

La exclusión de la imputación objetiva por el consentimiento de la víctima en el pensamiento de Enrique Gimbernat

Carlos Ramiro ALONSO GARCÍA

Real Centro Universitario

“Escorial-María Cristina”

San Lorenzo del Escorial

calonso@rcumariacristina.com

Resumen: Una de las cuestiones más discutidas de la Parte General del Derecho Penal es determinar la relevancia de la conducta de la víctima para modificar la responsabilidad penal del autor. En este artículo se presenta y critica la solución propia del profesor Gimbernat, que él ubica en la categoría de la imputación objetiva del resultado. Dentro de ella es relevante el criterio del consentimiento de la víctima, que permite hablar de autopuestas en peligro impunes, por oposición a heteropuestas en peligro punibles.

Abstract: One of the most discussed topics of the Criminal Law theory is to determine the relevance of the behavior of the victim to modify the criminal responsibility of the criminal author. This article presents and criticizes the original solution of the teacher Gimbernat, which he locates in the category of the objective imputation of the harm. Within it is the relevant criterion of the victim's consent, which allows you to talk about unpunishable self-endangering, as opposed to punishable hetero-endangering.

Palabras clave: Imputación objetiva, fin de protección de la norma, consentimiento, autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida.

Keywords: Objective imputation, protection to which the standard is directed, consent, self-endangering, consented hetero-endangering.

Sumario:

I. Introducción.

II. Sistema del delito o teoría jurídica del delito.**III. La imputación objetiva.**

3.1. *Comprensión y ubicación sistemática.*

3.2. *Los cinco criterios integrantes de la imputación objetiva.*

IV. El consentimiento de la víctima en el riesgo. Distinción entre participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida.

4.1. *Introducción.*

4.2. *Fundamentación de la punibilidad o impunidad de las conductas.*

V. Crítica a la posición de Gimbernat.**VI. Bibliografía.**

Recibido: septiembre 2015.

Aceptado: octubre 2015.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el Derecho penal viene ocupándose de la problemática que surge cuando en la comisión activa de un delito de resultado, normalmente contra la vida o la integridad física, existe una intervención o una exposición al riesgo por parte de la propia víctima.

Entre este grupo de situaciones conflictivas podríamos englobar supuestos diversos. Por ejemplo, la infección por VIH cuando se mantienen relaciones sexuales con un tercero del que se conoce su afección; las lesiones provocadas por el salto de la víctima de un camión en marcha cuando está siendo víctima de tocamientos obscenos; las lesiones provocadas por un accidente cuando la víctima viajaba sobre el techo de un coche realizando “auto-surf”; la muerte en un accidente de tráfico cuando el conductor conducía ebrio pero había sido la propia víctima la que instó a conducir al autor; la muerte por quemaduras al adentrarse en una vivienda en llamas e intentar salvar a una persona o un objeto valioso.

En todos estos supuestos las preguntas que se suscitan a los tribunales y a los teóricos del Derecho penal son muchas: ¿la asunción del riesgo por parte de la víctima excluye la responsabilidad del autor? ¿La modifica? ¿Es totalmente irrelevante? ¿Siempre? ¿Sólo en algunas situaciones con algunas particularidades? Y además, y más importante, si no queremos dejar las soluciones al dictado de la intuición y la irracionalidad, ¿en virtud de qué razones jurídicopenalmente válidas podríamos decir esto? ¿En qué categoría sistemática ubicamos la solución? ¿En la falta de imputación objetiva? ¿En la existencia de una causa de justificación? ¿En el consentimiento? ¿En el riesgo permitido en la imprudencia?

A la respuesta de estas preguntas ha contribuido de manera sobresaliente el profesor y maestro **Enrique Gimbernat Ordeig**. El presente trabajo pretende exponer la solución personal y profundamente fundamentada que Gimbernat ha dado a esta problemática. En este primer trabajo sólo se quiere exponer el contexto sistemático en el que se ubica su solución y la fundamentación que de ella hace. Queda fuera del objeto de este artículo el análisis de la solución particular para cada grupo de casos en particular.

II. SISTEMA DEL DELITO O TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

Antes de describir cómo aborda Gimbernat los casos de autopuesta en peligro vamos a dar una noción general de su sistema del delito. Con ello se pretende entender la ubicación sistemática de su solución y conformar el marco que permita comprender mejor su acercamiento propio.

Gimbernat es partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo y, por ello, podemos decir que su sistema del delito es bipartito. Una primera parte vendría conformada por el tipo de injusto y otra por la culpabilidad. Además, como categoría más bien residual tras estas dos categorías sitúa la punibilidad. Vayamos por partes y de manera ordenada.

El tipo de lo injusto “consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar -mediante la amenaza con una pena- para que dicha conducta no se cometa”¹. Pero como partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo la descripción de la conducta prohibida sólo está completa con el tipo en sentido estricto (elemento positivo) y con la ausencia de las causas de justificación (elemento negativo). Así matar o robar, sin más, no está prohibido. Lo está si se mata o se roba sin que concurra ninguna causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad...)².

¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., “El sistema del derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, 3ª edic., Madrid 1990, p. 174.

² Es bien conocido que la asunción de la teoría de los elementos del tipo lleva a una resolución particular de la problemática del error sobre los elementos de una causa de justificación. Como defensor de esta teoría, entiende que en el campo del error lo que rige para la parte positiva del tipo debe regir también para la negativa, es decir, se aplican las mismas reglas para el error de tipo y para el error sobre las causas de justificación.

Cuando el error recae sobre el elemento objetivo de una causa de justificación, por ejemplo cuando el individuo mata a otro creyendo que concurre legítima defensa, debe aplicarse la misma solución que para cuando hay un error de tipo, por ejemplo cuando el individuo cree que la cosa sustraída es propia, cuando en realidad es ajena. En ambos casos, dice Gimbernat, “faltará el dolo [...] y sólo se responderá, si se actuó descuidadamente y el hecho es también inculparable en su forma negligente, por imprudencia”, GIMBERNAT, E., *Introducción a la parte general del Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid 1979, p. 34.

En el caso de la existencia objetiva de la causa de justificación pero con error sobre el elemento subjetivo la solución pasa por la asimilación con la tentativa. Por ejemplo, en el estado de necesidad: rompe los cristales sin saber que así salva la vida de quien estaba a punto de perecer asfixiado por el gas en la habitación. En este caso, como en la tentativa, se da la intención de realizar la conducta prohibida (tirar una piedra para romper los cristales de una casa ajena), pero se fracasa en la realidad (los cristales no se rompen). Aquí Gimbernat considera que la solución es estructuralmente semejante a la de la tentativa y que se debe condenar no por delito consumado, sino por “tentativa, frustración o delito imposible”, GIMBERNAT, E., *Introducción*, p. 35; es decir por tentativa acabada, tentativa inacabada o dejarlo impune.

Forman parte del tipo penal en sentido estricto elementos subjetivos y objetivos. Entre los elementos subjetivos incluye el dolo y -en su caso- los elementos subjetivos de lo injusto. De estos no nos vamos a ocupar más³.

Entre los elementos objetivos incluye la acción y la causalidad, el resultado típico y la imputación objetiva. En estos elementos sí vamos a detenernos si bien dejaremos la imputación objetiva para abordarla con mayor exhaustividad en el capítulo siguiente.

Gimbernat se adscribe al concepto de acción defendido por la doctrina causalista. Para esta corriente “hay acción cuando se quiere *algo*, siendo “indiferente” lo que ese algo sea”⁴. En la línea de la opinión mayoritaria actual concibe la acción en un sentido plenamente ontológico⁵. Entiende que el concepto de acción “es inidóneo para fijar el contenido de la prohibición penal” precisamente porque esa prohibición “ha sido establecida por el legislador operando preferentemente con conceptos normativos”⁶. El concepto de acción entendido de modo únicamente ontológico tiene una amplitud tal que se hace necesario buscar otros criterios para delimitar el tipo penal. Por esta razón, el concepto de acción no juega un papel relevante en su teoría del delito⁷.

³ No vamos a entrar a glosar la argumentación del autor sobre su posición dogmática. En este punto interesa únicamente saber cuál es su posición dogmática y no tanto entender el profundo análisis que en este y otros temas de la parte general ha hecho el autor. Para más información sobre la ubicación sistemática del dolo, cfr. GIMBERNAT, E., *El sistema del derecho penal*, pp. 171-174. Para nuestro propósito basta con retener la contundencia y claridad con la que se posiciona: “con esto me adhiero al principio finalista de que el dolo es un elemento del tipo”. *Ibidem*, p. 173. Esta posición viene a matizar la tesis que mantuvo en su artículo “*Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*”, ZStW, 80 (1968) 937.

⁴ Cfr. GIMBERNAT, E., *El sistema del derecho penal*, pp. 169-170. Gimbernat entiende que el concepto causalista de acción no difiere sustancialmente de la del padre del finalismo WELZEL. Para WELZEL “el principio estructural general de las acciones humanas” es “su dirección en función del fin anticipado mentalmente...y su realización en dirección al fin. Es este sentido es *completamente indiferente* el fin de que se trate o que éste sea o no relevante para el derecho”, en WELZEL, “*La doctrina de la acción finalista, hoy*”, traducción de CERESO, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales* (1968) 223 (subrayados añadidos). Desde esta posición Gimbernat no alcanza a ver la diferencia entre el concepto de acción sostenido por el finalismo y el concepto causalista. Según esto, para WELZEL existe acción siempre que se persiga un fin, siendo indiferente cuál es el fin que se persigue. Y para la doctrina causal hay acción cuando se quiere *algo*, siendo indiferente lo que sea ese algo.

⁵ Así, por ejemplo: “finalmente, tendría que imponerse la idea correcta de que la acción era un concepto ontológico”, GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios de Derecho penal*. Editorial Tecnos, 3ª edic., Madrid 1990, p. 209. En otro lugar: “la acción, como la causalidad, es un concepto ontológico”, GIMBERNAT, E., *El sistema del derecho penal*, p. 169.

⁶ GIMBERNAT, E., *El sistema del derecho penal*, p. 169.

⁷ “En gran medida todo esto pertenece ya al pasado. Hace tiempo que la doctrina penal más elaborada ha decidido el problema causal -relegándole, al mismo tiempo, al secundario

La causalidad es también un elemento fáctico u ontológico. Desde el comienzo de su obra científica Gimbernat se ha ocupado del problema de la causalidad al que irrefutablemente ha limpiado de cualquier tinte normativo. Para Gimbernat la única teoría de la causalidad válida es la de la equivalencia de las condiciones o teoría de la *condictio sine qua non*⁸. Entiende que es la teoría que menos problemas resuelve y, en ese sentido la menos útil, pero es la única verdadera.

El resultado típico es un elemento axiológico del tipo objetivo⁹. Con esto Gimbernat se aleja de las concepciones que sitúan al resultado fuera del contenido de la antijuricidad considerándolo como condición objetiva de punibilidad¹⁰.

El segundo elemento del tipo de lo injusto es la ausencia de una causa de justificación. Como partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, el tipo de lo injusto “está integrado por aquellos elementos que describen la materia de prohibición”¹¹, es decir, no sólo “por el tipo en sentido estricto (positivo)” sino también “por la ausencia de causas de justificación (... elementos negativos del tipo o de lo injusto)”¹². Dentro de las causas de justificación ubica la legítima defensa, el estado de necesidad¹³, el miedo insuperable¹⁴, el consentimiento,

papel que le corresponde dentro de la tipicidad- a favor de la teoría de la equivalencia”, GIMBERNAT, E., *El sistema del derecho penal*, p. 169

⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, EdeB, Buenos Aires 2007, *passim*.

⁹ Así, por ejemplo: “... la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo -y, en su caso, elementos objetivos del injusto-, infracción del deber de cuidado, resultado típico)”, GIMBERNAT, E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 212. Más adelante vuelve a insistir en que el resultado es parte del tipo de lo injusto: “el pensamiento científico atribuye a la tipicidad, acertadamente, los siguientes elementos: a la del delito doloso: la acción, la causalidad, el resultado típico y el dolo -y, en su caso, los elementos subjetivos de lo injusto-; y a la tipicidad del delito imprudente: la acción, la causalidad, el resultado típico y la infracción del deber objetivo de cuidado”.

¹⁰ Por el contrario, J. Cuello Contreras entiende que de la interpretación sistemática del pensamiento de Gimbernat, especialmente de su concepción de la tentativa y de la creación consciente de un peligro no permitido, en tanto que fundamentación de la tipicidad, se deriva que el resultado no forma parte de la fundamentación del injusto. Así, dice: “Frente a Gimbernat, la doctrina mayoritaria de la imputación objetiva sostiene que el injusto lo configura la creación objetiva de un riesgo no permitido (hasta aquí como Gimbernat) que haya causado el resultado, por tanto, incluye al resultado en la fundamentación del injusto (sin él el injusto no se da completo)”, CUELLO CONTRERAS, J., “Riesgo e imputación: Reflexiones en torno al pensamiento de Enrique Gimbernat Ordeig sobre la imputación objetiva”, en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo 2013, p.156.

¹¹ GIMBERNAT, E., *Introducción*, p. 33.

¹² GIMBERNAT, E., *Introducción*, p. 34.

¹³ En este punto discrepa de buena parte de la doctrina científica que distingue entre el estado de necesidad justificante (para el caso en que el mal causado sea de menor entidad que

la obediencia debida y el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Como segundo gran bloque de su teoría del delito se encuentra la culpabilidad o motivabilidad. Tradicionalmente se ha concebido la culpabilidad como un reproche personal que se hace al autor *libre* por el hecho antijurídico cometido. Gimbernat parte de que la idea de libertad es indemostrable¹⁵ y de que gran parte del descrédito de la dogmática penal de los años 60 se debía al sostenimiento del dogma del libre albedrío. Por su parte, Gimbernat, desde planteamientos psicoanalíticos¹⁶, construye una teoría de la motivabilidad como fundamento del

el que se pretende evitar) y el estado de necesidad exculpante (para el caso en el que el mal causado sea de igual entidad que el que se pretende evitar). Para Gimbernat se trata siempre de una causa de justificación. Para conocer la fundamentación véase GIMBERNAT ORDEIG, E., “El estado de necesidad: un problema de antijuricidad”, en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, 3ª edic., Madrid 1990, pp. 218-230. También en GIMBERNAT, E., *Introducción*, pp. 61-65.

¹⁴ En este punto también discrepa de la opinión mayoritaria que suele ubicar el miedo insuperable entre las causas de exclusión de la culpabilidad por falta de exigibilidad de la conducta. Cfr. GIMBERNAT, *Introducción*, pp. 65-66.

¹⁵ Las expresiones a este respecto son contundente: “Pretender fundar el Derecho penal en (por lo menos respecto de cada delincuente concreto) indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano”, GIMBERNAT, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, 3ª edic., Madrid 1990, p. 144. “Defender el libre albedrío, es para Gimbernat “insostenible en sus bases”, GIMBERNAT, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, p. 145. Abundando en esta misma idea: “Pero rechazo la distinción -porque no creo humanamente sea posible fijarla- entre delincuentes libres y no libres en su actuar”, GIMBERNAT, E., *El sistema del derecho penal en la actualidad*, p. 175. También puede verse en GIMBERNAT, E., *Introducción*, p. 69; GIMBERNAT, E., “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho Penal de la culpabilidad” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LXVI (2013) 83-87.

Suprimir el libre albedrío como fundamento “indemostrable” de la culpabilidad lleva a Gimbernat a introducir otro dogma, igualmente indemostrable. El mismo entiende que su posición podría atacarse alegando “que con los conocimientos de que actualmente disponemos no es posible determinar con exactitud quiénes, de entre los normales, son motivables por la pena y quiénes no”. Llegado a este punto, Gimbernat propone “partir del presupuesto -generalizador y, por ello, indiferenciador y probablemente incorrecto- de que todos los no enajenados son accesibles al estímulo de la pena”, GIMBERNAT, E., *El sistema del derecho penal*, p. 175. Sin embargo, recientemente, ha abundado en la idea de que en su concepción, “la pena aparece como un *demostrable* mecanismo de motivación”, GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, p. 83. Lo que parece más complicado es demostrar porque en unas personas la motivación funciona y en otras no.

¹⁶ De una manera más extensa explica como la teoría psicoanalítica freudiana con su distinción entre el Yo, Ello y Super-yo, puede servir como fundamento explicativo alternativo al libre albedrío. Dice: “lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho penal. De la misma manera que el Super-Yo del niño se forma reaccionando con la privación de cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado, expresado más correctamente: se forma mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen, así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir -creando

reproche personal, que hace imputables a los que son capaces de “responder al estímulo del castigo” e inimputables a los menores y dementes basándose en la carencia de “eficacia inhibitoria” de la pena¹⁷. La línea de demarcación entre imputables e inimputables, o motivables e inmotivables, estaría basada en un doble fundamento. De un lado el estado actual de la psicología científica que nos dice que los “normales suelen responder al estímulo del castigo, [y] el loco reacciona ante él con mucha mayor insensibilidad” y de otro el “arraigo sociológico”¹⁸ entre los ciudadanos.

Por último ocupando una posición meramente residual en su sistema se halla la punibilidad. Bajo esta categoría se agrupan un conjunto de supuestos en los que la pena queda excluida en base a criterios diversos, “cuyo fundamento”, dice Gimbernat, “no está suficientemente esclarecido” y que se “agrupan, de una manera arbitraria”¹⁹. Dentro de ellas encontramos las condiciones objetivas de punibilidad, las causas personales de exclusión de la pena y los presupuestos de procedibilidad.

III. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

3.1. *Comprensión y ubicación sistemática*

El lugar sistemático en el que Gimbernat ubica la solución de los problemas asociados a los comportamientos de puesta en peligro de la víctima es la imputación objetiva. Esta aseveración lejos de aclarar lo que se pretende decir puede complicarlo. La teoría de la imputación objetiva ha hecho correr ríos de tinta desde su nacimiento en los años 60 hasta el punto que el mero acercamiento a su comprensión sistemática y profunda es una tarea ingente. No obstante, Gimbernat como uno de los iniciadores -con Roxin y Schünemann- de la teoría de la imputación objetiva es un gran conocedor de la misma.

Desde la publicación en 1962 de su tesis doctoral en Hamburgo, la comprensión de la imputación objetiva ha sido un punto basilar de su pensamiento. Recientemente ha vuelto a ocuparse en profundidad sobre esta problemática con dos artículos. El primero lo firmó con ocasión del Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos y lleva por título “Los orígenes

miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo- que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana”, GIMBERNAT, E., *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, p. 147.

¹⁷ Explica Gimbernat porque son inimputables los dementes y los niños y como eso no produce ninguna disfunción sobre la eficacia motivadora de la norma. Sobre este particular, cfr. GIMBERNAT, E., *El sistema del derecho penal*, pp. 175-179.

¹⁸ GIMBERNAT, E., *El sistema del derecho penal*, p. 175.

¹⁹ GIMBERNAT, E., *Introducción*, p. 36.

de la teoría de la imputación objetiva”. El segundo, fechado también en 2013, lo escribió con motivo del Libro Homenaje en su 70 cumpleaños a Bernd Schünemann y se titula “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad”. Este último será, sin duda, un escrito muy discutido y que marcará un hito en la clarificación de la imputación objetiva. Dos son las aportaciones a mi juicio más relevantes. Por un lado la crítica al concepto tradicional de imputación objetiva²⁰ y, por otro, la exposición de un catálogo cerrado de cinco criterios normativos que forman parte de esa imputación objetiva²¹.

En estos más de cincuenta años de dedicación al problema, Gimbernat, no ha rectificado ni modificado su pensamiento. Lo ha ido reafirmando, clarificando y llevando más lejos. Por eso, es relativamente sencillo realizar un acercamiento a su posicionamiento a pesar de lo mucho que se ha ocupado del problema.

Gimbernat entiende la imputación objetiva como una teoría que reúne “toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella -desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto²²”.

De este primer sumario de su pensamiento podemos extraer una primera idea: su propósito es la fundamentación de un lugar sistemático que garantice la solución racional y normativamente fundamentada de un grupo de casos.

²⁰ El concepto dominante de imputación objetiva en la ciencia y en la jurisprudencia viene a decir que sólo es imputable un resultado injusto cuando ese resultado ha sido fruto de la acción del autor que ha creado un riesgo juridicopenalmente desaprobado y, además, si el resultado es la realización del riesgo creado por la acción. Sin entrar en mayores argumentaciones que nos desviarían del propósito de este trabajo, Gimbernat entiende que este concepto se ha consolidado por dos razones. Una razón histórica; uno de los primeros criterios que se debatieron en el ámbito de la imputación objetiva fue el de la realización del riesgo. Es por eso que la definición actual le encaja como un guante a ese criterio, pero chirría para otros, como los casos de consentimiento de la víctima o los casos de intervención posterior de tercero o la propia víctima. Y otra razón, más de fondo, debido a la “heterogeneidad de los razonamientos jurídicos que sustentan, en cada grupo de casos, la exclusión de la imputación objetiva”. Cfr. GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, pp. 53-56. Todo esto le lleva a instar a una revisión del concepto mayoritario y al uso de imputación objetiva ya que es patente “la inidoneidad de esa definición para captar todas las manifestaciones de la imputación objetiva”, *Ibidem*, p. 54.

²¹ La aportación consiste en establecer un número cerrado de criterios incluidos en la imputación objetiva. No se trata de recoger criterios nuevos, sino de seleccionar los idóneos y ubicarlos sistemáticamente en un mismo lugar. Esto no supone estar cerrado a la creación de nuevos criterios, “si alguien aporta uno nuevo con argumentos convincentes”, pero si el análisis profundo del estado actual de la ciencia en este punto y la enumeración de sólo aquellos suficientemente fundamentados normativamente. Cfr. GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, pp. 37 y ss.

²² GIMBERNAT, E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 212.

No se trata de resolver nuevos problemas o solucionar una nueva agrupación de casos, sino que se trata de dar un anclaje sistemático a una serie de criterios normativos dispersos que se usan para restringir la tipicidad²³. Ese lugar lo va a situar en la tipicidad objetiva.

Una vez aclarado su propósito, trata de responder a la pregunta: ¿qué es la imputación objetiva? En sus propias palabras: “la imputación objetiva es, pues y *positivamente*, un elemento normativo del tipo. Y, *negativamente*, un elemento del tipo que se distingue de *todos los restantes*, en que, mientras que éstos son mencionados *expresamente* por la Ley, a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo)”²⁴.

A primera vista podría extrañar la inclusión de un elemento no contemplado legalmente, a pesar de las garantías reforzadas de legalidad y taxatividad que rigen en el campo penal, dentro de la tipificación de las conductas prohibidas. Ese carácter no expreso de la imputación objetiva es lo que lleva a Gimbernat a afirmar que esta categoría sistemática “es un fantasma que recorre los tipos”²⁵. No obstante, y a pesar de que la Ley no hace referencia expresa a ninguno de los criterios normativos que se incluyen en la imputación objetiva, el pensamiento sistemático “los deduce del sentido y el fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben imformarlas”²⁶.

Por tanto, Gimbernat está afirmando que ya no solamente forman parte de la tipicidad objetiva la acción, la causalidad y el resultado, sino que hay un elemento adicional que es la imputación objetiva. Es desde aquí desde donde se comprende que la imputación objetiva supone una “una nueva concepción del tipo objetivo”²⁷. Y, en esta comprensión el tipo objetivo no se da ya solamente con la causación dolosa o imprudente de un resultado, sino que se requiere atravesar un último filtro normativo. De este modo, la teoría de la imputación objetiva distingue dentro del tipo objetivo dos planos: el causal, que debe ser

²³ En este sentido es esclarecedor cuando dice: “La teoría de la imputación objetiva no ha surgido para solucionar nuevos problemas que hasta entonces le habían pasado desapercibidos a la dogmática jurídicopenal, sino de lo que se trata es de examinar *desde un prisma distinto* casos conflictivos” (cursiva en el original). GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; COBOS-GÓMEZ DE LINARES, M. A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., y LI – MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 96.

²⁴ GIMBERNAT, E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 212.

²⁵ GIMBERNAT, E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 213.

²⁶ GIMBERNAT, E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 213.

²⁷ GIMBERNAT, E., *LH Rodríguez Ramos* 2013, p. 95.

resuelto con criterios estrictamente fácticos u ontológicos (recordemos que para Gimbernát esto se realiza desde la teoría de la equivalencia de las condiciones); y el de la imputación objetiva, “donde lo que se decide es si, a quien ha causado (condicionado) el resultado típico, no obstante éste no le puede ser imputado porque, sobre la base de consideraciones normativas, hay que llegar a la conclusión de que no debe responder por el mismo”²⁸.

De modo inverso, se puede decir que la conducta típicamente objetiva puede faltar, bien porque no existe causalidad -el sujeto no ha condicionado la realización del resultado- o bien porque, a pesar de haberlo condicionado, el resultado no le es imputable.

Gimbernát además indica cómo debe operarse al razonar con el criterio de la imputación objetiva. Precisamente por tratarse del “último filtro que puede destruir la tipicidad”²⁹, debe operarse también en último lugar con este criterio. Anteriormente debe constatarse la existencia del tipo subjetivo y de la causalidad.

Con esta comprensión de la imputación objetiva se distancia de otras concepciones que conceden a esta categoría una amplitud mayor, prácticamente asimilándola con la tipicidad. Así JAKOBS y otros, entienden que si una acción se ha mantenido dentro del riesgo permitido se excluye la tipicidad porque falta la imputación objetiva³⁰. Es decir, este argumentario viene a decir que todo aquello que no es típico tampoco es imputable objetivamente, con lo cual se están

²⁸ GIMBERNAT, E., *LH Rodríguez Ramos* 2013, p. 97. Esta misma idea la vuelve a recalcar en otros lugares: “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”. (subrayado nuestro). GIMBERNAT, *A vueltas con la imputación objetiva*, p. 36. Nótese que Gimbernát habla indistintamente de causación *dolosa* o imprudente del resultado. En su comprensión de la imputación objetiva ésta es aplicable, discrepando de la doctrina mayoritaria, no sólo a los delitos imprudentes sino también a los dolosos. Esto se debe a su comprensión del riesgo permitido, que excluye la tipicidad también en el delito doloso. Cfr. GIMBERNAT, E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, pp. 215-216. Para conocer los argumentos que fundan su posición, *Delitos cualificados, antigua* 1996, pp. 151 ss.

²⁹ GIMBERNAT, E., *LH Rodríguez Ramos* 2013, p. 96. También en GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva* 1966, p. 37.

³⁰ La concepción de JAKOBS sobre la imputación objetiva se aleja cada vez más de ser una teoría para explicar la atribución del resultado típico a una acción y se convierte en una teoría general de las características generales del comportamiento imputable. Cfr. JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*. Cuadernos Civitas, Madrid 1996; IDEM, *Estudios de Derecho penal*. Edit. Civitas, Madrid 1997; IDEM, *Derecho Penal*. Parte General. Edit. Civitas, 2ª edic., Madrid 1997.

haciendo equivalentes tipicidad e imputación objetiva. Para negar la tipicidad de las acciones que se mantienen dentro del riesgo permitido basta con negar la imprudencia. Es pues, una tautología decir que no hay tipicidad porque falta precisamente uno de los requisitos legales que ha querido establecer el legislador - y, que por tanto nada tiene que ver con la imputación objetiva- como es la imprudencia. En palabras de Gimbernat, “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 delitos dolosos) o no es imprudente (en los delitos 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”³¹.

3.2. *Los cinco criterios integrantes de la imputación objetiva*

Los cinco criterios normativos que restringen la tipicidad y que forman parte de la imputación objetiva son:

a) El fin de protección de la norma.

Este es el primer criterio normativo en aparecer en la discusión dogmática dentro del campo de la imputación objetiva³². Según este criterio, un comportamiento doloso o imprudente causante de un resultado típico no será objetivamente imputable “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”³³.

Así, quien dispara a bocajarro a un tercero y es trasladado inmediatamente al hospital donde finalmente muere porque se ha producido un incendio, ha causado dolosamente el resultado, pero la muerte no le es imputable porque la norma que prohíbe matar (disparar a un tercero) no está establecida para evitar que una persona muera de un incendio.

El fundamento del criterio del fin de protección de la norma es la interpretación teológica, que tradicionalmente en el ámbito jurídico se pregunta por la finalidad que ha perseguido el legislador para establecer una ley³⁴.

³¹ GIMBERNAT, E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 214. Repetido con las mismas palabras en GIMBERNAT, *A vueltas con la imputación objetiva*, p. 56.

³² Cfr. GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, p. 55, nota 38. Cfr. IDEM, *LH Rodríguez Ramos* 2013.

³³ GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, p. 38.

³⁴ GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, p. 50.

b) La acción objetivamente correcta.

Según este criterio, un comportamiento doloso o imprudente causante de un resultado típico no será objetivamente imputable si el comportamiento es objetivamente correcto³⁵.

Así, quien advertido de la peligrosidad del tráfico aéreo y *para matar a otra persona*, le compra un billete de avión para que realice un viaje, consiguiendo su propósito al estrellarse el avión, ha causado dolosamente el resultado, pero la muerte no le es imputable porque aunque sea reprochable su *intencionalidad* (hay dolo), lo cierto es que objetivamente pagar un billete de avión es un comportamiento correcto.

El fundamento de este criterio reside en el principio jurídico penal *cogitationis poenam nemo patitur*, según el cual no se puede reprimir penalmente el mero mal pensamiento ya que a la cogitación no le sigue en ningún momento una plasmación objetiva, es decir, no tiene objetivamente la menor tacha de antijuridicidad³⁶.

c) La actuación dolosa o imprudente de un tercero.

Bajo este criterio se agrupan un conjunto de casos en los que se combinan una acción inicial dolosa o imprudente del autor, con una actuación posterior y co-condicionante del resultado también dolosa o imprudente de un tercero.

Un ejemplo clásico es aquel en el que un conductor atropella imprudentemente a un anciano que trata de atravesar la calzada, y al que se le producen unas lesiones graves. Una vez trasladado al hospital muere por la impericia del cirujano.

Aunque el fundamento normativo al que alude Gimbernat para determinar si el autor debe responder o no, depende de si la actuación inicial es dolosa o imprudente, así como que también la actuación posterior sea dolosa o imprudente, así como de la gravedad de la lesión inferida o del resultado final; todos ellos implican la exclusión de la imputación del resultado para el autor³⁷. Basándose, sobre todo, en argumentos extraídos del papel que desempeña el desistimiento en la tentativa, llega a fundamentar la exclusión, con criterios normativos y por tanto de imputación objetiva, de la tipicidad³⁸.

³⁵ GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, pp. 41-43.

³⁶ GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, p. 42 y tb. 50.

³⁷ GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, pp. 41-43.

³⁸ GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, pp.45-47.51. Para una exposición más detallada de todos los criterios: Cfr. GIMBERNAT, E., *Cursos causales*

d) Comportamiento alternativo conforme a derecho o teoría del incremento del riesgo.

Sobre estos dos criterios, que Gimbernat plantea como alternativos, lo que hace es recoger la opinión mayoritaria de la dogmática penal en el delito imprudente. Él se ha mostrado contrario a la utilización de ambos criterios³⁹. Ahora bien, reconoce que en cualquier caso estos criterios normativos se incluyen en la imputación objetiva⁴⁰. Ambos criterios comparten la idea de que la acción imprudente sólo es imputable objetivamente si la ponemos en relación con lo que hubiera sucedido con la acción correcta omitida y constatamos que no se ha superado el “riesgo permitido”⁴¹.

Según el *criterio del comportamiento alternativo conforme a derecho*, el autor que imprudentemente ha causado el resultado típico, no tendrá responsabilidad si el resultado también se hubiera producido con una probabilidad rayana en la certeza aunque dicho autor hubiera actuado correctamente. Con este criterio se pretenden resolver supuestos como el “caso de los pelos de cabra”, en el que un empresario alemán adquirió de una empresa china para la elaboración de pinceles unos pelos de cabra y, a pesar, de que existía una normativa que obligaba a desinfectar, éste no lo hizo, lo que provocó que cuatro trabajadoras contrajeran el bacilo del carbunco y muriesen. En el juicio el informe pericial puso de manifiesto que aunque el empresario hubiera cumplido la normativa, las operarias tal vez habrían fallecido también, ya que no quedó acreditado que los desinfectantes prescritos hubieran sido eficaces para eliminar el bacilo.

El *criterio del incremento del riesgo* ideado por Roxin⁴² excluye la imputación objetiva cuando la acción imprudente no ha elevado el riesgo de lesión en comparación con el riesgo que se habría producido con la acción prudente.

Al quinto y último criterio, el consentimiento de la víctima en el riesgo, le dedicaremos un epígrafe independiente.

irregulares e imputación objetiva, Editorial BdeF, Montevideo - Buenos Aires 2011. Especialmente puede hallarse un resumen de toda su argumentación al final del libro, páginas 115-117.

³⁹ Desde sus primeras obras Gimbernat ha rechazado el criterio de los comportamientos alternativos conformes a derecho porque para el Derecho penal “no es relevante lo que hubiera sucedido, sino lo que ha sucedido”. *Cursos causales*, p. 156. Ampliamente pp. 129-158.

⁴⁰ Aunque Gimbernat se muestra reticente a aceptar estos criterios, en cualquier caso reconoce que estamos ante un criterio de imputación objetiva porque “se niega la tipicidad de conductas imprudentes causantes del resultado típico”, GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, p. 49.

⁴¹ Cfr. GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, pp. 48-49. 51.

⁴² Cfr. ROXIN, C., “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten” en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 74 (1962) 411-444 (= “Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”, en ROXIN, C., *Problemas básicos del derecho penal*, pp. 149-180, Editorial Reus, Madrid 1976).

IV. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN EL RIESGO. DISTINCIÓN ENTRE PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDO

4.1. Introducción

Conforme a este criterio el que participa dolosa o imprudentemente en la autopuesta en peligro de un tercero, a pesar de haber contribuido causalmente al resultado no se le imputará.

Para ubicar la problemática hay que distinguir, como ya hiciera Roxin, entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida.

En los supuestos de participación en una autopuesta en peligro -por ejemplo un *dealer* vende heroína a un drogadicto que se la inyecta y fallece debido al alto grado de pureza de la sustancia, circunstancia esta desconocida tanto por el *dealer* como por el drogadicto- el problema que se plantea es de si al *dealer* le es imputable objetivamente el resultado de muerte por haber contribuido causal e imprudentemente a la autopuesta en peligro voluntaria del drogadicto.

Frente a este grupo de casos Gimbernat entiende que hay otro grupo de supuestos de heteropuesta en peligro consentida. Por ejemplo, un drogadicto A inyecta una dosis de heroína al drogadicto B, que la ha adquirido personalmente pero que debido al temblor del síndrome de abstinencia es incapaz de autoinyectarse, y por ello le pide a A que se la inyecte, resultando que debido al alto grado de pureza de la sustancia, circunstancia por ambos desconocida, el drogadicto B fallece. De nuevo, el objeto de discusión es saber si a A le es imputable objetivamente el resultado de muerte por su causación imprudente de la heteropuesta en peligro consentida por el drogadicto B.

Siguiendo la argumentación de Gimbernat la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida tienen un elemento en común que las hace de la misma especie: el consentimiento de la víctima. Lo que las distingue y las hace de distinto género es que en la autopuesta “es el sujeto pasivo el que, en última instancia, y *con su propia actividad*, se causa su muerte o el daño a su integridad física⁴³”, mientras que “en la heteropuesta es un tercero el que, como autor directo, mata o lesiona a la víctima”. Resumiendo: en la autopuesta hay consentimiento de la víctima y actividad propia y en la heteropuesta hay consentimiento de la víctima y autoría directa de un tercero.

⁴³ GIMBERNAT, E., “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario 2 (2004) 76.

Gimbernat estima que es necesario distinguir jurídicamente la forma de abordar estos dos grupos de casos. La razón es que el propio legislador en la forma de regular los delitos dolosos contra la vida y la integridad física tiene en cuenta circunstancias semejantes a las que configuran la auto- y heteropuesta en peligro.

4.2. *Fundamentación de la punibilidad o impunidad de las conductas*

a) Las premisas

Una vez que ha establecido la necesidad de distinguir no sólo fáctica sino también jurídicamente estos dos grupos de casos va a establecer las premisas para, a través del razonamiento y la aplicación del argumento *a maiore ad minus* deducir si esas conductas son objetivamente imputables o no.

Parte de que el legislador establece distintos tipos penales, regulados en diferentes artículos y con diferentes consecuencias jurídicas, en los delitos dolosos para tener en cuenta la combinación de las dos circunstancias que caracterizan a la autopuesta y heteropuesta en peligro y a las que hacíamos mención anteriormente: el consentimiento y el modo de participación (como autor o como partícipe).

Así, tendríamos los siguientes pares de tipos penales.

Par 1:(regulación de los atentados contra la vida con consentimiento de la víctima)

- a) El que induce o coopera necesariamente para que otro se mate a sí mismo (art. 143.1 y 2). Se produce cuando un tercero entrega a la víctima una inyección con una sobredosis de morfina, siendo la propia víctima conociéndolo quien se la aplica.
- b) El autor de un homicidio consentido (art. 143.3). Se produce cuando uno mata a otro con su anuencia, por ejemplo, cuando un tercero aplica a otro una sobredosis de morfina.

Par 2: (regulación de los atentados contra la integridad física con consentimiento de la víctima)

- a) Partícipe *impune* en una autolesión. Este supuesto de hecho es impune en derecho español. El partícipe en unas autolesiones –en sí mismas atípicas-

es impune porque el legislador no ha querido establecer en la regulación de las lesiones una cláusula de extensión de la tipicidad al inductor o al cooperador, como si hace en los delitos contra la vida. Así, si un tercero facilita el hacha para que la víctima, por sí misma, se mutile, no está haciendo ninguna conducta punible.

- b) El autor de unas lesiones consentidas (art. 155). Si un tercero secciona por sí mismo la mano de un sujeto porque éste voluntariamente -válida, libre, espontánea y expresamente- se lo ha pedido.

Por tanto, Gimbernat concluye que al igual que es necesario distinguir en los delitos dolosos entre estos pares de supuestos, porque el legislador así lo hace, entonces también hay que distinguir para tratar diversamente entre la heteropuesta en peligro consentida de quien mata a otro y la participación imprudente en una autopuesta en peligro⁴⁴.

Este razonamiento dogmático tiene la virtud de salvar una fuerte crítica que Cancio vertió sobre la distinción operada por Roxin entre la autopuesta y la heteropuesta en peligro, y por ende, sobre todos los que en cierto modo la siguen⁴⁵. Cancio expone que la diferenciación necesita una fundamentación para poder justificar el tratamiento jurídico dispar, si se pretende que la construcción sea algo más que una propuesta de mera clasificación fenomenológica de diversos supuestos. Por eso se dice que la distinción entre los dos grupos de casos “no puede ser más que la conclusión derivada de una determinada fundamentación, pero en ningún caso es parte de esa fundamentación”⁴⁶.

⁴⁴ “Si en los *delitos dolosos* el CP exige diferenciar, porque los tipos que entran en juego son distintos, o ni siquiera existe tipo aplicable, y porque son distintas también, obviamente, las consecuencias jurídicas –inducción y cooperación al suicidio u homicidio consentido, participación *impune* en una autolesión o responsabilidad como autor de unas lesiones consentidas-, entre quien mata a otro con su anuencia (art. 143.3) y quien coopera a que otro se mate a sí mismo (art. 143.2), entre quien mutila a la víctima con su consentimiento (art. 155) y quien ayuda a otra para se atusione (comportamiento atípico), entonces *también tiene que ser posible distinguir entre la participación imprudente en una autopuesta en peligro* de quien, con su actuación asimismo imprudente, se mata a sí mismo (es el propio drogadicto el que negligentemente se inyecta la heroína adulterada leal que le ha vendido un tercero) y la heteropuesta en peligro de quien mata a otro, porque, sin saber conducir, estrella un coche contra un árbol, pereciendo el acompañante que ha accedido a viajar en el vehículo, a pesar de que conocía el peligro que corría al dejar en manos del conductor inexperto el manejo de dicho vehículo”, GIMBERNAT, E., *Imputación objetiva*, pp. 77-78.

⁴⁵ CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctimas y autor en actividades arriesgadas*, J. M. Bosch Editor, 2ª edición, Barcelona 2001, pp. 190ss.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 190.

b) La impunidad de la participación en una autopuesta en peligro.

Una vez que ha razonado que es posible aplicar a los supuestos de participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, la distinción que el legislador establece para sus correspondientes figuras dolosas, procede a extraer las consecuencias para una y otra figura.

Como primera tesis defiende la impunidad de la participación en una autopuesta en peligro. La argumentación la hace partiendo de la regulación de la inducción y la cooperación necesaria *dolosa* al suicidio (art. 143.1 y 2) -el primer epígrafe del par al que aludíamos antes-. Su idea es extraer el estatuto legal de la participación imprudente en una autopuesta en peligro, que a fines aclaratorios, denomina participación imprudente en una *automuerte imprudente*. Lo hará partiendo de la regulación que se hace del suicidio, que él denomina *automuerte dolosa*.

De manera esquemática los términos de la argumentación serían:

- a) Participación dolosa en una *automuerte dolosa*, que es como Gimbernat denomina a la inducción y cooperación al suicidio.
- b) Participación imprudente en una automuerte dolosa.
- c) Participación dolosa en una automuerte imprudente.
- d) Participación imprudente en una automuerte imprudente, que es como Gimbernat denomina a la autopuesta en peligro.

Su idea es partir de la participación en el suicidio (= *automuerte dolosa*) (a). De aquí deduce la impunidad de su correspondiente figura imprudente, la participación imprudente en un suicidio (b). Y, por último, aplicando el argumento *a maiore ad minus* concluye la impunidad de la participación imprudente en una autopuesta en peligro (= automuerte imprudente) (d).

En derecho español la participación imprudente en una automuerte dolosa es impune. Como el art. 12 CP establece que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”, al no existir una disposición expresa que tipifique la conducta imprudente paralela a la participación en el suicidio -participación dolosa en una automuerte dolosa- (art. 143.1 y 2) de acuerdo con lo establecido en el art. 12 debe considerarse la participación imprudente en una automuerte imprudente como atípica.

Por tanto, si denominamos al suicidio (=automuerte dolosa) y a la autopuesta en peligro (=automuerte imprudente), “y como en Derecho penal el dolo es más grave que la imprudencia, de ahí habría que deducir que la primera conducta:

la automuerte dolosa (=suicidio), también es más grave que la automuerte imprudente (autopuesta en peligro con muerte no querida por la víctima) y habría que deducir, asimismo, que, como la conducta más grave –participación imprudente en un suicidio- es impune [...] también tiene que serlo la menos grave, esto es: la participación imprudente en un suicidio imprudente (=autopuesta en peligro)⁴⁷.

De todo este razonamiento podemos concluir que el fundamento de la impunidad de la participación en una autopuesta en peligro se encuentra en el argumento jurídico *a maiore ad minus*⁴⁸ derivado de la impunidad de la participación imprudente en el suicidio. Ya que si no es típica la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio siempre doloso) con mayor motivo es atípica la participación imprudente en una “automuerte imprudente”⁴⁹.

Para reforzar su argumentación, aplica el mismo razonamiento al caso de que la autopuesta en peligro tenga como resultado unas lesiones. Ahora, argumentará desde la regulación de los delitos contra la integridad física. En concreto desde el primer epígrafe del segundo par al que antes aludíamos.

De manera esquemática los términos de la argumentación serían:

- a) Participación dolosa en una *autolesión dolosa*.
- b) Participación imprudente en una *autolesión dolosa*.
- c) Participación dolosa en una *autolesión imprudente*.

⁴⁷ GIMBERNAT, E., *Imputación objetiva*, p. 87.

⁴⁸ La dificultad en la aplicación del argumento *a maiore ad minus* para fundar la impunidad de la autopuesta en peligro reside en considerar si realmente la participación imprudente en un suicidio es un *Maius* respecto a la participación en una autopuesta o es un *Minus*. Para algunos es claramente un *Minus* porque en la autopuesta no hay renuncia alguna del interés en el mantenimiento del objeto del bien jurídico mientras que en la participación en el suicidio no existe un interés alguno en su mantenimiento. Para esta corriente en la autopuesta habría una mayor necesidad de protección y, por eso, no constituiría ningún *Minus*. Por el contrario, Gimbernat ha dado respuesta a estas objeciones, argumentando tanto desde la perspectiva de la víctima (“es “más grave” la conducta principal atípica a la que contribuyen: automuerte *dolosa* en el primer caso -suicidio- y automuerte *imprudente* en el segundo -suicidio “imprudente”-”) como desde la perspectiva del partícipe imprudente (“pues es mayor la infracción del deber de diligencia si para aquél, poniendo el instrumento [...] al alcance de la víctima, era *previsible la muerte segura* de aquella -porque se iba a suicidar- que si, facilitándolo, *sólo era previsible una muerte posible* -porque la víctima no se quería matar, sino que sólo se iba a someter a un riesgo que podría desencadenar, tal vez, su propia muerte-). GIMBERNAT, “Imputación objetiva y conducta de la víctima” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVIII (sep-dic 2005, aparecido en 2007) 738-739. Aquí puede encontrarse también la cita de varios de los críticos a Gimbernat.

⁴⁹ Cfr. GIMBERNAT, E., *A vueltas con la imputación objetiva*, pp. 43- 45. 50; IDEM, *Imputación objetiva*, p. 87.

- d) Participación imprudente en una *autolesión imprudente*, que es como Gimbernat denomina a la autopuesta en peligro con resultado de lesiones.

Su idea es partir de la participación en las autolesiones (= *autolesiones dolosas*) (a). De aquí deduce la impunidad de su correspondiente figura imprudente, la participación imprudente en unas autolesiones imprudentes (b). Y, por último, aplicando el argumento *a maiore ad minus* concluye la impunidad de la participación imprudente en una autopuesta en peligro con resultado de lesiones (= autolesión imprudente) (d).

Siguiendo la misma argumentación dice: “si la participación *dolosa* en una autolesión *dolosa* es impune, con mayor motivo lo tiene que ser la participación *imprudente* en una autolesión *dolosa*, y, con mayor motivo aún, la participación imprudente en una autolesión imprudente⁵⁰” (=autopuesta en peligro con resultado de lesión de la víctima, por ejemplo, el drogadicto no muere al inyectarse la heroína sino que sufre lesiones).

c) La punibilidad de la heteropuesta en peligro consentida en derecho español.

Una vez fundamentada la impunidad en nuestro ordenamiento jurídico de la participación en una autopuesta en peligro, procede a analizar el estatuto legal de la heteropuesta en peligro consentida partiendo de la regulación que se hace de su correspondiente figura, según él, el homicidio. La argumentación la hace partiendo de la regulación del homicidio (art. 138), porque en este tipo penal, como en la heteropuesta en peligro consentida se trata de matar “a otro”. En este caso para la aplicación del tipo del homicidio considera irrelevante la asunción del riesgo por parte de la víctima⁵¹.

Su idea es partir de la regulación del homicidio (a). De aquí se analiza la punibilidad de su correspondiente figura imprudente, el homicidio imprudente (b). Y, por último, aplicando el argumento *a maiore ad minus* concluye la impunidad de causación imprudente en una heteropuesta en peligro consentida (d).

⁵⁰ GIMBERNAT, E., *Imputación objetiva*, p. 88.

⁵¹ Cfr. GIMBERNAT, E., *Imputación objetiva*, pp. 88-89. Llama poderosamente la atención que después de haber dicho que es necesario distinguir entre autopuesta y heteropuesta en peligro, porque en sus correspondientes figuras dolosas -participación en un suicidio del 143.1 y 2 y homicidio consentido del 143.3- podemos hallar una distinción semejante, de repente se opte por obviar la regulación del homicidio consentido y partir del homicidio. Sobre esto más extensamente *infra*.

En derecho español el que dolosamente mata a otro es castigado como autor de homicidio (art. 138), siendo igualmente punible cuando “por imprudencia grave se causare la muerte de otro” (art. 142.1) o cuando “por imprudencia menos grave causare la muerte de otro” (art. 142.2 -antes de la LO 1/2015 era el art. 621.2).

Esta misma argumentación es aplicable a las lesiones. Como para la aplicación de los tipos dolosos de lesiones es irrelevante la asunción o no del riesgo por parte de la víctima, para la aplicación de los correspondientes tipos imprudentes será igualmente irrelevante dicho consentimiento⁵². Así, “si la imprudencia consciente de la víctima no anula la punibilidad del autor [...] lo mismo debe regir cuando la imprudencia de la víctima es inconsciente”⁵³.

En resumen, como en la regulación de la heteropuesta en peligro consentida no encuentra ningún argumento jurídico parangonable al de la autopuesta en peligro que permita excluir la imputación objetiva, entiende que esta modalidad es punible. Y así, la circunstancia de que la víctima consienta en el riesgo sólo puede ser tenida en cuenta para la determinación de la pena dentro del marco punitivo que queda al arbitrio del juez.

V. CRÍTICA A LA POSICIÓN DE GIMBERNAT

- El consentimiento de la víctima no fundamenta la impunidad: es una condición necesaria pero no suficiente de la exclusión de la imputación objetiva.

Lo que distingue la impunidad de una acción de participación en una autopuesta de la punibilidad de una acción de heteropuesta en peligro por ausencia de imputación objetiva no es el consentimiento (ya que tanto en la autopuesta como en la heteropuesta en peligro hay consentimiento y la primera es impune mientras que la segunda es punible), sino en que en una, la autopuesta en peligro, el sujeto pasivo *con su propia actividad* se autocausa el daño, y en el otro, la heteropuesta es *un tercero el que, como autor directo*, mata o lesiona a la víctima.

Por tanto, si es que queremos ver alguna diferencia juridicopenalmente relevante entre autopuesta y heteropuesta -y lógicamente esa no puede encontrarse

⁵² De nuevo, Gimbernat, olvida la regulación del art. 155 que regula las lesiones consentidas y cuya comisión imprudente es muy dudoso que esté penado.

⁵³ GIMBERNAT, E., *Imputación objetiva*, p. 89.

en el consentimiento que es precisamente la nota que las hace pertenecientes a una misma especie- la única distinción se halla en algún aspecto referente a la autoría.

Sería más correcto decir que la distinción y, por tanto, el fundamento de la impunidad de la autopuesta en peligro, según la propia argumentación de Gimbernat, no es el consentimiento de la víctima –que vemos que unas veces hace impune la conducta del tercero y otras no- sino la forma en que el Código Penal regula el consentimiento de la víctima en los tipos penales que regulan los atentados contra la vida y la integridad física, utilizando en esa regulación categorías de autoría.

- Incongruencia de la fundamentación de la punibilidad de la heteropuesta en peligro.

No se entiende porqué Gimbernat para fundamentar la punibilidad de la heteropuesta en peligro parte de la figura del homicidio (art. 138) y no de la del homicidio consentido (art. 143.3).

Gimbernat rechaza erróneamente la aplicación del artículo 143.3 a supuestos similares a los de la heteropuesta en peligro -optando por la aplicación del art. 138- porque entiende que en esta figura el sujeto no *consiente* ni en su muerte ni en sus lesiones sino que únicamente “*asume un riesgo*”⁵⁴.

Gimbernat ha fundamentado la necesidad de distinguir entre autopuesta y heteropuesta en peligro en el diferente trato legislativo que se establece entre el art. 143.1 y 2 del Código Penal por un lado y el art. 143.3, por otro -en ambos hay consentimiento, pero en uno es el sujeto pasivo y con su propia actividad causa la muerte mientras en el otro es un tercero el que se lo causa-. Y ese diferente trato legislativo tiene precisamente de común el consentimiento. Si ahora, para deducir el régimen jurídico aplicable a la heteropuesta en peligro consentida parte del homicidio (art. 138), en lugar del homicidio consentido (143.3), Gimbernat está traicionando su premisa metodológica, como hace, pues entonces ya no está justificado el diferente trato juridicopenal entre autopuesta y heteropuesta en peligro recurriendo a la distinción entre auxilio al suicidio y

⁵⁴ “Ciertamente que en la heteropuesta en peligro *consentida* -como ha sido puesto de manifiesto, acertadamente por la doctrina-, el sujeto, sólo *asume un riesgo* [sic], pero *no consiente* ni en su muerte ni en sus lesiones -ni quiere morirse ni acepta el menoscabo real de su salud-, por lo que aquella figura no es paralela a la del homicidio consentido privilegiado del art. 143.3 -donde el sujeto pasivo quiere que le maten- ni las lesiones consentidas privilegiadas del art. 155 -donde la víctima quiere que atenten contra su integridad física”, GIMBERNAT, E., *Imputación objetiva*, p. 90.

homicidio consentido, sino que está recurriendo a la distinción entre auxilio consentido al suicidio y simple homicidio. Y en este nuevo escenario el consentimiento es irrelevante desde el inicio y entonces la distinción originaria carece de todo sentido.

Además, la aseveración de Gimbernat, de que en la heteropuesta en peligro *consentida* -como ha sido puesto de manifiesto, acertadamente por la doctrina-, el sujeto, sólo *asume un riesgo* [sic], pero *no consiente* ni en su muerte ni en sus lesiones” es incompleta.

La doctrina viene poniendo de manifiesto que la categoría del consentimiento, distinta de la asunción del riesgo, no cuadra bien para los supuestos de autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro. El problema no es, como afirma Gimbernat, propio y particular de la heteropuesta en peligro sino de ambas instituciones. El argumento contra la utilización de la institución del consentimiento, alegando que la víctima en realidad no consiente -sino que sólo asume el riesgo- es igualmente válido para los casos de autopuesta y heteropuesta en peligro.

Curiosamente, en otro lugar el propio Gimbernat afirma que en la autopuesta en peligro la víctima “*no quiere* su muerte, aun siendo consciente del peligro que corre”⁵⁵. Por lo tanto, el problema de que no hay un consentimiento en sentido pleno se da también en la autopuesta en peligro. De este modo estaría dando la razón a los que argumentan contra la utilización de la categoría del consentimiento para la resolución de este grupo de casos (j).

Por tanto, si para deducir la impunidad de la autopuesta en peligro siguiendo el argumento *a maiore ad minus* Gimbernat no tiene ningún problema para aplicar analógicamente la regulación del auxilio al suicidio -automuerte consentida- a pesar de que la víctima de la autopuesta en peligro no consiente en su propia muerte ni su propia lesión, sino que sólo asume el riesgo de que se produzca; no se entiende porque para un supuesto de heteropuesta en peligro, en que la víctima no consiente su propia muerte ni su propia lesión, es problemática la aplicación de la regulación del homicidio consentido -heteromuerte consentida-.

Una de dos, si el problema es la distinción entre consentimiento y asunción de riesgo, este mismo problema existe para los casos de autopuesta como para los casos de heteropuesta. Y, si *en ambos casos hay consentimiento* procede deducir la regulación legal de la participación en una autopuesta en peligro de la regulación del auxilio al suicidio y la regulación de la heteropuesta en peligro

⁵⁵ GIMBERNAT, E., “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVIII (sep-dic 2005, aparecido en 2007) 738.

consentida de la del artículo 143.3. Si, por el contrario, se opta por considerar que *no hay verdadero consentimiento*, sino que sólo hay asunción del riesgo, no es aplicable para ninguna de las dos figuras la regulación que tiene en cuenta el consentimiento.

En resumen, la argumentación de Gimbernat para excluir el homicidio consentido de las premisas que nos dan el estatuto jurídico de la heteropuesta en peligro consentida no puede convencer porque de ese modo está anulando la propia definición de heteropuesta en peligro consentida de la que parte y, por ende, traiciona las premisas que fundamentan el posterior desarrollo diferenciado entre autopuesta y heteropuesta en peligro.

Así, el loable intento de fundamentar el diferente trato entre la autopuesta *impune* y la heteropuesta *punible* fracasa. Como hemos visto Gimbernat fundamenta coherentemente la impunidad de la autopuesta en peligro, pero no consigue explicar qué la hace normativamente diferente de la heteropuesta en peligro. Porque precisamente lo que afirma que es en primer momento igual -el consentimiento- es lo que sirve para distinguir, y lo que afirma que las hace diferentes -que en un caso uno se autocausa la muerte y en el otro es un tercero el que lo hace- deviene indiferente. Entendemos que la legitimación normativa de un trato diferente, tendría que basarse, lógicamente en lo que las hace diferentes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CUELLO CONTRERAS, J.:

- “Riesgo e imputación: Reflexiones en torno al pensamiento de Enrique Gimbernat Ordeig sobre la imputación objetiva”, en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo 2013, pp. 147-160.

GIMBERNAT ORDEIG, E.:

- *Die Innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, tesis doctoral de Hamburgo, 1962.
- *Delitos cualificados por el resultado y cuasalidad*, Salamanca 1966. Citamos por BdeF, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires 2007.
- *Introducción a la parte general del Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid 1979.

- “Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 80 (1968) 915-943.
- *Estudios de Derecho penal*. Editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, E.:

- “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, 3ª edic., Madrid 1990, pp. 140-161.
- “El sistema del derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, 3ª edic., Madrid 1990, pp. 162-181.
- “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios de Derecho penal*. Editorial Tecnos, 3ª edic., Madrid 1990, pp. 209-217.
- “El estado de necesidad: un problema de antijuricidad”, en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Tecnos, 3ª edic., Madrid 1990, pp. 218-230.
- “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]) 9-39, *Criminalia* (Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales), 70 (2004) 313-337, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario, 2 (2004) 75-100, y *Revista Ultima Ratio* (Brasileña), año 1 (2006) 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”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVIII (sep-dic 2005, aparecido en 2007) 733-805. Publicado también en *Revista de Derecho Penal (Argentina)*, (2010 [1]) 107-188.
- “Fin de protección de la norma e imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2008, pp. 5-30. Publicado también en *Estudios en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra 2009, vol. II, pp. 489-514.
- *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, Editorial BdeF, Montevideo - Buenos Aires 2011. Publicado también en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2010, pp. 15 ss.
- “¿Se puede imputar objetivamente al delincuente que se está fugando las muertes o las lesiones que se autocausen los policías que le persiguen?”, en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (coord.), *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. 561-579.
- “Der Pockenarztfall”, en *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, pp. 291-297.
- “Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung?”, en *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, pp. 389-402.
- “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho Penal de la culpabilidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LXVI (2013) 33-87.
- “Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; COBOS-GÓMEZ DE LINARES, M. A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., y MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 95-116.