manera» (133)] y coincide ampliamente con el papel que Freud atribuía también al inconsciente en la toma de decisiones (134), lo que ha llevado a los científicos del cerebro a considerar el libre albedrío como una «ilusión» (135),

(132) En una entrevista concedida al semanario alemán Der Spiegel (50/2011, pp. 149-152).

(133) ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, cit., p. 531 (cursivas en el texto original).

(134) Cfr. GIMBERNAT, *Desde el diván, Estado de Derecho y ley penal*, p. 2009: «La explicación que aporta Freud –y ahí reside su gran descubrimiento, que ha revolucionado la comprensión del comportamiento individual y también el de las masas– es que, en contra de lo que creíamos, nuestros actos no sólo están regidos por nuestra parte consciente, sino también por un tirano que desconocemos, que todos llevamos con nosotros, y que es el inconsciente. Este descubrimiento es, según Freud, la tercera herida narcisista que ha sufrido la humanidad: la primera, la cosmológica copernicana de que la Tierra que habitamos no es el centro del universo, sino un minúsculo planeta perdido en la inmensidad del espacio; la segunda, la biológica darwiniana de que no somos unas criaturas creadas por Dios, sino sólo una simple especie animal evolucionada de otras especies; y la tercera, la psicológica freudiana de que ni siquiera “el Yo (lo consciente) es señor en su propia casa» [FREUD, *Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse* (1917), *Gesammelte Werke* XII, p. 11], ya que nuestros actos están codeterminados por causas que desconocemos.– El inconsciente se forma en el primer tramo de la vida y su contenido es reconducible a las circunstancias que rodean al niño en esa etapa original: su relación con los padres, de los padres con él y de los padres entre sí (violencia doméstica, discusiones matrimoniales, divorcios), el carácter de éstos (déspotas, sobreprotectores, incapaces de mostrar afecto o que ponen un precio a su cariño, alcohólicos, narcisistas, pusilánimes, etc.), la presencia o no de hermanos y el trato recibido por cada uno de ellos dentro del ámbito familiar, la pérdida temprana de alguno de los padres –o de ambos– o de los hermanos, al igual que otras circunstancias del entorno en el que ha transcurrido esa primera parte de la existencia como la ruina o la prosperidad o las dificultades económicas de la familia, o el desarrollo de la infancia en situaciones dramáticas como lo puede ser una guerra, por sólo mencionar, de entre los innumerables, algunos de los factores que han ido impactando en el hasta entonces virgen mundo de las sensaciones y de los sentimientos del niño, y que le van a condicionar durante el resto de su vida».

(135) Cfr. sólo ROTH, *op. cit.*, p. 528; Gazzaniga, entrevista cit.

exactamente la misma expresión que había utilizado *Freud* (136), en su día, al referirse a ese libre albedrío.

Esta negación de la existencia del libre albedrío, o al menos de su demostrabilidad, ha hecho saltar todas las alarmas entre los científicos del Derecho Penal, que se las ven y se las desean para digerir y asimilar estas últimas aportaciones de una ciencia de la naturaleza y que ha acabado convirtiendo también la relación entre Derecho penal y neurociencias en un nuevo «tema de moda», tema de moda del que los lectores de habla española tienen la suerte –si es que quieren formarse una opinión fundamentada– de la reciente publicación del oportuno –no lo puede ser más– y pluralista –tampoco lo puede ser más– libro colectivo «Neurociencias y Derecho penal» dirigido por Eduardo *Demetrio* y coordinado por Manuel *Maroto* (137).

Por lo demás, remito a mis obra citadas supra nota 120 para fundamentar por qué un Derecho penal que prescindiera del libre albedrío, y que distinga entre personas accesibles y no accesibles al efecto motivador de la pena, interpreta el Derecho vigente tan bien –o mejor– que otro basado en la culpabilidad y coincido con *Roth* cuando escribe que un Derecho penal que ha prescindido de la culpabilidad «no excluye la idea de la *responsabilidad* por el propio comportamiento y por sus consecuencias. Esta responsabilidad es ella misma un producto educacional que establece lo que una persona debe y no debe hacer en la sociedad sin perjudicarse a sí mismo ni a los demás» (138).

Son las 4,25 de la madrugada del día 21 de abril de 2014 y creo que ha llegado el momento en que ni debo seguir abusando más del lector que ha tenido la paciencia de llegar hasta el final de este largo artículo, ni de la paciencia de los editores de este Libro-Homenaje a Bernd Schünemann que habían fijado para unos pocos días antes la fecha límite para la entrega de los trabajos (tampoco, paradójicamente, de mi propia paciencia, ya que soy uno de los coeditores de dicho Libro-Homenaje), trabajo que quiero terminar con las mismas palabras con las que concluía mi aportación («*Die omissio libera in causa*») al Festschrift que también se va a publicar en Alemania con el mismo motivo del 70 cumpleaños de Bernd Schünemann: «Por el bien de nuestra ciencia deseo a nuestro homenajeado que siga enriqueciéndonos con sus publicaciones, porque en esas contribuciones siempre se podrá encontrar –como hasta ahora– algo nuevo, algo original cuando no algo genial».

(136) Vorlesungen, Gesammelte Werke XI, p. 42.

(137) *Neurociencias y Derecho penal*, Edisofer/B de f, Madrid-Montevideo-Buenos Aires 2013, XVIII + 690 pp.

(138) *Op. cit.*, p. 554.

