

§ 11. La imputación al tipo objetivo

Bibliografía: Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, t. 1, 1858; v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860; v. Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, 1871, v. Buri, Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; Ortmann, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, GA 1876, 93; Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, GerS 37 (1885), 257; v. Buri, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; v. Kries, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888), 179, 287, 393; v. Kries, Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, ZStW 9 (1889), 528; M. E. Mayer, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1899; Hartmann, Das Kausalproblem im Strafrecht, 1900; Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, 1900; Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902; Kohler, Über den Kausalbegriff, GA 1904, 327; Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904 (reimpr. 1929); Zeiler, Zur Lehre vom Causalzusammenhang, ZStW 27 (1907), 493; M. L. Müller, Die Bedeutung des Causalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912; Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; Tarnowski, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausaltheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927; Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, Frank-FS, 1930, t. I, 174; Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; Beling, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, GerS 101 (1932), 1; Bienenfeld, Die Haftungen ohne Verschulden, 1933; Leonhard, Die Kausalität als Erklärung durch Ergänzung, 1946; Spindel, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, 1948; Engisch, Vom Weltbild des Juristen, 1950 (²1965); Kühlewein, Zur Lehre von der adäquaten Verursachung, NJW 1955, 1581; Larenz, Tatzurechnung und "Unterbrechung des Causalzusammenhanges", NJW 1955, 1009; v. Caemmerer, Das Problem des Causalzusammenhanges im Privatrecht, 1956; Hardwig, Die Zurechnung, 1957; Honoré, Die Kausalitätslehre im anglo-amerikanischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht, ZStW 69 (1957), 463; Hart/Honoré, Causation in the law, 1959; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; Maurach, Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?, GA 1960, 97; Reinecke, Objektive Verantwortung im zivilen Deliktsrecht, 1960; Arth. Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, 1961, 200; Oehler, Erlaubte Gefährdung und Fahrlässigkeit, Eb. Schmidt-FS, 1961, 232; Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-FS, 1961, 383; Gimbernat Ordeig, Die innere und äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik, 1962; Rehberg, Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", 1962; Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962), 411 (= Grundlagenprobleme, 147) [= Problemas básicos, 1976, 149]; Engisch, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, v. Weber-FS, 1963, 247; Bydliński, Probleme der Schadensverursachung, 1964; Naucke, Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964), 409; Spindel, *Conditio-sine-qua-non*-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt, JuS 1964, 14; Engisch, Vom Weltbild des Juristen, ²1965 (¹1950); Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965; E. A. Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; Roxin, Recens. de Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten (1965), ZStW 78 (1966), 214; Kion, Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten, JuS 1967, 499; Salm, Das vollendete Verbrechen, t. I, II, 1967; Hardwig, Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ 1968, 289; Kahrs, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *conditio-sine-qua-non*-Formel im Strafrecht, 1968; Meckel, Die straf-

rechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen, tes. doct. no impresa, Gießen, 1968; Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968; Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, 549; Seebald, Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, GA 1969, 193; Spendel, Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund, Engisch-FS, 1969, 509; Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, 364; Androulakis, "Zurechnung", Schuldbemessung und personale Identität, ZStW 82 (1970), 492; Gmür, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1970; Larrenz, Zum heutigen Stand von der Lehre der objektiven Zurechnung, Honig-FS, 1970, 79; Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-FS, 1970, 133 (= Grundlagenprobleme, 123) [= Problemas básicos, 1976, 128]; Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-FS, 1970, 169; Geppert, Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW 83 (1971), 947; Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971; Herzberg, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, 881; Arm. Kaufmann, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 569; Wehrenberg, Die Conditio-sine-qua-non-Formel, eine pleonastische Leerformel, MDR 1971, 900; Würfel, Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht, 1971; Bruns, Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Heinitz-FS, 1972, 317; Reinhard v. Hippel, Gefährurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; Otto, Kausal-diagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 91; Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; P. Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; Klusmann, Pflichtwidrigkeit und hypothetischer Kausalverlauf bei Fahrlässigkeitsdelikten, NJW 1973, 1097; Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-FS, 1973, 241 [= Problemas básicos, 1976, 181]; Stratenwerth, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-FS, 1973, 227; Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; Geilen, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, 145; Jakobs, Das Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW-Beiheft 1974, 6; Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Welzel-FS, 1974, 307; Naucke, Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, Peters-FS, 1974, 109; Otto, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, JuS 1974, 702; Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; Schaffstein, Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-FS, 1974, 557; Sax, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, 137; Schönemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Schlüchter, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976, 312, 387, 518, 793; 1977, 104; Schulin, Der natürliche, vorrechtliche Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, 1976; Volk, Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, GA 1976, 161; Bindokat, Versari in re illicita und Erfolgzurechnung, JZ 1977, 549; Fincke, Arzneimittelprüfung, strafbare Versuchsmethoden: "Erlaubtes" Risiko bei eingepflanztem fatalem Ausgang, 1977; Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), 1; Schlüchter, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1977, 104; Spendel, Beihilfe und Kausalität, Dreher-FS, 1977, 167; Walder, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93 (1977), 113; Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, GA 1977, 257; Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgzurechnung, ZStW 89 (1977), 649; Schaffstein, Der Maßstab für das Gefährurteil beim rechtfertigenden Nostand, Bruns-FS, 1978, 89; Wolter, Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefährerfolg im Strafrecht, JuS 1978, 748; Ebert/Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, 561; Krümpelmann, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Bockelmann-FS, 1979, 443; Triffterer, Die "objektive Vorhersehbarkeit" (des Erfolges und des Kausalverlaufs) - unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verrechenselement aller Erfolgsdelikte?, Bockelmann-FS, 1979, 201; Maiwald, Kausalität und Strafrecht, 1980; Otto, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 417; Puppe, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863; Kamps, Ärztliche Arbesteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; Wolter, Objektive und personale Zurechnung

von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Yamanaka, Von dem Irrtum über den Kausalverlauf und der Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs, Kansai University Review of Law and Politics 1981, 35; Bernsmann, Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht, ARSP 1982, 536; Kindhäuser, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477; Puppe, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, 660; Schmoller, Die Kategorie der Kausalität und der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte strafrechtlicher Tatbestände, ÖJZ 1982, 449; Schönemann, Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?, NSTZ 1982, 60; Puppe, Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983), 287; Triffterer, Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, Klug-FS, 1983, t. 2, 419; Dölling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, 71; Krümpelmann, Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, GA 1984, 491; Möhrenschrager, Kausalitätsprobleme in Umweltstrafrecht, Wirtschaft und Verwaltung, 1984; Otto, Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, Jura 1984, 536; Ranft, Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, NJW 1984, 1425; Schlüchter, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen, JA 1984, 673; Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, en: Schönemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 103 [= El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 108]; Bindokat, Verursachung durch Fahrlässigkeit, JuS 1985, 32; Burgstaller, Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, Jescheck-FS, 1985, 357; Ebert, Der Schutz von Geschwindigkeitsvorschriften als Problem objektiver Erfolgszurechnung, JR 1985, 356; Geppert, Tötung durch Überlassen von Heroin; auch: Beteiligung an fremder Selbstgefährdung, JK 1985, § 222, Nr. 2; Herzberg, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA 1985, 265; Jäger, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; Arm. Kaufmann, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-FS, 1985, 251; Arth. Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Jescheck-FS, 1985, 273; Kratzsch, Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterium der Zurechnung im Strafrecht, Oehler-FS, 1985, 65; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Krümpelmann, Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, Jescheck-FS, 1985, 313; Maiwald, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtsdogmatik, Jescheck-FS, 1985, 405; Schönemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1.^a Parte. Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341; Stree, Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, JuS 1985, 179; Bindokat, Fahrlässige Beihilfe, JZ 1986, 421; Joerden, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; M. Bruns, Aids - Alltag und Recht, MDR 1987, 353; M. Bruns, Nochmals: Aids und Strafrecht, NJW 1987, 2281; Geppert, Strafbares Verhalten durch -mögliche- Aids-Übertragung?, Jura 1987, 668; Herzberg, Zur Strafbarkeit der Aidsinfizierten bei unabgeschränktem Geschlechtsverkehr, NJW 1987, 2283; Herzog/Nestler-Tremel, Aids und Strafrecht - Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung?, StrV 1987, 360; Jakobs, Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, Lackner-FS, 1987, 53; Joerden, OGH JBl 1987, 191 - ein Fall alternativer Kausalität?, JBl 1987, 432; Kahlo, Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen - Zur notwendigen Modifikation der Risikoerhöhungslehre bei den unechten Unterlassungsdelikten, GA 1987, 66; Küper, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, Lackner-FS, 1987, 246; Puppe, Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 99 (1987), 595; Samson, Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, ZStW 99 (1987), 617; Schulz, Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung, Lackner-FS, 1987, 38; Struensee, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, 97; Bottke, Strafrechtliche Probleme von Aids und der Aids-Bekämpfung, en: Schönemann/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von Aids, 1988, 171; W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; Helgerth, Aids - Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr, NSTZ 1988, 261; Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln 1988, 399; Koriath, Kausalität, Bedingungstheorie und

psychische Kausalität, 1988; Kreuzer, Aids und Strafrecht, ZStW 100 (1988), 786; Prittwitz, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988, 427, 487; Schünemann, Rechtsprobleme der Aids-Eindämmung, en: Schünemann/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von Aids, 1988, 373; Bramsen, Erfolgzurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR 1989, 123; Bustos Ramírez, Die objektive Zurechnung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 213; Jakobs, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 271; Kratzsch, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49; Krümpelmann, Zurechnungsfragen bei mißlungener ärztlicher Fehlerkorrektur, JR 1989, 353; Lampe, Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW 101 (1989), 3; Lampe, Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 189; Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-FS, 1989, 157; Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, Tröndle-FS, 1989, 177; Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 237; Eschweiler, Beteiligung an fremder Selbstgefährdung, tes. doct. Bonn, 1990; Fiedler, Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung, 1990; W. Frisch, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?, JuS 1990, 362; Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990; H.-W. Mayer, Die ungeschützte geschlechtliche Betätigung des Aidsinfizierten unter dem Aspekt der Tötungsdelikte - ein Tabu?, JuS 1990, 784; Puppe, Kausalität. Ein Versuch, kriminalistisch zu denken, SchwZStr 107 (1990), 141; Erb, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgzurechnung im Strafrecht, 1991; Hohmann, Betäubungsmittelstrafrecht und Eigenverantwortlichkeit?, MDR 1991, 1117; Kuhlen, Zur Problematik der nachträglichen ex ante Beurteilung im Strafrecht und in der Moral, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 341; Samson, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StrV 1991, 182; S. Walther, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991; Castaldo, Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1992; Derksen, Handeln auf eigene Gefahr, 1992; W. Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht, NStZ 1992, 1, 62; R. Peters, Der Einfluß von Vertrauenslagen auf die Normzweckbestimmung im Verkehrsstrafrecht, JR 1992, 50; K. e I. Tiedemann, Zur strafrechtlichen Bedeutung des sog. kontrollierten Versuches bei der klinischen Arzneimittelprüfung, Rud. Schmitt-FS, 1992, 139; Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992; U. Weber, Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen, Baumann-FS, 1992, 43; Behrendt, Zur Synchronisation von strafrechtlicher Handlungs-, Unrechts- und Zurechnungslehre, GA 1993, 67; Hohmann, Personalität und strafrechtliche Zurechnung, 1993; Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Reyes, Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), 108; Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993.

La imputación al tipo objetivo sólo es un problema de la Parte general **1** cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor (cfr. § 10, nm. 102). En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada (§ 123) o el falso testimonio (§ 154), la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial. En cambio, en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción (p.ej. de un hombre en los §§ 212 ó 223, o de una cosa en el § 303) se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así, éste no habrá matado, lesionado, dañado, etc., en el sentido de la ley. Pues bien, tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado. Si p.ej. no se puede comprobar que un determinado medicamento ha sido causal para los daños corporales sufridos por los pacientes tratados con el mismo, tampoco se puede

aceptar que el fabricante del medicamento haya lesionado a un paciente. En consecuencia, la teoría del nexo causal es (al menos en los delitos comisivos, que son los únicos que de momento trataremos aquí) el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado. Pero con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo, como antes se creía, aunque concurren los restantes elementos típicos escritos. Así p.ej. también puede faltar la imputación aunque el autor haya causado el resultado, pero esa causación se deba a la pura casualidad: si A convence a B para que tome un vuelo a Mallorca, en el que B muere al estrellarse el avión, ciertamente A ha causado la muerte de B con su consejo, pero pese a ello no ha matado a B, porque el suceso se presenta como un accidente incalculable y por eso no se le puede imputar a A como obra suya. Además existen, junto al azar, como ya veremos, otras causas que pueden excluir la imputación al tipo objetivo.

- 2 Desde esta perspectiva queda claro que la imputación al tipo objetivo debe producirse en dos pasos sucesivos¹: en una primera sección (A) se expondrá la teoría del nexo o relación causal; y a continuación se tratarán en una segunda sección (B) los restantes presupuestos de la imputación².

A. La teoría de la relación causal

I. Sobre la problemática científico-natural y filosófica del concepto de causalidad

- 3 Como es sabido, la causalidad es un tema muy discutido en las ciencias naturales y la filosofía³. La física cuántica, que se ocupa de la comprensión de los fenómenos de las ondas y partículas en el campo atómico, ha llegado (apoyándose en las investigaciones de Heisenberg) a la hipótesis, admitida hoy de modo dominante, de que los procesos que se dan en el átomo no están determinados causalmente, sino que obedecen a leyes estadísticas, que sólo permiten predicciones de probabilidad. Y además la teoría de la relatividad ha puesto de manifiesto que la representación de una sucesión causal de los acontecimientos en el tiempo sólo tiene sentido en dimensiones muy limitadas. Sin embargo, todo ello no cambia el hecho de que el jurista puede seguir

¹ En cambio, Lange, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 189 ss., utiliza como base el concepto de “causalidad funcional”, que abarca “por una parte —sobre la base de la causalidad natural— el enlace con sentido entre acción y resultado” y “por otra parte —por la vía del retroacoplamiento— la imputabilidad del resultado a la acción” (p. 203).

² Ofrecen una introducción, muy adecuada para estudiantes, al tema “causalidad e imputación objetiva”, Ebert/Kühl, Jura 1979, 561.

³ Sobre ello informa muy instructivamente y en una forma dedicada especialmente a los problemas del penalista, Maiwald, Kausalität und Strafrecht, 1980.

trabajando con el concepto tradicional de causalidad, pues la vigencia únicamente de leyes estadísticas en el campo subatómico no obsta para que en el mundo de la vida cotidiana, que es el que tiene que tratar el jurista, podamos confiar en las leyes causales con certeza prácticamente absoluta; y por otra parte, la teoría de la relatividad sólo hace inaplicables las tradicionales concepciones causales en un pensamiento en dimensiones cósmicas, mientras que en los limitados terrenos del Derecho no puede modificar mensurablemente las conclusiones a las que conduce la ley causal.

Pero aunque se parta de que se puede seguir enjuiciando los fenómenos **4** del mundo jurídico según la ley causal, sigue habiendo suficientes puntos oscuros. Así se discute si la causalidad es una categoría del ser o, como pretendía Kant, una mera forma de pensar de nuestro intelecto. La moderna teoría del conocimiento considera frente a Kant a la causalidad como un fenómeno empírico y que obedece a determinadas leyes, pero por regla general evita los conceptos de “causa” y “efecto” y entiende la causalidad como predecibilidad o explicabilidad de acontecimientos sucesivos. Es decir, que hasta ahora no hemos logrado aclarar qué es lo que “opera” en la causalidad y cómo sucede; y por tanto sigue habiendo muchos presupuestos no esclarecidos cuando el jurista plantea la sencilla pregunta de si la actuación de un hombre concreto es la “causa” de un resultado jurídicamente relevante. Sin embargo, ese uso habitual del lenguaje es inofensivo para la aplicación práctica del Derecho, pues cualquier juez sabe que él no tiene que verificar una “fuerza operativa” mensurable, sino sólo la conformidad a leyes, para cuya comprobación depende de los conocimientos teóricos de las ciencias naturales.

II. La teoría de la equivalencia (teoría de la condición)

La jurisprudencia y la doc. dom., para comprobar la relación de causalidad, **5** se sirven de la teoría de la equivalencia. Esta trabaja en la mayoría de los casos con la fórmula de que debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir, que es válida como causa toda *condicio sine qua non*, o sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado. Así p.ej., si un automovilista que conduce bebido no puede dominar su vehículo e invade el otro lado de la calzada, donde se produce un choque con otro coche que venía de frente, el haber consumido alcohol es causal respecto de ese accidente; pues si se lo suprime mentalmente, el conductor del coche hubiera continuado por el lado correcto de la calzada y no hubiera tenido lugar el accidente. Pero también es causal la víctima del accidente, ya que si se suprime mentalmente su conducción, tampoco se hubiera originado el accidente. Y según esa misma fórmula, son también causa los fabricantes de ambos coches, y además otras personas que hayan motivado a la conducción

de ambos, así como un cúmulo de ulteriores circunstancias que hayan influido en el suceso (p.ej. la construcción de la calzada, la invención del motor, etc.). Por consiguiente, no se realiza ninguna selección entre las innumerables condiciones de cualquier resultado, sino que por el contrario se consideran equivalentes (o sea, de igual valor) todas las condiciones, y a ese juicio de equivalencia le debe su nombre la teoría de la equivalencia.

- 6 En general se acepta que la teoría de la equivalencia se basa en el concepto causal en su significación prejurídica, propia de la filosofía y de las ciencias naturales. Ello es cierto en la medida en que la misma se ha impuesto históricamente frente a una multitud de teorías causales denominadas individualizadoras, que pretendían efectuar una selección entre las condiciones según diversos criterios valorativos jurídicos ⁴. Así p.ej. debía reputarse causa en sentido jurídico sólo la condición más eficaz ⁵, la última condición puesta por una conducta humana ⁶ o la condición promotora (en contraposición a la evitadora) ⁷. Hoy ya no se defiende ninguna de estas teorías, porque sus distinciones se han mostrado como casi impracticables en el plano lógico y sobrecargan la verificación de la causalidad con un cúmulo de pre-decisiones jurídicas que las convierten en inidóneas para deslindar un marco máximo de responsabilidad, que es el único con el que deben enlazar las categorías valorativas jurídicas. Pero por otra parte, la teoría de la equivalencia es asimismo una teoría jurídica discrepante del uso filológico del lenguaje ⁸, en cuanto que para ella la causa no radica en la suma de todas las condiciones de un resultado, sino en cada condición individual, aunque la misma sólo provoque el resultado en su conjunción con otras muchas. Por tanto, la teoría de la equivalencia trata a cada causa parcial como causa autónoma; y lo hace, porque en la jurisprudencia (ciencia del Derecho) lo que importa no es la totalidad de las condiciones, sino sólo comprobar la conexión o nexo entre un determinado acto humano con el resultado ⁹.
- 7 Se considera como primer defensor de la teoría de la equivalencia ¹⁰ a Julius Glaser, del que ya en en el año 1858 podemos leer ¹¹:

“Hay... un punto de apoyo seguro para examinar el nexo causal; si se intenta suprimir mentalmente al supuesto originante de la suma de los acontecimientos y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, que a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reconducirse a la eficacia de esa persona. Si por el contrario se ve que, si se suprime mentalmente

⁴ Cfr. sobre ellas en los últimos tiempos, p.ej., Samson, 1981, 16; Schlüchter, JuS 1976, 313.

⁵ Birkmeyer, GerS 37 (1885), 272; similar Köhler, GA 51 (1904), 337 (condición cualitativamente determinante); LK⁷-Nagler, 1954, apénd. 1 a Intr., II B 4 b (condición decisiva).

⁶ Ortmann, GA 1876, 93 ss.

⁷ Binding, Normen, t. I, ⁴1922, 115 ss.

⁸ Cfr. sobre ello Spindel, 1948, 12.

⁹ Cfr. para más detalles Radbruch, 1902, 1-6.

¹⁰ Una buena descripción sintética de su evolución en Spindel, 1948, 14-26.

¹¹ En su obra “Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht”, t. I, 2. Abhandlung, 298.

a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se podría producir en absoluto o que hubiera tenido que producirse por otra vía totalmente distinta: entonces está justificado con toda seguridad considerarlo como efecto de su actividad.”

No obstante, la fundamentación más profunda de la teoría de la equivalencia se remonta a Maximilian v. Buri¹², bajo cuya influencia como magistrado que posteriormente fue del Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich) se impuso también dicha doctrina desde el principio en la jurisprudencia: por primera vez en RGSt 1, 373, y luego constantemente; en la misma se utiliza repetidamente la idea de la *condicio sine qua non*, pero al principio sin emplear la fórmula especial del “suprimir mentalmente”. Esta aparece por primera vez en 1910 en RGSt 44, 137 (139): “lesiones con resultado de muerte sólo se dan si no se puede suprimir mentalmente las lesiones sin que simultáneamente se elimine también el resultado mortal”; desde entonces dicha fórmula fue empleada en numerosas sentencias¹³.

También el Bundesgerichtshof ha asumido en Derecho penal la teoría de la equivalencia y se sirve de ella constantemente. Ya en BGHSt 1, 332, se dice (fundamento principal): “La cuestión de si una lesión corporal ha causado la muerte del lesionado debe decidirse conforme a la teoría de la condición”, según la cual es “causa de un resultado jurídicopenalmente relevante toda condición que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado”. Desde entonces se utiliza indiscutidamente dicha fórmula¹⁴.

Ocasionalmente se puede hallar alguna decisión discrepante. Así se dice en BGHSt 11, 1, 7: “El Derecho penal regido por el principio de culpabilidad no se conforma con una conexión científico-natural de determinados acontecimientos para responder a la cuestión de la relación entre causa y resultado, sino que, por el contrario, para una visión valorativa de la conducta humana es esencial determinar si la condición era significativa para el resultado conforme a criterios jurídicos de valoración”. Ello suena a retorno a las teorías causales individualizadoras (nm. 6), pero realmente no significa apartarse de la teoría de la condición, sino que sólo se basa en una mezcla de la causalidad con otros puntos de vista de imputación. Tales mezcolanzas tb. se pueden encontrar en otras sentencias (cfr. p.ej. BGHSt 21, 61). También es incorrecta la tesis según la cual en los delitos de tráfico “el examen de la causalidad de una conducta contraria a las reglas de tráfico sólo ha de comenzar con la producción de la concreta situación crítica para el tráfico” [BGHSt 24, 34, adhiriéndose a BGH VRS 20 (1961), 129, 131; 23 (1962), 369, 370; 24 (1963), 124, 126; 25 (1963), 262; 33 (1967), 61]. En tales casos de lo que se trata no es de la causalidad del causante del accidente, sino de la imputabilidad de su conducta (cfr. nm. 65).

En la doctrina científica actualmente se reconoce de modo totalmente dominante la teoría de la equivalencia en el sentido de que en los delitos comisivos el nexa causal es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la

¹² Por primera vez en: *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, 1860. Posteriormente en multitud de trabajos monográficos, como: *Über Causalität und deren Verantwortung*, 1873; *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885.

¹³ RGSt 44, 230, 244; 56, 343, 348; 57, 392, 394; 58, 366, 368; 66, 181, 184; 67, 259; 69, 44, 47; 75, 50; 75, 374.

¹⁴ BGHSt 2, 20, 24; 7, 112, 114; 24, 31, 34; 31, 96, 98.

imputación al tipo objetivo ¹⁵. La crítica que antes se hacía frecuentemente a la inusual amplitud del marco de responsabilidad que abre la teoría de la equivalencia —según la cual p.ej. los padres y los antepasados del autor también son causa de todos los hechos cometidos por éste— ha perdido peso sustancialmente desde que se ha reconocido que la cuasalidad no es la única que decide sobre el cumplimiento del tipo objetivo, sino que han de añadirse otros criterios de imputación (cfr. nm. 36 ss.). La causalidad en los delitos comisivos sólo es el límite máximo de la responsabilidad penal, pero también imprescindible como tal.

- 11** En cambio, la fórmula tradicional de la teoría de la condición no resiste una supervisión crítica. Aunque Mezger ¹⁶ la calificó como “un medio infalible para comprobar el nexo condicional”, en realidad no aporta nada a la averiguación de la causalidad ¹⁷. Si p.ej. se quiere saber si la ingestión del somnífero “contergan” durante el embarazo ha causado la malformación de los niños nacidos subsiguientemente (así el caso LG Aachen JZ 1971, 510), no sirve de nada suprimir mentalmente el consumo del somnífero y preguntar si en tal caso habría desaparecido el resultado; pues a esa pregunta sólo se puede responder si se sabe si el somnífero es causal o no respecto de las malformaciones, pero si eso se sabe, la pregunta está de más. En una palabra: la fórmula de la supresión mental presupone ya lo que debe averiguarse mediante la misma.
- 12** Ahora bien, la fórmula de la teoría de la equivalencia no sólo es inútil, sino que puede inducir a error. Ello sucede especialmente en ciertos casos de causalidad hipotética y alternativa. Así p.ej., si se reprocha a alguien haber realizado un fusilamiento ilícito en guerra y el mismo alega que, si se hubiera negado, otro hubiera efectuado el fusilamiento exactamente de la misma manera, entonces se puede suprimir mentalmente su hecho sin que desaparezca el resultado. Pero naturalmente no falta la causalidad de su conducta; pues si se quisiera negarlo, entonces, dado que la conducta hipotética del segundo soldado tampoco habrá sido causal, se llegaría al absurdo resultado de que la muerte de la víctima se ha producido sin causa. Y lo mismo ocurre en el caso de manual de la causalidad alternativa, en el que A y B, actuando independientemente uno del otro, ponen veneno en el café de C; si C muere por ello, pero ya la dosis puesta por A o por B hubiera provocado por sí sola la muerte exactamente del mismo modo, se puede suprimir mentalmente la conducta

¹⁵ Expresan dudas de principio sobre la significación del principio causal para el Derecho penal, sobre todo, Schmidhäuser, LB AT², 8/59 ss.; idem, StuB AT², 5/60-63; Kahrs, 1968; Otto, NJW 1980, 417 ss.

¹⁶ Mezger, StrafR, ³1949, 114 [= Tratado I, 1946, 226; N. del T.].

¹⁷ Cfr. sobre todo Engisch, 1931, 13 ss.; idem, ²1965, 130 ss.; Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 207 ss. Esta opinión puede considerarse afianzada hoy y también se ha impuesto en la manualística.

de cada uno de ellos sin que desaparezca el resultado. Por tanto, volvería a faltar la causalidad respecto de la muerte producida y A y B sólo podrían ser castigados por tentativa de homicidio; y sin embargo, lo correcto es considerar que ambos, en la medida que su veneno ha sido realmente eficaz, han causado la muerte de C y se les debe castigar por un hecho consumado (para más detalles nm. 21).

Spendel¹⁸ ha intentado suprimir los puntos débiles de la fórmula de la equivalencia eliminando las causas hipotéticas. Según él “una acción debe reputarse causal cuando sin ella —¡teniendo en cuenta únicamente las circunstancias restantes en el caso y efectivamente concurrentes!— no se hubiera producido el resultado concreto”. Pero esa fórmula tampoco sirve de ayuda en la causalidad alternativa (en el ejemplo del veneno), ya que el veneno del otro existía realmente¹⁹. En el caso de las causas hipotéticas (ejemplo del fusilamiento) conduce ciertamente al resultado correcto, pues si se suprime mentalmente el fusilamiento realizado por el primer soldado y no se añade mentalmente la hipotética actuación del segundo soldado, desaparecería el resultado. Pero si ya no se pregunta qué hubiera sucedido si..., sino que en su lugar se atiende a las “circunstancias efectivamente concurrentes”, la verdad es que se ha renunciado a la fórmula²⁰; entonces hay que examinar de otro modo si el sujeto realmente se ha convertido en causa.

Por eso se ha impuesto ampliamente en la ciencia actual la fórmula, que se remonta a Engisch²¹, de la “condición conforme a leyes”, que en su versión más rotunda, redactada por Jescheck²², enjuicia la concurrencia de causalidad atendiendo a “si a una acción se han vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo, que estaban unidas con la acción según las leyes [naturales] y que se presentan como resultado típico”²³. Es cierto que esta fórmula tampoco sirve de ayuda para comprobar la causalidad real, porque no dice nada sobre la concurrencia del nexo conforme a las leyes, pero tiene la ventaja de que no lo enmascara. Los cursos causales, si son dudosos, nunca pueden demostrarse mediante cualesquiera fórmulas, sino siempre a través de métodos científico-naturales exactos (principalmente el experimento)²⁴; pero cuando la causalidad no es dudosa (como en los ejemplos del fusilamiento y del veneno), la fórmula de la causalidad conforme a leyes permite reconocerlo claramente y no induce a error al juzgador.

¹⁸ Spendel, 1948, 38; aprueba su posición Welzel, StrafR¹¹, 44 [= PG, 1987, 68; N. del T.].

¹⁹ Cfr. Engisch, ²1965, 131, n. 288; Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 209.

²⁰ Cfr. Engisch, ²1965, 131, n. 288; Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 209. Esta objeción es válida tb. frente a Schlüchter, JuS 1976, 568 s.

²¹ Engisch, 1931, 21.

²² Jescheck, AT⁴, § 28 II 4.

²³ Igualmente Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 75; SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 41; Jakobs, AT², 7/12; Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 210; Samson, 1972, 30 ss.; Walder, SchwZStr 93 (1977), 136 ss.

²⁴ La teoría de la “condición conforme a leyes” plantea también desde la teoría de la ciencia muchos problemas, que son vivamente discutidos por la ciencia del Derecho penal. Para más detalles, Puppe, ZStW 92 (1980), 863; eadem, JuS 1982, 660; eadem, ZStW 95 (1983), 287; eadem, ZStW 99 (1987), 595; Kindhäuser, GA 1982, 477; Bernsmann, ARSP 1982, 536; Schulz, Lackner-FS, 1987, 39; Samson, ZStW 99 (1987), 617. Las aportaciones incluyen en su mayor parte problemas de imputación, que van más allá de la cuestión de la causalidad.

- 15 Cuando falte la prueba científico-natural del nexo causal, no puede ser sustituida por una convicción subjetiva del juez por la vía de la libre valoración de la prueba²⁵. Por el contrario, el nexo causal concurre si se comprueba que un producto ha causado daños en la salud y lo único que no consta es qué sustancia es la que ha provocado el daño²⁶.

III. Problemas concretos de la teoría de la equivalencia

- 16 Si se entiende la teoría de la equivalencia en el sentido expuesto, la principal dificultad de la comprobación de la causalidad radica en la verificación del nexo conforme a leyes requerido; lo cual no constituye un problema jurídico en sentido estricto, por lo que el juez tendrá que servirse en su caso de un perito. Frente a esto retroceden a un segundo plano las cuestiones jurídicas que se plantean en la aplicación de la teoría de la equivalencia; precisamente fue su manejabilidad relativamente sencilla lo que contribuyó esencialmente a que se haya impuesto. Sin embargo, algunas cuestiones que en parte han desempeñado un papel en la polémica con otras teorías causales precisan una discusión clarificadora.
- 17 1. Hoy es algo ampliamente reconocido²⁷ que para verificar el nexo conforme a leyes hay que atender al resultado en su forma más concreta incluyendo todos los eslabones intermedios que han conducido al mismo (teoría de la equivalencia concretante). De ahí se sigue que para la causalidad es suficiente cualquier modificación del resultado. Así, incluso quien mata a un moribundo ha causado su muerte (en su modo y forma concretos), y por cierto que también es así aunque ni siquiera acorte su vida. Pero es que incluso si un médico retrasa con su actuación la muerte inevitable del paciente, en el sentido de la teoría de la equivalencia ha puesto una condición de la muerte de aquél; otra cuestión (que naturalmente hay que negar: cfr. nm. 43) es la de si debe imputársele al sujeto esa causación de muerte como homicidio, pues la causalidad precisamente es sólo el primero, pero no el único presupuesto de la imputación. Igualmente ha causado unos daños quien con su cooperación al hecho aumenta o tan sólo modifica la raja que otro le hace a un jarrón de porcelana. Estos principios también se reconocen de modo general en la jurisprudencia. Sin embargo se equivoca BGH NJW 196, 1823: según ella,

²⁵ Arm. Kaumann, JZ 1971, 572, contra LG Aachen JZ 1971, 516, en la cuestión de si la talidomida puede dar lugar a malformaciones en el feto. Sobre la problemática causal en el “examen clínico de medicamentos” Fincke, 1977, así como Klaus e Inge Tiedemann, Rud. Schmitt-FS, 1993, 139.

²⁶ Así el BGH en la “sentencia del spray para cuero”, BGHSt 37, 106 (111 ss.). Sin embargo, según Puppe, JR 1992, 30, aquí era ya la causalidad como tal la que no estaba probada; igualmente discr. Samson, StrV 1991, 182. Cfr. sobre la responsabilidad penal por el producto tb. § 24, nm. 17, así como el capítulo sobre “omisión” (tomo II).

²⁷ Cfr., sin embargo, nm. 18 y n. 31, así como nm. 20 y n. 36.

unos golpes mortales no son causales porque los golpes de otra persona han cooperado a la muerte y posiblemente incluso la han acelerado ²⁸. Sin embargo, una modificación del suceso solamente no es causal si es irrelevante para el modo y forma, así como para el tiempo y lugar de la realización de un elemento del tipo ²⁹. Por tanto, quien ha pintado el jarrón que posteriormente destruye de un golpe un tercero no es causante de los daños; pues es cierto que hay una diferencia entre la destrucción de un jarrón pintado y la de uno no pintado, pero para el único resultado de daños requerido legalmente (en el § 303) la pintura del objeto no es relevante de ningún modo imaginable ³⁰ (sólo sería distinta la situación si p.ej. una decoración hubiera aumentado la fragilidad del jarrón).

Ciertamente, en el punto de vista de la relevancia, que se acaba de indicar, se encierra **18** un elemento valorativo. De ello Puppe ³¹ extrae la consecuencia de una radical normativización del concepto de resultado. Así, sólo considera como resultado una modificación de su estado “desventajosa (perjudicial) para el bien jurídico”; y la “situación de partida” también debe sacarse fuera del nexo causal ³²: “En consecuencia, quien ha vendido a la víctima del hurto la cosa que posteriormente es botín del ladrón no es causa respecto del concreto resultado del hurto, del mismo modo que tampoco lo es quien ha nombrado funcionario al autor respecto de los delitos cometidos por éste”. Ello supone renunciar a la teoría de la equivalencia y regresar a un concepto jurídico de causalidad al modo de las teorías individualizadoras (cfr. nm. 6); y de esa forma la mayor parte de la teoría normativa de la imputación (nm. 36 ss.) se introduce dentro del concepto causal, lo que es inadecuado, puesto que una teoría —incluso jurídica— de la causalidad no puede acoger las complejas reglas de la moderna teoría de la imputación e impediría su desarrollo. La separación de causalidad e imputación es un logro dogmático que no se debería volver a abandonar precipitadamente. Igual que aquí Jakobs ³³: “No se ve por ningún lado una ventaja de esa formulación de un problema de responsabilidad como problema causal”.

2. En los delitos comisivos carecen en principio de influencia en la causalidad **19** los cursos causales hipotéticos (sin embargo, cfr. sobre una pequeña restricción nm. 30). Por tanto, si alguien es acusado de un delito de homicidio porque durante el “Tercer Reich” provocó un internamiento en un campo de concentración —que acabó con la muerte de la víctima—, no puede discutir su causalidad argumentando que de lo contrario otros hubieran provocado el internamiento (BGHSt 2, 20). Y si alguien lesiona a otra persona al atropellarla, su causalidad “no se pone en tela de juicio por el hecho de que el mismo

²⁸ En contra tb. Hertel, NJW 1966, 2418; Kion, JuS 1967, 499; Schlüchter, JuS 1976, 380; Baumann/Weber, AT⁹, § 17 II 3, n. 23.

²⁹ Jakobs, AT², 7/14: las “condiciones para las circunstancias acompañantes del resultado... son irrelevantes”; en dicho lugar (7/15 ss.) tb. más detalles sobre la delimitación. Actualmente esta cuestión ha perdido en gran medida su importancia práctica, dado que, si se afirma la causalidad, en todo caso se excluye la imputación (nm. 45 ss.).

³⁰ Cfr. sobre ello, en polémica con la denominada consideración abstrayente del resultado, M. L. Müller, 1912, 10 ss.; Engisch, 1931, 11 ss.; Samson, 1972, 29 ss.

³¹ Puppe, ZStW 92 (1980), 880. Esta autora llega por ello a un rechazo de principio de la teoría de la “configuración concreta”.

³² En esto hay una cierta similitud con la jurisprudencia de tráfico del BGH criticada en nm. 9.

³³ Jakobs, AT¹, 7/17, n. 19.

resultado también se habría provocado por la conducta de un tercero” (BGHSt 30, 228) ³⁴.

20 Por regla general también se puede obtener esa conclusión con la fórmula tradicional del “suprimir mentalmente”; pues si se suprime mentalmente la actuación del autor, el resultado se habría producido ciertamente asimismo, pero no exactamente de la misma manera y modo concreto. Pero es que incluso aunque el resultado y la forma externa de su producción hubieran sido exactamente los mismos —como en el caso ideado por Engisch ³⁵, en que C le proporciona a A, para que éste dé una paliza, un bastón, que si no se lo hubiera dado D—, es decir aunque la conducta del inculpaado (en este caso C) se pudiera tranquilamente suprimir mentalmente y en ese caso el resultado siguiera produciéndose exactamente igual, según la fórmula de la condición conforme a leyes ello no cambia lo más mínimo la causalidad de C (cfr. nm. 12) ³⁶.

21 3. Asimismo los casos de causalidad alternativa ³⁷ (nm. 12) deben solucionarse exclusivamente conforme a la fórmula de la condición conforme a leyes. Por tanto, en el caso ya mencionado en que A y B, actuando independientemente uno del otro, le sirven a C en el café una dosis de veneno, cada una letal por sí sola, ambos son causa de un homicidio consumado si con un análisis químico se puede demostrar que ambas sustancias venenosas han cooperado a la muerte de C. Si por el contrario se comprueba que el veneno empleado por A ha provocado la muerte antes de que pudiera operar la sustancia de B, en B sólo se da un homicidio intentado. Si se demuestra que sólo un veneno ha resultado eficaz, pero ya no se puede comprobar posteriormente si procedía de A o de B, entonces hay que castigar a ambos, en virtud del principio *in dubio pro reo*, por tentativa. También estamos ante un caso de causalidad alternativa si el autor hace un disparo doloso y otro imprudente a la víctima y cada disparo por sí solo hubiera sido mortal, pero la víctima muere *in concreto* por la conjunción de los resultados lesivos de ambos disparos; pero en tal caso el homicidio imprudente es desplazado como subsidiario por el doloso (BGHSt 39, 195).

22 Ya se ha expuesto (nm. 12 s.) que la fórmula de la “supresión mental” no ayuda más en tales casos y sólo dificulta la solución. Por ello se ha ideado para estos casos una fórmula de la eliminación “corregida” ³⁸: “De varias condiciones que ciertamente pueden ser suprimidas mentalmente de modo alternativo, pero no cumulativo, sin que desaparezca el resul-

³⁴ Sobre esa sent. Puppe, JuS 1982, 660; Kühl, JR 1983, 32.

³⁵ Engisch, 1931, 15 ss.

³⁶ Schlüchter, JuS 1976, 518 s., opina que el resultado nunca es el mismo si se intercambia aunque sea una sola de sus condiciones por otra. Si, suprimiendo mentalmente a C, A hubiera recibido de D el garrote, ya por esa razón el resultado sería otro distinto (apaleamiento con un bastón de D en vez de con uno de C), con lo que el procedimiento de la supresión mental prueba totalmente su validez. Pero si se convierten todas las condiciones en elementos integrantes del resultado —lo que en definitiva es una cuestión terminológica—, ya antes hay que saber qué factores pertenecen a las condiciones conforme a leyes del resultado y nos podemos ahorrar la “supresión mental”. Así pues, en este punto la teoría del resultado en su “configuración concreta” (cfr. nm. 17) tropieza con sus propios límites.

³⁷ Para más detalles Joerden, 1986; idem, JBl 1987, 432, sobre un caso del OGH austríaco, JBl 1987, 191.

³⁸ Traeger, 1904, 12; Welzel, StrafR¹¹, 45 [= PG, 1987, 68 s.; N. del T.]; cfr. tb. Puppe, ZStW 92 (1980), 876 ss.; Ebert/Kühl, Jura 1979, 568. En el sentido de la fórmula “corregida” tb. BayObLG NJW 1960, 1964; al respecto Eser/Burkhardt, StrafR I⁴, caso 5, nm. 32 ss.

tado, cada una de ellas es causal respecto del resultado". Es cierto que esta fórmula, a diferencia de la supresión mental de la aportación individual, permite castigar a ambos autores por delito consumado, pero la misma también conduciría a esa conclusión aunque la aportación de uno no hubiera sido en absoluto eficaz, es decir cuando sólo sería lícito imponer la pena de la tentativa. Por tanto, no es mejor que la originaria fórmula de la eliminación, sino que sólo sustituye un defecto por otro.

4. El carácter anómalo o inusual de un nexo condicional no tiene influencia sobre la causalidad. Si p.ej. A incita a B a dar un paseo, en el que B es mortalmente atropellado por C, A es exactamente igual de causal respecto de la muerte de B como C y el propio B, por mucho que no pudiera prever ese curso de los acontecimientos. O si alguien lesiona a otro y éste muere posteriormente en el hospital por la anestesia (RGSt 29, 218), por un fallo médico o incluso por un incendio en el hospital, no obstante el lesionante es causa de la muerte; y lo mismo sucede con quien le da a otro una bofetada, que sólo por una concatenación de circunstancias desgraciadas acaba provocando la muerte de la víctima (BGHSt 1, 332). Y tampoco cambia para nada la causalidad de un extraño el hecho de que la causa "decisiva" respecto del resultado radique en la constitución corporal o en la culpa del propio lesionado. Por tanto, también es causal el que le produce a otro una lesión leve que sólo acarrea su muerte porque de modo imprevisible resulta que es hemofílico (RGSt 54, 349), o porque padece una anquilosis de columna vertebral (BGH, LM, § 222 n.º 1); o el que realiza con otro una carrera de motos, en la que el otro sufre un accidente mortal por su propia falta de cuidado (BGHSt 7, 112). Es cierto que en tales casos falta la posibilidad de imputación y por tanto la punibilidad (cfr. nm. 87), pero eso no es una cuestión de causalidad.

5. La causalidad tampoco se "interrumpe" porque entre la conducta y el resultado esté la acción dolosa de un tercero. Eso es lo que defendió antiguamente la teoría de la "prohibición de regreso"³⁹: según ella, el regreso (retorno) a las condiciones que precedieron temporalmente a un delito doloso estaría (prescindiendo de las regulaciones especiales sobre inducción y cooperación) prohibido; y el nexo causal es interrumpido por el hecho doloso de otra persona. Actualmente esa teoría sólo puede defenderse a lo sumo en el sentido de una interrupción o ruptura del nexo de imputación (para más detalles al respecto § 24, nm. 27 ss.); pues un nexo conforme a las leyes naturales existe o no existe, pero no se puede interrumpir. Y en efecto, la jurisprudencia también ha rechazado siempre esa teoría, por primera vez en RGSt 61, 318: quien construye una buhardilla no autorizada por las normas sobre edificación y peligrosa en caso de incendio también es causal respecto de la muerte de un morador que perece en un incendio posterior, aunque el incendio haya sido

³⁹ Desarrollada por Frank, StGB, 181931, § 1 III 2 a. Sobre la importancia de la teoría de la prohibición de regreso en el marco del delito imprudente cfr. § 24, nm. 27 ss.

provocado dolosamente por un tercero, ya que la muerte, o al menos su concreto modo y forma, ha sido (co-)condicionada por el estado de la buhardilla. Muy gráfica también la sent. RGSt 64, 370: si la amante le entrega a su amigo un veneno, con el que éste mata a su esposa, aquélla ha causado la muerte de ésta aunque no conociera el fin para el que se iba a emplear el veneno. Asimismo RGSt 63, 316; 77, 17. El BGH ha continuado esa jurisprudencia: así, si como consecuencia de una acción abortiva nace prematuramente un niño y entonces se le mata, el aborto, con independencia del homicidio doloso, es causal respecto del resultado (BGHSt 10, 291); y si alguien deja abandonado un revólver cargado, con el que otro se mata de un disparo, es causal pese al suicidio doloso (BGHSt 24, 342).

- 25** Con mayor razón aún, las causas intermedias imprudentes carecen de influencia sobre el nexo causal. Si una persona, al entregar su abrigo en el guardarropa del teatro, deja en el bolsillo un revólver cargado y un acomodador coge el revólver, que se había caído, y en broma aprieta el gatillo apuntando a otro, el espectador es exactamente igual de causal respecto del resultado que el acomodador (RGSt 34, 91). Lo mismo sucede en caso de que unas lesiones, debido solamente a la conducta imprudente del lesionado (RGSt 6, 249; 22, 173), acaben dando lugar a la muerte (cfr. ya nm. 23). También es instructivo el caso de BGHSt 4, 360: el sujeto que deja su camión sin iluminación es causa de la muerte de un automovilista que choca con el mismo aunque se diera la circunstancia de que luego se había colocado una linterna de aviso y un policía descuidadamente la había vuelto a quitar prematuramente (sobre la cuestión de la imputación en ese caso cfr. nm. 104).
- 26** Por el contrario, falta el nexo causal si una serie causal puesta en marcha es “interrumpida”, “adelantada” por una segunda serie de tal modo que aquélla ya no es operativa y por tanto ya no se halla en un nexo conforme a leyes con el resultado. Así, si A le sirve a B una comida envenenada, cuyo efecto mortal no se producirá hasta el día siguiente, pero durante el primer día B fallece en un accidente de tráfico, A no ha llegado a ser causa de la muerte de B, pues el envenenamiento no ha repercutido de ningún modo en la muerte de B; por tanto, A sólo puede ser castigado por tentativa de homicidio (en sentido amplio). Distinto sería si B, tras los primeros síntomas de malestar, se hubiera dirigido al médico y durante el camino hubiera muerto en un accidente. Entonces la cadena causal puesta en marcha por A hubiera repercutido sobre las circunstancias concretas de la muerte y A sería causa; pero también aquí la cuestión de si esa causación de muerte le sería imputable como homicidio, vuelve a ser harina de otro costal (nm. 59). El RG formuló con gran claridad los criterios decisivos para la “ruptura de una serie causal” en un caso en el que un falso testimonio no tuvo repercusión en la conclusión de una sentencia injusta por otras causas (RGSt 69, 44, 47): “El presupuesto para aceptar la existencia de un nexo causal es, naturalmente, que la originaria

acción dirigida a un determinado resultado también haya continuado operando realmente hasta la producción del resultado, es decir que haya llegado a ser realmente causal, y que p.ej. el posterior suceso dirigido al mismo resultado no haya eliminado esa continua operatividad y no ocurra que, con independencia de la acción que se enjuicia y abriendo una nueva serie causal, haya provocado el resultado". Por eso se pudo condenar al autor ciertamente por falso testimonio consumado, pero sólo por tentativa de estafa procesal, puesto que entre su testimonio y el perjuicio patrimonial de la parte contraria no existió nexo causal alguno.

6. Por último, tampoco falta la causalidad si el nexo conforme a leyes es producido (transmitido) a través de la psique de otro ⁴⁰. Es cierto que a veces se afirma que el principio causal fracasa cuando se conectan factores psíquicos en el nexo condicional, porque la libertad de la voluntad humana contradice la necesidad de las leyes causales ⁴¹. En la inducción y complicidad psíquica (auxilio moral), así como en los casos de prohibición de regreso (nm. 24 s.) o de producción del perjuicio de la estafa mediante un error del engañado (§ 263), e incluso en los accidentes provocados por reacciones psíquicas, ello excluiría el nexo conforme a leyes y de ese modo pondría totalmente en tela de juicio la aplicabilidad del concepto causal en la ciencia del Derecho. Sin embargo, la op. dom. no se ha adherido a dichas objeciones, y con razón. Para los deterministas es sin más indudable la validez de la ley causal en el ámbito psíquico; pero tampoco los indeterministas negarán la causación de una decisión mediante el consejo de otro o mediante circunstancias externas por el hecho de que al agente también le hubiera sido posible adoptar otra decisión; pues *in concreto* la decisión ha sido motivada por este o aquel factor ⁴². El que entre los factores condicionantes hubiera coparticipado la voluntad presuntamente libre del agente no excluye (como tampoco la excluye en otros casos la concurrencia de diversas circunstancias) la causalidad.

La comprobación del nexo condicional también se produce en principio en la causalidad psíquica de la misma forma que en otros casos. No es correcta la opinión del BGH (E 13, 15) de que es inadmisibles transferir "principios, conforme a los que se suelen juzgar los nexos causales en la naturaleza exterior, ... a procesos espirituales en el interior del hombre". Lo incorrecto de esa postura lo muestra precisamente el caso en el que se basaba la sentencia: Un licenciado en Derecho en período de prácticas en la Justicia, que tomó declaración a un acusado, había conseguido fraudulentamente que éste le hiciera un préstamo afirmando que se lo podría devolver pronto. Posteriormente el

⁴⁰ Para más detalles sobre los problemas que aquí se plantean, Schulz, Lackner-FS, 1987, 45 ss.; Bernsmann, ARSP 1982, 536 ss., que propugna un "esquema de causación no-causal" (p. 554).

⁴¹ Cfr. últimamente Kahrs, 1968, 22 ss., con citas de la bibliografía más antigua (p. 25, n. 43).

⁴² En cuyo caso, desde la perspectiva indeterminista hay que considerar suficiente un "nexo empírico" en lugar del nexo conforme a leyes (cfr. Schulz, Lackner-FS, 1987, 45 ss.).

interrogado declaró que él le hubiera dado también el dinero aunque no hubiera habido esa simulación, pues ya la posibilidad de ayudar a una persona de los Tribunales en un apuro dinerario hubiera sido suficiente motivo para él. El BGH acepta la causalidad entre el engaño y el perjuicio, porque el interrogado en el caso concreto se había fiado de las mentiras del licenciado en prácticas y fueron ellas las que le movieron a conceder el préstamo. “El curso real de la formación de la voluntad no pierde... su existencia porque en su lugar podría haberse producido otro, pero no se ha producido.” Es cierto que esta solución es difícilmente alcanzable con la fórmula del suprimir mentalmente usual en la jurisprudencia, pero concuerda totalmente con lo que también rige en otros casos sobre la irrelevancia de los cursos causales hipotéticos para constatar nexos conforme a leyes (nm. 12, 19). Ahora bien, la causalidad faltaría si de antemano el interrogado se hubiera sentido movido a entregar el dinero exclusivamente por la idea de ser complaciente con una persona de la Justicia, cuestión fáctica que tendría que haber sido aclarada con más profundidad en el tribunal de instancia ⁴³.

- 29** 7. El caso más espinoso para la teoría de la condición lo constituye la constelación (rara en la práctica) de acciones de impedir cursos causales salvadores ⁴⁴. Así p.ej., el autor retira una lancha neumática o un perro que se dirigen hacia una persona que se está ahogando en el agua, y muere ahogada la víctima, que de lo contrario se habría salvado ⁴⁵. O bien: alguien destruye la única medicina que puede salvar a otro; o alguien raja las mangueras de los bomberos que, si no fuera por ello, habrían extinguido un incendio ⁴⁶. Existe un acuerdo unánime en que en tales casos el agente debe ser castigado como autor de un delito comisivo consumado si el curso causal interrumpido por él hubiera impedido el resultado típico con una probabilidad rayana en la seguridad, pero es dudoso cómo se puede fundamentar la causalidad del agente. En efecto, ésta falta, si por causalidad se entiende una “fuerza operativa” dinámica y causante del resultado; pues entonces en nuestros ejemplos sólo serán causales el agua, la enfermedad o el fuego, mientras que la actuación humana no incide en el curso causal real, sino que sólo le ha quitado de en medio obstáculos potenciales ⁴⁷. Y existe un sector que deduce de tal argumentación la inidoneidad general del principio causal ⁴⁸.

⁴³ Para más detalles sobre este caso Engisch, v. Weber-FS, 1963, 247 ss.; Schlüchter, JuS 1976, 521 s.

⁴⁴ Fundamental sobre ese grupo de casos Engisch, 1931, 27 s.; Arm. Kaufmann, 1959, 195 ss.

⁴⁵ Ejemplos de Arm. Kaufmann, 1959, 195 s.

⁴⁶ Ejemplos de Schmidhäuser, LB AT², 8/76; idem, StuB AT², 5/74.

⁴⁷ Por ello Walder, SchwZStr 93 (1977), 139, opina: “El legislador debería... castigar específicamente estos casos merecedores de pena”.

⁴⁸ De modo especialmente claro en ese sentido Schmidhäuser, LB AT², 8/50, 60, 76; idem, StuB AT², 5/59, 63, 74; cfr. tb. Kahrs, 1968, 22.

Sin embargo, tal concepto causal “metafísico”⁴⁹ no es el del Derecho (cfr. 30 nm. 4). Este se conforma con la sucesión conforme a leyes de los acontecimientos, y ésta no falta aquí, pues el hecho de impedir el acontecimiento salvador está tan condicionado conforme a leyes como el que tal acontecimiento hubiera evitado el resultado según las leyes generales. Si no fuera así, el autor no podría conducir de ese modo al resultado un plan exactamente calculado. Es cierto que esta constelación, en comparación con todos los restantes casos de causalidad comisiva, ofrece la peculiaridad de que para verificarla hay que acudir a un curso causal hipotético: a la salvación que se habría producido si el autor no hubiera actuado. Pero ello no supone una refutación, sino sólo una precisión del principio según el cual nunca se puede sustituir el nexo real del acontecimiento por cursos causales hipotéticos (nm. 19), ya que aquí la actuación del sujeto no se sustituye, sino que sólo se complementa mediante un curso causal añadido mentalmente. Ahora bien, dentro de esa complementación hay que tener en cuenta todas las circunstancias hipotéticas: por tanto, el agente **no** es causal si p.ej. derrama un suero que salvaría la vida, pero “que durante el vuelo hacia el lugar donde estaba B moribundo de todos modos se hubiera destruido por efecto del calor”⁵⁰.

IV. Teoría de la adecuación y de la relevancia

Junto a la teoría de la equivalencia, durante largo tiempo se ha sostenido 31 también en la doctrina científica la teoría de la adecuación, cuyo fundador es el lógico y médico friburgués Johannes v. Kries (1853-1928)⁵¹. Según su teoría, en sentido jurídicopenal sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes. Esta teoría también ha ejercido una fuerte influencia sobre la jurisprudencia en el Derecho civil, mientras que en Derecho penal sólo ha encontrado partidarios en la doctrina, y antiguamente también se utilizó con frecuencia para conseguir una restricción de la responsabilidad en los delitos cualificados por el resultado. Dado que hasta el año 1953 bastaba la mera causación del resultado más grave para imponer la pena superior (cfr. § 10, nm. 121), gracias al criterio de la adecuación era posible excluir al menos las condiciones que imprevisiblemente y sin culpa del autor habían provocado el resultado más grave. Por lo demás, la teoría de la adecuación también permite la deseada eliminación de nexos causales totalmente inusuales: la misma evita el *regressus*

⁴⁹ Cfr. sobre ello Samson, 1972, 32.

⁵⁰ Ejemplo de Samson, 1972, 32; de otra opinión Jakobs, AT², 7/24.

⁵¹ Escritos, entre otros: Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, ZStW 9 (1889), 528.

ad infinitum de la teoría de la equivalencia al poder aceptar que los antepasados del delincuente jurídicopenalmente ni siquiera son causa de los hechos perpetrados por éste (mientras que los partidarios de la teoría de la equivalencia en este caso creían que sólo se podía llegar a la absolucón negando el dolo y la imprudencia); y también permite la exclusión de los cursos causales “extravagantes” (aventureros), de tal modo que p.ej. el causante de un accidente, cuya víctima muere por un incendio del hospital, puede ser considerado como ya no causal respecto de ese resultado (mientras que la op. dom. desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia creyó desde siempre que la previsibilidad del curso causal concreto tenía que enjuiciarse como componente del dolo y de la imprudencia, para obtener la misma conclusión).

- 32** La teoría de la adecuación ha sido precisada y afinada a lo largo de los años. Hoy se parte de la base de que una condición es adecuada (o sea, adaptada al resultado) si la misma ha aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante, si no es sencillamente inverosímil que la conducta dé lugar a un resultado así ⁵². La cuestión, polémica durante largo tiempo, sobre el punto de vista desde el que ha de realizarse el juicio de adecuación (*¿ex ante?*, *¿ex post?*, *¿desde el punto de vista del autor o de un tercero?*, *¿sobre qué base científica?*) actualmente se ha aclarado en el sentido del llamado pronóstico (prognosis) objetivo-posterior ⁵³: el juez debe colocarse posteriormente (o sea en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue **antes** del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y además del saber especial del autor. Por tanto, si A convence a B para que haga un viaje, en el que el avión se estrella como consecuencia de un atentado con una bomba, normalmente no habrá colocado una condición adecuada para la muerte de B, ya que antes del vuelo un observador medio inteligente habría considerado tal suceso completamente improbable. Distinto sería ciertamente si A supiera que se había planeado un atentado con bomba contra el avión; como ese saber especial también se le puede atribuir al juzgador inteligente, éste habría enjuiciado el viaje como muy peligroso. En consecuencia, A ha colocado una condición adecuada y puede ser castigado en su caso por homicidio doloso.
- 33** La teoría de la adecuación persigue un propósito justificado, pero no es, como opinaban originariamente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación. Es decir, que no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden

⁵² Cfr. para más detalles Engisch, 1931, 41 ss.

⁵³ Con razón Jakobs, AT², 7/32, califica como “muy mala” esa denominación; pues el pronóstico, a la vista de la inclusión del saber especial, no es puramente objetivo, sino referido al autor, y su momento es indiferente. Para más detalles sobre el juicio posterior *ex ante*, Kuhlen, 1991, 341.

ser imputadas a un agente. Y tampoco es un problema puramente terminológico el que en los cursos causales inadecuados se hable de exclusión de la causalidad o de la imputación; pues el entremezclamiento de causalidad y causalidad adecuada enturbia el reconocimiento de que se trata de dos pasos mentales contruidos sucesivamente: En primer lugar hay que verificar la existencia de un nexo condicional conforme a leyes, y en segundo término hay que examinar si ese nexo es típicamente relevante. Por eso la teoría de la adecuación tampoco es, contra lo que inicialmente entendían sus partidarios, una alternativa a la teoría de la equivalencia, sino más bien su complemento. Y en ese sentido es también entendida hoy por regla general por sus partidarios ⁵⁴.

Pero la teoría de la adecuación es insuficiente incluso como teoría de la **34** imputación, si se considera que con la adecuación de un curso causal está solucionado el problema de la imputación. En efecto, su ámbito operativo se limita en lo esencial a excluir la imputación en los cursos causales anómalos o inusuales (nm. 23). Pero hay otras numerosas constelaciones —desde la causación de muerte por el médico, pero prolongando la vida (nm. 17), pasando por ciertos cursos causales hipotéticos, hasta los grupos de casos de la antigua teoría de la prohibición de regreso—, en los cuales se puede afirmar sin más la existencia de un nexo condicional adecuado, pero pese a todo se debe rechazar la posibilidad de imputación (más detalles en nm. 43, 68, 85 ss.). Es decir, que el principio de adecuación sólo es un elemento estructural —aunque ciertamente importante— dentro de una teoría general de la imputación; forma parte de la misma y ya no necesita un tratamiento separado en el marco de una teoría independiente.

El dato de que la teoría de la adecuación no es una teoría causal, sino de **35** la imputación, es algo que ya había reconocido tempranamente sobre todo Mezger, convirtiéndolo en la base de la que denominó teoría de la relevancia. “En consecuencia, la teoría de la condición sigue siendo también en Derecho penal la única teoría causal posible; en cambio, la teoría de la adecuación es una teoría de la responsabilidad o, dicho de modo más general, una teoría de la relevancia jurídica” ⁵⁵. En cuanto a qué nexos causales son relevantes, Mezger pretendía averiguarlo no sólo mediante los principios de la adecuación, sino también mediante una interpretación conforme al sentido de los tipos

⁵⁴ Ya en Engisch, 1931, 59, se afirma: “Yo... preferiría colocar la adecuación como elemento especial junto a la causalidad”. Cfr. actualmente p.ej. Bockelmann/Volk, AT⁴, § 13 A V 4: “Todos los tipos de delitos de resultado han de interpretarse en el sentido de que lo que fundamenta la imputabilidad no es ya un nexo causal equivalente, sino únicamente el adecuado”; similar Walder, SchwZStr 93 (1977), 144 ss. Aún distinto Maurach, AT, ⁴1971, § 18 II C 2: “Causa, por tanto, sólo es la condición adecuada para el resultado”; sigue aún en posición similar Maurach/Zipf, AT/¹⁸, 18/30 ss.

⁵⁵ Mezger, StrafR, ³1949, 122 [= Tratado I, 1946, 237; N. del T.].

legales. Tal posición implica la exigencia de una teoría de la imputación autónoma y subsiguiente al examen de la causalidad y en esa medida es totalmente correcta ⁵⁶. Lo único que Mezger descuidó fue elaborar su teoría de la relevancia hasta llegar a una teoría general de la imputación. Por eso dicha teoría, de modo similar a la de la adecuación, sólo puede incluirse como precursora de una concepción amplia de la imputación dentro de la misma.

B. La ulterior imputación al tipo objetivo

I. Delitos de lesión

1. Introducción

- 36** La dogmática antigua partía de la base de que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumple el tipo objetivo. Y en los casos en que parecía inadecuada la punición se intentaba excluir la pena en los delitos comisivos dolosos negando el dolo. Así se puede encontrar aún en Welzel ⁵⁷ el “ejemplo frecuentemente utilizado” de que alguien, “al comenzar una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que le mate un rayo”. Si contra toda probabilidad se produce efectivamente ese resultado, según la teoría de la equivalencia no se puede dudar que hay causalidad en el que dio el consejo ⁵⁸; pero si con ello se considera realizado el tipo objetivo, sólo se puede eludir el castigo negando el dolo. Y eso es lo que efectivamente hace Welzel, al opinar que en este caso en el sujeto de atrás hay ciertamente una esperanza o un deseo, pero no la voluntad con poder de influencia real en el suceso que exige el dolo. Sin embargo, esta no es una fundamentación convincente: pues es indiscutible que el autor subjetivamente quería exactamente aquello que ha producido objetivamente; y la planificación y el curso real coinciden entre sí. Si a pesar de eso no consideramos correcta la punición, ello se debe de modo primario al carácter objetivamente casual del suceso. Sólo porque una causación de muerte puramente casual no la enjuicamos ya objetivamente como homicidio en sentido jurídico es por lo que un dolo tendente a ello no es un dolo homicida, sino dirigido a algo impune.
- 37** Algo similar sucede en el caso de manual de que A dispara a B con dolo homicida, éste sólo sufre una lesión leve y va a un hospital para recibir tratamiento, pero perece en un incendio que se produce en el mismo. Existe acuerdo unánime en que en constelaciones como ésta sólo se puede aceptar una tentativa de homicidio. Sin embargo, cuando jurisprud. y la (aún) doc. dom.

⁵⁶ En este sentido tb. Blei, AT¹⁸, § 28 IV.

⁵⁷ Welzel, StrafR¹¹, 66 [= PG, 1987, 97; N. del T.].

⁵⁸ Baumann/Weber, AT⁹, § 17 II 4 a, pretenden aceptar aquí una “excepción a la teoría de la equivalencia”; cfr. tb. ibidem sobre las restantes soluciones de emergencia defendidas en la doctrina.

lo fundamentan aduciendo que falta el dolo homicida, porque éste ha de extenderse al curso causal concreto, se vuelve a desplazar sin razón el problema a la parte subjetiva; pues la muerte por el incendio del hospital, ya en el plano objetivo, no se puede enjuiciar como obra de A, de modo que la *consumación del hecho no fracasa sólo por la falta de dolo. Y como la tentativa*, que en todo caso hay que afirmar que concurre, también presupone un dolo homicida, sólo se puede negar el dolo respecto del concreto resultado homicida si a la causación de muerte, tal como se ha desarrollado, ya no se la considera como una “acción de matar” en el sentido del tipo. Esto es una cuestión de imputación objetiva y no un problema de dolo.

En consecuencia, el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es **38** indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica, o sea, p.ej. de una causación de muerte una acción homicida relevante; la cuestión de si luego tal acción homicida también se puede imputar al tipo subjetivo y es por ello dolosa, sólo se discutirá a continuación (en el § 12). La resurrección de la teoría de la *imputación, que entró en amplia decadencia en la segunda mitad del siglo XIX* bajo la fascinación del pensamiento causal orientado a las Ciencias naturales, no se ha producido hasta los años sesenta de este siglo⁵⁹. Por eso sus resultados aún están sin asegurar en muchos aspectos y no se ha producido su recepción en la jurisprudencia⁶⁰. Sin embargo, en la doctrina científica cada vez se impone más la concepción de que la imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados⁶¹:

a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo **39** si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Así p.ej. en el caso de la tormenta mencionado en el nm. 36 falta ya una acción homicida en el sentido del § 212 porque el hecho de enviar a alguien al bosque *no crea un peligro jurídicamente relevante de matar. En el caso del incendio del hospital el disparo del autor ciertamente ha creado un peligro no permitido de matar a la víctima; pero en el incendio del hospital no se realiza el peligro que parte de una lesión consecuencia de un disparo, de tal modo que por esa razón no se le puede imputar el resultado al autor como homicidio consumado. Mientras que la falta de creación de peligro conduce a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica*

⁵⁹ Un precursor —relativamente poco atendido— es el libro de Hardwig: *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957.

⁶⁰ En cambio, en la jurisprudencia austríaca ya se ha impuesto ampliamente la teoría de la imputación objetiva; cfr. Triffterer, *Klug-FS*, 1983, 419.

⁶¹ Estas ideas básicas son hoy casi indiscutidas en la ciencia alemana. Actualmente aún se puede seguir encontrando un rechazo en bloque de la imputación objetiva desde la perspectiva finalista en Hirsch, *Köln-FS*, 1988, 403 ss.

del bien jurídico sólo tiene como consecuencia la ausencia de consumación, por lo que en su caso se puede imponer la pena de la tentativa.

40 b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones. Si p.ej. A incita a B a que haga una escalada al Himalaya, en la que éste —tal como A había previsto— sufre un accidente mortal, entonces no sólo A ha causado la muerte de B, sino que en la muerte de B también se ha realizado un peligro causado por A. Y sin embargo A no ha cometido una acción punible de homicidio, puesto que si según el Derecho [alemán] vigente es impune incluso la incitación al suicidio, con mayor razón aún ha de ser impune la incitación a una mera autopuesta en peligro, que es de lo que aquí se trata. Por consiguiente, el alcance de los §§ 212, 222 y 230 no se extiende a la evitación de autopuestas en peligro dolosas, con lo que por esa razón no se puede imputar el resultado al incitador.

41 En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo. A continuación se desarrollará este punto de partida con más detalle.

41a La concepción que se desarrolla a continuación fue expuesta por mí por primera vez en mi artículo “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht” (“Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal”) y, respecto del problema del incremento del riesgo en comparación con la conducta alternativa conforme a Derecho, ya en mi ensayo “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten” (“Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes”) ⁶². Además he tratado en otro trabajo específicamente el alcance del tipo desde el punto de vista del fin de protección de la norma ^{62a}. Desde entonces esa concepción ha sido corregida y ulteriormente desarrollada en multitud de trabajos doctrinales ^{62b}; y también en la literatura de manuales y comentarios ha ido penetrando de modo creciente la teoría de la imputación. Sobre la influencia de esta teoría en la jurisprudencia cfr. Goydke, 1992, 8 ss. Puntos de partida similares al aquí mantenido son los que han desarrollado Jakobs con su teoría del “peligro modelo” ^{62c}, Otto con el principio de la “controlabilidad” ^{62d} y Toepel con el criterio de la “planeabilidad racional” ^{62e}. Kratzsch, en su monografía, dedicada sobre todo a la teoría del injusto y de la tentativa, “Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht” ^{62f} (“Control de la conducta y organización en Derecho penal”), trata problemas de la imputación objetiva recurriendo a modelos de la teoría sisté-

⁶² Roxin, Honig-FS, 1970, 133; idem, ZStW 74 (1962), 411 (ambos tb. en: Grundlagenprobleme, 123, 147 [= Problemas básicos, 1976, 128, 149; N. del T.]).

^{62a} Roxin, Gallas-FS, 1973, 241 [= Problemas básicos, 1976, 181 ss.; N. del T.].

^{62b} En la línea aquí mantenida han seguido trabajando de modo especialmente fructífero Burgstaller, 1974; Rudolphi, JuS 1969, 549 ss.; SK³-Rudolphi, antes del § 1, nm. 38-81 a; Schünemann, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Stratenwerth, Gallas-FS, 1973, 227; Wolter, 1981; idem, 1984, 103; W. Frisch, 1988; Castaldo, 1992.

^{62c} Jakobs, 1972.

^{62d} Otto, Maurach-FS, 1972, 92 ss.; idem, JuS 1974, 705 ss.

^{62e} Toepel, 1992, 197 ss.

^{62f} Kratzsch, 1985; cfr. tb. idem, Oehler-FS, 1985, 65.

mica cibernética y de la teoría de la organización. Los “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva” (“Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung”) son instructivamente reflejados (siguiendo en muchos puntos a Jakobs) por Reyes ^{62g}. Y desde el ulterior aspecto del Derecho penal en la sociedad de riesgo (cfr. § 2, nm. 23b) Prittwitz ^{62h} califica como criterio de imputación a la creación de riesgo.

En su amplia monografía sobre “Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs” (“Conducta típica e imputación del resultado”) W. Frisch, conforme al título de su libro y frente al procedimiento aquí seguido junto con la op. dom., emprende una separación entre “conducta típica” e “imputación del resultado”; según esto, determinar si el autor ha creado un riesgo desaprobado y hasta dónde llega el alcance del tipo no es una cuestión de la imputación del resultado, sino de la conducta típica, mientras que a la teoría de la imputación pertenece “únicamente el nexo causal y de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado” ⁶³. En esa separación no se tiene en cuenta que en la conclusión se trata **siempre** de la imputación o no imputación del resultado; al causante no se le imputa el resultado si de antemano se ha comportado adecuadamente, como tampoco se le imputa si el curso causal era especialmente extravagante. Y desde el punto de vista aquí defendido habla además en contra de la separación entre “conducta típica” e “imputación del resultado” el dato de que desvalor de acción y desvalor del resultado están indisolublemente vinculados entre sí (para más detalles § 10, nm. 96 ss.): sin un resultado de muerte y su imputación no existe acción de homicidio ni “conducta típica” (sino a lo sumo una acción de tentativa de homicidio, pero ésta también presupone un resultado de tentativa). Por lo demás, para las soluciones concretas de problemas la separación realizada por Frisch carece de importancia esencial. Yendo aún más lejos, Bustos Ramírez ⁶⁴ declara que la imputación objetiva “no es admisible en el plano de la tipicidad”, sino que tiene “su lugar sistemático en la antijuridicidad”. Pero los criterios de imputación indicados por mí en nm. 43 ss. los considera “claramente válidos”, si bien sólo “como criterios de adscripción de una situación al tipo”.

2. Creación de un riesgo no permitido

a) La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo

Ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de **43** imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción. Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa ⁶⁵, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente (nm. 17). Casos de este tipo, que no son raros, tampoco se pueden solucionar con la teoría de la adecuación (nm. 31-34), ya que el curso causal que modifica el resultado es totalmente previsible para el autor, y a menudo incluso pretendido por él. Y sin embargo ha de excluirse la imputación del

^{62g} Reyes, ZStW 105 (1993), 108 [= Fundamentos teóricos de la imputación objetiva, ADPCP 1992, 933 ss.; N. del T.]

^{62h} Prittwitz, 1993, 335 ss.

⁶³ W. Frisch, 1988, 67.

⁶⁴ Bustos Ramírez, Arm. Kaufmann-GS, 1989 (siguiendo el orden de las citas:) 235, 236, 229.

⁶⁵ Cfr. sobre ello Roxin, Honig-FS, 1970, 136 [= Problemas básicos, 1976, 131; N. del T.]; E. A. Wolff, 1965, 17, 23.

resultado, porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido. Es cierto que según la doctrina tradicional se podría solucionar los casos de disminución o aminoración del riesgo desde el punto de vista de la antijuridicidad, aceptando un estado de necesidad justificante (§ 34). Pero eso presupondría que se empezara por considerar la aminoración del riesgo como lesión del bien jurídico típica de un delito; y eso es precisamente lo que falta. Y efectivamente, la exclusión de la imputación en caso de aminoración del riesgo se ha impuesto rápidamente ⁶⁶.

- 44** Ciertamente la situación es distinta en caso de que alguien no debilite un peligro ya existente, sino que lo sustituya por otro, cuya realización en definitiva es menos dañosa para el sujeto que lo que hubiera sido el peligro inicial. Así si p.ej. alguien tira a un niño por la ventana de una casa que sufre un incendio y con ello le causa considerables lesiones, pero de esa manera le salva de la muerte entre las llamas; o si alguien encierra a otro, sin poder explicarle que es porque, tal como están las cosas, no hay otro medio para “quitarle de en medio” y preservarle así de un secuestro. Aquí el autor realiza acciones típicas de un delito, que le son imputables como realización del tipo, pero puede estar justificado por consentimiento presunto o por el § 34 [estado de necesidad] ⁶⁷. Naturalmente, en el caso concreto puede ser difícil la delimitación entre la disminución de uno y el mismo peligro y su canje por otro; pero el principio de distinción no se pone por ello en tela de juicio, ya que esa dificultad coincide con el problema, que se encuentra en todas partes, de delimitar tipo (clase) delictivo y excepción, tipo y antijuridicidad.

b) La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro

- 45** Además hay que rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable. A estos supuestos pertenece el ya mencionado caso de la tormenta (nm. 36), pero también cualquier otra incitación a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes, como pasear por la gran ciudad, subir escaleras, bañarse, subir a la montaña, etc. Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas. Como

⁶⁶ Cfr. sólo Jescheck, AT⁴, § 28 IV 1; LK¹¹-Jescheck, antes del § 13, nm. 65; Otto, NJW 1980, 422; SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 58; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 94; Stratenwerth, AT³, nm. 224; Wessels, AT²³, § 6 II 5; OLG Stuttgart NJW 1979, 2573; Schlüchter, JuS 1976, 519 s.; Puppe, ZStW 92 (1980), 883 ss., desde su punto de vista (cfr. nm. 18) rechaza ya que haya una causación. Sobre la polémica con el punto de vista discrepante de Arm. Kaufmann, cfr. Roxin, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 237 ss.

⁶⁷ Igualmente Wessels, AT²³, § 6 II 5; Otto, NJW 1980, 422.

la provocación de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no puede estar prohibida, no habrá una acción homicida típicamente delictiva aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respecto de una lesión de un bien jurídico. Y lo mismo sucede si un peligro ya existente no es incrementado de modo mensurable. Por tanto, el viejo problema utilizado en las explicaciones de cátedra de si incurre en delito de inundación (§ 313) el sujeto que vierte un barreño de agua en las aguas turbulentas que están a punto de romper la presa, debe resolverse en el sentido de que ciertamente, y debido a la modificación del resultado (aunque sea extremadamente pequeña), se puede afirmar que existe causalidad (nm. 17), pero en cualquier caso esa conducta no se puede imputar al tipo del § 313 como provocación de una inundación; pues los peligros que quiere prevenir ese precepto penal no son aumentados al añadir una cantidad tan escasa de agua ⁶⁸.

El principio de imputación de la creación o el aumento del riesgo coincide **46** en lo sustancial con la teoría de la adecuación (nm. 31 ss.) y con el principio, desarrollado ya hace muchas décadas por Larenz ⁶⁹ y Honig ⁷⁰, de la pretendibilidad objetiva. Una conducta con la que no se pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido, sólo podrá acarrear por causalidad el resultado, por lo que éste no se puede provocar finalmente de ese modo. Por ello, en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo-posterior (nm. 32) en la forma en que se ha impuesto en la teoría de la adecuación; es decir: todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro. Y para ello también hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto (cfr. nm. 32). Así pues, si alguien aconseja a otro que dé un paseo, sabiendo que en el camino está al acecho un asesino, naturalmente habrá que afirmar que hay una creación de peligro, y el hecho será punible como asesinato (§ 211) u homicidio (§ 212) si se mata al paseante. (Si el agente directo no está de acuerdo con el sujeto que da el consejo malintencionado, ambos serán castigados como autores accesorios independientes de un delito contra la vida.)

Los problemas prácticos que se producen para enjuiciar la creación de peligro no permitida, se plantean sobre todo en la actuación no dolosa. Por ello sólo se entrará a discutirlos **47** en detalles en el contexto de los delitos imprudentes (§ 24, nm. 14 ss.).

⁶⁸ Cfr. sobre todo ello Roxin, Honig-FS, 1970, 136 ss. [= Problemas básicos, 1976, 131 ss.; N. del T.].

⁶⁹ Larenz, 1927.

⁷⁰ Honig, Frank-FS, 1930, t. I, 174 ss.

c) Creación de peligro y cursos causales hipotéticos

- 48 Un problema al que sólo en tiempos recientes se le ha prestado mayor atención ⁷¹ radica en la cuestión de si y, en su caso, hasta qué punto hay que tomar en consideración los cursos causales hipotéticos en el juicio sobre la creación o aumento del riesgo. Para la causalidad, como ya sabemos, en los delitos comisivos los cursos causales hipotéticos son irrelevantes por regla general (nm. 19, 30); no obstante, eso no impediría atribuirles un efecto excluyente de la imputación. En este campo sigue habiendo muchas cosas sin aclarar; pero al menos existe unanimidad sobre el caso más importante: la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción) ⁷².
- 49 Por consiguiente, en casos de fusilamientos antijurídicos en la guerra el autor tampoco puede exonerarse desde puntos de vista de imputación (sobre la causalidad cfr. nm. 19) alegando que si se hubiera negado, otro habría llevado a cabo el fusilamiento. O quien hurta una cosa no puede apelar a que, si no, en la situación concreta otro hubiera sustraído indudablemente la cosa, por lo que el dueño de uno u otro modo la hubiera perdido. Ello se sigue de la idea, teleológicamente vinculante, de que el ordenamiento jurídico no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera otro que también estuviera dispuesto a infringirlas ⁷³. De lo contrario se produciría la impunidad sólo porque en vez de **un** sujeto decidido a ejecutar el hecho hubiera varios dispuestos a ello —resultado evidentemente absurdo—. Por eso no se puede discutir en tales casos el incremento del peligro argumentando que el objeto de protección típico en cualquier caso estaría perdido y por tanto no podía seguir siendo puesto en peligro por el autor. El resultado realizado es la realización de un peligro creado exclusivamente por el autor, y eso es lo único que por la razón indicada puede tenerse en cuenta bajo aspectos normativos. Y del mismo modo que un autor doloso, un autor imprudente tampoco puede aducir que la lesión del bien jurídico causada por él, si no se hubiera dado, hubiera sido producida por el hecho imprudente de otro (BGHSt 30, 228; cfr. nm. 19).
- 50 Todo ello ha de ser igualmente válido para el caso de que el autor sustitutivo hubiera actuado jurídicamente ⁷⁴. Por tanto, quien tala un árbol ajeno, que el mismo propietario hubiera querido talar, o quien mata a una vaca ajena que de todos modos por razones de policía sanitaria hubiera tenido que ser sacrificada, sigue incurriendo en responsabilidad penal por delito de daños. Igual-

⁷¹ Sobre todo desde el trabajo de Samson, "Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht", 1972.

⁷² El término procede de Samson; cfr. Samson, 1972, 129-151.

⁷³ Cfr. sobre todo Samson, 1972, 137 ss.; SK⁵-Rupolphi, antes del § 1, nm. 60; Stratenwerth, AT³, nm. 228; Kühl, JR 1983, 34.

⁷⁴ En contra Samson, 1972, 142 s. Como aquí, sin embargo, Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 98; Jescheck, AT⁴, § 28 IV 2; W. Frisch, 1988, 565 ss.

mente, en un ejemplo muy conocido y utilizado en las explicaciones, debe condenarse por homicidio al que (estando en vigor la pena de muerte), actuando como persona privada, echa a un lado por la fuerza al verdugo y acciona en su lugar el funcionamiento de la silla eléctrica. Pues si el legislador sólo le permite una acción típica a determinadas personas o funcionarios, esa restricción sólo se puede imponer eficazmente si la prohibición se mantiene incólume frente a los demás. Sería algo que conduciría a situaciones intolerables el que, contra las reglas legales de competencia, cada cual ya pudiera “detener” impunemente a otros por el hecho de que la policía tenga la facultad de hacerlo en virtud de una orden judicial de arresto. Y no es una excepción a esa regla ⁷⁵ el que en una situación de legítima defensa resulte impune quien lleva a cabo una acción lesiva de defensa que de lo contrario habría efectuado otro; pues en tal caso el agente está cubierto por la misma causa de justificación (legítima defensa de terceros) que hubiera amparado al autor sustitutivo.

En cambio, la imputación se excluye cuando el autor únicamente modifica **51** una causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto. Samson ⁷⁶ ha elaborado el siguiente caso:

F circula con su locomotora por un tramo de dos vías que está bloqueado por un desprendimiento de la montaña de tal modo que F ya no puede frenar a tiempo y se va a estrellar contra las rocas. A cambia las agujas, de manera que la locomotora es desviada desde la vía izquierda a la derecha, que está igualmente bloqueada por el mismo desprendimiento, y F muere en ese lugar.

En constelaciones de ese tipo no rigen las razones que excluyen la toma en consideración de causas sustitutivas humanas (nm. 48-50). Dado que en caso de disminución del riesgo (nm. 43) de todos modos los cursos causales hipotéticos se convierten en relevantes para la imputación, hay buenas razones que abogan por imputar la modificación de las causalidades naturales solamente si con ello el daño se aumenta o se anticipa en el tiempo, es decir, si se intensifica (principio de intensificación) ⁷⁷. Pues desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos es indiferente que la víctima muera en la vía izquierda o en la derecha, y la mera modificación de un suceso que emprende su curso fatal con independencia del autor no parece, en una valoración social, una acción de matar autónoma ⁷⁸. Si con su actuación el agente hubiera querido dañar adicionalmente a la víctima (p.ej. acelerar su muerte o aumentar una lesión), entonces, si sólo logra una modificación del resultado inocua, sigue quedando la posibilidad de castigar en su caso por tentativa. Esta solución también se puede transferir al caso de que un curso causal precedente

⁷⁵ Así, en cambio, aparentemente SK⁵-Rupolphi, antes del § 1, nm. 61.

⁷⁶ Samson, 1972, 98.

⁷⁷ Samson, 1972, 96 ss.

⁷⁸ Igual que aquí Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 98; E. A. Wolff, 1965, 22; en el resultado tb. Samson, 1972, 96 ss.; SK⁵-Rupolphi, antes del § 1, nm. 59 s.; Stratenwerth, AT³, nm. 228 s.; en cambio, de otra opinión, Jescheck, AT⁴, § 28 IV 2.

de una persona haya salido de su ámbito de dominio: por tanto, quien desvía un proyectil de modo que alcanza a la víctima en otra parte del cuerpo, pero con la misma intensidad y sin aumento del daño, quedará impune⁷⁹, o responderá sólo por tentativa de lesiones del § 223 a si quería empeorar la lesión.

52 Por otra parte existen reparos frente a una exclusión de la imputación en caso de que alguien no sólo modifique una causalidad natural, sino que la sustituya por una acción autónoma, p.ej. matando de un disparo a la víctima del caso del desprendimiento de la montaña (nm. 51) en el momento del choque mortal. En tales supuestos, que ciertamente apenas tendrán importancia práctica, también es muy frecuente rechazar la imputación porque la situación de la víctima no ha empeorado⁸⁰. Sin embargo, la sustitución de una causalidad natural por una actuación humana, a diferencia de la mera modificación, aparece como acción lesiva autónoma; y el ordenamiento jurídico debería aferrarse al principio de que los daños a bienes jurídicos son punibles si no los ampara una causa de justificación expresa. Si fuera posible y no tuviera sanción matar violentamente a un condenado a muerte en el momento de su muerte, se vulneraría sin necesidad el tabú de matar, y eso no lo debería tolerar el ordenamiento jurídico.

53 Por tanto, se puede ver que los cursos causales hipotéticos a veces influyen sobre la creación del peligro y con ello sobre la imputación al tipo (nm. 43, 51), pero que en la mayoría de los casos las dejan intactas (nm. 48-50, 52). Ello no supone una contradicción en el concepto de la creación del peligro; pues decidir qué es un peligro jurídicamente relevante no es una cuestión de lógica o de ciencias naturales, sino de valoración políticocriminal, pero ésta conduce a las diferenciaciones expuestas.

54 Una concepción autónoma y distinta sobre la significación de los cursos causales hipotéticos para la imputación jurídicopenal es la desarrollada por Arthur Kaufmann⁸¹, siguiendo a la jurisprudencia civil sobre reparación de daños. Su tesis es⁸²: “Si la acción del autor que causa un resultado delictivo afecta a un objeto, en el que en ese momento una evolución conducente al mismo resultado ya ha alcanzado una medida tal que según el criterio humano era esperable la producción del resultado independientemente de la conducta antijurídica del autor, faltará el desvalor del resultado y con ello una parte del tipo de injusto”. Esa falta del desvalor del resultado dará lugar a impunidad en los delitos imprudentes, y en los hechos dolosos (debido a la subsistencia del desvalor de acción), sólo a la pena de la tentativa. No obstante, hay que rechazar esta concepción⁸³; pues la misma conduciría a que p.ej. se pudiera matar imprudentemente de modo impune a enfermos moribundos —lo que tendría graves

⁷⁹ Así tb. Samson, 1972, 144 s.

⁸⁰ Así sobre todo Samson, 1972, 110 ss., y siguiéndole, SK⁵-Rupolphi, antes del § 1, nm. 59 s.; Stratenwerth, AT³, nm. 228 s.; de otra opinión y como aquí, sin embargo, Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 98; E. A. Wolff, 1965, 22; Jescheck, AT⁴, § 28 IV 2; W. Frisch, 1988, 567.

⁸¹ Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 200 ss.

⁸² Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 229.

⁸³ Para una crítica detallada ver Roxin, ZStW 74 (1962), 425 ss. (= Grundlagenprobleme, 162 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 161 ss.; N. del T.]. Arth. Kaufmann responde con una anticrítica en Jescheck-FS, 1985, 273 ss.

consecuencias para los deberes de cuidado de los médicos y del personal hospitalario— y que incluso el matarlos dolosamente sólo se pudiera castigar como tentativa. Y eso entra en contradicción con el principio de que el Derecho protege todo momento de vida humana y por ello ha de castigar en cualquier circunstancia como mínimo el acortamiento de la vida.

d) La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido

Aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo **55** la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido. El concepto de riesgo permitido se utiliza en múltiples contextos, pero sobre su significación y posición sistemática reina la más absoluta falta de claridad⁸⁴. Un sector lo equipara total o ampliamente con la adecuación social⁸⁵, cargándolo con todas las polémicas que ya casi le han vuelto a privar a ese instituto jurídico del reconocimiento que en tiempos tuvo (para más detalles § 10, nm. 33 ss.). Otro sector lo separa precisamente de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente⁸⁶ o como principio estructural común a diversas causas de justificación⁸⁷. En ocasiones también se le niega toda relevancia al riesgo permitido en los delitos dolosos; y entonces sólo se lo reconoce como causa de justificación en delitos imprudentes, “a cuyo respecto, bajo el concepto de ‘riesgo permitido’ aquí ciertamente se albergan grupos de casos muy diversos, que se pueden volver a reconducir a las causas generales de justificación”⁸⁸. Pero si se quiere solucionar los casos de riesgo permitido en el marco de las causas de justificación reconocidas, ya no es necesario ese concepto como instituto jurídico autónomo, por lo que cabría pensar en su total rechazo⁸⁹.

Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo **56** jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo⁹⁰. Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario. No se puede negar que el tráfico viario constituye un riesgo relevante

⁸⁴ Cfr. las recientes monografías sobre el riesgo permitido de Kienapfel (1966), Meckel (1968), Preuß (1974), Rehberg (1962) y Roeder (1969). Una exposición muy diferenciada del riesgo permitido, que está aproximadamente en la línea aquí seguida, es la de Jakobs, AT², 7/35 ss. Le debo indicaciones esclarecedoras sobre el riesgo permitido a un trabajo inédito de mi colaborador Manuel Cortés Rosa.

⁸⁵ Cfr. p.ej. Engisch, DJT-FS, t. I, 1960, 417 ss.; Welzel, StrafR¹¹, 132 [= PG, 1987, 188; N. del T.]. Sobre ello tb. Kienapfel, 1966, 10.

⁸⁶ Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 102 (junto a otros casos).

⁸⁷ Jescheck, AT⁴, § 36 I 1, adhiriéndose a Maiwald, Jescheck-FS, 1985, 405 ss.

⁸⁸ Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 107 b. Ya Binding, que introdujo la idea del riesgo medido en la discusión jurídicopenal (Normen, t. IV, 1919, 433 ss.), puso en conexión con este concepto prácticamente todo el campo de la justificación de hechos imprudentes.

⁸⁹ Así sobre todo Kienapfel, 1966; LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 33.

⁹⁰ Junto a esto, ciertamente también hay causas de justificación por riesgo permitido; para más detalles ver *infra* § 18.

para la vida, salud y bienes materiales, cosa que prueba irrefutablemente la estadística de accidentes. No obstante el legislador permite el tráfico viario (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque lo exigen intereses preponderantes del bien común. Pero a diferencia de la causa de justificación de estado de necesidad (§ 34), aquí no se precisa una ponderación de intereses en el caso concreto que pueda llevar a diversos resultados según el peso de los intereses en conflicto, la proximidad del peligro, etc. Por el contrario, la autorización de la conducción automovilística se basa en una ponderación global, que (si se respetan todas las normas del tráfico) ya no deja surgir el tipo delictivo. Es decir, que la conducción de un automóvil está permitida aunque en el caso individual no persiga intereses superiores (así si p.ej. se realiza por mero aburrimiento) o incluso aunque sirva a intereses reprobables (p.ej. la preparación de un delito), de tal manera que una ponderación según los principios de justificación tendría que resultar contraria a la autorización de tal conducta. Por tanto, como el mantenimiento dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese a observar todas las reglas del tráfico no es una acción típica. Por ello, si A es atropellado por B pese a observar el cuidado necesario en el tráfico, B ciertamente habrá causado la muerte de aquél, pero no le ha matado en el sentido de los §§ 212 y 222. Sólo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica.

- 57 Dentro del ámbito del riesgo permitido entran todo el tráfico público (por tanto también el tráfico aéreo, ferroviario y marítimo-fluvial), el funcionamiento de instalaciones industriales (especialmente las plantas peligrosas), la práctica de deportes que implican riesgo, las intervenciones médicas curativas en el marco de la *lex artis*, etc. La delimitación del riesgo permitido respecto de los casos en que no se crea en absoluto un riesgo relevante (nm. 45 s.) no siempre es fácil, tanto más cuanto que la elaboración dogmática de esta figura jurídica se halla aún en sus inicios. Dichas inseguridades y fluidas transiciones carecen de consecuencias prácticas para la teoría de la imputación, ya que tanto la falta de creación de peligro como la causación dentro del marco del riesgo permitido impiden por igual la realización del tipo objetivo. Pero en todo caso un punto de apoyo sustancial es el establecimiento de reglas de cuidado como las que existen en el tráfico, o para el funcionamiento de instalaciones técnicas, para la práctica de deportes peligrosos, etc.; pues la regulación normativa de precauciones de seguridad es prueba de la existencia de un riesgo jurídicamente relevante ⁹¹.

⁹¹ Una delimitación más en detalle se hará al tratar los delitos imprudentes, cfr. *infra* § 24, nm. 14 ss.

También es atípica la provocación de cursos causales en el marco del riesgo permitido. Por eso, en el conocido caso, utilizado en las explicaciones, de que A persuade a B para que realice un viaje en avión con la esperanza, que luego efectivamente se cumple, de que aquél se estrelle, no se realiza el tipo objetivo del § 212. Y lo mismo sucede en el caso, más realista, de que alguien motive a otro a dedicarse a profesiones o deportes peligrosos. Por mucho que con ello persiga malas intenciones, ello no es jurídicamente (p.ej. como tentativa de homicidio) abarcable.

3. Realización del riesgo no permitido

a) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro

La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión casual con el mismo. Aquí se cuentan sobre todo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible; un ejemplo de ello nos lo da el caso demostrativo (nm. 37, 39) en que la víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital. Ya Engisch⁹² había propuesto “situar junto a la causalidad la realización del peligro como elemento no escrito del tipo”. Así pues, en el caso de partida el autor ha creado ciertamente un peligro para la vida de la víctima y también ha causado su muerte; pero como no se le puede imputar ese resultado porque éste no supone la realización del peligro creado, sólo habrá cometido una acción homicida intentada, y no consumada. Y esto no es, como cree la opinión tradicional, un problema de dolo (cfr. nm. 37), sino una cuestión de realización del tipo objetivo⁹³. El examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor. Es decir, que en el caso del ejemplo hay que preguntar si el disparo

⁹² Engisch, 1931, 68.

⁹³ Así, con especial claridad, Wolter, ZStW 89 (1977), 649 ss. Esta concepción se está imponiendo también paulatinamente en la manualística, dado que frecuentemente se destaca que la cuestión del dolo sólo se puede plantear cuando se pueda afirmar la imputación objetiva: Jescheck, AT⁴, § 29 V 6 b; Maurach/Zipf, AT/1⁸, 23/28; Schmidhäuser, LB AT², 10/44; idem, StuB AT², 7/51; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 96; SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 31; Wessels, AT²³, § 7 IV 3; cfr. tb. Stratenwerth, AT³, nm. 278; W. Frisch, 1988, 455 ss.; similar Kratzsch, GA 1989, 71; para más detalles idem, Verhaltenssteuerung, 1985, 302 ss. Sobre la cuestión de hasta qué punto sigue quedando sitio junto a esto para criterios autónomos de imputación al dolo, cfr. *infra* § 12, nm. 139 ss. Contra una imputación objetiva en el delito doloso, Arm. Kaufmann, Jescheck-FS, 1985, 251; en contra nuevamente Roxin, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 237.

efectuado por el autor ha aumentado el peligro de una muerte en un incendio de modo jurídicamente mensurable; y a tal efecto hay que aplicar el mismo criterio que en el primer juicio de peligro. Pues bien, como la cuestión debe contestarse negativamente —una estancia en un hospital no fundamenta un peligro relevante de ser víctima de un incendio accidental en el mismo—, hay que negar la realización del peligro y la imputación del resultado.

60 De ello se deriva, a la inversa, que son despreciables las desviaciones causales y por tanto hay que imputar el resultado si la acción de la tentativa ha aumentado el peligro del curso causal subsiguiente de modo jurídicamente relevante y por tanto el resultado es una realización adecuada del peligro creado por la tentativa. Así ocurre en el conocido caso en que un sujeto quiere tirar al agua desde un puente elevado a una persona que no sabe nadar para que se ahogue, pero ésta se estrella y se desnuca contra la base de un pilar del puente. Ese peligro estaba de antemano unido a la caída desde el puente; y por tanto el resultado no es casual y pese a la desviación causal debe imputársele al autor como acción de homicidio consumada. Lo mismo sucede si alguien quiere matar a otro con un hacha, pero éste no muere de los hachazos, sino por una infección de las heridas provocada por aquéllos (RGSt 70, 258). En la muerte por infección también se realiza un peligro creado por los hachazos, y por tanto el resultado es obra del asesino. Asimismo hay que imputar el resultado al autor en el caso en que un herido inconsciente sufre un vómito y se ahoga con su propia materia estomacal (BGHSt 24, 213). En el “caso del delirio sangriento” (BGHSt 7, 325) la autora había querido matar a la víctima con un martillo; los martillazos inicialmente no mortales la pusieron en un estado de delirio a causa de la sangre, que la hizo inimputable y en cuyo estado mató entonces a la víctima con un hacha. Aquí también se ha realizado sólo un peligro que ya estaba dispuesto de antemano en la sangrienta acción de tentativa (similar BGHSt 23, 133, caso en el que por la tentativa de asesinato y ya antes de la lesión de la víctima se había llegado a una amnesia pasional que excluía la capacidad de culpabilidad, y en ese estado la autora mató a la víctima a cuchilladas). En cambio, no es posible condenar a un intermediario por importación consumada de estupefacientes si le hurtan el hachís y el mismo es posteriormente introducido por el ladrón (BGHSt 38, 32).

61 Para enjuiciar la cuestión de si se ha realizado un peligro creado por el autor, en el caso concreto puede ser necesario efectuar sutiles investigaciones. Así p.ej., si alguien llega a un hospital con un envenenamiento vitamínico causado imprudentemente por su farmacéutico y allí muere por una infección gripal de la que no es responsable el hospital (cfr. nm. 108 ss.) (OLG Köln NJW 1956, 1848), la imputación del resultado depende de si la infección y la muerte por gripe son una consecuencia del debilitamiento orgánico del paciente condicionado por el envenenamiento. En caso afirmativo, se habrá rea-

lizado el peligro creado por el farmacéutico y debe castigarse a éste por homicidio imprudente. En cambio, si la gripe ha conducido a la muerte “independientemente del debilitamiento por el... envenenamiento vitamínico”, en el primer causante sólo concurren unas lesiones imprudentes (así tb. OLG Köln, cit.). Correlativas investigaciones habrá que efectuar en caso de que la víctima de un accidente, que primero había tenido que ser alimentada artificialmente, posteriormente muere durante la convalecencia por ahogarse al tragar un alimento (OLG Stuttgart NJW 1982, 295)⁹⁴.

Si a causa de la realización del peligro debe producirse la imputación al tipo objetivo, sin embargo con ello aún no está decidida *eo ipso* la imputación al tipo subjetivo, ya que la realización del tipo objetivo deja abierta la posibilidad de que sólo haya una provocación imprudente del resultado. No obstante, como por regla general la imputación al tipo subjetivo tampoco requiere más que la realización de un peligro creado dolosamente para que se cumpla el tipo (para más detalles al respecto y sobre las excepciones, § 12, nm. 139 ss.), en todos los ejemplos citados en nm. 60 debe castigarse por homicidio doloso consumado.

b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido

En los casos de riesgo permitido la imputación al tipo objetivo presupone que se rebase el límite de la autorización y con ello la creación de un peligro no permitido. Pero así como en la creación usual de peligro la consumación requiere además la realización del peligro, en caso de riesgo no permitido la imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido. Y eso falta en muchos supuestos⁹⁵, en los que en concreto se puede volver a efectuar diversas graduaciones.

El caso relativamente más sencillo es el de que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercute sobre el resultado en su concreta configuración.

Ejemplo (modificación de RGSt 63, 211): El director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa.

Aquí el autor, al omitir la desinfección, en un enjuiciamiento *ex ante* ha creado un gran peligro, pero el mismo, como posteriormente se ha podido

⁹⁴ Ver al respecto Ebert, JR 1982, 421.

⁹⁵ Cfr. sobre esos casos Roxin, Gallas-FS, 1973, 242 [= Problemas básicos, 1976, 182 ss.; N. del T.]; SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 63; Schmidhäuser, LB AT², 8/49; idem, StuB AT², 6/117 ss.; Wolter, 1981, 342 ss.; Eberth/Kühl, Jura 1979, 565, 571, 573 ss.

comprobar, no se ha realizado. Si se le imputara el resultado, se le castigaría por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil. Y eso lo prohíbe el principio de igualdad; pues si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, tampoco se puede manejar de modo distinto la imputación del resultado⁹⁶. Por tanto, si el fabricante hubiera tenido dolo homicida, sólo podría ser castigado por tentativa; y en el caso más verosímil de mera imprudencia se produciría la impunidad.

- 65** En otros supuestos de hecho, la infracción del deber que rebasa el riesgo permitido ciertamente es causal para el resultado, pero el riesgo de producción del resultado no se ha aumentado por la superación o exceso.

Ejemplo⁹⁷: El autor rebasa la velocidad máxima permitida, pero poco después vuelve a observar la velocidad prescrita. Entonces atropella a un niño que había salido repentinamente detrás de un automóvil, metiéndose delante de su coche; y el accidente es objetivamente inevitable para el conductor.

En constelaciones como esa el accidente ha sido causado no sólo por la (permitida) conducción del automóvil en sí misma, sino precisamente también por rebasar la velocidad máxima; pues sin ella el vehículo no hubiera estado en ese lugar y sitio preciso al cruzar el niño la calle, y no hubiera sucedido nada. Pese a ello, en este caso tampoco se ha realizado el riesgo específico que es immanente al exceso de velocidad⁹⁸. Pues por una conducción demasiado rápida no se aumenta lo más mínimo el riesgo de que se produzca un accidente en una conducción nuevamente reglamentaria; de ese modo también puede igualmente evitarse un posterior atropello, porque el coche haya pasado ya de largo por el potencial lugar del accidente. La prohibición de exceso de velocidad no quiere impedir que los automóviles pasen en un determinado momento por un determinado lugar. Por tanto, el haber corrido el riesgo prohibido sólo por casualidad ha dado lugar al accidente, de modo que se excluye la imputación del resultado; y para ello no es precisa una clase especial de comprobación de la causalidad, con la que muchas veces quiere la jurisprudencia solucionar tales casos (cfr. nm. 9).

⁹⁶ Roxin, ZStW 74 (1962), 432, 437 s. (= Grundlagenprobleme, 170, 175) [Problemas básicos, 1976, 168, 173; N. del T.]. Esta conclusión goza de reconocimiento casi general; sin embargo, contra mi argumentación a partir del “principio del tratamiento igual” Küper, Lackner-FS, 1987, 256; expresamente a favor Sch/Sch/ Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 99. Küper (cit., 263 ss.) pretende negar en tales casos el desvalor del resultado y aceptar un riesgo permitido (un peligro tolerado) pese a la infracción de la prohibición por la conducta del autor. W. Frisch, 1988, 529 ss. (534), opina que el resultado “ya no es apropiado para dejar claro en las consecuencias del hecho el desvalor de la conducta y el sentido de la observancia de los requisitos exigibles a la conducta”. En cuanto a la conclusión, de otra opinión en lo sustancial sólo Spindel, JuS 1964, 14 ss., así como para determinadas constelaciones Ranft, NJW 1984, 1429, y Krümpelmann, Jescheck-FS, 1985, 331.

⁹⁷ En Wolter, 1981, 342 s.

⁹⁸ Instructiva la sent. BGHSt 33, 61; crít. Ebert, JR 1985, 356; Puppe, JZ 1985, 295; diferenciando R. Peters, JR 1992, 50; frente a lo sostenido por el BGH, la solución aquí no puede depender de si el conductor marchaba demasiado rápido al producirse la “situación de tráfico crítica”.

Lo mismo rige en caso de que se origine un accidente porque durante un adelantamiento prohibido se rompe una rueda del vehículo que adelantaba debido a un defecto de material no reconocible (BGHSt 12, 79); pues en ese suceso se ha realizado, no el peligro que radica en el adelantamiento prohibido, sino una circunstancia fortuita (casual) para el conductor: aun conduciendo correctamente, en cualquier momento la rueda también se habría podido romper y causar un accidente. **66**

A veces la superación del riesgo permitido ciertamente no es totalmente irrelevante para el resultado concreto, pero no obstante el curso del hecho era tan atípico que ya no se puede contemplar como realización del riesgo prohibido. **67**

Ejemplo: una persona muere de un ataque cardíaco porque otro le adelanta incorrectamente (OLG Stuttgart VRS 18 [1960], 356) o porque otro causa un leve accidente en un choque (OLG Karlsruhe JuS 1977, 52).

El peligro de que alguien sufra un ataque cardíaco por sustos se incrementa en todo caso, aunque de modo no considerable, por una forma incorrecta de conducir. Pero el incremento es demasiado escaso para que el resultado aparezca como imputable. El fin de las normas de tráfico no es impedir daños anímicos, sino más bien daños directamente corporales; y esos peligros no se han realizado, por lo que ciertamente se podrá castigar en su caso a los autores por puesta en peligro del tráfico viario (§ 315 c) o por daños (§ 303), pero no por un delito de homicidio.

c) La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado⁹⁹

Finalmente también hay casos en los que la superación del riesgo permitido de entrada ha aumentado claramente el peligro de un curso del hecho como el que luego se ha producido, pero pese a ello no puede tener lugar la imputación del resultado. **68**

Ejemplo 1 (RGSt 63, 392): Dos ciclistas marchan de noche uno tras otro sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que iba delante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación.

Ejemplo 2 (modificación de BGHSt 21, 59): Un dentista le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y ésta muere de un fallo cardíaco. Aunque ella le había avisado antes de que tenía "algo de corazón", el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requería el cuidado debido. Sin embargo, se puede suponer que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca; pero lo que sí es cierto es que, debido al retraso que hubiera causado el reconocimiento por el internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde.

⁹⁹ Sobre el nexo con el fin de la norma, avanzando en la investigación desde el punto de vista de la concurrencia de riesgos, Jakobs, AT², 7/72 ss.

- 69 En estos casos, la conducción prohibida del segundo ciclista con una bicicleta sin alumbrado ha aumentado considerablemente el peligro de que el primer ciclista causara un accidente, al igual que desde el principio era reconocible que la intervención de un internista como mínimo aplazaría los riesgos de una intervención. Pese a todo no tiene sentido la imputación del resultado: pues el fin del precepto que impone la iluminación consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, pero no en que se ilumine a otras bicicletas y se eviten sus choques con terceros¹⁰⁰; e igualmente, el deber de consultar a un internista no tiene la finalidad de provocar un aplazamiento de la intervención y de ese modo prolongar al menos a corto plazo la vida del paciente. Por eso no se ha realizado el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado.
- 70 Así pues, con la realización del riesgo no permitido (nm. 63 ss.) sucede algo ligeramente distinto que con la realización general del peligro (nm. 59 ss.), que sólo depende de la adecuación o previsibilidad del curso causal. Es cierto que para la cuestión de la realización del riesgo no permitido también es importante si la conducta no cuidadosa tiene repercusiones causales (nm. 64) y si esas repercusiones han aumentado el riesgo (nm. 65 s.) o si el aumento alcanza una medida relevante (nm. 67). Pero también allí donde el curso causal esté en un nexo perfectamente adecuado con el riesgo no permitido, aún quedará excluida la imputación del resultado si la evitación de tales consecuencias no es el fin de protección, sino sólo un reflejo de la protección del deber de cuidado (nm. 68 s.)¹⁰¹.
- 71 De todos los grupos de casos de falta de realización del riesgo no permitido o, como también se lo formula, de falta de “nexo de riesgo” se puede incluso decir que el fin de protección de la norma no abarca la concreta forma de producción del resultado. En efecto, el fin del mandato de desinfección no exige una utilización inútil (nm. 64), el fin de la limitación de velocidad no tiene el sentido de mantener a los vehículos alejados de determinados lugares de la vía (nm. 65), etc. Sólo hay que ser consciente de que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del **fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido** (del mandato de iluminación, del deber de consultar a un médico especialista, etc.), y **no** del fin de protección del tipo penal. En cambio, los casos propiamente dichos de exclusión de la imputación por el fin de protección del tipo son aquellos en que la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias. Estos supuestos se discuten aquí desde la perspectiva del “alcance del tipo” (*infra* nm. 85 ss.), y, contra lo que

¹⁰⁰ Igual Jescheck, AT⁴, § 55 II 2 b bb; cfr. tb. Schlüchter, JuS 1977, 108.

¹⁰¹ Efectúa un cuidadoso análisis, valorando un amplio material jurisprudencial, Krümpelmann, Bockelmann-FS, 1979, 443 ss.

mayoritariamente se hace, no deberían mezclarse ¹⁰² con los casos en los que la imputación se excluye ya porque el fin de protección de los mandatos de cuidado no cubre el resultado producido ¹⁰³.

d) Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo

El problema más discutido desde la postguerra en conexión con la idea de riesgo se refiere a la cuestión de si se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a Derecho el mismo hubiera sido evitado, no con seguridad, sino sólo probable o posiblemente. **72**

Ejemplo (BGHSt 11, 1): El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm. del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico.

Está ampliamente aclarada la cuestión, ya tratada (nm. 64), de que se excluye la imputación si la conducta alternativa conforme a Derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado; pues entonces no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento. En cambio, en el caso del ejemplo, según la concepción aquí mantenida, es obligada la imputación, porque una conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente, y por tanto la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal.

Ello se basa en la siguiente reflexión: Si a pesar de guardar la distancia **73** requerida el ciclista hubiera muerto, también se habría realizado en ese curso del hecho un riesgo como el que siempre existe en los adelantamientos; pero de ese riesgo le hubiera liberado al conductor el legislador al autorizarlo, por lo que el resultado no sería imputable. Si por el contrario el autor rebasa el riesgo permitido y se produce entonces el resultado como consecuencia del peligro existente en el adelantamiento, el mismo es imputable como realización de un peligro prohibido. No existe entonces ningún motivo para liberar también aquí al autor del riesgo y absolverle; pues el límite máximo del riesgo

¹⁰² También es controvertido hasta qué punto es necesario, si lo es, operar con el concepto del fin de protección; cfr. p.ej. W. Frisch, 1988, 80 ss.

¹⁰³ Yo mismo, en otro trabajo anterior (Gallas-FS, 1973, 242 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 181 ss.; N. del T.], he separado el fin de protección del tipo y el fin de protección de la norma de cuidado (en ese sentido tb. Wolter, 1981, 341 ss.). Sin embargo, ahora me parece mejor, por razones de claridad terminológica, utilizar el "alcance del tipo" como término más adecuado para evitar confusiones; junto a éste se seguirá utilizando también el concepto del fin de protección cuando en el contexto no sea susceptible de malentendidos.

tolerable lo traza la distancia legal de separación lateral. Y todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor.

74 Esta “teoría del incremento del riesgo” fundada por mí ¹⁰⁴ ha encontrado un creciente número de adeptos ¹⁰⁵ en la doctrina. A otra conclusión llegan en cambio la jurisprud. ¹⁰⁶ y una parte de la doctrina ¹⁰⁷. El BGH dice (BGHSt 11, 1): “Sólo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas de tráfico es causal respecto de un resultado dañoso si es seguro que con una conducta correcta en el tráfico no se habría producido el resultado”. En caso contrario, se argumenta también en la doctrina, no es seguro que se haya realizado el peligro no permitido y en virtud del principio “*in dubio pro reo*” el autor debe ser absuelto. Esto es incorrecto, ya que no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro ¹⁰⁸. Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay campo de aplicación para el principio *in dubio pro reo*.

75 El que no se puede descomponer el riesgo en un *quantum* permitido y otro prohibido y exigir una comprobación de la causalidad separada para cada uno, es algo que se sigue necesariamente del fin de protección de la norma de cuidado, que también es en otros casos tan importante para la cuestión de si se ha realizado un peligro no permitido (nm. 69-71). En efecto, el legislador tiene que insistir también en el cumplimiento de la norma de cuidado precisamente allí donde su observancia ciertamente aumenta claramente la posibilidad de salvaguarda del bien jurídico, pero no la garantiza con absoluta se-

¹⁰⁴ Roxin, ZStW 74 (1962), 411 ss. (= Grundlagenprobleme, 147 ss.) [Problemas básicos, 1976, 149 ss.; N. del T.]; idem, ZStW 78 (1966), 214 ss.

¹⁰⁵ Entre otros, Burgstaller, 1974, 135 ss.; WK-Burgstaller, § 6, nm. 74 s., § 80, nm. 75; Ebert/Kühl, Jura 1979, 572 s.; Jescheck, AT⁴, § 55 II 2 b aa; Lackner²⁰, § 15, nm. 44; Kienapfel, ZVR 1977, 11 ss.; Küper, Lackner-FS, 1987, 282; Kahlo, GA 1987, 66; Otto, JuS 1974, 708; Puppe, ZStW 95 (1983), 287 ss.; eadem, ZStW 99 (1987), 595 ss.; SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 65 ss.; Rudolphi, JuS 1969, 554; Schaffstein, Honig-FS, 1970, 171; Schünemann, JA 1975, 582 ss., 647 ss.; idem, GA 1985, 354; idem, StrV 1985, 229; Stratenwerth, AT³, nm. 1029; idem, Gallas-FS, 1973, 227; Walder, SchwZStr 93 (1977), 160; Wolter, 1981, 334 ss.; Brammsen, MDR 1989, 123. Similar: Kahrs, 1968, 236; Seebald, GA 1969, 213; Maurach/Gössel, AT/2⁷, 43/105 ss.; Lampe, ZStW 101 (1989), 3 ss.

¹⁰⁶ BGHSt 11, 1; 21, 59; 24, 31; OLG Karlsruhe JR 1985, 479 (con Com. de Kindhäuser) deja planteada la cuestión.

¹⁰⁷ Bockelmann/Volk, AT⁴, § 20 B I 4 c; Fincke, 1977, 46 ss., 60 ss., 70 ss.; W. Frisch, 1988, 537 ss.; Jakobs, AT², 7/98 ss.; idem, ZStW-Beiheft 1974, 26 ss.; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 190; Prittwitz, 1993, 323 ss.; Schlüchter, JuS 1977, 107 s.; eadem, JA 1984, 676; Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 171 ss.; Samson, 1972, 153 ss.; SK⁵-Samson, apénd. al § 16, nm. 26 ss.; Ulsenheimer, 1965, 134 ss.; idem, JZ 1969, 364 ss. Predominantemente crítico tb. Toepel, 1992, 136 ss.

¹⁰⁸ SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 68; Küper, Lackner-FS, 1987, 286; Struensee, GA 1987, 104.

guridad. Así p.ej. si en una operación arriesgada pero médicamente indicada el cirujano provoca la muerte del paciente por burdos errores técnicos, según la opinión contraria tendría que quedar impune porque, aunque se hubiera llevado a cabo una operación *lege artis*, tampoco se podría excluir la posibilidad de un desenlace mortal. Y eso significaría renunciar a toda exigencia de cuidado precisamente en los supuestos en que se requiere un cuidado especialmente grande ¹⁰⁹.

El segundo argumento que se aduce junto al principio *in dubio pro reo* **76** contra la teoría del incremento del riesgo, consiste en que ésta transforma los delitos de resultado, en contra de la ley, en delitos de peligro. Esta objeción es incorrecta, ya que la imputación de un resultado al tipo objetivo **siempre** se produce solamente mediante una puesta en peligro creada por el autor ¹¹⁰. La diferencia entre delitos de lesión y de peligro radica sólo en que en los delitos de lesión el peligro no permitido se realiza en un resultado lesivo típico, mientras que en los delitos de peligro el peligro sólo se realiza en un resultado de puesta en peligro que se determina según diversas exigencias. Pero ya se ha mostrado que en los casos de conducta alternativa conforme a Derecho concurriendo un incremento del riesgo se ha plasmado un riesgo prohibido en un resultado lesivo típico ¹¹¹.

La cuestión de si concurre un incremento del riesgo debe juzgarse, como **77** también en general la realización del peligro, *ex post* ¹¹². Es decir, que han de considerarse todas las circunstancias que posteriormente resulten conocidas, como la embriaguez del ciclista, la distancia exacta de separación, o la velocidad del camión. Sobre la base de ese supuesto de hecho, a continuación hay que examinar si la observancia del riesgo permitido habría disminuido el peligro para el ciclista, o sea si habría incrementado sus posibilidades de salvar la vida. Para ello hay que enjuiciar el incremento del riesgo conforme a criterios normativos, es decir que hay que “examinar si la norma formulada *ex ante*, operando también sobre la base del conocimiento *ex post*, puede seguir

¹⁰⁹ Debido a lo intolerable de esa conclusión, también la rechaza una parte de los adversarios de la teoría del incremento del riesgo, en cuanto que para la absolución no consideran suficiente la mera posibilidad de que el resultado también se hubiera producido aun con una conducta conforme al deber. Así Arth. Kaufmann, Jescheck-FS, 1985, 281, quiere que se atienda a si incluso en ese caso el resultado hubiera sido “predominantemente probable”; W. Frisch, 1988, 546 ss., quiere apoyar la posibilidad de producción del resultado en caso de conducta alternativa conforme a Derecho, con su consiguiente efecto absolutorio, no “en el riesgo restante estadístico general, sino en puntos de apoyo específicos del caso concreto”, cuya presencia “fundamenta ya un peligro concreto de producción del resultado” (p. 549). Ahora bien, tales soluciones intermedias, que operan con probabilidades sólo se pueden discutir si se abandonan los argumentos principales contra la teoría del incremento del riesgo —o sea, que infringe el principio *in dubio* (nm. 74) y que transforma delitos de lesión en delitos de peligro (nm. 76)— y se acepta así en principio su punto de partida.

¹¹⁰ Cfr. Stratenwerth, Gallas-FS, 1973, 237 s.; Wolter, 1981, 36 s.

¹¹¹ En este sentido tb. Küper, Lackner-FS, 1987, 286.

¹¹² Contundentemente al respecto Stratenwerth, Gallas-FS, 1973, 227 ss.

siendo reconocida como una prohibición con sentido y que reduce el riesgo del resultado (y en ese caso, imputación del resultado), o si, partiendo del nuevo estado de los conocimientos, la misma parece *in concreto* inidónea o al menos impracticable (y en tal caso no habrá imputación del resultado)”¹¹³. Sin embargo, en ese enfoque normativo ciertamente se tomará en consideración el resultado de una comparación “naturalístico-estadística” entre la conducta real y la hipotética.

78 Incluso entre los partidarios de la teoría del incremento del riesgo es polémica la cuestión de cuál debe ser la decisión cuando no se pueda comprobar si la conducta prohibida ha creado un peligro mayor que el que hubiera supuesto la observancia del riesgo permitido. En este caso la mayoría de los defensores de la teoría del incremento del riesgo pretende acudir al principio *in dubio pro reo* y en virtud de su aplicación rechazar que haya un incremento del riesgo y por tanto también la imputación del resultado¹¹⁴. Sin embargo, frente a esto hay que insistir en que el ordenamiento jurídico no tiene ningún motivo para tolerar siquiera una conducta que **posiblemente** rebase los riesgos dados en caso de observar las normas de cuidado. ¡Piénsese en el caso de que un médico, despreciando la *lex artis*, aplique un procedimiento curativo no ortodoxo que provoca la muerte del paciente! ¿Por qué no se le va a imputar el resultado si posteriormente resulta que la observancia de la *lex artis* probablemente habría disminuido considerablemente el riesgo para el paciente, pero que la disminución del riesgo en caso de cumplimiento de la *lex artis* no se puede comprobar con seguridad? ¡Las reglas de cuidado exigen su observancia incluso cuando su incumplimiento, no con seguridad, pero sí probable o posiblemente aumenta los peligros para la víctima¹¹⁵! No obstante, hay que ser consciente de que esta polémica no afecta a la corrección de la teoría del incremento del riesgo en sí misma, sino sólo a la cuestión de si su aplicación a un determinado y reducido grupo de casos conduce o no a la imputación del resultado.

79 Los casos de conducta alternativa conforme a Derecho están próximos a las constelaciones en las que los cursos causales hipotéticos resultan relevantes para la imputación (nm. 53). Pero se diferencian de ellos en que no se trata de una causalidad ya predispuesta realmente, sino sólo de una causalidad hipotética imaginada a efectos comparativos y que sirve para conseguir un juicio normativo de incremento del peligro (nm. 77). En la praxis los casos de incremento del riesgo se refieren mayoritariamente a los delitos imprudentes; sin embargo, las reglas de imputación expuestas tienen teóricamente la misma validez para los delitos dolosos. Así p.ej., si en el caso de los pelos de cabra (nm. 64) el patrono hubiera omitido a propósito la desinfección para quitar de en medio de ese modo a un trabajador que le caía mal, en caso de que posteriormente se comprobara que no había incremento del riesgo, sólo podría ser castigado por un delito de homicidio intentado. Por otra parte, si el conductor del camión hubiera adelantado demasiado cerca al ciclista

¹¹³ Schünemann, JA 1975, 652; Wolter, 1981, 336. Cfr. ya Roxin, ZStW 74 (1962), 434 (= Grundlagenprobleme, 171) [Problemas básicos, 1976, 169; N. del T.]: “Lo que realmente hubiera sucedido de facto es irrelevante”.

¹¹⁴ Cfr. p.ej. Stratenwerth, Gallas-FS, 1973, 235 s.; SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 69; Burgstaller, 1974, 143.

¹¹⁵ Krümpelmann, GA 1984, 502, considera “incondicionalmente preferible” la solución propuesta por mí.

(nm. 72) para provocar de ese modo un accidente mortal, si se comprobara el incremento del riesgo sería responsable de un homicidio consumado.

En la jurisprudencia de la República Federal no se ha impuesto hasta ahora la **80** teoría del incremento del riesgo ¹¹⁶. Por consiguiente, según sus principios debe absolverse de la acusación de un delito de lesión imprudente aunque sólo exista la posibilidad de que el resultado se hubiera producido igualmente con una conducta cuidadosa. Sin embargo, en múltiples casos van irrumpiendo en la praxis las soluciones correspondientes a la teoría del incremento del riesgo, pero con otra fundamentación. Así p.ej. en el caso de los pelos de cabra (RGSt 63, 211; nm. 64) había sucedido en realidad que la desinfección prescrita probablemente habría salvado a los trabajadores, sólo que esto no se pudo comprobar con seguridad. Por tanto, el haber descuidado realizar la desinfección creó un incremento sustancial del riesgo, de modo que según la concepción aquí mantenida el patrono tendría que haber sido castigado por homicidio imprudente, mientras que según la jurisprudencia del BGH tendría que haber sido absuelto (nm. 74). Sin embargo, el RG acabó entonces condenando con la fundamentación de que sólo se debe excluir la causalidad de la conducta del autor "si existiera la seguridad o una probabilidad rayana en la seguridad de que el suceso dañoso también se habría producido aunque no hubiera precedido la conducta culpable" (RGSt 63, 214). Esto es insostenible por suponer una inversión de la carga de la prueba en el marco del examen causal, pero en su resultado acaba llevando a una correcta aplicación de la teoría del incremento del riesgo ¹¹⁷.

También en la jurisprudencia del BGH se encubre frecuentemente con otras fun- **81** damentaciones que el punto de vista en que se basa la imputación radica en el incremento del riesgo. Así, en el caso del dentista (BGHSt 21, 59; nm. 68) ocurría que consultando a un internista se hubiera evitado probablemente, aunque no con seguridad, la muerte de la paciente. Ese punto de vista habría sido base suficiente para condenar al dentista por homicidio imprudente. Y cabe sospechar que la única razón por la que el tribunal de instancia recurrió a una argumentación no amparada en el fin de protección de la norma de cuidado y por ello errónea es porque le estaba vedada la única fundamentación correcta de la imputación del resultado con la ayuda de la idea del incremento del riesgo. Algo similar ocurre en el caso de la peritonitis ¹¹⁸, en el que un diagnóstico equivocado provocó la omisión de una operación que hubiera

¹¹⁶ Cfr. ya n. 106. Pero en cambio la admite la jurisprudencia austríaca; cfr. WK-Burgstaller, § 6, nm. 64 ss., con ulteriores citas; Triffterer, Klug-FS, 1983, 419.

¹¹⁷ Cfr. para más detalles sobre la diversa jurisprudencia del RG, Roxin, ZStW 74 (1962), 435 ss. (= Grundlagenprobleme, 173 ss.) [Problemas básicos, 1976, 171 ss.; N. del T.], así como las sentencias citadas en BGHSt 11, 2 s.

¹¹⁸ BGH, NSTZ 1981, 218, con Comentario de Wolfslast; similar tb. BGH NSTZ 1985, 26, y JR 1989, 382 (sobre ella Krümpelmann, JR 1989, 353).

salvado la vida. Cuando el BGH dice en este caso (loc. cit., 219): “En caso de intervención quirúrgica... la paciente habría sobrevivido un día más con una probabilidad rayana en la seguridad, y habría existido una elevada probabilidad de total supervivencia”, con esa —discutible— atención a la prolongación de la vida por un día apenas se encubre el punto de vista, más importante y por cierto también para el BGH, de que con una actuación médica correcta hubieran aumentado sustancialmente las posibilidades de total supervivencia ¹¹⁹.

- 82 En el denominado caso de la moto (BGHSt 24, 31) ¹²⁰, el autor “tras un considerable consumo de alcohol” (1,9 ‰) iba conduciendo por una carretera federal a una velocidad, en sí misma aún permitida, de 100-120 km/h, cuando de repente el conductor de una moto se le cruzó delante del coche a unos 30-40 m. de distancia; el autor ya no pudo detener su automóvil a tiempo, y el coche alcanzó a la moto, cuyo conductor resultó muerto. Aunque el autor hubiera estado sobrio, posiblemente no hubiera podido tampoco evitar el accidente. El BGH condenó por homicidio imprudente (§ 222), dando como fundamentación que debido a su embriaguez el autor no podía conducir a una velocidad “que para él, si hubiera estado sobrio, aún sería adecuada”; por el contrario, tendría que haber conducido tan despacio que incluso en estado alcoholizado “pudiera cumplir sus obligaciones en el tráfico” (BGHSt 24, 35). Esta fundamentación ha sido criticada con razón ¹²¹: En efecto, si un automovilista está absolutamente inhábil para conducir (y lo está según la jurisprudencia con un 1,1 ‰), no puede haber una velocidad aún adecuada para él. Además el sujeto tendría que ser absuelto si fuera seguro que la alcoholización no había influido en su forma de conducir y en el proceso del accidente (cfr. nm. 64); pues entonces faltaría la realización del peligro no permitido. Pero la verdad es que naturalmente lo que ocurría era que un conductor sobrio, debido a su mejor capacidad de reacción, habría tenido una posibilidad mucho mayor de dominar la difícil situación de tráfico. Por tanto, el autor —y **esto** es lo que en el fondo también opina el BGH—, al conducir bebido a 100-120 km/h, ha aumentado considerablemente el riesgo (aún permitido) que también habría creado un conductor sobrio, y por eso se le debe imputar el resultado surgido de la realización del riesgo ahora prohibido. De ese modo, también en la jurisprudencia, tras fundamentaciones que suscitan malentendidos, se abre paso a veces el resultado correcto de la teoría del incremento del riesgo.

¹¹⁹ El problema, también pertinente en este caso, de si y hasta qué punto el principio del incremento del riesgo también se debe aplicar en las omisiones, sólo se podrá tratar con más detalle en el contexto de los delitos de omisión (tomo II).

¹²⁰ Para más detalles Eser, *StrafR I*³, caso 7, nm. 5 ss.

¹²¹ Cfr. solamente Eser, *StrafR I*³, caso 7, nm. 13; Otto, *NJW* 1980, 420.

e) Sobre la combinación de la teoría del incremento del riesgo y la del fin de protección

Entre los partidarios y los adversarios de la teoría del incremento del riesgo **83** se ha formado un “tercer partido”, que presta atención —con múltiples variaciones en lo concreto—, no a la conducta alternativa conforme a Derecho, sino a determinar si “el autor es responsable de aquel peligro que se ha realizado en el resultado concreto” ¹²². Así Krümpelmann ¹²³ atiende a una “imputación en virtud de la correspondencia normativa entre el deber y la pretensión de protección del lesionado” ¹²⁴. Según esto, en el caso del ciclista (nm. 72) p.ej. la distancia de separación prescrita para el adelantamiento sirve “para compensar las típicas reacciones equivocadas de los ciclistas”; pero no está destinada a las necesidades de protección de ciclistas que vayan bebidos de modo no reconocible. “En caso de embriaguez no reconocible la específica peligrosidad para el propio sujeto... ya no se corresponde con el fin del deber”, por lo que las mayores posibilidades de supervivencia si se guarda la distancia de seguridad, para Krümpelmann ¹²⁵ son sólo un “efecto reflejo”, no sirven al fin de la regulación de la distancia de separación y por ello tampoco pueden dar lugar a la condena del conductor del camión. De modo similar, para Ranft ¹²⁶ “no es la hipotética situación de una conducta conforme al deber... lo decisivo, sino el caso regular de una situación no defectuosa de la víctima... Si el resultado concreto es subsumible en aquel riesgo de resultado que el conductor del camión tenía que evitar ya en interés de los ciclistas sobrios, entonces debe imputarse el resultado concretamente producido”. No obstante, si p.ej. resulta que la reacción típica de los ciclistas sobrios al asustarse es girar su bicicleta a la derecha, el conductor del camión no será responsable de la muerte del ciclista ebrio que gira la bicicleta a la izquierda, incluso aunque conste que con suma probabilidad el ciclista alcoholizado no hubiera caído bajo las ruedas de un camión que hubiera guardado la debida distancia de separación lateral. Y de modo también parecido, para Jakobs ¹²⁷ la cuestión depende de si un bien jurídico es dañado “debido a” o sólo “con motivo de” una conducta no permitida.

La verdad es que todas estas concepciones son, con acento algo diverso, **84** manifestaciones de la teoría del fin de protección del mandato de cuidado, que aquí también se admite (nm. 68 ss.). Pero este punto de vista no puede

¹²² Schünemann, StrV 1985, 231.

¹²³ Krümpelmann, Jescheck-FS, 1985, 314; ya antes idem, Bockelmann-FS, 1979, 443 ss.; además sobre la teoría del incremento del riesgo, idem, GA 1984, 491 ss. Realiza una cuidadosa elaboración de la teoría de la “correspondencia normativa” el discípulo de Krümpelmann, Erb, 1991.

¹²⁴ Krümpelmann, Jescheck-FS, 1985, 313 s.; críticamente al respecto Jakobs, Lackner-FS, 1987, 54 s. (n. 4).

¹²⁵ Krümpelmann, Jescheck-FS, 1985, 331.

¹²⁶ Ranft, NJW 1984, 1429.

¹²⁷ Jakobs, AT 7/72 ss.; aplicándolo a supuestos complicados, idem, Lackner-FS, 1987, 53 ss.

sustituir a la teoría del incremento del riesgo, sino sólo complementarla; aquél ha de introducirse dentro de ésta ¹²⁸. Si p.ej. A conduce sin permiso de conducción y pese a conducir correctamente se ve implicado en un accidente ¹²⁹, la conducción prohibida ha aumentado el riesgo de accidente (o incluso ha sido la que lo ha creado); pero el fin de la prohibición de conducir no es impedir las consecuencias de una conducción reglamentaria, por lo que pese al incremento del riesgo no se produce la imputación; sólo se da un mero reflejo de la protección. También en el caso del ciclista es legítimo, tras comprobar previamente el incremento del riesgo, que debe seguir siendo el presupuesto de toda imputación, plantearse además la reflexión sobre si también cubre el resultado el fin de protección de la regulación de la distancia de separación. Sin embargo, discrepando de los autores antes citados, hay que afirmar que se da ese nexo del fin de protección. En efecto, como apenas existe el “conductor ideal” totalmente sin defectos, hay que partir de la base de que la distancia prescrita de separación de 1-1,5 m. pretende minimizar el riesgo de choque para **todos** los ciclistas (jóvenes y viejos, sobrios y alcoholizados, sanos y enfermos, serenos y asustadizos, seguros e inseguros). El que ello se consiga con los “buenos” ciclistas en mayor medida que con los “malos” e impedidos en su capacidad de reacción adecuada, no cambia para nada el hecho de que en la medida de lo posible en cada caso la regulación de la distancia de separación debe brindar protección a todos. Por consiguiente, si es infringida, las reacciones de la víctima condicionadas por su embriaguez también están abarcadas por el fin de protección de la regulación ¹³⁰.

4. El alcance del tipo

85 Con la realización de un peligro no cubierto por el riesgo permitido se da por regla general la imputación al tipo objetivo. Sin embargo, cada vez se impone más la opinión de que pese a ello en el caso concreto aún puede fracasar la imputación en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica (o sea, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no

¹²⁸ Así tb. SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 70; Schönemann, StrV 1985, 231; Wolter, 1981, 339. Tb. Lampe, ZStW 101 (1989), 3 ss., quiere complementar la teoría del incremento del riesgo mediante la teoría del fin de protección de la norma, que sin embargo ubica sistemáticamente en el campo de la antijuridicidad (p. 49). Según él, la realización de un riesgo de la acción sólo será antijurídica si según el sentido y fin de la norma vulnerada al autor le era exigible otra conducta incluso en vista de la posibilidad de que de ese modo no hubiera evitado la lesión del bien jurídico (p. 51).

¹²⁹ Sobre ese caso Krümpelmann, Bockelmann-FS, 1979, 447; Eberth/Kühl, Jura 1979, 575.

¹³⁰ En cambio, Lampe, ZStW 101 (1989), 50, quiere absolver al conductor del camión en el caso del ciclista (nm. 72) con el argumento de que en las circunstancias concretas no le era exigible comportarse de otro modo, porque el hecho de quedar por debajo de la necesaria distancia mínima de seguridad sólo incrementaba de modo insignificante el riesgo para el ciclista, y las posibilidades absolutamente escasas de supervivencia en un campo tan peligroso como el del tráfico viario no deben garantizarse mediante el Derecho penal.

abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos. Esta problemática tiene importancia sobre todo en los delitos imprudentes; pues si alguien provoca dolosamente la lesión de un bien jurídico mediante un peligro creado por él sin actuar protegido por un riesgo permitido, normalmente será misión de los tipos garantizar protección frente a tal conducta. Pero esto no es siempre y sin excepciones así. En los hechos dolosos son importantes sobre todo tres grupos de casos en los que rige algo distinto: la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa (a continuación, apartado a), la puesta en peligro de un tercero consentida por éste (apartado b) y la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno (apartado c). Los grupos de casos de los daños causados por un shock y los de segundos daños no se tratarán hasta el contexto de los delitos imprudentes (§ 24, nm. 42 ss.).

a) La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa ¹³¹

Alguien puede incitar o cooperar en acciones de otro que son mucho más **86** peligrosas de la medida normal, p.ej. A aconseja a B que atraviese un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo el temerario B, pero que se da perfecta cuenta del peligro, encuentra la muerte, se plantea la cuestión de si a A se le puede exigir responsabilidad —según su intención— por homicidio imprudente o doloso. A ello hay que responder negativamente en virtud de las valoraciones en las que se basa la ley. Dado que según el Derecho alemán es en principio impune la participación en el suicidio, es decir en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa. Pues si se puede provocar impunemente lo más (la autolesión), con mayor razón ha de poderse provocar sin sanción lo menos (la autopuesta en peligro) ¹³². El fin de protección de la prohibición del homicidio no cubre este caso; el alcance del tipo no se extiende a tales resultados. La jurisprud. ciertamente hace ya bastante tiempo ha declarado impune la provocación imprudente de un suicidio con la acertada fundamentación de que sería incoherente castigar la causación imprudente, cuan-

¹³¹ Para más detalles Roxin, Gallas-FS, 1973, 243 ss. [Problemas básicos, 1976, 183 ss.; N. del T.]. Respecto de los delitos imprudentes, el amplio material jurisprudencial se halla elaborado desde todos los puntos de vista concebibles en P. Frisch, 1973. Monografías de síntesis: R.-P. Fiedler, 1990; S. Walther, 1991. W. Frisch, NSTZ 1992, 1, 62, problematiza toda esta categoría, pero no la rechaza, sino que más bien acaba llegando a una precisión en las conclusiones. Restringiendo considerablemente los casos de impunidad, U. Weber, Baumann-FS, 1992, 43.

¹³² Sin embargo, la vinculación de esa fundamentación al Derecho positivo no puede hacer perder de vista la decisión valorativa normativa que hay tras ello, a saber: que no hay ninguna razón para restringir la libertad de actuación de los intervinientes en la medida en que nadie sea puesto en peligro contra su voluntad. Cfr. W. Frisch, 1988, 154 ss., y Schumann, 1986, 110 s., que quieren renunciar totalmente al argumento de la participación en favor de esta fundamentación "material". Tb. Zaczyk, 1993, 53, alude a que la autopuesta en peligro se diferencia de la autolesión por la falta de un nexo, creado por la víctima, entre acción y resultado.

do no está sancionada la provocación dolosa del mismo suceso (BGH St 24, 342), pero durante mucho tiempo no ha trasladado esa idea a la correlativa relación entre lesión y puesta en peligro ¹³³.

- 87** **Ejemplo** (BGHSt 7, 112): A y B llevaron a cabo una competición con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad. Durante la carrera B sufrió un accidente mortal por su propia culpa.

El BGH condenó a A por homicidio imprudente por haber “causado al infringir el deber un resultado previsible y evitable” (loc. cit., 114). En esa argumentación es totalmente correcto que ya la participación en una carrera irracional, en la que “por una ronda de cervezas se pusieron en juego dos vidas humanas” (loc. cit., 115), creó un peligro que rebasaba claramente el riesgo general del tráfico, peligro que también se realizó en el posterior curso de los hechos. Pero como se dio una cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, de cuyo riesgo era suficientemente consciente B dada la plena imputabilidad que aún tenía, pese a concurrir la realización del riesgo el resultado no cae dentro del ámbito de protección de la norma y no puede ser imputado ¹³⁴. Cuando el BGH hace depender la “infracción del deber” y con ello la punibilidad en la cooperación en autopuestas en peligro “de las circunstancias del caso” (loc. cit., 115), de ese modo ya no se determina la punibilidad según el criterio de la valoración legal, sino según el de una decisión judicial para el caso concreto, y eso es inadmisibles. Dado que A no ha realizado ya el tipo objetivo de los §§ 222 y 212, quedaría igualmente impune aunque de antemano hubiera aceptado un accidente mortal de su oponente; ese “dolo” tampoco podría fundamentar punibilidad alguna, porque estaría dirigido a una conducta atípica.

- 88** **Ejemplo** (BGHSt 17, 359): El médico A regresó de un viaje a la India infectado de viruela y, aunque se sentía muy enfermo, se puso a trabajar en su clínica sin someterse previamente a reconocimiento. Una serie de médicos y pacientes fueron infectados y enfermaron de viruela. También enfermó el sacerdote de la clínica, que con conocimiento del riesgo se había sometido voluntariamente a cuarentena.

También aquí está claro que en todos los casos se ha realizado un peligro no permitido creado por A, quien por ello fue con razón castigado por lesiones u homicidio imprudentes en relación con las personas que se infectaron sin saberlo. Pero la situación es distinta en el caso del sacerdote de la clínica, pues éste se puso a sí mismo en peligro dolosamente y por propia decisión, por lo que no se le pueden imputar a A las consecuencias derivadas de ello. El noble motivo de esa autopuesta en peligro no cambia nada al respecto; al contrario, sólo podría ser una carga para la conciencia del sacerdote si tuviera que temer que con su sacrificio iba a provocar la responsabilidad penal de A.

¹³³ También en los casos de la tormenta y del avión que se estrella (nm. 36, 45, 58) esa consideración conduciría a la impunidad del incitador. Sin embargo, en ellos no es preciso recurrir a la idea del fin de protección, porque falta ya la creación de un peligro relevante.

¹³⁴ Igual que aquí, LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 181; Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 572, n. 35.

Sin embargo, el BGH también castigó en este caso; para ello examina solamente si concurría un consentimiento del sacerdote en las lesiones, y lo niega fundamentándolo en que un consentimiento sólo se puede referir a una futura acción u omisión, y no a una ya pasada. Pero aquí no se trata de un problema de consentimiento, ya que el sacerdote no consiente en una acción de lesiones por parte de A, sino que con su propia actuación se expone a un peligro ya existente, cuyas posibles consecuencias no son abarcadas por el fin de protección de los delitos de homicidio ¹³⁵.

Ejemplo: A le entrega a B para su propio consumo heroína, cuya peligrosidad tienen clara ambos. B se inyecta la sustancia y muere por ello. **89**

Ya la entrega de drogas está castigada con una pena considerable conforme a los §§ 29 y 30 BtMG. Por tanto, A ha creado un peligro socialmente ya no tolerado en absoluto, que se ha realizado en un resultado de muerte. En constelaciones de este tipo, que tienen gran importancia en la práctica, al principio la jurisprudencia también había afirmado que se debía castigar por homicidio imprudente, sin tener en cuenta la idea de la autopuesta en peligro. Todavía en BGH NStZ 1981, 350, se había afirmado como tesis ¹³⁶: “Quien, entregándole heroína, causa la muerte de un heroinómano, se convierte en culpable de un homicidio imprudente, si le es conocido o tiene que contar con que el heroinómano se va a inyectar la droga, y si ha sabido o habría podido saber la peligrosidad de la sustancia entregada”. Posteriormente, sobre todo por influencia de la crítica de Schünemann ¹³⁷, BGHSt 32, 262, ha iniciado un llamativo giro de la jurisprudencia, rechazando la imputación de tales casos al tipo objetivo de los delitos de homicidio ¹³⁸: “Las autopuestas en peligro queridas y realizadas por propia responsabilidad no son subsumibles en el tipo de un delito de lesiones o de homicidio si se realiza el riesgo conscientemente corrido con la puesta en peligro. Quien meramente incita, posibilita o facilita tal autopuesta en peligro no es punible por un delito de lesiones o de homicidio”. Desde entonces se ha confirmado y fortalecido esta jurisprudencia del BGH en numerosas sentencias ¹³⁹, por lo que la anterior doctrina jurisprudencial opuesta (tb. BGHSt 7, 112; 17, 359) debe considerarse superada.

Sin embargo, ese correcto punto de partida de la jurisprudencia más moderna no **90** siempre se mantiene consecuentemente. Así ya BGHSt 32, 264, ha dejado

¹³⁵ Igual que aquí, Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 157; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 182; Rudolphi, JuS 1969, 556 s.; Schünemann, JA 1975, 721; en las conclusiones tb. P. Frisch, 1973, 152 s. Dubitativo, pero más bien rechazando la punibilidad, W. Frisch, 1988, 493.

¹³⁶ Adhiriéndose a BGH JR 1979, 429, con Com. crít. de Hirsch; BGH MDR (H) 1980, 985.

¹³⁷ Schünemann, NStZ 1982, 60; pero la sentencia invoca expresamente mi exposición en Gallas-FS, 1973, 246 (BGHSt 32, 265).

¹³⁸ Recensiones de la sentencia en: Roxin, NStZ 1984, 411; Seier, JA 1984, 533; Kienapfel, JZ 1984, 751; Otto, Jura 1984, 536; Horn, JR 1984, 513; Dach, NStZ 1985, 24; Stree, JuS 1985, 179.

¹³⁹ BGH NStZ 1984, 452; 1985, 25; 1986, 266; 1987, 406; NJW 1985, 690; BGHSt 36, 1 ss. (17); además OLG Stuttgart MDR 1985, 162; BayObLG DAR 1988, 318.

abierta la cuestión de “qué debe regir si a aquel que ha participado activamente (dolosa o imprudentemente) en el autodaño que se causa una persona que actúa por propia responsabilidad, le afectan deberes de garante respecto de la vida o integridad del que se daña a sí mismo”. Y así BGH JR 1979, 429, condenó por homicidio imprudente a un médico que dentro de una terapia de deshabitación le había prescrito a un paciente una droga, con la que éste se provocó la muerte inyectándose una sobredosis. Es posible que la sentencia fuera correcta en el resultado, porque todo indica que el consumidor, drogo-dependiente era inimputable y por tanto no podía tomar una decisión responsable. Pero si se le da por supuesta la capacidad de decisión, como hizo el BGH, entonces la cualidad de médico de quien prescribió la droga no puede conducir a imputarle la muerte del consumidor: pues el médico tiene que proteger al paciente de enfermedades, pero no de autodaños. El que un paciente se dañe a sí mismo abusando de los medicamentos que se le han prescrito (aunque sea un narcótico), no se puede excluir prácticamente nunca; y si el médico tuviera que responder penalmente por ello, siempre estaría ya con un pie en la cárcel ¹⁴⁰.

- 91 Tampoco merece aplauso que el BGH en diversas sentencias ¹⁴¹ admita ciertamente la impunidad de una cooperación activa en una autopuesta en peligro responsable, pero castigue por homicidio imprudente por omisión al suministrador de la droga si éste no llama a un médico al producirse la inconsciencia del consumidor. En efecto, si el suministrador de droga ha causado la situación de peligro del consumidor de un modo no imputable, de esa causación irrelevante desde el punto de vista del § 222 tampoco se puede derivar deber alguno de evitar el resultado con la consecuencia de una responsabilidad por omisión; pues con ello y mediante un rodeo se vuelve a rescindir la situación de impunidad del cooperador en una autopuesta en peligro responsable. La punición conforme al § 323 c [omisión de socorro] y al § 29 BtMG es totalmente suficiente también a efectos políticocriminales. También supone una rechazable restricción del principio de la impunidad de la participación en una autopuesta en peligro responsable el que BGHSt 37, 179, considere posible apreciar una puesta en peligro de la salud en el sentido del § 29 III n.º 2 BtMG y un homicidio temerario en el sentido del § 30 I n.º 3 BtMG incluso con el presupuesto de que la víctima se haya matado de modo doloso y totalmente responsable; pues no tiene mucho sentido rechazar un homicidio en el sentido del § 222, pero afirmarlo en el de la BtMG. Es más

¹⁴⁰ Cfr. Roxin, NStZ 1984, 412; contundente tb. la crítica de Hirsch, JR 1979, 429. Discrepando Herzberg, JA 1985, 271 s.

¹⁴¹ BGH NStZ 1984, 452 (crít. Fünfsinn, StrV 1985, 57 s.); BGH NStZ 1985, 319, con Com. discr. de Roxin. Además Stree, JuS 1985, 179; Geppert, JK, § 222/2. Tb. la bibliografía de Comentarios crítica la contradicción en que se pone la jurisprud. con su propio punto de partida, cfr. solamente Dreher/Tröndle⁴⁶, antes del § 13, nm. 19; Lackner²⁰, antes del § 211, nm. 16.

acorde incluso con el fin de protección de la BtMG restringir el círculo de autores de los preceptos citados a aquellas personas “que hacen su negocio nocivo para la salud con la ignorancia o la falta de control y de conocimiento de los consumidores de droga” ^{141a}.

En cambio es correcta la posición de la jurisprudencia más reciente **92** cuando no imputa la cooperación en una autopuesta en peligro responsable sólo si el sujeto que se pone en peligro a sí mismo es consciente del riesgo en la misma medida que el cooperador ¹⁴². Si el incitador o promotor “se da cuenta de que la víctima no es consciente plenamente del alcance de su decisión” (BGH NStZ 1986, 266), crea un riesgo que ya no está cubierto por la voluntad de la víctima y cuya realización debe imputársele por tanto al cooperador ¹⁴³.

No está definitivamente aclarada la cuestión de si también debe excluirse **93** la imputación de la cooperación en una autopuesta en peligro ajena cuando el que se pone en peligro, aunque no es inimputable, aplicando analógicamente el § 21 sí que tiene considerablemente disminuida su imputabilidad. Aquí habrá que distinguir ¹⁴⁴: Si el que se pone a sí mismo en peligro es plenamente consciente del riesgo y sólo tiene disminuida su capacidad de inhibición, el cooperador ha de quedar impune; pues el que se pone a sí mismo en peligro sigue siendo dueño de sus decisiones, aunque le sea más difícil la decisión. Si por el contrario tiene disminuida su capacidad de intelección, de tal modo que ya no es correctamente consciente del riesgo, se le debe imputar el resultado al extraño conforme a lo expuesto en nm. 92.

Las reglas que se acaban de desarrollar son también válidas para todas las **94** constelaciones en las que sufren accidentes salvadores voluntarios. Si A sufre una situación de emergencia en la montaña o en el agua y B muere al intentar salvarle, entonces A, en caso de que los esfuerzos por salvarle superen el riesgo no relevante requerido por el § 323 c, habrá creado un peligro que se realiza en la causación de muerte o lesiones del salvador. Pese a ello no es responsable por homicidio imprudente (o en su caso incluso doloso) del auxiliador, pues el primer accidente siempre es sólo la causación de una autopuesta en peligro voluntaria ¹⁴⁵. Frente a esto, una opinión que se adhiere a la jurisprudencia civil pretende imputarle el resultado al primer causante si los esfuerzos por salvarle eran razonablemente proporcionados a la autopuesta en peligro ¹⁴⁶.

^{141a} Hohmann, MDR 1991, 1117 (1118); así tb. ya Roxin, NStZ 1985, 320 s. En cambio, aprobando la postura del BGH, Rudolphi, JZ 1991, 572; Beulke/Schröder, NStZ 1991, 393.

¹⁴² BGHSt 32, 265; 36, 17; BGH NStZ 1984, 452; 1985, 25 s.; 1986, 266.

¹⁴³ Sin razón me atribuye Herzberg, JA 1985, 269 ss., una concepción distinta.

¹⁴⁴ Cfr. sobre el correlativo problema en la autoría mediata, LK¹¹-Roxin, § 25, nm. 120 ss.

¹⁴⁵ Igual que aquí Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 157; Burgstaller, 1974, 115; Schünemann, JA 1975, 722; Otto, NJW 1980, 422; idem, JuS 1974, 710.

¹⁴⁶ Así sobre todo, Rudolphi, JuS 1969, 557; SK⁵, antes del § 1, nm. 80 s.; LK¹⁰-Schroeder, § 16,

Según esta posición, sólo aquellas acciones salvadoras que sean “considerablemente negligentes y temerarias”¹⁴⁷ no deben suponer responsabilidad para el primer causante. Pero esta opinión debe rechazarse. En efecto, quien se expone a un riesgo sin estar jurídicamente obligado no puede cargar de ese modo a otro con el peso de consecuencias penales, tanto más cuanto que en la mayoría de los casos el otro no puede influir para nada en su decisión. Un salvador concienzudo sólo se sentiría abrumado por la conciencia de exponer a aquel a quien quiere ayudar a un riesgo de ser castigado por ello. Además, el juicio sobre qué acciones salvadoras siguen siendo (más o menos) “razonables” depende de tantos imponderables que ya en atención al principio de certeza no se debería vincular a ello la punibilidad. Cuando se trata de la reparación civil del daño, que además puede ser regulada mediante el § 254 BGB, la situación de los intereses es completamente distinta, ya que la indemnización económica del salvador es justa y equitativa en muchos casos, mientras que no hay ninguna necesidad de castigar a la persona salvada¹⁴⁸.

Distinta es la situación del problema en el caso de los salvadores obligados a actuar. La cuestión de si al primer causante (v.gr. el causante de un incendio o de una perturbación del tráfico) se le pueden imputar penalmente las consecuencias que sufra el bombero o el policía interviniente por su actuación en el ejercicio de su cargo, no se puede juzgar según los criterios de la autopuesta en peligro voluntaria. Si se quiere excluir tales casos del alcance del tipo, ello sólo se puede fundamentar en que el resultado cae dentro del ámbito de responsabilidad de otro (para más detalles sobre ello nm. 104 ss.).

- 95 Finalmente, también hay que rechazar la imputación del resultado cuando la víctima de una lesión se niega a recibir el auxilio que aún era posible con plena conciencia del riesgo. Por tanto, si A ha lesionado a B en un accidente de tráfico y B muere de las secuelas del accidente porque por razones de secta rechaza la transfusión sanguínea salvadora, A no debe ser castigado por homicidio imprudente (§ 222), sino sólo por lesiones, ya que B por su propia decisión se ha expuesto a la certeza o al peligro próximo de muerte¹⁴⁹. En estos casos también rige la exclusión de la imputación por hechos imprudentes o dolosos por igual. Si por motivos políticos A quiere eliminar a B mediante

nm. 182; Wolter, 1981, 345; W. Frisch, 1988, 481 ss.; yendo aún más lejos Jakobs, ZStW 89 (1977), 34; Jescheck, AT⁴, § 28 IV 4.

¹⁴⁷ Wolter, 1981, 345.

¹⁴⁸ En cambio, W. Frisch, 1988, 485, opina que parece “necesario y adecuado proteger (penalmente) a aquel que hace lo (*ex ante*) deseado”. Pero ¿qué “protección” le brinda el castigo del accidentado, del que, si se es realista, no se podía esperar que para evitar eventuales acciones salvadoras mostrara el cuidado que no ha puesto en su propio interés? El propio Frisch quiere excluir de la imputación la provocación de acciones salvadoras con un riesgo no muy considerable (“acción salvadora rutinaria del servicio de vigilancia de montaña”, loc. cit., 488), así como su “desencadenamiento por una actuación de autopuesta en peligro” (loc. cit., 491), p.ej. en el caso de que “el candidato al suicidio que ha trepado a una chimenea” provoque una atrevida acción salvadora. Ahora bien, a mi juicio esas posiciones, correctas en los resultados, desquician el propio punto de partida.

¹⁴⁹ Igual que aquí p.ej. Jescheck, AT⁴, § 28 IV 4; Otto, Maurach-FS, 1972, 99; Burgstaller, 1974, 122; idem, Jescheck-FS, 1985, 363 s.; Wolter, 1981, 346.

un atentado y éste sólo sufre lesiones leves, pero para morir como un mártir rechaza todo auxilio y se desangra, sólo debe castigarse a A por tentativa de asesinato, siendo indiferente si era previsible o no tal curso del hecho. Como B ha decidido por propia responsabilidad sobre su muerte, la causación de su muerte por A no está abarcada por el fin de protección de los §§ 211 y 212.

El supuesto de que la víctima se dañe o se cause la muerte imprudentemente a sí mismo, p.ej. no dejándose tratar adecuadamente, sólo encaja en el contexto aquí discutido en la medida en que el lesionado al menos corra conscientemente el riesgo unido a su conducta. Pero en cambio, en la medida en que la víctima no sea consciente de las posibles consecuencias de su conducta negligente, no es posible la exclusión de la imputación desde el punto de vista de la autopuesta en peligro dolosa. En tanto en cuanto, sólo se podrá exonerar al autor si se asigna las consecuencias al ámbito de responsabilidad de la víctima (sobre ello nm. 111). **96**

La exclusión de la imputación en la cooperación en una autopuesta en peligro ajena dolosa abarca un sector importante del grupo de casos en el que la antigua teoría de la "prohibición de regreso" quería rechazar ya la causalidad del primer causante (nm. 24). Ahora es posible reconocer que esa teoría no plantea un problema de causalidad, sino de imputación y de esa forma tiene un núcleo correcto. Es cierto que, como aún se expondrá en los delitos imprudentes (§ 24, nm. 27 ss.), no toda interposición dolosa de otro interrumpe el nexo de imputación (p.ej. el facilitamiento imprudente de un delito doloso ajeno puede ser perfectamente punible), pero en los casos de autopuesta en peligro dolosa la no imputabilidad del resultado es correctamente abarcada por la prohibición de regreso. **97**

b) La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste

Este grupo de casos aún poco clarificado ¹⁵⁰ se refiere a la constelación en que alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo. **98**

Ejemplo 1 (RGSt 57, 172): Un pasajero quiere que un barquero le lleve por el río Memel (Niemen) durante una tempestad. El barquero lo desaconseja, aludiendo a los peligros, pero el cliente insiste en su deseo, el barquero emprende el arriesgado intento, el bote vuelca y el pasajero se ahoga.

¹⁵⁰ El mismo ha sido tratado como tipo de casos autónomo en primer lugar por mí en Gallas-FS, 1973, 249 ss. [= Problemas básicos, 1976, 190 ss.; N. del T.]. Pero la peculiaridad de esta figura jurídica está siendo reconocida de modo creciente; cfr. p.ej. Schönemann, JA 1975, 720; idem, NSTZ 1982, 61; Dölling, GA 1984, 75; Helgerth, NSTZ 1988, 262; Eschweiler, 1990. Tb. Dreher/Tröndle⁴⁶, antes del § 13, nm. 19, y Lackner²⁰, antes del § 211, nm. 12, operan con la distinción entre cooperación en la autopuesta en peligro y puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Realiza una delimitación de nueva configuración entre autopuesta en peligro y puesta en peligro ajena Zaczyk, 1993, 56 s. Sobre ello nm. 102 *in fine*.

Ejemplo 2: El acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto el acompañante.

Ejemplo 3: Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta muerto en un accidente causado por el estado alcohólico del conductor.

Casos de este tipo son legión en el tráfico moderno ¹⁵¹. La op. dom. y en muchos casos también la jurisprud. intentan solucionarlos con la figura jurídica del consentimiento del posteriormente lesionado ¹⁵² (mientras que la jurisprud. civil a partir de BGHZ 34, 355, se ha apartado de esa construcción). Pero éste es un camino impracticable. En efecto, raramente se dará un consentimiento en el resultado incluso en caso de meras lesiones, ya que el que se expone al riesgo suele confiar en un final feliz; ahora bien, un consentimiento en la mera puesta en peligro sólo podría excluir el injusto si el resultado no fuera también componente esencial del injusto (para más detalles al respecto § 10, nm. 96 ss.) ¹⁵³. Y a esto se añade que en los homicidios la idea jurídica del § 216 [delito de homicidio consentido] se opone a la eficacia del consentimiento (BGHSt 4, 88, 93) ¹⁵⁴.

- 99 No obstante, la jurisprud. se ha dejado abierta otra vía de escape, al negar en los hechos imprudentes ya la vulneración del deber de cuidado por el autor “cuando alguien ha aceptado un cierto peligro con claro conocimiento del mismo y el autor ha cumplido suficientemente su deber general de cuidado” (BGHSt 4, 93). Con consideraciones de ese tipo ya el RG llegó a la absolución en el caso Memel (ej. 1). Y BGHSt 7, 115 las ha concretado (de modo común para los grupos de casos, aquí separados, de la cooperación en una autopuesta en peligro y de la puesta en peligro de un tercero aceptada por él) en el sentido de que en tales constelaciones la infracción del deber “depende de las circunstancias del caso”, a cuyo respecto se debe prestar especial atención a: “el eventual asentimiento de personas totalmente responsables en el peligro claramente reconocido; motivo y finalidad de la empresa, así como la medida de la falta de cuidado y la magnitud del peligro”. Además, en la ponderación del caso concreto la mayoría de las veces la jurisprud. ha partido de la base de que en todo caso concurre una vulneración del deber de cuidado si la empresa arriesgada infringía una expresa prohibición jurídica ¹⁵⁵. Ello daría lugar en nuestros ejemplos 2 y 3 a la respectiva imputación del resultado y con ello al

¹⁵¹ Cfr. sobre todo citas en P. Frisch, 1973; Geppert, ZStW 83 (1971), 947; Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 557 ss., 563 ss.; Dölling, GA 1984, 71.

¹⁵² Cfr. solamente SK³-Rudolphi, antes del § 1, nm. 81 a; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 182.

¹⁵³ En efecto, Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 567 y *passim*, basa su opinión de que el consentimiento no ha de referirse al resultado sino a la puesta en peligro, expresamente en la posición de que en los hechos imprudentes únicamente el desvalor de la acción fundamenta el injusto.

¹⁵⁴ En contra igualmente Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 570 ss.

¹⁵⁵ Cfr. Geppert, ZStW 83 (1971), 994; BGHSt 7, 114.

castigo del conductor por homicidio imprudente, puesto que conducir demasiado deprisa y conducir en estado de embriaguez contravienen prohibiciones jurídicas expresas.

Sin embargo, esta vía de solución tampoco convence. En efecto, el deber **100** general de cuidado se ha vulnerado en todos los casos debido a la peligrosidad de la conducta del autor que supera todo riesgo generalmente permitido. Además es difícilmente compatible con el principio de certeza que la resolución se haga depender ampliamente de las circunstancias del caso concreto y con ello del arbitrio del juez de instancia ¹⁵⁶. Y finalmente también es poco satisfactorio que deba castigarse en los ejemplos 2 y 3 a pesar de que el propio lesionado es el originante del accidente que le ha afectado. Por ello la forma correcta de plantear la cuestión también debe orientarse en este caso a saber hasta qué punto el tipo conforme a su fin de protección abarca la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste ¹⁵⁷. Según las valoraciones en que se basa la ley, ese no es el caso cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivale en todos los aspectos relevantes a una autopuesta en peligro. Tal equiparación no es posible con carácter general, porque aquel que se deja poner en peligro está más expuesto a lo que suceda que quien se pone a sí mismo en peligro, que puede intentar dominar los peligros con sus propias fuerzas. Sin embargo, parece adecuada la equiparación bajo dos presupuestos: En primer lugar, el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro ¹⁵⁸. Y además aquél, al igual que ya sucede en la autopuesta en peligro, ha de ser consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro. Si se dan estos dos presupuestos, habrá “asumido” el riesgo. Y entonces en los tres casos de los ejemplos estaría excluida la imputación del resultado en la medida en que el “pasajero” conocía el riesgo en toda su extensión y lo ha provocado conscientemente; en cambio, debería tener lugar la imputación si el conductor persuade al pasajero que vacila con buenos motivos, o si le hubiera ocultado o minimizado los riesgos o si el accidente se debió a fallos en la conducción independientes del riesgo aceptado. Y por supuesto que en los ejemplos de los automóviles también habría que imputar al autor toda lesión u homicidio de un tercero.

Dentro del campo de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste **101** habrá que encuadrar también el caso especialmente actual de que alguien

¹⁵⁶ Tb. crít. frente a los criterios establecidos en BGHSt 7, 115, Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 569; Schünemann, JA 1975, 723.

¹⁵⁷ Aprob. Burgstaller, 1974, 170.

¹⁵⁸ Similar Schünemann, JA 1975, 723; P. Frisch, 1973, 156 s.; Otto, Tröndle-FS, 1989, 169 ss.; aprobando los criterios, pero sustancialmente más reservado en cuanto a las consecuencias prácticas, Burgstaller, 1974, 170 s.

tenga contactos sexuales con riesgo de sida. Frecuentemente se trata estos casos desde el punto de vista de que el infectado participa en una autopuesta en peligro de su pareja ¹⁵⁹. Pero como la puesta en peligro parte exclusivamente del infectado y la pareja únicamente se expone a la misma, realmente se trata de una puesta en peligro de un tercero aceptada por éste ¹⁶⁰, que es absolutamente comparable al caso de que alguien deje que otro le inyecte una droga. Conforme a la concepción desarrollada en nm. 100, ello significa que tal contacto sexual (incluso en caso de relación sexual sin protección) es impune si ambos sujetos están informados del riesgo de contagio y son responsables conjuntamente de su actuación ¹⁶¹. En cambio, deben imputársele las consecuencias al enfermo de sida si oculta su contagio en un contacto sexual sin protección ¹⁶², pero también ya si obliga a la pareja, aún no infectada y que se resiste, a exponerse a la arriesgada aventura ¹⁶³.

102 Sin embargo, incluso entre quienes le reconocen a la figura jurídica de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste un significado autónomo,

¹⁵⁹ Cfr. p.ej. M. Bruns, MDR 1987, 356; idem, NJW 1987, 2282; Herzog/Nestler-Tremel, StrV 1987, 360 ss.; W. Frisch, JuS 1990, 362 ss.; H.-W. Mayer, JuS 1990, 787 ss.; Zaczyk, 1993, 58 s.; BayObLG NStZ 1990, 81; LG Kempten NJW 1989, 2068. BGHSt 36, 17, deja planteada la cuestión de si los criterios desarrollados para la autopuesta en peligro “son aplicables o no al trato sexual con infectados de sida”. BayObLG JR 1990, 473, con Com. de Dölling, acepta ahora que hay una participación en una autopuesta en peligro responsable.

¹⁶⁰ Así tb. Helgerth, NStZ 1988, 262. Opera en este grupo de casos con las reglas del consentimiento W. Frisch, NStZ 1992, 66 s.

¹⁶¹ Así ocurría en el caso resuelto por BayObLG JR 1990, 473, cuya solución por tanto también es correcta en el resultado aunque a diferencia del tribunal se mantenga que había una puesta en peligro de un tercero aceptada por él.

¹⁶² Esto lo discute un sector: M. Bruns, MDR 1987, 356; idem, NJW 1987, 2282, respecto de los contactos sexuales fuera de las relaciones monogámicas; Herzog/Nestler-Tremel, StrV 1987, 366 ss., respecto de la interacción sexual con pertenecientes a un grupo de riesgo; Kreuzer, ZStW 100 (1988), 800 ss., sobre todo en la prostitución y en el ámbito homosexual. Tras esto se alberga el punto de vista de política sanitaria de que uno no debe confiar en otros, sino protegerse a sí mismo. Pero en primer lugar, nuestro ordenamiento jurídico protege también al negligente (sobre la llamada victimodogmática cfr. § 14, nm. 15 ss.). Y en segundo lugar, políticocriminalmente es absolutamente necesario estimular al infectado a que informe de ello a su pareja, pues eso será lo que con más seguridad moverá a ésta a adoptar medidas de protección. Igual que aquí BGHSt 36, 17, y la op. dom.; cfr. tb. AG Hamburg NJW 1989, 2071.

¹⁶³ En cuanto a los detalles también es sumamente discutido el tratamiento de estos casos por parte de la op. dom. Para más detalles, Bottke, 1988, 182 ss.; Schünemann, 1988, 471 ss. [versiones españ. posteriores parcialmente coincidentes con este trabajo: Problemas penales de la transmisión y prevención del sida desde la perspectiva alemana, trad. de T. Rodríguez Montañés, en: Jornadas sobre los derechos de los pacientes. 1990, Madrid, Insalud, 1992, 27 ss.; Problemas jurídico-penales relacionados con el sida, trad. de S. Mir Puig, en: Mir Puig (ed.), Problemas jurídico penales del sida, Barcelona, J. M. Bosch, 1993, 25 ss.; N. del T.]; Herzberg, NJW 1987, 2283 s.; Geppert, Jura 1987, 671; Prittwitz, JA 1988, 431 ss. Si se afirma la imputación, con ello aún no se ha dicho gran cosa sobre la punibilidad del infectante; pues como la muerte de la pareja en caso de contagio puede no producirse hasta al cabo de muchos años, en la práctica lo que se plantea no es un homicidio imprudente, sino un hecho doloso intentado. Y entonces la punibilidad depende de sí y en relación con qué tipo se puede afirmar que hay dolo (para más detalles sobre ello § 12, nm. 71 ss.).

es muy discutido cómo repercute sobre la imputación. Así Schünemann¹⁶⁴ quiere tratar la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste como la autopuesta en peligro, lo que en definitiva hace superflua la distinción. Lackner¹⁶⁵ opina que la delimitación respecto de la autopuesta en peligro sigue las “reglas que se han desarrollado para la distinción entre suicidio y homicidio a petición de la víctima”; este es un criterio aprovechable de delimitación, pero deja abiertos los criterios de la imputación. Dölling¹⁶⁶ pretende que en caso de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste sólo se excluya la imputación al primer causante “si el valor de la autonomía de la víctima puesta en práctica por el consentimiento y el valor de los fines perseguidos con el hecho preponderan sobre el desvalor ínsito en la puesta en peligro de una vida”. Ello daría lugar a la punibilidad en los tres casos de partida (nm. 98), dado que Dölling incluso en el caso Memel (RGSt 57, 172) tampoco reconoce como valor de superior rango la prisa del pasajero; sólo si p.ej. “se hubiera tratado de la visita al padre mortalmente enfermo en el lecho de muerte”, debería según él quedar impune el barquero¹⁶⁷. Helgerth ha trasladado la solución de Dölling a los casos de sida, llegando a la conclusión¹⁶⁸ de que la puesta en peligro de un tercero aceptada por él, incluso aunque la pareja esté totalmente informada, excluye la imputación “por regla general sólo en el marco de una comunidad de vida matrimonial”. Según él, el objetivo de satisfacer el instinto sexual por sí solo no es un valor de rango superior frente a la puesta en peligro de una vida. La solución de Dölling/Helgerth, al recurrir al “valor” de la finalidad que impulsa a la víctima, sustituye la cuestión de si hay una decisión autónoma suya por puntos de vista moralizantes. Y eso no merece aprobación, pues lo que está en juego es una equiparación con la autopuesta en peligro, en la que asimismo lo único que importa es la voluntad responsable de quien se pone en peligro y no el “valor” de su finalidad. Zaczyk^{168a} opina que concurre una (punible) “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, y no un caso de autopuesta en peligro”, si la víctima podía “confiar de forma jurídicamente segura en que el otro (el autor) domina el curso conducente a la lesión mediante una conducta conforme al deber”. Ello conduce en el caso del barquero a afirmar que hay una cooperación impune en una autopuesta en peligro, mientras que en la participación en una conducción bajo influencia de bebidas habrá una puesta en peligro de un tercero aceptada por éste y punible, a no ser que “sea evidente que el conductor es completamente incapaz de seguir controlando el vehículo”^{168b}. Pero si el tercero autor domina el suceso

¹⁶⁴ Schünemann, JA 1975, 722 s.; tb. Otto, Jura 1984, 540; idem, Tröndle-FS, 1989, 169 ss.

¹⁶⁵ Lackner²⁰, antes del § 211, nm. 12.

¹⁶⁶ Dölling, GA 1984, 71.

¹⁶⁷ Dölling, GA 1984, 93.

¹⁶⁸ Helgerth, NSTZ 1988, 263 s.

^{168a} Zaczyk, 1993, 56; en los detalles concretos aún diferencia algo más exactamente.

^{168b} Zaczyk, 1993, 58 s.

(una suposición que no me convence en el caso del conductor bebido), la verdad es que habría que negar ya la existencia de una puesta en peligro. Por último, Eschweiler (1990) pretende tratar la puesta en peligro de un tercero aceptada por él según las reglas del consentimiento excluyente de la tipicidad.

- 103** En los detalles concretos la figura jurídica de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste sigue precisando una ulterior penetración dogmática. Sin embargo, su concepción desde el punto de vista del alcance del tipo tiene la ventaja adicional de que estos casos, que hasta ahora se discuten casi exclusivamente en la teoría de la imprudencia, pueden ubicarse en la teoría general de la imputación al tipo objetivo y de ese modo aprovecharse también para los casos de dolo. En efecto, en algunas situaciones —incluyendo los casos de sida, tan importantes en la práctica— habrá incluso un “dolo” eventual respecto del resultado lesivo; pero en la medida en que esté excluida la imputación al tipo objetivo, ello no modificaría en nada la impunidad.

c) La atribución a la esfera de responsabilidad ajena

- 104** Por último, el fin de protección del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro.

Ejemplo (BGHSt 4, 360): A conduce en la oscuridad un camión cuya parte trasera va sin alumbrado, y es detenido por una patrulla de policía, que le denuncia para que se le imponga la correspondiente multa. A efectos de seguridad frente a otros vehículos que pudieran llegar, uno de los policías coloca una linterna con luz roja en la calzada. La policía le ordena a A que prosiga la marcha hasta la próxima gasolinera, para lo que el coche patrulla marchará detrás para seguridad del camión sin alumbrado trasero. Pero antes de que A arrancara, el policía vuelve a quitar la linterna de la calzada; y a continuación el camión sin alumbrado es embestido por otro camión, cuyo copiloto resulta lesionado mortalmente.

El BGH condenó a A por homicidio imprudente. A ese respecto se afirma con razón la concurrencia de causalidad (nm. 25); en cambio, es muy dudoso si también se puede aceptar la previsibilidad de ese curso causal y con ello la adecuación y la realización del riesgo. Pero la solución ni siquiera puede depender de ello. Incluso aunque se parta de la base de que según la experiencia de la vida algunas veces también los policías cometen fallos, no obstante el ciudadano no tiene por eso que vigilar sus actos. Una vez que la policía había asumido la seguridad del tráfico, el suceso ulterior entraba dentro de su esfera de responsabilidad y ya por esa razón no se le puede imputar a A ¹⁶⁹. El alcance del tipo ya no abarca el suceso posterior.

- 105** La teoría de las esferas o ámbitos de responsabilidad aún no está suficientemente elaborada dogmáticamente, por lo que no cabe hacer afirmaciones

¹⁶⁹ Por lo demás, la sentencia también es mayoritariamente rechazada en su resultado; cfr. solamente Maurach/Zipf, AT/1⁸, 18/67; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 24.

seguras y reconocidas de modo general sobre ella ¹⁷⁰. La *ratio* de la exclusión de la imputación en estos casos estriba en que determinados profesionales, dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse. Ahora bien, entonces la consecuencia políticocriminalmente coherente de dicha asignación de competencia es exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa del profesional. Ello tiene importancia práctica sobre todo para las actividades que sirven para combatir peligros, como son las ejercidas por los bomberos, el servicio de vigilancia de montaña o acuática, por policías o en su caso por soldados. Y aún mayor importancia tiene la cuestión de si se pueden imputar las consecuencias de fallos en el ejercicio de la profesión médica al causante de una lesión.

Es decir: ¿se debe castigar por homicidio imprudente al dueño de la casa **106** que provoca imprudentemente un incendio, y a la profesora que en una excursión no vigila suficientemente a uno de los alumnos que se están bañando, si durante las medidas de salvamento muere un bombero o un nadador del servicio de vigilancia acuática? La op. dom. lo acepta ¹⁷¹, porque en el resultado se realiza un peligro no permitido y porque no ve ninguna razón para no incluir tales resultados en el alcance del tipo. No obstante, se pueden alegar razones de peso para sostener que eso de ningún modo debe regir sin más ¹⁷². En primer lugar, las acciones de salvamento que se mantienen en el marco de lo requerido por el deber apenas se pueden delimitar de las osadías voluntarias y por encima de la obligación, cuyas consecuencias ya desde el punto de vista de la autopuesta en peligro no se pueden imputar al primer causante (nm. 94). En segundo término, los riesgos profesionales son voluntarios en un sentido sólo un poco ampliado, puesto que al escoger la profesión son asumidos por una libre decisión de voluntad (excepción: los casos del servicio militar obligatorio) y en la mayoría de los casos al miembro de la profesión se le paga

¹⁷⁰ Un punto de partida lo proporciona Kratzsch, *Verhaltenssteuerung*, 1985, 358 ss., 368 ss.; idem, *Oehler-FS*, 1985, 65, con su teoría de las competencias de organización, que tb. puede servir como modelo explicativo para los casos de autopuesta en peligro y de puesta en peligro de otro.

¹⁷¹ Cfr. *SK⁵-Rudolphi*, antes del § 1, nm. 80 s., y *W. Frisch*, 1988, 472 ss., ambos enfrentándose expresamente con la opinión opuesta mantenida por mí. Además v.gr. *Sch/Sch/Cramer*²⁴, § 15, nm. 157; *LK¹⁰-Schroeder*, § 16, nm. 182; *Maurach/Gössel*, *AT/2⁷*, 43/73; *Jescheck*, *AT⁴*, § 28 IV 4; *Wolter*, 1981, 344 s.; *Jakobs*, *ZStW* 89 (1977), 15 ss.

¹⁷² *Roxin*, *Honig-FS*, 1970, 142 s. (= *Grundlagenprobleme*, 134 ss.) [= *Problemas básicos*, 1976, 137 ss.; *N. del T.*]; idem, *Gallas-FS*, 1973, 247 s. [= *Problemas básicos*, 1976, 187 s.; *N. del T.*]; aprob. *Burgstaller*, 1974, 112 ss.; diferenciando tb. *Schünemann*, *JA* 1975, 721 s.; *Schumann*, 1986, 70 s. (n. 2). La situación es distinta p.ej. en aquellos delitos cualificados por el resultado (como los §§ 239 a y b) en los que lo típico es que la víctima de un delito además sea puesta en peligro precisamente por acciones de salvamento; cfr. sobre ello § 10, nm. 117. La cuestión depende siempre precisamente del fin de protección del tipo respectivo, por lo que las afirmaciones globales inducen fácilmente a error.

precisamente también por el riesgo que con ella asume. En tercer lugar, del § 307, n.º 1, que no menciona la muerte del salvador como caso especialmente grave ni siquiera en caso de incendio provocado dolosamente, se deduce más bien un argumento en contra de la imputación de tales resultados ¹⁷³; pues si el legislador viera aquí una típica e imputable realización del peligro, no se entendería por qué no se trata ese caso como delito cualificado por el resultado. Y en cuarto lugar, hay razones políticocriminales que se oponen a una imputación de los accidentes de los salvadores. Si un incendiario imprudente tuviera que contar con que además se le exigirá responsabilidad por homicidio de los bomberos, esa consideración podría hacerle desistir de llamarlos, lo que sería indeseable. Y si un excursionista que se ha extraviado en la montaña incurriera en su caso en responsabilidad penal por homicidio imprudente de algún miembro del equipo de salvamento al que se ha avisado, cabe suponer que preferiría aventurarse a realizar con sus propias fuerzas —y frecuentemente con un desenlace fatal— un descenso que le supera; y el ordenamiento jurídico no debería promover tal evolución de los acontecimientos.

107 Además el problema va más allá de los accidentes de los salvadores. ¿Realmente debe castigarse a un ladrón por homicidio imprudente si un policía sufre un accidente mortal con el coche durante una complicada persecución a aquél? Entonces el delincuente perseguido tendría que entregarse a la policía si no quiere correr el riesgo de una punibilidad ulterior. Pero tal obligación sería difícilmente compatible con los principios jurídicos generales, según los cuales nadie tiene por qué cooperar a su propio castigo. Por ello se debería atribuir también dichos riesgos típicos del ejercicio de una profesión a la esfera de responsabilidad del profesional y no imputárselos a los sujetos externos.

108 El grupo de casos más difícil y menos aclarado en este campo es aquél en que la víctima solamente lesionada por el autor inicial muere a causa de un fallo médico. Una extendida opinión pretende que en caso de fallos profesionales médicos leves y medianos se le impute al primer causante la muerte del paciente (y correlativamente también las agravaciones de su dolencia), porque hay que contar con los mismos; y en cambio, los fallos profesionales médicos graves deben exonerar al primer causante ¹⁷⁴. Rudolphi sostiene la opinión de que en virtud del principio de confianza no hay por qué responder en absoluto de una conducta médica defectuosa mediante acción positiva; y que, en cambio, debe imputársele al primer causante el resultado si éste se debe a que el médico omite medidas de tratamiento indicadas: pues en tal caso es “precisamente la puesta en peligro antijurídica creada por el autor inicial la que

¹⁷³ Schünemann, JA 1975, 721.

¹⁷⁴ Así p.ej. OLG Celle NJW 1958, 271; pero tb. BGHSt 31, 100; Burgstaller, 1974, 117 ss.; idem, Jescheck-FS, 1985, 364 ss.; Wolter, 1981, 347; Rengier, 1986, 164 s.; Otto, JuS 1974, 709; idem, NJW 1980, 422.

también se realiza en el segundo daño”¹⁷⁵. Según una tercera concepción la cuestión depende de si en el resultado influido por el fallo profesional médico se realiza el “peligro modelo” creado por las lesiones, el riesgo típicamente unido a ellas. En ese caso debe tener lugar la imputación al primer causante incluso si hay imprudencia temeraria del médico. Pero en cambio, se excluirá la imputación si la conducta médica defectuosa, como puede ser una anestesia equivocada, cae fuera del riesgo típico de las lesiones¹⁷⁶.

Lo correcto es, combinando las dos últimas concepciones, distinguir en **109** primer lugar según el criterio de “si la conducta... médica desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización”¹⁷⁷. Pues si la víctima no muere por las lesiones que se le han inferido, sino sólo por un peligro añadido por el fallo médico, entonces el médico habrá sustituido (“desplazado”) el riesgo originario por otro que entra exclusivamente en su esfera de responsabilidad; y no se le puede imputar en ningún caso al primer causante, tanto si el médico ha obrado con imprudencia temeraria como con imprudencia leve. Por consiguiente, el causante del accidente no responderá por homicidio imprudente “si en el curso de la operación se produce una incisión equivocada que origina la muerte por desangramiento, si se suministra cualquier medicamento que esté contraindicado y que por ello provoca la muerte, o si a consecuencia de una anestesia equivocada se produce una parada cardíaca irreversible, etc.”¹⁷⁸. Excluir aquí la imputación es adecuado además porque en el caso concreto puede ocurrir que incluso lesiones insignificantes acaben provocando la muerte por un tratamiento médico defectuoso. Pero si se quisiera ver en la causación de daños a la salud en absoluto mortales la creación de un peligro imputable de muerte sólo porque es posible que los médicos cometan fallos fatales, entonces habría que considerar ya el pedir la intervención de médicos por principio como imprudente; y esto sería naturalmente absurdo.

Pero incluso si la víctima muere de la lesión que se le ha infligido porque **110** el médico no la trata, o no suficientemente, frente a la concepción mantenida por Rudolphi, Jakobs, Schünemann y W. Frisch —con ciertas diferencias— hay que decir que no es adecuado imputar sin más el resultado al primer causante. Por el contrario, en estos supuestos puede ser fructífera la opinión concurrente que quiere excluir la imputación al primer causante en caso de imprudencia temeraria del médico. Si la imprudencia del médico, que no consigue detener el curso mortal de la lesión, se mueve por debajo del dintel de la temeridad, ciertamente no se podrá decir que la muerte cae exclusivamente en la esfera de responsabilidad del médico; pues aquí concurren dos

¹⁷⁵ SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 74.

¹⁷⁶ Así v.gr. Jakobs, 1972, 92 ss.; Schünemann, JA 1975, 719.

¹⁷⁷ W. Frisch, 1988, 442 s.

¹⁷⁸ W. Frisch, 1988, 437.

conductas imprudentes aproximadamente del mismo peso y ambas se han realizado en el resultado. Por eso es correcto castigar a ambos por homicidio imprudente. Si por el contrario una lesión normalmente fácil de curar provoca la muerte sólo como consecuencia de una imprudencia médica temeraria o grave, la conducta médica defectuosa adquiere una preponderancia tal que políticocriminalmente no existe ninguna necesidad de “imputar adicionalmente” el resultado final “también al autor del delito inicial; ello rige tanto desde puntos de vista de prevención general como de prevención especial”¹⁷⁹. Ese juicio según los fines de la pena debería ser lo decisivo.

- 111** Lo mismo debería valer también si el propio lesionado con su conducta equivocada no dolosa provoca su muerte o una agravación del daño¹⁸⁰. Si se trata de consecuencias que aún no estaban predispuestas en la lesión (p.ej. el lesionado muere por una confusión de los medicamentos que se le dan), entonces entran exclusivamente en la esfera de responsabilidad de la víctima. En cambio, en caso de consecuencias ya predispuestas (como la lesión que conduce a la muerte) eso sólo sucederá si la producción del resultado se debe a una conducta gravemente inadecuada de la víctima, p.ej. a que no llama al médico pese a tener los síntomas más preocupantes¹⁸¹. Es cierto que una culpa concurrente grave de la víctima no excluye necesariamente en otros casos (p.ej. en la originación del accidente) el castigo por imprudencia del primer causante. Pero un accidente es un suceso repentino, mientras que en la conducta defectuosa posterior existía suficiente posibilidad de reflexión, por lo que en ese caso sería inadecuado cargar al primer causante con la vitupeable ligereza de la víctima y sus consecuencias.

d) Otros casos

- 112** La pregunta acerca del alcance (el fin de protección) del tipo aún puede resultar fructífera para otros grupos de casos. Así por ejemplo, tampoco se podrán ya imputar los daños consecuencia de un shock (daños producidos psíquicamente a un afectado por un delito, pero no en su propia persona) ni los daños consecuencia de otros (v.gr. el posterior accidente de tráfico de quien ha quedado impedido por una anterior lesión). Ahora bien, tales casos sólo son importantes casi exclusivamente en los delitos imprudentes, y por ello se discutirán allí (cfr. § 24, nm. 42 ss.).

¹⁷⁹ Burgstaller, Jescheck-FS, 1985, 365.

¹⁸⁰ Detalladamente W. Frisch, 1988, 449 ss.

¹⁸¹ A favor de la punibilidad del primer causante en caso de consecuencias “predispuestas” incluso en el supuesto de conducta gravemente inadecuada de la víctima, W. Frisch, 1988, 452 ss.; en este punto igual que aquí Burgstaller, Jescheck-FS, 1985, 364 ss.; Rengier, 1986, 168 ss., con ulteriores citas.

II. Delitos de peligro

Bibliografía: Binding, Die Normen und ihre Übertretung, t. I, 1872 (⁴1922; reimpr. 1965); Rotering, Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuch, GA 31 (1883), 266; Finger, Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, Frank-FS, 1930, t. I, 230; Henkel, Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Str. Abh. 270, 1930; Rabl, der Gefährdungsvorsatz, Str. Abh. 312, 1933; Boldt, Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht, ZStW 55 (1936), 44; Schwander, Die Gefährdung als Tatbestandsmerkmal im schweizerischen StGB, SchwZStr 66 (1951), 440; Oehler, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957), 503; Dreher, Gemeingefährliche Handlungen, NiedStrKomm, 8, 1959, 417; Hartung, Gemeingefahr, NJW 1960, 1417; Cramer, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; Arth. Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963, 425; Lackner, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967; Schröder, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, JZ 1967, 522; Volz, Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, tes. doct. no impresa, Göttingen, 1968; Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), 7; Gallas, Abstrakte und konkrete Gefährdung, Heinitz-FS, 1972, 171; Reinhard v. Hippel, Gefahrenurteil und Prognosenentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-FS, 1972, 51; Brehm, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973; Demuth, Zur Bedeutung der "konkreten Gefahr" im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte, VOR 1973, 436; Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; Schönemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Backmann, Gefahr als "besondere Folge der Tat" i. S. d. erfolgsqualifizierten Delikte?, MDR 1976, 969; Küper, Gefährdung als Erfolgsqualifikation?, NJW 1976, 543; Wolter, Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefährterfolg im Strafrecht, JuS 1978, 748; Demuth, Der normative Gefahrbegriff, 1980; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Ostendorf, Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS 1982, 426; Schroeder, Die Gefährdungsdelikte, ZStW-Beiheft Caracas, 1982, 1; Bohnert, Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte, JuS 1984, 182; Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Berz, Formelle Tatbestandsverwirklichung und materieller Rechtsgüterschutz, eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten, 1986; Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987; Weber, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, ZStW-Beiheft 1987, 1; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989; Kratzsch, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49; Hoyer, Zum Begriff der "abstrakten Gefahr", JA 1990, 183; Gaul, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991; D. Marxen, Strafbarkeitseinschränkungen bei abstrakten Gefährdungsdelikten, 1991; Rengier, Überlegungen zu den Rechtsgütern und Deliktstypen im Umweltstrafrecht, en: Schulz (ed.), Ökologie und Recht, 1991, 33 ss.; Lin, Abstrakte Gefährdungstatbestände im Wirtschaftsstrafrecht, tes. doct. München, 1992; A. Meyer, Die Gefährlichkeitsdelikte, 1992; W. Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, Stree/Wessels-FS, 1993, 69.

Los problemas de imputación se plantean no sólo en los delitos de lesión, **113** sino también en los delitos de peligro. Su número aumenta cada vez más en la legislación moderna, pero su investigación sigue estando en los inicios¹⁸². Además los tipos concretos requieren diversas formas y grados de puesta en peligro, cuyo análisis sólo puede hacerse dentro de la Parte especial. No obstante, vamos a ofrecer aquí al menos un resumen de lo principal.

¹⁸² Fundamentales en la literatura reciente son la monografías de Horn, 1973, Demuth, 1980; Berz, 1986; Kindhäuser, 1989; además, especialmente importantes, Schönemann, JA 1975, 792 ss.; Wolter, 1981, 197 ss.

1. Delitos de peligro concreto

- 114** Los delitos de peligro concreto (cfr. ya § 10, nm. 123) requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo (v.gr. §§ 310 a, 311 ss., 312-315 c). El caso más importante en la práctica es la puesta en peligro del tráfico viario (§ 315 c), en el que, además de las peligrosas formas de conducción allí descritas se requiere adicionalmente que de ese modo sean “puestas en peligro la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor”. Tales delitos de peligro concreto son delitos de resultado; es decir: se distinguen de los delitos de lesión acabados de tratar en lo esencial no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un concreto “peligro de resultado” en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido. Este peligro, conforme a los criterios de imputación ya desarrollados, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior (por tanto, *ex ante*; cfr. nm. 32); si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un “resultado de peligro concreto” y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas *ex post* ¹⁸³.
- 115** La cuestión de cómo ha de estar configurado y cómo debe comprobarse ese resultado de peligro concreto, hasta ahora está poco clara ¹⁸⁴. En la jurisprudencia se dice en una ocasión (BGHSt 18, 272) que el concepto de “peligro” escapa a una “descripción científica exacta” y que es “predominantemente de naturaleza fáctica, no jurídica”; y en otra sentencia se dice que el concepto de peligro concreto “no se puede determinar con validez general, sino sólo según las circunstancias particulares del caso concreto” (BGHSt 22, 432). De todos modos, de la numerosa jurisprudencia se pueden extraer dos presupuestos de un peligro concreto generalmente reconocidos: En primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro ¹⁸⁵, y en segundo lugar la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción. La existencia de un concreto objeto de la acción falta p.ej. si “alguien efectúa un adelantamiento con vituperable ligereza poco antes de un cambio de rasante” ¹⁸⁶, de tal modo que tendría que chocar inevitablemente con un vehículo que viniera de frente, pero casualmente no venía ningún automóvil en sentido contrario. En tal caso

¹⁸³ Instructivo Wolter, JuS 1978, 748 ss.

¹⁸⁴ Sobre la evolución de esa discusión cfr. Lackner, 1967.

¹⁸⁵ Sobre las cuestiones de límites tb. polémicas en este caso, cfr. OLG Frankfurt NJW 1975, 840; al respecto Wolter, JuS 1978, 748 ss.

¹⁸⁶ Horn, 1973, 161.

es cierto que el autor se ha comportado de modo sumamente imprudente, pero falta una puesta en peligro concreta. En cambio, si un objeto de la acción ha entrado en el ámbito operativo de la conducta del autor, antiguamente la jurisprudencia muchas veces describía la intensidad de la necesaria puesta en peligro exigiendo una situación en la que “la producción del daño fuera más probable que su no producción” (BGHSt 8, 31; 13, 70; adhiriéndose ya a la jurisprud. del RG). Posteriormente el BGH ha interpretado esa fórmula en el sentido de que no se debe aplicar un (irrealizable en la práctica) cálculo porcentual (v.gr.: ante una probabilidad del 51 % aceptación, y ante una probabilidad del 49 % rechazo de la existencia de un peligro concreto), sino que no basta “ya con el peligro lejano y distante”, sino que hay que requerir un “peligro que en el caso concreto deba juzgarse como próximo” (BGHSt 18, 272 s.; 19, 268 s.; 22, 344 ss.; 26, 179).

El punto débil de esta solución radica en que, para enjuiciar el “peligro **116** próximo” o la “probabilidad” de una lesión, la misma sólo puede remitir a la experiencia de la vida del juez y por tanto no puede indicar ningún criterio objetivo ¹⁸⁷. Y aquí es donde comienzan los esfuerzos de precisión de la doctrina. Así, Horn ¹⁸⁸ funda la “teoría científico-natural del resultado de peligro” ¹⁸⁹, que acepta la existencia de un peligro concreto cuando según las leyes causales conocidas las circunstancias habrían tenido que dar lugar a la lesión del objeto de la acción, pero ésta ha dejado de producirse sólo por una razón inexplicable conforme a las ciencias naturales (“como por un milagro”, o debido a un azar enigmático) ¹⁹⁰. Pero lo cierto es que con ello se estrecha demasiado el concepto de peligro concreto, pues sólo con investigar posteriormente de modo suficiente (casi) todo es explicable según las ciencias naturales. Además los resultados de dicho enjuiciamiento científico-natural no son siempre convincentes. Así p.ej. si en el caso del cambio de rasante propuesto por Horn (nm. 115) hubiera sido inevitable el choque con un vehículo que viniera de frente y finalmente se evitara sólo porque una imprevisible ráfaga de viento echara a un lado al vehículo que venía de frente ¹⁹¹, no se comprende bien por qué va a haber que negar la existencia de un peligro concreto sólo porque el originamiento de dicha ráfaga y su efecto son susceptibles de una posterior explicación científico-natural.

Por ello es preferible la “teoría normativa del resultado de peligro” ¹⁹², que **117** ha sido teóricamente desarrollada sobre todo por Schönemann ¹⁹³, pero de la

¹⁸⁷ Cfr. críticamente Horn, 1973, 182 ss.; Schönemann, JA 1975, 794 s.

¹⁸⁸ Horn, 1973, 161.

¹⁸⁹ Denominación de Wolter, 1981, 217.

¹⁹⁰ Cfr. la propia formulación de Horn en: Horn, 1973, 212; SK⁴-Horn, antes del § 306, nm. 7.

¹⁹¹ Ejemplo de Schönemann, JA 1975, 796 s.; cfr. tb. Horn, 1973, 175. Una crítica contundente tb. en Kindhäuser, 1989, 192 ss.; Demuth, 1980, 144 ss.

¹⁹² Denominación de Wolter, 1981, 217.

¹⁹³ Schönemann, JA 1975, 793 ss.

que también cabe encontrar puntos de arranque en la jurisprudencia. La misma parte —en tanto en cuanto de modo similar a Horn— de la base de que existe un peligro concreto allí donde el resultado lesivo no se produce sólo por casualidad; pero, a diferencia de aquél, determina el concepto de casualidad, no como lo inexplicable según las ciencias naturales, sino como una circunstancia en cuya producción no se puede confiar. Por tanto, todas aquellas causas salvadoras que “se basan en una destreza extraordinaria del amenazado o en una feliz e indomitable concatenación de otras circunstancias”¹⁹⁴ no excluyen la responsabilidad por el delito de peligro concreto. En consecuencia, en el caso del cambio de rasante (nm. 115 s.) habría que castigar al conductor que realiza el adelantamiento temerario incluso aunque el conductor que venía de frente se hubiera salvado por una artística destreza como conductor muy por encima de las capacidades normales o por una repentina ráfaga de viento; pues esas son circunstancias en las que nadie puede confiar. En la misma línea se sitúa el BGH cuando a veces requiere un peligro “que indica que es inminente un accidente si no se produce un giro repentino, p.ej. porque el sujeto amenazado adopte una medida protectora a consecuencia de una adivinación o percepción más o menos sensitiva del peligro”¹⁹⁵. De modo similar a Schünemann procede Demuth¹⁹⁶, que entiende el peligro como “crisis aguda” del bien jurídico; y según su teoría esa crisis se produce “cuando se ha sobrepasado el momento en el que podría evitarse un daño con seguridad mediante medidas defensivas normales”.

- 118** Wolter ha desarrollado, dando un paso más, una “teoría normativa modificada del resultado de peligro”¹⁹⁷, según la cual todas las “circunstancias que abren posibilidades de salvación”¹⁹⁸, como p.ej. también la capacidad artística para conducir de la persona puesta en peligro que evita fácilmente el accidente, excluirán un peligro concreto; éste sólo se dará “cuando incluso para el conductor magistral lo único que prometía evitar el resultado era la maniobra de elusión locamente arriesgada y que sólo saldrá bien... por la conjunción de muchas circunstancias afortunadas”¹⁹⁹. Tal modificación debe tomarse en consideración; pero en su contra habla el hecho de que relativiza la idea rectora normativa del no poder confiar: la extraordinaria destreza de la víctima potencial es para el autor igual de imprevisible que cualquier otra circunstancia de suerte extraordinaria. De modo similar a Wolter, Kindhäuser²⁰⁰ acepta un peligro concreto “cuando no es posible intervenir finalistamente en un suceso para evitar el daño”, “cuando la relevancia dañosa de una conducta no puede ser finalistamente evitada con blindaje”. Y también para él la capacidad extrema e imprevisible del amenazado para sustraerse al peligro es una razón para rechazar que haya una puesta en peligro concreta²⁰¹. Y en la misma línea argumenta tb. Ostendorf²⁰², cuando atiende a la “indominabilidad del curso de la puesta en peligro”.

¹⁹⁴ Schünemann, JA 1975, 797.

¹⁹⁵ BGHSt 18, 273; nuevamente debilitado en BGHSt 22, 344 s.

¹⁹⁶ Demuth, 1980, 197 ss. (205 s.).

¹⁹⁷ Wolter, 1981, 223 ss.

¹⁹⁸ Wolter, 1981, 227.

¹⁹⁹ Wolter, 1981, 229 s.

²⁰⁰ Kindhäuser, 1989, 202, 210.

²⁰¹ Kindhäuser, 1989, 202, 212, n. 26.

²⁰² Ostendorf, JuS 1982, 430.

2. Delitos de peligro abstracto

Delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro (cfr. ya § 10, nm. 123). Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo. Así el incendio de un edificio, cuyo efecto de daños ya está abarcado por el § 305, se castiga en el § 306 como delito grave con una pena especialmente elevada, porque el legislador quiere prevenir los peligros para vidas humanas que pueden surgir del incendio. Pero el tenor literal del precepto se cumple también aunque en el caso concreto estuviera excluida una amenaza para la vida. Esto puede poner a los delitos de peligro abstracto en colisión con el principio de culpabilidad²⁰³. Así p.ej., ¿cómo se puede explicar la elevada pena del § 306 como provocada culpablemente si los peligros que quiere prevenir el precepto no se podían producir en absoluto? En cuanto a la solución de esa cuestión, como en general en cuanto a la penetración dogmática de los delitos de peligro abstracto, la discusión científica tampoco ha conducido aún a conclusiones reconocidas de modo general²⁰⁴. Sin embargo, lo que ha quedado claro es que hay que distinguir diversos grupos de casos con problemas configurados de modo diferente²⁰⁵.

a) Los clásicos delitos de peligro abstracto

En este grupo de casos, como prototipo del cual puede considerarse al § 306¹²⁰ citado, se reconoce hoy en la ciencia que hay que ponerlos en concordancia con el principio de culpabilidad, pero hay polémica sobre la clase de la necesaria restricción²⁰⁶. Schröder²⁰⁷ ha propuesto admitir “la prueba en contrario de la no peligrosidad”, “si el tipo sirve para proteger determinados objetos concretos, en los que en el caso concreto se puede comprobar con seguridad

²⁰³ Cfr. Arth. Kaufmann, JZ 1963, 432.

²⁰⁴ Así p.ej. Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 ss., considera que en gran parte no son legitimables en un Estado liberal las incriminaciones en el campo previo a la lesión del bien jurídico y espec. los delitos de peligro abstracto. Considera que el castigo en lo sustancial sólo está justificado si “la conducta peligrosa se ha ejecutado completamente” (p.ej. los §§ 153 s., 306, 316, 328, 283 I), pero en cambio no cuando una conducta “sin otra conducta posterior y a su vez delictiva no sería en absoluto peligrosa o sólo lo sería de modo claramente restringido” (p. 769). Una discusión crítica al respecto la realiza Kindhäuser, 1989, 177 ss. Graul, 1991, *passim*, se pronuncia contra la interpretación de los delitos de peligro abstracto como presunciones de peligro (sobre ello Kindhäuser, GA 1993, 372).

²⁰⁵ En contra Bohnert, JuS 1984, 187; Kratzsch, Verhaltenssteuerung, 1985, 110 ss. Aboga por una interpretación unitaria de todos los delitos de peligro abstracto como delitos de peligrosidad A. Meyer, 1992, 213.

²⁰⁶ Los intentos de solución que se exponen a continuación son sólo los más importantes; otros son discutidos en Wolter, 1981, 276 ss.

²⁰⁷ Schröder, Die Gefährungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), 14 ss.; similar ya anteriormente Rabl, 1933.

si efectivamente han sido puestos en peligro”²⁰⁸. Pero esto es impracticable: pues una condena ante un resultado probatorio poco claro contravendría el principio *in dubio pro reo*; pero si se quisiera exigir del tribunal la comprobación de que el objeto cuya protección es el motivo del legislador ha sido efectivamente puesto en peligro, entonces se transformaría el delito de peligro abstracto en uno de peligro concreto²⁰⁹. Cramer²¹⁰ ha intentado precisar el peligro abstracto como “probabilidad de un peligro concreto”²¹¹. Pero ello acabaría desembocando sólo en un peligro concreto de intensidad menor y difícilmente determinable²¹².

- 121** La más convincente es la idea, desarrollada sobre todo por Horn y Brehm²¹³, de hacer depender la punibilidad de una infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes (o sea, de un “peligro de resultado” sin necesidad de un “resultado de peligro”), de tal manera que los delitos de peligro abstracto representarían entonces tipos de imprudencia sin consecuencias²¹⁴. Schünemann²¹⁵ ha modificado ese punto de partida en el sentido que la cuestión no depende de la infracción objetiva del cuidado debido, sino de la subjetiva, por lo que habría que determinar el delito de peligro abstracto como una tentativa imprudente (en su caso incluso inidónea). Según esto habría ya punibilidad si el autor deja de observar solamente las medidas de precaución subjetivamente requeridas desde su perspectiva, por mucho que, considerando todas las circunstancias, las precauciones adoptadas sean objetivamente suficientes para eliminar el peligro. Esta posición se puede aprobar²¹⁶; “pues lo que precisamente sigue siendo adecuado a la culpabilidad, es lo que más se aproxima a la decisión del legislador descuidando el principio de culpabilidad”²¹⁷. Frisch^{217a} aboga por sustituir lo más posible los delitos de peligro abstracto por “delitos de aptitud”^{217b}, “que acentúan la concreta

²⁰⁸ Schröder, ZStW 81 (1969), 17.

²⁰⁹ SK⁴-Horn, antes del § 306, nm. 17; Schünemann, JA 1975, 797; Sch/Sch/Cramer²⁴, antes del § 306, nm. 4; cfr. para crítica tb. Kindhäuser, 1989, 243 ss.

²¹⁰ Cramer, 1962, 67 ss.

²¹¹ Cramer, 1962, 74: “un estado..., en el que es probable una puesta en peligro (concreta) del bien jurídico protegido”; “puesta en peligro abstracta significa probabilidad de una puesta en peligro de un bien jurídico”.

²¹² Cfr. Arth. Kaufmann, JZ 1963, 433; SK⁴-Horn, antes del § 306, nm. 17; Kindhäuser, 1989, 246 ss.

²¹³ Horn 1973, 28, 94 s.; Brehm, 1973, 126 ss.; ya antes muy similar Volz, 1968, y adhiriéndose a él Rudolphi, Maurach-FS, 1972, 59 s.

²¹⁴ Aprobatoriamente en especial para el § 306 tb. Jakobs, AT², 6/89.

²¹⁵ Schünemann, JA 1975, 798.

²¹⁶ Cfr. sin embargo la crítica de Wolter, 1981, 288 ss., 296 ss., que, junto a la infracción objetiva del cuidado debido, sólo considera suficiente la creación dolosa inidónea de un riesgo de puesta en peligro.

²¹⁷ Schünemann, JA 1975, 798.

^{217a} Frisch, Stree/Wessels-FS, 1993, 93.

^{217b} Monografía: Hoyer, 1987.

aptitud *ex ante* de la conducta para provocar los resultados que hay que evitar". Esta es una concepción tendencialmente digna de aprobación, pero que ya se puede realizar ampliamente conforme al Derecho vigente si se hace depender la punibilidad de los delitos de peligro abstracto de la "imprudencia sin consecuencias" anteriormente descrita.

Las concepciones indicadas, pese a todas sus diferencias en puntos concretos, coinciden en que ven el fin de los delitos de peligro abstracto en la protección de bienes jurídicos, por lo que p.ej. el § 306 n.º 2 y el § 316 pretenden proteger la vida e integridad de la persona puesta en peligro abstractamente, aunque ello no se exprese directamente en el tipo. Frente a esto, Kindhäuser mantiene la opinión de que los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar "seguridad". Y seguridad es el "estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente" ²¹⁸, la "legítima despreocupación al disponer de bienes" ²¹⁹, mientras que la lesión del bien jurídico no es "punto de referencia" ni para el reproche de injusto ni para el de culpabilidad ²²⁰. Según esto, p.ej. el § 306 n.º 2 protege "la posibilidad de vivir en los espacios en cuestión sin temor a ser puesto en peligro por un incendio" ²²¹. Desde ese punto de vista, Kindhäuser no puede contentarse con reconducir la puesta en peligro abstracto a una infracción del cuidado debido. "La verdad es que una reducción de la seguridad a la precaución y actuación concienzuda al provocar el incendio apenas le proporcionará al habitante de un edificio... la deseada despreocupación" ²²².

La consistencia de esta concepción precisa aún una ulterior investigación; pero me parece que la despreocupación y falta de temor sólo se pueden suscitar mediante la protección de los bienes jurídicos amenazados, por lo que ésta también es el objetivo primario de los delitos de peligro abstracto, y la provocación de "seguridad" es sólo, como en todos los demás tipos, el fenómeno concomitante y la consecuencia de la —previa— protección de bienes jurídicos. Por lo demás, la concepción de Kindhäuser, si se lleva a cabo consecuentemente, quizás se diferencie en sus resultados menos de lo que él supone de las teorías que explican la puesta en peligro abstracta como infracción del cuidado debido. En efecto, si p.ej. alguien sabe que su casa —si es que ello sucede alguna vez—, debido a la amenaza de pena del § 306, con seguridad

²¹⁸ Kindhäuser, 1989, 280.

²¹⁹ Kindhäuser, 1989, 282.

²²⁰ Kindhäuser, 1989, 290.

²²¹ Aquí y en lo siguiente: Kindhäuser, 1989, 296.

²²² Distinto nuevamente Kratzsch, GA 1989, 67, que ve la razón de la norma en "que la acción inculpada ciertamente no siempre, pero sí de un modo no exactamente previsible y repetidamente puede poner en peligro el bien jurídico protegido". Según él, los delitos de peligro abstracto sirven para defender frente a "peligros casuales" para los bienes jurídicos protegidos, que si no, no son controlables; y por eso rechaza una restricción del tipo. Para más detalles, idem, Verhaltenssteuerung, 1985, 274 ss.

sólo será incendiada a lo sumo tras haberse convencido el autor de que nadie se encuentra en la misma, no tendrá ningún motivo para creerse dañado en su sentimiento de seguridad personal. Y las conductas totalmente no peligrosas tampoco menoscaban la seguridad, por lo que también desde el punto de vista de esta concepción subsiste el problema de una interpretación restrictiva del tipo ^{222a}.

- 124** El BGH (E 26, 121) aún no ha tomado una posición definitiva sobre la justificación de tales restricciones, pero se ha mostrado abierto frente a ellas. Ahora bien, el presupuesto para negar el peligro abstracto en el caso del § 306 n.º 2 será “que según la situación real esté absolutamente excluida una puesta en peligro de la vida humana” y que el autor se haya cerciorado de ello “con medidas absolutamente fiables y sin lagunas” (loc. cit., pp. 124 s.) ²²³. Según esto, el hecho de que alguien, antes de incendiar su hotel, desaloje a todos los moradores y huéspedes y que antes del hecho aún dé otra vuelta por el edificio, no será una medida de seguridad suficiente. BGH NStZ 1982, 420 ²²⁴, continúa esta jurisprudencia y opina asimismo que es “generalmente peligroso” incendiar un gran “edificio inabarcable”; por ello es “jurídicamente irrelevante que el acusado se haya esforzado por evitar la puesta en peligro concreto de una persona”.

b) Acciones masivas (sobre todo en el tráfico viario)

- 125** El caso clásico de este grupo es la conducción bajo influencia de bebidas (§ 316). Aquí hay que afirmar la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (p.ej. en una zona deshabitada) estuviera totalmente excluida una puesta en peligro. Ello se debe a razones preventivogenerales (“didácticas” ²²⁵), pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que el legislador pretende que tengan determinadas conductas (aquí: la conducción de vehículos bajo influencia del alcohol).

c) Delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado”

- 126** Aquí se trata de tipos delictivos como los delitos de cohecho y de (falso) testimonio (§§ 331 ss., 153 ss.). La confianza de la población en la pureza del desempeño del cargo (el bien jurídico de los §§ 331 ss.) y el hallazgo judicial de la verdad (el bien jurídico de los §§ 153 ss.) no es preciso que en el caso

^{222a} Coincidente Frisch, 1993, 92.

²²³ Casi completamente coincidente Berz, 1986, 114, según el cual el tipo únicamente no se cumplirá “si el autor... sabe con seguridad que su conducta no dará lugar a un daño, y si éste efectivamente no se produce”. Enérgicamente en contra de la “solución intermedia” del BGH, Bohnert, JuS 1984, 186. A favor de una regulación coincidente con la solución del BGH *de lege ferenda* Weber, ZStW-Beiheft 1987, 34.

²²⁴ Con Com. de Hilger; sobre ella además Bohnert, JuS 1984, 182 ss.

²²⁵ Schünemann, JA 1975, 798.

concreto sean puestos en peligro por una acción subsumible en los tipos respectivos. Y sin embargo ello no puede cambiar para nada (por razones similares a las indicadas en nm. 125) la punición ²²⁶; el desvalor de la acción por sí solo fundamenta la punibilidad. Únicamente infracciones mínimas, que ya *in abstracto* no menoscaben el bien jurídico protegido (cfr. § 10, nm. 40), como pueden ser presentes bagatelas en los §§ 331 ss., o inexactitudes irrelevantes en los §§ 153 ss., pueden excluirse mediante una interpretación restrictiva.

d) Delitos de aptitud abstracta

Este grupo de delitos, introducido por Schröder ²²⁷ en la discusión como **127** “delito de peligro abstracto-concreto”, se puede ilustrar p.ej. en los §§ 186 ó 308, 2.^a alternativa. En dicho grupo han de darse ciertos elementos de puesta en peligro no designados con más precisión en la ley, que en el § 186 hacen que una expresión sea apta para el menosprecio o la degradación, o que en el § 308 hacen que el objeto incendiado resulte apto para la propagación del fuego. Estos elementos de aptitud han de ser determinados mediante interpretación judicial; pero ello no cambia el hecho de que se trata de delitos de peligro abstracto ²²⁸, pues no es preciso que se produzca un resultado de peligro concreto. En el caso del § 308 sucede incluso que circunstancias relevantes para la puesta en peligro concreto, como “el viento y el tiempo”, están expresamente excluidas por la redacción de la ley (“aptos según su disposición y situación”). La restricción del tipo de los delitos de aptitud abstracta habrá que efectuarla siguiendo los mismos puntos de vista que son decisivos para los clásicos delitos de peligro abstracto (nm. 120 ss.) ²²⁹.

Por otra parte, entre los tipos que utilizan el elemento de la “aptitud” también hay algunos **128** que hay que concebir como delitos de peligro concreto. Así p.ej., cuando los §§ 130 y 166 requieren acciones que sean “aptas” para “perturbar la paz pública”, ciertamente habrá que exigir a tal efecto una efectiva puesta en peligro de la paz pública ²³⁰. Sin embargo, un análisis en detalle de ese y otros tipos sólo se puede realizar en una exposición de la Parte especial ²³¹.

²²⁶ Así Schünemann, JA 1975, 793, 798, que ha sido el primero en destacar y denominar este grupo de casos.

²²⁷ Schröder, JZ 1967, 522; idem, ZStW 81 (1969), 18 ss.; fundamentando y desarrollando la crítica, Gallas, Heinitz-FS, 1972, 171 ss.

²²⁸ Sch/Sch/Cramer²⁴, antes del § 306, nm. 3; SK⁴-Horn, antes del § 306, nm. 18 (adhiriéndose a Gallas, Heinitz-FS, 1972, 171 ss.). Detalladamente sobre el grupo de casos de los delitos de aptitud Hoyer, 1987, que considera los delitos de aptitud como tercer grupo junto a los delitos de lesión y de peligro concreto por una parte, y a los delitos de peligro abstracto por otra.

²²⁹ Cfr. tb. Wolter, 1981, 324.

²³⁰ Gallas, Heinitz-FS, 1972, 181 s., con ulteriores citas.

²³¹ Cabe encontrar puntos de partida aprovechables al respecto en Wolter, 1981, *passim*.