

Richard Honig (1930)*

Causalidad e imputación objetiva**

— I —

La doctrina de la relación causal en el Derecho penal se halla en la actualidad en una abierta crisis: Por un lado, Eberhard Schmidt, en su edición más reciente del *Lehrbuch* de Liszt, ya no acepta que el Derecho vigente haga imposible la realización consecuente del principio de la equivalencia de todas las condiciones, que caracteriza a la *teoría de la condición*¹. Ni siquiera por la regulación legal de la participación; antes bien, ésta, en verdad, no se referiría en absoluto al problema causal². Sauer representa una concepción extremadamente distinta; como partidario de la *teoría adecuada*, sólo le atribuye cualidad de causa a la acción si ésta tiene la propiedad general de producir el resultado, pero, a la vez, señala al respecto que "lo que se está explicando" ya no es la causalidad, sino "un problema de naturaleza completamente distinta, fundado teleológicamente y orientado normativa y jurídi-

* Profesor de Derecho Penal que lo fue de la Universidad de Göttingen.

** *Kausalität und objektive Zurechnung*, publ. en *Festgabe für Reinhard von Frank* [Homenaje a Reinhard von Frank], t. I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 174 ss. (En la publicación original, las notas de pie de página están numeradas comenzando con nota 1 en cada página; también en este caso se ha respetado la numeración original de cada nota. Las remisiones internas del autor se han mantenido en la numeración original, para cuya comprensión sirve de guía la numeración de páginas acotada al margen.) Traducción de Marcelo A. Sancinetti. Revisión de Marcelo D. Lerman.

¹ Así, las ediciones anteriores del *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, de Liszt; cfr. aún la 24.ª ed., 1922, p. 129, al cuidado de Schmidt.

² Cfr. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.ª ed., 1927, p. 160.

175 camente"³. Tomada estrictamente, conforme a ello, la contraposición entre teoría de la condición y teoría adecuada —que en germen ya estaba contenida en los alegatos judiciales del fundador de la antigua doctrina de la causalidad, Antifón⁴—, actualmente ya no es sólo una discusión *dentro* del problema causal⁵; sino que, antes bien, se refiere a los límites del dominio del concepto causal en sí. Los puntos de vista contrapuestos ya no se pueden reunir bajo un "engañoso cese de fuego"⁶: El cuestionamiento gnoseológico-crítico ha llegado a la disputa en torno a la utilidad político-criminal de las dos teorías que pugnan por el predominio. Uno puede dar cuenta de los reparos político-criminales mediante "excepciones a la regla"; en cambio, no puede calmar las dudas gnoseológicas haciendo concesiones prácticas, sino sólo superarlas mediante tomas de posición fundamentales. Se entiende por sí mismo que, al hacer un intento en ese sentido, incida la esperanza de esclarecer la disputa tradicional en torno a la doctrina de la causalidad misma, mediante una fundamentación científica más amplia.

Ciertamente, tiene motivos para tal toma de posición aquel que duda de que la teoría de la condición pueda captar el llamado problema causal en su punto esencial para el Derecho penal. Si esta teoría —también según la opinión de Frank¹— actualmente ya no es la dominante, sino que, en su lugar, gana cada vez más terreno la teoría adecuada, es porque no se puede dejar de reconocer que, en la ciencia jurídica, no solamente importa *comprobar* la relación causal en sí, sino, antes bien, poner en claro determinada *propiedad, que se corresponda a las exigencias del ordenamiento jurídico*, de la relación entre acción y resultado².

³ Cfr. Sauer, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, p. 443.

⁴ Cfr. Maschke, *Die Willenslehre im griechischen Recht*, 1926, pp. 69 ss.

⁵ Así, sin embargo, la doctrina dominante; cfr., p. ej., Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., 1929, p. 12.

⁶ Cfr. Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, p. 47.

¹ Frank, *lug. cit.*, p. 12; diferente Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, p. 163, donde se dice que la teoría de la condición es la dominante.

² A este conocimiento no se sustrae siquiera el RG —por lo general el representante más consecuente de la teoría de la condición—, respecto de la cuestión de

A ello se liga que los partidarios de la teoría de la condición se ven necesitados, precisamente en los casos-límite —en los cuales la “teoría” debería primero dar el apoyo necesario y así mostrar su valor—, a hacer amplias restricciones al principio de la equivalencia de todas las condiciones¹. Especialmente en los casos de delitos *calificados* por el resultado, ellos recurren casi sin excepción a los criterios de la teoría adecuada². Aquí, donde decae el postulado de la culpabilidad con su efecto regulador de la responsabilidad, se hace claro que el sentido jurídico-penal de la relación objetiva entre acción y resultado no se agota en una hipótesis gnoseológica causal. Para seguir el ejemplo de Liszt³: ¿Debería ser penado realmente A, por el § 226, StGB, si el navegante lesionado por él, a pesar de estar físicamente en condiciones de dominar las velas en correspondencia con los cambios de viento, no presta la atención necesaria, por la furia que le produce la humillación irrogada por A, y por eso zozobra? También aquí se tiene que conceder que la “serie causal aparentemente nueva... ha producido el resultado sólo en concurrencia con la primera actuación de voluntad”⁴, que, por tanto, la primera actuación de voluntad es cau-

la *actio libera in causa*: En la sent. del t. 60, p. 29 (el conductor de un automóvil se había quedado dormido conduciendo su coche y como consecuencia de ello atropelló a varios niños) se dice que “la causa del homicidio y lesión corporal... no se hallaba en el atropellamiento, sino en el dormir por propia culpa, al cabecear y quedarse dormido, lo que no debía hacer” (p. 30). Por tanto, si, en contra del principio de la equivalencia de todas las condiciones, se puede encontrar la causa no en el atropellamiento —que debe ser considerado, ciertamente, como causa, desde el punto de vista naturalístico—, sino que más bien lo que importa es que el conductor “estaba en incapacidad de imputación, cuando, a pesar de que lo invadió el cansancio, siguió conduciendo el vehículo y por ello causó el resultado”, se demuestra con ello que, con la palabra “causa”, se caracteriza mucho más que un elemento meramente causal; a saber: aquella conducta que ha sido realizada libremente y que, en consecuencia, es apropiada para ser fundamento de la responsabilidad. (Cfr. al respecto, *infra*, pp. 195 ss.). Esto no está aludido en lo más mínimo con la teoría de la condición.

- ¹ Cfr. el panorama sobre estas restricciones, en Frank, *lug. cit.*, pp. 14 ss.
- ² Cfr. Frank, *lug. cit.*, pp. 15 s.
- ³ Cfr. Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, p. 159.
- ⁴ Cfr. Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, p. 159.

sa en el sentido de la teoría de la condición. Del mismo modo también poco se puede conceder que en los *simples delitos de resultado* efecto restrictivo de la responsabilidad del postulado de la culpabilidad subjetiva, que aquí vale en forma irrestricta, pueda corregir, en forma satisfactoria desde el punto de vista de política-judicial, una relación causal que según la teoría de la condición de considerarse existente. Si, en caso de que A dispare un tiro contra B con dolo de homicidio, se lo pena por homicidio consumado cuando a la lesión en sí no mortal se le sumó el incendio del hospital el que B halló su muerte⁵, ello significa que se hace responder a por un resultado que si bien se corresponde a su plan, no se ha producido en virtud de su actuación de voluntad, sino de un suceso independiente de su voluntad, casual para él⁶. Correspondientemente: ¿debería ser penado por *homicidio imprudente* el cazador que había alcanzado al cuidador con un tiro, si éste halla la muerte en el incendio del hospital?¹ Dado que la imprudencia, según texto legal, se debe referir a la *causación* (cfr. §§ 222, 230, StGB) el elemento de la culpabilidad no garantiza una valoración aceptada del acontecer²; si ya la causación como tal no es sometida

⁵ Así, Frank, *lug. cit.*; p. 14, y Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, p. 158, en tanto—de esto no hay duda—sus explicaciones bajo III, 1, no están referidas sólo a los delitos causados por el resultado.

⁶ Por ello, en mi opinión, sólo entra en consideración una punición por homicidio *tentado*; pero para ello no hace falta el concepto auxiliar de la "interrupción de nexo causal" (así, Wachenfeld, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, pp. 91 s.; si el concepto causal de antemano se ajusta a las necesidades jurídico-penales. En las consecuencias del mismo modo, Allfeld, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3. ed., 1922, pp. 111 s.; von Hippel, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafrechtentwurf von 1925*, ZStW, t. 47, p. 28, nota 39. Caracteriza acertadamente punto de vista de la causalidad adecuada, Köhler, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1917, p. 199: "Una condición no es causa, si ella ocasiona el resultado sólo mediante aquellos efectos intermedios, cuya concurrencia reside fuera del ámbito de la experiencia razonable".

¹ Las configuraciones de los casos basados en imprudencia en general no se explicadas en el problema causal; de otro modo, von Hippel, *lug. cit.*; obviamente, considera sostenible una punición sólo por *lesión corporal imprudente*.

² Del ejemplo del texto, notas 5 y 6, p. 176, se deduce que éste puede ser el caso también en delitos cometidos *dolosamente*. Con acierto observa Allfeld, *lug. cit.*

otra valoración. De otro modo, se dejaría que fuese suficiente, respecto de la reprochabilidad de la conducta, que el autor "hubiera podido reconocer *en sí* la posibilidad de la lesión mortal de un hombre", y a considerar "indiferente", en cambio, la cuestión de "si él conocía o podía prever las particularidades que influyen perjudicialmente en el curso causal en el caso concreto dado". En esta frase, gravada por la carga del destino, de la sent. del Tribunal del Reich; t. 54, p. 351, se muestra claramente en qué medida el juicio sobre la imprudencia depende de la correcta delimitación del fundamento de la responsabilidad mediante una valoración dentro de las condiciones que producen el resultado.

Traeger ha demostrado de modo convincente que una valoración de esa índole sólo puede realizarse sobre la base de la teoría de la condición. Es que el resaltar una acción de las restantes condiciones concurrentes siempre se liga al presupuesto de que, sin la acción, el resultado no se habría producido³. Sólo en relación con el principio según el cual tiene que realizarse ese resaltamiento se diferencian entre sí los diversos intentos que podemos denominar, resumidamente, teorías selectivas: Las teorías de la condición "más eficiente", de la "preponderante", de la "que suscita la existencia del resultado" han quedado sin influencia, porque comparten el error de extraer apresuradamente conclusiones de validez general a partir de presupuestos científicamente no fundamentados, basados en opiniones intuitivas. Es diferente la teoría adecuada, que ubica la experiencia como principio de selección. Reside allí un progreso esencial frente a las teorías selectivas antes mencionadas, en la medida en que la "experiencia" es un factor fundamental no sólo de la concreta aplicación del Derecho, sino también del acto de sentar el Derecho con validez general. Pero lo que los partidarios de la teoría adecuada dejan en gran medida sin considerar, aunque no lo pasen por alto por completo, es

p. III: "También en los delitos dolosos (puede) cobrar importancia la delimitación correcta de la relación causal".

³ Cfr. Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 38 ss.; además, también Frank, *loc. cit.*, p. 16; Lobe, en *Leipz. Kommentar*, 4.^a ed., 1929, p. 40; Baumgarten, *Bemerkungen zu Bindings Normen*, ZStW, t. 37, p. 529.

la constatación de que *cualquier valoración* dentro de las condiciones que producen el resultado ya reside *fuera de la significación exclusivamente ontológica del concepto causal*.

Ya Traeger había subrayado que mediante la "exigencia de explicar sólo aquellos antecedentes causales de condiciones que configuraron el resultado de modo diferente *para la valoración jurídica*... se abandona, sin embargo, el suelo de la pura consideración causal, entrando en el juicio de valor jurídico"¹. Más enérgicamente ahora Sauer². Pero si, respecto de la pregunta relativa a cuál es el principio que, entre las condiciones necesarias, puede resaltar una u otra como causa, ya no se trata para nada de un problema ontológico, sino que esta cuestión subyace, antes bien, a una apreciación de la ciencia de los valores, por tanto, si tenemos que vernos aquí con un problema axiológico, entonces, es impreciso y encubre el núcleo del asunto denominar a aquellas teorías selectivas como teorías jurídicas *causales*. En verdad, son intentos por explicar los presupuestos que muestran la relación causal entre acción y resultado *como fundamento apropiado de la valoración jurídico-penal*. No se trata a ese respecto de la prueba de una relación causal, sino de la *valoración* de la ya demostrada como existente. La cuestión de la causalidad está resuelta si se comprueba que la acción —cualesquiera que sean las otras condiciones— fue el presupuesto *necesario* de la producción del resultado. Pero con este juicio sobre la relación fáctica entre acción y resultado no se resuelve aún la cuestión de si esta relación también es significativa *para el ordenamiento jurídico*, si satisface las exigencias del ordenamiento jurídico.

Si uno reconoce este doble interrogante, ya no corre el peligro, sin embargo, de darle al problema causal un "significado exagerado". Si "la función más elemental del entendimiento humano, de realizar asociaciones causales"¹, ha resuelto que con la supresión de la acción tendría que desaparecer también el resultado,

¹ Así, Traeger, *lug. cit.*, p. 42.

² Cfr. *supra*, el texto al que corresponde la nota 3, p. 174.

¹ Así, M. E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 140.

no hay que gastar ni una palabra más sobre la causalidad. Antes bien, *al juicio causal, como juicio ulterior autónomo, se le agrega el de la imputación objetiva*², que tiene que revisar la cuestión axiológica, a saber, la *significación de la relación causal para el ordenamiento jurídico, medida según parámetros que están dados con el ordenamiento jurídico mismo*¹. 180

Un giro significativo hacia esta constatación se halla ya en 1906, en Graf zu Dohna. En su *Beitrag zur Lehre von der adäqua-*

² Sobre el uso del concepto de la imputación objetiva (por contraposición a la "imputación subjetiva") en la ciencia del Derecho penal del siglo XIX, cfr. Larenz, *Hegeles Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1926, p. 60, con nota 2, y p. 70, con nota 2. (El repaso de la restante bibliografía de ese tiempo no aporta nada esencialmente nuevo.) Aún hoy, el concepto de la imputación objetiva no se puede evitar incluso con otro punto de vista básico, completamente distinto, sobre la esencia de la acción, a saber, el de ciencias natural-mecanicistas: en parte es usado como equivalente de la causalidad; así, van Calker, *Strafrecht*, 3.^a ed., 1927, p. 25: "La actuación de la voluntad tiene que ser... condición del resultado (*imputatio facti* en contraposición a la *imputatio iuris*)"; Lobe, *lug. cit.*, p. 35: "Hay que distinguir entre imputación (objetiva) del resultado a la *causa (imputatio facti)* e imputación (subjetiva) a la *culpabilidad (imputatio iuris)*". Contra esta terminología hay que objetar que bajo "imputación" sólo se puede entender la vinculación entre un acontecer y una *persona*. En este sentido se puede entender la formulación de Frank, *lug. cit.*, p. 11: la causalidad "fundamenta sólo la imputación fáctica (*imputatio facti*)"; la culpabilidad, "recién la responsabilidad jurídico-penal (*imputatio iuris*)". Acertadamente, Allfeld, *lug. cit.*, p. 112, habla de que, en ciertos casos, "el resultado producido no es imputable al autor, por falta de relación causal" (por el contexto, aquí sólo puede estar aludida la imputación objetiva).

También el StGB emplea el concepto de "imputar" no sólo en el sentido subjetivo, imputación a la culpabilidad: § 59, sino también en el sentido objetivo, como en el § 50: Imputabilidad de circunstancias de hecho al merecimiento objetivo de pena de la acción.

¹ Espero la objeción de que la ley misma sólo exige un "causar"; p. ej., en los §§ 222, 226, 230, StGB, según lo cual, desde el punto de vista objetivo, ella se satisfaría con la causalidad. Pero nosotros hemos sostenido también en otros casos que eso que el legislador, siguiendo el uso sintético del lenguaje, resume en una palabra, se descompone científicamente, en forma analítica, en más de un concepto (p. ej., el elemento del hecho "sustraer", en el § 242, StGB). Pero, después de las explicaciones de Traeger, *lug. cit.*, pp. 4 ss., y de Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, t. 3, 1905, pp. 36 ss., ya no se puede discutir seriamente que a la pregunta de si el legislador le ha dado a la palabra "causar" un sentido especial le corresponde no sólo una justificación existencial, sino una significación de rango superior.

ten Verursachung ["Contribución a la teoría de la causalidad adecuada"]², Dohna parte de que el concepto de la posibilidad objetiva, en el que se basa la teoría de la causalidad adecuada, no tiene ningún lugar "junto a la necesidad, que es afirmada conceptualmente dentro de la causalidad". Pero "algo explicado como causal por su necesidad para la producción del resultado no [podría] pasar al mismo tiempo como no causal, por carecer de aptitud general para producir tal resultado". De aquí se seguiría que el problema de la adecuación de las causas "no puede ser de la misma naturaleza" que "la comprobación de la vinculación causal entre dos sucesos". "En realidad, siempre que se pregunta por la adecuación de una condición del resultado, ya está concluida la consideración causal y comienza una forma de consideración de otra naturaleza, que ha de decidir sobre la imputabilidad del resultado".

Sin embargo, no puedo seguir a Dohna en que se pueda extraer directamente de la obra de Traeger *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* ["El concepto causal en el derecho penal y civil"] una confirmación perfecta de esa concepción del verdadero carácter de la llamada causalidad adecuada³. Concedo que Traeger considera posible realizar la selección entre las condiciones que favorecen un suceso sólo según aquellas consideraciones "que se hallan fuera de los factores conceptuales de la causalidad, en el sentido de la teoría del conocimiento"⁴. Traeger fue aun más claro en las explicaciones sobre la omisión: "Declarar causal a la omisión misma es un contrasentido". Sólo en un sentido trasladado por extensión se puede hablar —dice— de causalidad de la omisión; pero mejor sería "hablar, en lugar de la causalidad de la omisión, de la relevancia de la omisión con relación a cierto resultado, es decir, hablar, en lugar de una omisión causal, de una relevante"¹. Sin embargo, de este modo Traeger pasa de la consideración causal, a una forma de consideración distinta, es decir, a la imputabi-

² MSchrKrimPsych., año 2 (1906), pp. 425 ss.

³ Así, Dohna, lug. cit., p. 426.

⁴ Cfr. Traeger, lug. cit., p. 116.

¹ Cfr. Traeger, lug. cit., pp. 72 s., y en *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913, pp. 20 s.

lidad del resultado. Pero él no toma consciencia de la *propiedad categorial y significación del juicio de imputación*. De otro modo, no habría omitido elaborar aquel método en el cual se basa el juicio de imputación en su propiedad específica, básicamente distinta del juicio causal.

Pero Larenz sí nos conduce recientemente un considerable paso más allá en esa dirección. Basando el concepto de la imputación objetiva en la teoría de la imputación de Hegel², explica primeramente los fundamentos filosóficos del concepto de imputación: éstos se hallan en el concepto de la libertad como espontaneidad de la voluntad y los conceptos idénticos a aquél de personalidad y de lo no condicionado³. Enseguida pasa a mostrar el carácter teleológico de la imputación objetiva, con lo cual a la vez se obtiene la delimitación entre el "hecho" y el acontecer casual, pero, más allá de eso, también un panorama valorativo sobre el concepto de "acción" y "omisión"⁴.

En lo que sigue dejaremos de lado toda fundamentación filosófica, aun cuando sería interesante entrar en el pensamiento desarrollado por Larenz a partir de la filosofía kantiana y explicar que necesidad de la naturaleza y libertad, y de este modo a la vez el concepto causal y el de fin, pueden estar referidos a una misma manifestación. Aunque obtendríamos con ello una base filosófica del punto de vista que defenderemos en lo que sigue, nos importa precisamente derivar el concepto de la imputación objetiva, independientemente de toda postura filosófica, a partir de los principios generalmente reconocidos de la teoría general del Derecho. A partir de esto obtendremos primeramente el mismo resultado que Larenz, en el sentido de que la teoría de la causación adecuada atañe a un problema que puede ser resuelto sólo por medio de una teoría de la imputación, no de una teoría causal. Esta constatación nos conduce además a acentuar la necesidad de agregar un *juicio de imputación autónomo, totalmente independiente del jui-*

² En su trabajo *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927.

³ Cfr. Larenz, *lug. cit.*, pp. 45 ss., 50 ss.

⁴ Al respecto, en particular, Larenz, *lug. cit.*, pp. 67 ss.

cio causal. Recién al llegar al conocimiento de esta necesidad está abierto el camino para esclarecer aquel principio que es decisivo sobre la imputabilidad objetiva del resultado. Se mostrará como fructífero, también para el problema de la participación.

— II —

En el intento de mostrar la propiedad específica del juicio de imputación frente al juicio causal, hay que partir del hecho de que el juicio de imputación presupone, como punto de referencia de un resultado, exclusivamente una conducta humana en el sentido de manifestación de voluntad. Se podría objetar que también las teorías causales jurídicas buscan mostrar el carácter causal sólo de acciones humanas¹. Pero ello no reside en el concepto de causalidad, sino que sólo se funda en su aplicación a la solución de asuntos jurídicos. Pues todo juicio causal tiene que partir de la equiparación básica de la acción con otras condiciones, dado que "obviamente... toda modificación es la consecuencia de numerosos factores"². Causa, en el sentido filosófico general, no es *un* suceso, sino la totalidad de todas las condiciones, y recién la cuestión de si integra las condiciones del resultado también la conducta humana que se está enjuiciando, le da al juicio causal el giro específicamente jurídico³.

El segundo punto de apoyo para restringir el concepto causal filosófico lo ofrece el resultado. La ley lo fija como suceso, por medio de lo cual él adquiere su significación jurídica⁴. En él reside la lesión del bien jurídico o bien su puesta en peligro. Está en el primer plano del interés jurídico¹ y configura el motivo de la investigación jurídica. Por eso es siempre el resultado el que configura,

¹ Muy claro, Krückmann, *Das juristische Kausalproblem als Problem der passendsten Fiktion*, ZStW, t. 37, p. 355: "Nosotros, los juristas, no buscamos la causa, sino a un determinado causante".

² Así, Frank, *lug. cit.*, p. 11.

³ Cfr., sobre la derivación del concepto causal jurídico a partir del filosófico, Finger, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1904, pp. 275 ss.

⁴ Cfr. Lobe, *lug. cit.*, p. 36.

¹ Cfr. Bierling, *lug. cit.*, p. 31; M. E. Mayer, *lug. cit.*, pp. 117 s.

prácticamente, el punto de partida de la consideración jurídica. Ciertamente, él interesa desde el punto de vista jurídico, sólo si está en relación de efecto con una conducta humana. Ahora bien, la pregunta de si existe relación causal entre el punto inicial determinado de esa forma y el punto final de una secuencia de desarrollo la responde inequívocamente la teoría de la condición, en la medida en que, conforme a ella, la relación causal entre acción y resultado está dada siempre que la acción no pueda ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado. Pero coincidimos con Max Ernst Mayer en que para este conocimiento no hace falta una teoría, en que, al contrario, de esa forma el "problema" de la relación causal es negado². Sin embargo, con eso no se reconoce de ningún modo, desde nuestro punto de vista, que *cualquier* relación causal sea relevante³; pues con la comprobación de una relación causal por sí sola no se hace justicia con la esencia de la conducta humana, en el sentido de una manifestación de voluntad. La conducta, como manifestación de voluntad, al contrario de los numerosos factores restantes, es algo originario; un "poner causas conscientemente", un "acto cuasi-creativo"⁴, una intervención del entendimiento humano, adecuada a un fin, en los procesos de la naturaleza y, entonces, una manifestación teleológica.

Si la relación con un resultado, según el punto del que nosotros partimos, ha de estar signada por el concepto de imputación objetiva exclusivamente en actuaciones de voluntad, el *contenido* del juicio de imputación dependerá de la originalidad teleológica de las actuaciones de voluntad humana. Veo esta propiedad teleológica suya, de la que hoy mucho se habla, en que aquéllas son el medio con el cual el hombre realiza sus fines mediante su intervención en los procesos de la naturaleza, somete la naturaleza a sus fines. No hace falta mencionar que su poder encuentra límites. Pero en tanto el hombre sea capaz de prever los efectos de una conducta determinada, y en tanto sea capaz, además, de producir

² M. E. Mayer, *lug. cit.*, p. 141.

³ De otro modo, M. E. Mayer, *lug. cit.*, p. 141.

⁴ Cfr. Bierling, *lug. cit.*, p. 48; además, también las valiosas observaciones sobre el significado creativo de los procesos de voluntad, de Wilhelm Wundt, *Völkerpsychologie*, IX, *Das Recht*, 1913, pp. 288 s.

184 estos efectos mediante la conducta correspondiente o de evitarlos mediante la conducta contrapuesta, en esa medida alcanzará la posibilidad de su autoría y en tanto y en cuanto él sea "no sólo el primer eslabón de una cadena de causas y efectos, sino su principio configurador"¹. Pero, precisamente por ello su conducta puede ser vista como manifestación de su voluntad, orientada a fines —considerada también objetivamente, es decir, sin tener en cuenta aquello que él quisiera de facto—². Y dado que precisamente el intervenir en los procesos de la naturaleza conforme a un fin configura la esencia de la conducta humana, el estar *objetivamente teñido por un fin* es el criterio para la imputabilidad de un resultado y, con ello, también para delimitarlo del suceso casual³. *Conforme a ello, es imputable aquel resultado que puede ser concebido como propuesto como fin.*

¹ Así, Larenz, *lug. cit.*, p. 67; cfr., además, Bierling, *lug. cit.*, pp. 63 ss. En la misma línea se dirigen las investigaciones de Krückmann: En *Verschuldungsaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit* (Jherings J., t. 55, pp. 1 ss.), él habla de la posibilidad de "dominio teleológico" del proceso causal (p. 40), del servirse del movimiento ajeno por medio de movimientos propios (p. 44) y de la calculabilidad como elemento "para poder representarse la dependencia del movimiento ajeno respecto del movimiento propio al servicio del fin, del resultado" (p. 52). Pero a mí me parece que la unificación de la "calculabilidad típica con el cálculo individual" no puede caracterizar completamente la utilidad de una "teoría del movimiento ajeno dominado" (cfr. Krückmann, en *ZStW*, *lug. cit.*, pp. 353, 361), dado que la *posibilidad de la producción* de lo calculable es un factor autónomo esencial para la valoración de la conducta.

² Para una ulterior explicación de esta forma de consideración objetiva se puede hacer una remisión a Larenz, *lug. cit.*, pp. 67 ss.; pero sea destacado como esencial: "Por medio de la capacidad para proponerse fines y realizarlos, de darle al curso causal la dirección a un fin quizá lejano, pero conocido y querido, de hacerlo fructífero, la voluntad domina el acontecer de la naturaleza y lo transforma en el hecho propio. Así, el hecho se nos presenta como una totalidad teleológica, es decir, como una relación múltiple entre causas y efectos, que es regido por la voluntad mediante la relación con el fin. Conforme a ello, la imputación como juicio sobre el hecho no es un juicio causal, sino uno teleológico. Sólo que no se debe concebir aquí el fin subjetivamente, sino que hay que concebirlo objetivamente; es decir, uno no se puede quedar en imputar aquello que fue sabido y querido, sino que también hay que imputar lo que pudo ser sabido y regido así por la voluntad, lo que era posible como objeto de la voluntad".

³ Cfr., sobre la contraposición entre imputación y casualidad, Larenz, *lug. cit.*, pp. 61, 76, y sobre el valor de una teoría causal, que pueda excluir lo casual, Krückmann, *ZStW*, *lug. cit.*, pp. 358 s.

Podrá ser evidente que con eso no se expresa aún un juicio de 185
valor sobre el autor como tal, no está resuelta aún la cuestión de
su responsabilidad por su conducta y, así, a la vez, tampoco por el
resultado. Pues aún no se ha dicho nada acerca de si el autor per-
siguió el resultado intencionalmente, sólo lo aprobó o incluso sólo
lo previó; por tanto, nada acerca de sus relaciones psíquicas con el
resultado. Sólo se ha expresado un juicio sobre la *posibilidad* —a
juzgar desde el punto de vista objetivo— de una relación teleoló-
gica de la conducta con el resultado, sobre la *alcanzabilidad o evi-
tabilidad del resultado*, para alguien que esté en la situación en
cuestión.

Por tanto, aunque este juicio no se basa en el saber y el querer
actuales del autor, sí en sus capacidades potenciales —intelec-
tuales y psíquicas—. Es determinante la cuestión de si el autor,
mediante su conducta, en concurrencia con los factores dados fue-
ra de sí mismo, pudo incidir en la producción del resultado o en la
evitación del resultado. Para la conocida y hasta ahora no resuel-
ta disputa de los partidarios de la teoría adecuada —para quién
tiene que ser calculable el resultado, si para el autor, el observa-
dor objetivo o el hombre más entendido—, no podría haber lugar
dentro de la teoría de la imputación objetiva. Si aquella disputa
se debe a que la cuestión de la *calculabilidad*, según su naturale-
za, es *teórica*, y, como consecuencia de ello, admite un punto de
vista distinto, respecto de la *imputabilidad* del resultado se tra-
ta de la cuestión *práctica* más amplia de la posibilidad objetiva de
la conducta de perseguir fines. El contenido de esta cuestión, la
alcanzabilidad de un fin determinado, hace que *todo* factor de la
situación de hecho aparezca como esencial, con lo cual el centro de
gravedad de la decisión no se ubica en la generalización —como
en la teoría adecuada—¹, sino en la singularidad del caso. Para la

¹ Al respecto sería decisivo para el carácter de causa de la conducta humana,
tal como se lo formula muchas veces, la cuestión de si ella "produce *regularmente* el
resultado que está en cuestión" (así, van Calker, *lug. cit.*, p. 26), si el curso causal es
"característico ["*typisch*"] (así, Lobe, *lug. cit.*, p. 40). Pero este criterio es inadmi-
sible. Pues en los casos ajustados a lo regular, configurados de modo característico, la
relación entre conducta y resultado aparece como evidente; para ellos no hace falta
una teoría; y la pregunta por el curso característico no se ajusta a los casos que apa-
recen una sola vez o raramente, para los cuales precisamente buscamos un apoyo

186 respuesta a la pregunta de si la conducta que entra en consideración habría podido ser realizada conforme a un fin para alcanzar o evitar el resultado producido —la conducta activa puede ser considerada como medio para alcanzar el resultado producido; la pasiva, como medio para no evitarlo—, no se debe prescindir de ninguna circunstancia de la situación de hecho concreta. “Es determinante” —tal como ha afirmado Liszt desde siempre, a partir de su punto de vista, como representante de la teoría de la condición— “siempre la configuración *efectiva*, aun cuando sea inusual, del curso en el caso particular”¹. La cuestión de si, p. ej., la muerte del sobrino alcanzado por el rayo puede ser atribuida al hecho de que, durante una tormenta, A envía a su sobrino, al que quiere heredar, a una colina cubierta de árboles altos², depende de si uno tiene que considerar esto como pura casualidad, aun cuando se correspondiera al deseo de A, o si uno puede hablar de que A se ha aprovechado de la fuerza natural de la tormenta. Si acaso se hubiera podido observar que la tormenta, en esa época del año, pasaba sobre esa colina y descargaba allí sus rayos, entonces, se habría podido contar —siguiendo reglas de viejos campesinos— con otras repeticiones. Recién entonces la pregunta se podría contestar en el sentido de la segunda alternativa; me parece dudoso que se lo pueda resolver así mediante la teoría adecuada. Del mismo modo, el interrogante de si el resultado puede ser concebido como perseguido como fin lleva a decisiones inequívocas, y, por cierto, a la negación de la imputabilidad del resultado, si, p. ej., por culpa del cochero los caballos se desbocan, un peatón se arroja contra ellos, es atropellado y se quiebra un brazo; igualmente, si el due-

en la teoría. Si, p. ej., el conductor de un automóvil dobla a la izquierda precisamente en el momento en el cual otro quiere sobrepasarlo, y el otro entonces dobla tan fuertemente que vuelca y pierde la vida (cfr. RGSt, en LeipzZfDR, 1929, p. 1148), sólo se podría hablar de un curso característico si casos desgraciados de esa índole aparecieran frecuentemente, lo que no es cierto, o bien si, con ello, se quiere caracterizar el peligro ligado en general al tránsito automotriz, con lo cual no se tendría en cuenta, empero, la particularidad del caso.

¹ Cfr., p. ej., la 18.ª ed. del *Lehrbuch* (1911), pp. 135 s., y ahora la 25.ª ed. (1927), p. 162.

² Cfr. Traeger, *lug. cit.*, p. 8.

ño de una casa ha omitido echar arenilla sobre la helada del frente de su casa, un peatón camina por ello sobre la calzada y, sin su propia culpa, es atropellado³. También si A incita a B a realizar determinado viaje por el mar, aunque sabe que la sociedad de navegación que organiza esos viajes pone en funcionamiento también barcos ineptos para el mar, y el barco que utiliza B se hunde como consecuencia de la ineptitud marítima. Si uno quisiera resolver del mismo modo según la teoría adecuada¹, entonces, en estos casos debería quedar claro que, con el concepto de "previsibilidad" o de "calculabilidad", no se alcanza el punto central de la relación objetiva del autor con el resultado, sino que se lo alcanza solamente con el del "dominio" del curso causal. Pero, en tanto uno hable aún de causalidad y no de imputación, oscurecerá la constatación esencial, claramente formulada por Larenz², de que aquí está en discusión "no la posibilidad de un curso causal determinado, sino la de su dominio por la voluntad".

Si la introducción del concepto de imputación objetiva aparece así justificada desde el punto de vista práctico, así también como concepto jurídico categorial se legitima en razón de que el Derecho se dirige exclusivamente a la voluntad, como fundamento espiritual de la conducta. Es que el Derecho es ordenamiento de la convivencia humana sólo por el hecho y en la medida en que la conducta humana se puede determinar. Este cometido les es puesto a los mandatos y prohibiciones, que se dirigen a la voluntad huma-

³ Ejemplos de Mascike, *lug. cit.*, p. 81, allí con solución opuesta.

¹ Habría que decidir *de modo opuesto*, según el principio derivado de la teoría adecuada —siguiendo a Allfeld y a Traeger— por Köhler, *lug. cit.*, p. 197: "El encañamiento de una condición con un resultado no se convierte aún en anormal por el hecho de que se produzca por la intermediación de un tercero que actúa sin culpabilidad o imprudentemente". Pero la distancia entre los ejemplos dados al respecto por Köhler (el médico prescribe veneno por imprudencia en lugar de un medicamento, el enfermero advierte esto, pero le da el veneno al enfermo imprudentemente; A hiere a B con dolo de homicidio, B no se cura y muere; A le hace creer al cazador dominguero B, que entre las matas hay un reno, mientras que, tal como él [A] sabe, allí se encuentra C) y los expuestos en el texto muestra que aquel principio está concebido de modo demasiado amplio.

² Cf. Larenz, *lug. cit.*, p. 63.

na, porque sólo ésta puede ser influida por ellos. Pueden exigir de ella sólo la conducta que, según la experiencia general, pueda ser esperada de la voluntad humana, expresado de otro modo: pueda serle exigida al hombre. Pero esperada sólo puede ser aquella conducta que se halla en el ámbito del poder humano, que a él le sea posible observar. En consecuencia, los mandatos pueden exigir la producción de un resultado deseado por el legislador; las prohibiciones, la evitación de uno indeseado por el legislador, sólo en la medida en que su producción o su evitación le sea posible a quien se halla en la situación presupuesta por el legislador, por tanto, un resultado que él pueda prever y, entonces, también producir o evitar. Conforme a ello, llegamos a la consecuencia, también a partir del punto de vista de los contenidos de los preceptos jurídicos, de que *la conducta humana causal del resultado es jurídicamente relevante sólo si, respecto de la producción o evitación del resultado, puede ser concebida como en pos de un fin*. Recién con la finalidad objetiva¹ que se agrega a la causalidad está dada la base, según lo anterior, para la significación jurídica de la conducta humana². Que Bierling considerase la acción u omisión como causa sólo en la medida en que fuera "expresión de potencia espiritual"³ y que von Rohland caracterizara la voluntad como "la única causa que el Derecho reconoce como valiosa"⁴, se puede reconocer acabadamente como sentido inherente a esas formulaciones, sólo desde el punto de vista de la *posibilidad objetiva* y también *concebible* de la conducta de *perseguir un fin*⁵. Asimismo, se pueden entender sólo desde ese punto de vista formulaciones de Binding tan particulares como enfáticas: "El factor de la voluntad nunca puede

¹ Cfr., sobre el concepto de fin como principio objetivamente válido, precisamente en relación con "procesos en sí concluidos" (como los que deben considerar los contenidos de los preceptos jurídicos), Wilhelm Wundt, *lug. cit.*, pp. 285 ss.

² Respecto de la repercusión de este punto de vista sobre la cuestión de la tipicidad de la conducta, véase *infra*, p. 196.

³ Cfr. Bierling, *lug. cit.*, p. 52.

⁴ von Rohland, *Die Kausallehre des Strafrechts*, 1903, p. 60; cfr. también el mismo autor, en *Kausalzusammenhang, Handeln und Unterlassen*, en VDA, I, p. 349.

⁵ Cfr., al respecto, esp. von Rohland, *Kausallehre*, pp. 10 ss. (16).

mantenerse lejos del concepto de causa en sentido jurídico; y esta voluntad es siempre, en sentido jurídico, la causa sin más, sin ninguna concurrencia. Toda acción halla su causa (total) en la voluntad de actuar, y en ninguna otra cosa"⁶.

Con ello no se dice, sin embargo, que toda no producción imputable del resultado mandado o toda no evitación imputable del prohibido haga responsable. Antes bien, éste es el caso sólo si la conducta imputable es también antijurídica y reprochable. Pero sólo se puede hablar de antijuridicidad y reprochabilidad de la conducta si existió la posibilidad de evitar el resultado prohibido o la de producir el mandado. 189

— III —

Así como los representantes de las teorías selectivas afirman un significado de su punto de vista que va más allá del problema causal, así también se impone para nosotros la cuestión de en qué medida el concepto de imputación aquí desarrollado afecta la base objetiva de las teorías generales del delito.

I — En lo inmediato se trata de dilucidar, desde el punto de vista aquí adoptado, la cuestión de la "causalidad de la omisión". Al respecto, hay que separar de antemano los preceptos jurídicos que, como *mandatos*, exigen una conducta determinada: Pues dado que la infracción a esos mandatos sólo es posible mediante pura omisión, las infracciones al mandato se plantean como puros delitos de omisión, en los cuales no integra el tipo un resultado separable de la omisión, perceptible por los sentidos¹. Conforme a ello, sólo restan aquellos preceptos jurídicos que, como *prohibiciones*, exigen la evitación de un resultado indeseado por el legislador. A esas infracciones a prohibiciones él les da —en tanto no configure tipos alternativos²— la forma de delitos de comisión. Si éstos son, a la vez, delitos de resultado, entonces, indiscutible-

⁶ Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.^a ed., 1914, t. II, 1, p. 483.

¹ Cfr., al respecto, entre otros, Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, pp. 166 s.; Traeger, *Unterlassungsdelikte*, pp. 10 s.

² Cfr., p. ej., §§ 123, 322, StGB.

190 mente la producción del resultado indeseado mediante inactividad está equiparada a su producción mediante una actividad positiva. Ahora bien, la cuestión de si tal inactividad puede ser considerada "causa" del resultado es —como se sabe— sumamente discutida: Con seguridad, la causalidad "no es sólo una relación lógica, sino también empírica, no sólo una relación fundamental en nuestras leyes mentales, sino también en hechos"³. También con seguridad, esta relación debe ser concebida como relación de efectos⁴. Pues sólo un llegar a ser efectivo nos explica la realidad, porque ésta —según su sentido literal último— es concebible sólo como efecto de lo precedente¹. Por eso, el efecto tiene que ser representado como necesariamente dependiente de la causa, "con la realidad de la causa... [tiene que estar pensada] como dada necesariamente la realidad del efecto"². Si uno concibe esta dependencia como una dinámica, según la cual el efecto surge de la causa, por medio de las fuerzas que devienen efectivas con la causa, entonces, uno tiene que llegar, sin embargo, a una separación tajante entre la causalidad del actuar y la del no actuar, pues en contraposición a las fuerzas originadas por el actuar, el quedar inactivo tiene sólo el significado de permitir que las fuerzas eficientes sigan su curso³.

³ Así, Sauer, *lug. cit.*, p. 414.

⁴ Cfr. Sauer, *lug. cit.*, p. 415: "Ciertas magnitudes, fundadas en los hechos, que se nos presentan como las que producen las modificaciones se corresponden a nuestras leyes mentales... Así, el efecto es concebido como uno ajustado a leyes". Cfr. también Lobe, *lug. cit.*, pp. 35 s. Lo que Genzmer, *Der Begriff des Wirkens*, 1903, pp. 9 s., aduce contra la idea de una relación de efectos, no es convincente; pues primeramente no es correcto que el concepto de efecto provenga de la experiencia; pero, en esa medida, es insuficiente para la explicación, porque, respecto de los movimientos del cuerpo cósmico en el espacio sideral, no se trata, ciertamente, de datos de nuestra *experiencia*.

¹ Esto, también contra Liepmann, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, pp. 51 s., donde la "dependencia necesaria" se explica como debida a la idea de la necesidad sólo "de una vinculación ajustada a leyes". Pero esta explicación meramente formal nunca acalla la pregunta por la *clase* de la legalidad.

² Así, Liepmann, *lug. cit.*, p. 48.

³ Del mismo modo, entre otros, von Hippel, *Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission*, en ZStW, t. 36, p. 509, nota 29.

Sin embargo, hoy debería estar reconocido en general que nuestro concepto causal no puede pretender explicar la *esencia* de la efectividad de la causa *misma*. Ha de expresar sólo nuestra *idea* de la razón de la modificación. Sólo *que* el concepto causal declara que el resultado "tiene que ser pensado como debido a algo", pero no "qué es o cómo está constituido este algo subyacente"⁴. Pero recién entonces él es, de hecho, sólo una "vinculación lógico-gnoseológica entre dos datos"⁵. Con éste su significado es completamente compatible la idea de la causalidad de un quedar inactivo. Pues si para afirmar la causalidad de una actividad basta con que ella no pueda ser suprimida mentalmente sin que también el resultado desaparezca, una inactividad tiene que poder ser caracterizada como causal, si una actividad contrapuesta a aquélla habría impedido el resultado⁶.

Pero precisamente si nosotros vemos la preferencia de la teoría de la condición en que ella, para la causalidad del quedar inactivo, no es menos un "principio heurístico"¹ de lo que es para la causalidad del actuar, tanto más creemos tener que referirnos a que, con el juicio causal solo no se roza aún en absoluto la cuestión que resulta decisiva para el quedar inactivo. Se puede hablar de una causa en sentido jurídico sólo si el no actuar —al igual que el actuar— tiene el significado de una manifestación de voluntad. La causalidad del actuar presupone en la misma medida que la del no actuar "libertad de actuar, la posibilidad de actuar de otro modo"². Pero, en relación con las razones por las cuales no existió una posibilidad de actuar de otro modo, el no actuar no va más allá que el actuar. Un actuar no es una manifestación de voluntad

⁴ Cfr. Benno Erdmann, *Über Inhalt und Geltung des Kausalgesetzes*, 1905, p. 30. Ya demasiado lejos, por ello, Liepmann, *lug. cit.*, p. 49, cuando afirma que "(debe) ser negada no la existencia de fuerzas eficientes, sino solamente su concebibilidad".

⁵ Así, Eb. Schmidt, en Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, pp. 165 s.

⁶ De modo similar, también Binder, *Philosophie des Rechts*, 1925, pp. 307 s., con nota 31, y Sauer, *Kants Einfluß auf das Straf- und Prozeßrecht*, en ZStW, t. 45, p. 5.

¹ Así, Eb. Schmidt, en Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, p. 157, nota 1.

² Cfr. Sauer, *lug. cit.*, p. 435.

si fue realizado como efecto de una anomalía espiritual o fuerza física³, pero un no actuar tampoco es una manifestación de voluntad si al inactivo le faltó la posibilidad de actuar por otras razones (respecto de las mencionadas) objetivas o subjetivas⁴. Por ello, la pregunta irónica de M. E. Mayer: ¿No me engaño si establezco que mis flores se han marchitado porque he olvidado regarlas?⁵, no acierta en el núcleo del interrogante, porque de un mero "olvido" sólo se puede hablar si, de tener mejor memoria, tenía la posibilidad de regar las flores. Pero: ¿cómo sería si no hubiera podido hacerlo por enfermedad o por un viaje?, ¿cómo, si alguien que no sabe nadar ve ahogarse a un bañista? ¿Se puede entonces decir que él ha "omitido" el salvamento? Evidentemente no. Antes bien, el no actuar está equiparado al actuar sólo "cuando el actuar habría *podido* realizarse en las circunstancias imperantes"⁶. Sólo bajo este presupuesto el no actuar tiene el significado de una omisión. Y, respecto de la producción de un resultado, hablamos de una omisión, con prescindencia del caso en el que el autor intencionalmente no ha evitado el resultado, sólo si él pudo preverlo y dominarlo, es decir, evitarlo. Si él no pudo evitarlo; no tiene sentido decir que ha "omitido" su evitación¹.

Un repaso de los delitos propios de omisión confirma esta concepción: Quien toma conocimiento de la existencia de un plan criminal y no hace la denuncia omite realizar la denuncia sólo si to-

³ Cfr. los §§ 51, 52, StGB.

⁴ A esto apunta la doctrina dominante cuando pone el acento en la posibilidad de actuar como particularidad de la causalidad de la omisión, y en esa medida carece de razón la polémica de Sauer, *lug. cit.*, pp. 455 s.

⁵ Cfr. M. E. Mayer, *lug. cit.*, p. 149.

⁶ Así, Frank, *lug. cit.*, p. 17; cfr. también Traeger, *Untertassungsdelikte*, p. 87.

¹ Es desacertada, y sólo sirve para justificar el intento de un concepto de delito sintomático, la concepción de Kollmann, *Der symptomatische Verbrechenbegriff*, en ZStW, t. 28, p. 461, según el cual un no actuar tiene el significado de una omisión "en los casos en que se había esperado un actuar", pues se convertiría "el no actuar en un omitir, recién por medio de aquel que había esperado un actuar". Pero, dado que o bien el no actuante mismo o, si no, su semejante pudieron ser los que tenían la expectativa, siguiendo a Kollmann "habría que separar dos géneros de omisiones". Sin embargo, son sólo "las circunstancias que dan motivo a la expectativa" y no la expectativa como tal, las que caracterizan un no actuar como omisión.

mó conocimiento en un momento en el cual todavía fuera "posible" frustrar el delito (§ 139). Asimismo, sólo es punible por la omisión de prestar auxilio en el sentido del § 360, n.º 10, quien no le presta atención a la exhortación, aunque "podía satisfacerla" sin un peligro relevante para sí mismo. En este sentido, es muy claro también el § 134, MStGB [Código Penal militar]: "Quien, teniendo la orden de hacer guardia en un puesto militar... deja a sabiendas que se cometa una acción punible, que podía impedir y estaba obligado a impedir por razones del servicio..."². Asimismo, también se puede hablar de la punibilidad de la coacción a una omisión (§§ 114, 240, 339, StGB), sólo si al coaccionado le hubiera sido posible actuar, en lugar de permanecer inactivo.

Conforme a ello, se puede decir, en resumen, lo siguiente: En los delitos de omisión, siempre se le agrega, a la cuestión causal, también la pregunta ulterior³ de si el autor habría podido impedir el resultado, por tanto, si a él le era posible, en lugar de quedar inactivo, realizar una actividad contraproducente a la verificación del resultado. Esta pregunta se debe contestar afirmativamente, si la producción del resultado era previsible, en las circunstancias dadas, y estaba dentro del poder del autor impedirla mediante una actividad contraproducente; en otras palabras: si la inactividad, respecto del resultado, puede ser concebida como perseguida como fin. En esta previsibilidad y evitabilidad de la producción del resultado, a ser juzgadas según la experiencia, se basa su imputabilidad objetiva. Y el principio de la teoría de la condición: "La relación causal entre la omisión y el resultado lesivo del Derecho existe cuando la omisión no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado"¹, se basa en el presupuesto implícito de que ¡existe en sí una omisión, es decir, un quedarse inactivo, a pesar de la posibilidad de actuar! Sólo si eso se tiene presente resulta claro que es inatacable el sentido de la afirmación de Frank: "La responsabilidad por un suceso no evi-

² Estas consideraciones se confirman por los otros delitos propios de omisión; cfr., p. ej., los §§ 116, 170, 320, párr. 1, 346, StGB.

³ Cfr. *supra*, p. 188.

¹ Así, RGSt, t. 58, p. 131.

tado presupone, en primer lugar, que existiera la posibilidad de evitarlo"². Pues recién *esta* posibilidad le da al no actuar el significado de una omisión. Pero una omisión y no ya un mero no hacer es la base apropiada de la responsabilidad jurídico-penal. Conforme a ello, en aquel principio de Frank no se trata en absoluto de una *restricción* de la responsabilidad, sino de esclarecer el *fundamento* de la responsabilidad en sí; de la cuestión fundamental de cuándo existe una omisión como base de la responsabilidad jurídico-penal. Sólo si un resultado es imputable objetivamente a quien quedó inactivo, su inactividad tiene el significado de una omisión. La imputabilidad del resultado es *elemento constitutivo* de la *omisión* jurídico-penalmente relevante.

Llegamos al mismo resultado si partimos —como ya *supra*, pp. 187 s.— de los contenidos de los preceptos jurídicos: Si ellos exigen sólo la conducta que puede ser esperada normalmente, sólo puede corresponderse al contenido del precepto jurídico que entra en consideración aquella inactividad en cuyo lugar habría podido realizarse una actividad. Por tanto, una inactividad sólo puede ser considerada una omisión *típica*, si la evitación del resultado indeseado le era posible a quien quedó inactivo. El no denunciar el delito que amenazaba cometerse es típico en el sentido del § 139, sólo si al no denunciante le era posible, como consecuencia de un conocimiento oportuno, hacer la denuncia en tiempo oportuno ante la autoridad o ante la persona puesta en peligro. Y el no prestarle atención a una exhortación de ayuda es típico sólo si el exhortado "podía satisfacer la exhortación sin un peligro relevante para sí mismo". Vale algo equivalente para los delitos de comisión por omisión: "Precisamente en el hecho de que para la pregunta por la causalidad es indiferente" la cuestión "de si la acción de salvamento no ocurrió porque el no actuante no quiso o porque no pudo"¹ se demuestra que con la causalidad no está dicho aún lo esencial sobre la conducta; la muerte del que se ahoga es *imputable* al que no actúa sólo si él no quería salvar, *aunque po-*

² Así, Frank, lug. cit., p. 17; en contra, Eb. Schmidt, en Liszt-Schmidt, lug. cit., p. 166, nota 2.

¹ Cfr. Kollmann, lug. cit., p. 462.

día hacerlo, porque sólo bajo este presupuesto se puede hablar de un omitir. La cuestión de si se da la *responsabilidad* por un omitir típico depende también de las cuestiones ulteriores de la anti-juridicidad y la culpabilidad².

2 — Destacar eso me parece tanto más necesario, en la medida en que, con respecto a la conducta *activa* —que se caracteriza sin más ni más como “acción”¹— existe la necesidad de tomar posición respecto de una concepción básica divergente, de Eberhard Schmidt. Continuando el punto de vista dado con la teoría de la condición, de la equivalencia de todas las condiciones, él explica

² Hoy puede ser considerado algo probablemente seguro que también la anti-juridicidad de la omisión debe ser estrictamente separada de su causalidad. Para volver al ejemplo anterior: Si un bañista que sabe nadar ve que una persona que no sabe está ahogándose, la muerte del que se ahoga, por cierto, le será imputable objetivamente, pero él no podrá ser responsabilizado por la omisión, porque su mera presencia no fundamenta un deber jurídico de actuar. Distinto es el caso del maestro de natación, que deja que se ahogue el alumno confiado a su instrucción, al no prestarle ningún auxilio; que aquél haya estado a su cargo fundamenta su especial deber jurídico de evitar el resultado, y en el no cumplimiento de este deber se basa la antijuridicidad de la omisión. Ejemplo de Bierling, *lug. cit.*, p. 83, que sin embargo explica el carácter *causal* de la omisión en el no cumplimiento del *deber* especial. Este error de Bierling se basa, en mi opinión, en que sus investigaciones, a pesar de toda la sutileza, hacen echar de menos, precisamente en la omisión, el paso decisivo de la cuestión causal a la de imputación.

Que la oración propuesta por el Proyecto de la Comisión de 1913, en el § 24: “Es punible por la producción de un resultado por omisión sólo quien estaba jurídicamente obligado a impedir la producción del resultado por medio de un actuar” —la cual ha sido modificada sólo estilísticamente por los ulteriores proyectos de 1919, 1925 y 1927 (cfr. los §§ 16, 14, 22 de los proyectos mencionados)— haya sido suprimida nuevamente por Resolución de la 21.ª Comisión del Deutschen Reichstags (IV Período de elecciones) y que, por ello, previsiblemente no vaya a ser acogida en el nuevo StGB, lo considero lamentable, porque de ese modo también decae la 2.ª oración del § 24 (y en correspondencia con los §§ 16, 14, 22, de los proyectos siguientes), pero la fijación legal precisamente de este caso límite, en mi opinión, hoy como ayer, sigue siendo de desear. Por lo demás, sea señalado, en apoyo de la concepción desarrollada en el texto sobre el concepto de omisión, que la 1.ª oración del § 24, KE, suponía que “el autor no impidió la producción de un resultado jurídico-penalmente esencial, aunque estaba en condiciones... de hacerlo”; cfr. von Hippel, *lug. cit.*, ZStW, t. 36, p. 502.

¹ En cambio, es correcto caracterizar la conducta activa como actuar y clasificar el concepto de acción, como concepto genérico al actuar y al omitir, así, p. ej., ya inequívocamente, Eb. Schmidt, en Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, p. 152.

que recién tras la comprobación de la causalidad de una actuación de voluntad tiene que realizarse la valoración jurídico-penal, investigando, en esa secuencia, "si la actuación de voluntad muestra los elementos conceptuales del delito; es decir, si ella es típica, si es antijurídica, y si en virtud de ella lo alcanza al autor un reproche de culpabilidad jurídico-penal. En vista de la necesidad de esta valoración tripartita de la actuación de voluntad reconocida como condición del resultado, por tanto, como causal, no existe en el *Derecho penal* ningún motivo para pensar, ya respecto de la pregunta por la causalidad, en cualquier forma de *restricciones de la responsabilidad*"². Según mi concepción, la pregunta por la tipicidad *no* contiene una *restricción* de la responsabilidad, *sino* que ella crea en sí recién el objeto de apreciación y, con ello, la *base* de la responsabilidad. Es el fundamento, y no el correctivo del concepto de acción. Si la actuación de voluntad no es típica, no está dada en absoluto una acción en el sentido que interesa al Derecho penal³. Ahora bien, así como la cuestión de la tipicidad depende de la *posibilidad de subsumir* circunstancias de hecho particulares bajo los elementos correspondientes del delito, exactamente del mismo modo puede ser decisivo para ella la cuestión de la *posibilidad de explicar* que el resultado *se debe* a la actuación de voluntad. Pues la ley alude muchas veces, con elementos del delito, a esa relación, como, p. ej., mediante palabras de actividad como "matar", "dañar", etcétera. El centro de gravedad de la tipicidad de la actuación de voluntad puede residir en un caso allí, en otro allá; pero siempre se trata de mostrar la actuación de voluntad como objeto apropiado de otra apreciación jurídico-penal. Sólo en relación con la conducta *típica* en el sentido de una *base* de la responsabilidad descrita legalmente tiene sentido plantear, con la cuestión de la antijuridicidad y de la culpabilidad, la pregunta por *restricciones* de la responsabilidad. Así, la relación normal presupuesta por el legislador entre actividad y resultado y, con ello, la imputabilidad objetiva del resultado, es, también aquí —en el comportamiento

² Así, Eb. Schmidt, *lug. cit.*, pp. 157 s., nota 1.

³ Ya en este punto, en mi opinión, tiene la palabra la forma de consideración normativa, en lugar de la naturalista.

activo—, elemento constitutivo. Pues un "hecho no es sólo una secuencia causal, sino un todo que está sujeto a una apreciación teleológica, antes de que pueda ser valorado jurídicamente"¹.

Aquí puede quedar sin tratar la cuestión de si realmente el sentido de las teorías causales selectivas es el de formular restricciones de responsabilidad, o si no, antes bien, pretenden al fin de cuentas, también ellas, un concepto de acción utilizable. En todo caso, el sentido del concepto de imputación objetiva no puede dejar que surja ninguna duda de que recién con la pregunta por la imputabilidad del resultado *se puede obtener el hecho que se corresponde al tipo legal en el caso particular*. Pues precisamente el juicio de imputación se refiere a la siguiente cuestión: la de si la actuación de voluntad, según la experiencia, puede ser considerada como medio apropiado para producir el resultado, si la actuación de voluntad y el resultado pueden ser vistos como un "todo teleológico", el resultado "como posible objeto de la voluntad", es decir, que fuera dominable por ella². Así como una conducta configura el objeto de la apreciación jurídica sólo en la medida en que dependa de la voluntad humana, así también un resultado puede estar referido a la conducta sólo en tanto su producción sea posible como fin de la conducta, que se pueda alcanzar en las condiciones dadas. Si uno cree poder hablar de una omisión sólo si la evitación del resultado le era en sí posible a aquel que se comportó pasivamente, ello es porque la evitación sólo puede ser pensada como proposición de un fin, como contenido de la voluntad de aquél. Pero, asimismo, sólo podríamos hablar de un actuar en el sentido de una realización del tipo, si la producción del resultado puede ser pensada como fin del que se comportó activamente. O bien expresado de otro modo: Una conducta activa sólo tiene el significado de un hecho en el sentido de tipos jurídico-penales de resultado y, de este modo, de una base de la responsabilidad, si el resultado que sin la actuación de voluntad no se habría producido, era posible, a la vez, también como objeto de la voluntad, es decir, era alcanzable por medio de una actuación correspondiente

¹ Así, Larenz, *lug. cit.*, pp. 70 s.

² Cfr., al respecto, Larenz, *lug. cit.*, pp. 67 ss.

de la voluntad¹. Sólo a partir de este punto de vista teleológico se puede hacer justicia, al igual que allá al concepto de omitir, aquí al concepto de actuar. Así como no se puede omitir sin más ni más, sino sólo "algo", así tampoco se puede hacer sin más ni más, sino sólo "algo". Esta dirección del *fin*, que nuestra lengua le da a ambas clases de conducta humana, no se debería ni abandonar nuevamente por un dominio único de la consideración causal, ni olvidar en el uso del concepto genérico "acción", que, como última abstracción, ya no muestra la referencia a un objeto.

3 — El dominio único del concepto causal ha conducido, en el ámbito de la participación, a la conocida contraposición de las teorías objetiva y subjetiva: Quien distingue entre causa y condición puede fundar en ello la diferencia entre autoría y complicidad (teoría material objetiva); quien parte de la equivalencia de todas las condiciones se ve necesitado a buscar la diferencia en el factor subjetivo del hecho (teoría subjetiva). Ahora bien, no se puede negar que la ley misma sienta la diferencia entre autoría, por un lado, e instigación y complicidad, por otro, sobre una base objetiva —aunque insuficiente—. Entonces, para los representantes de la teoría de la condición, que no quieran prescindir de la ley, hay sólo dos posibilidades: o bien hallar, *en el ámbito de la participación*,

¹ Von Hippel, en *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum* (en VDA, III, p. 573), formula el principio según el cual —así como él demuestra que también el RG, antiguamente, negó la responsabilidad del autor cuando "el curso causal... en algún punto [era] uno completamente inusual" (de otro modo ahora, en RGSt, t. 54, p. 349; cfr. al respecto von Hippel, en ZStW, t. 47, p. 27, nota 35, y el texto de este estudio, p. 177)—: "Ningún hombre responde jurídico-penalmente por efectos excepcionales de su actuar". Cfr. también von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, 1925, t. I, p. 460. Con esta formulación, al igual que con la de la propuesta que presentó von Hippel como miembro de la Comisión de Derecho Penal: "Nadie responde por efectos totalmente extraordinarios de su actuar" (cfr. von Hippel, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen*, ZStW, t. 42, pp. 412 s., y en ZStW, t. 47, p. 27), debería ser absolutamente compatible la concepción defendida en el texto, de que en caso de efectos extraordinarios falta una *base para la responsabilidad*. Es que se trata en estos casos de "relaciones de condición *objetivamente irrelevantes*" (!) (Cfr. von Hippel, ZStW, t. 47, p. 27, nota 38: Es "lógicamente insatisfactorio y, por ello, rechazable, un procedimiento que declare relevantes relaciones de condición *objetivamente irrelevantes*, para recién después hacerlas de nuevo *irrelevantes* por el desvío de la doctrina de la culpabilidad").

a pesar del principio de la equivalencia de todas las condiciones, una diferencia causal entre causa y condición¹, o bien admitir, si bien no una causalidad objetivamente distinta, sí una valoración diferente de las acciones de participación. M. E. Mayer ha sido el primero que conscientemente puso en discusión esta última problemática: "Lo que para la consideración causal es igual, puede ser distinto para la teleológica" y "dado que no hay una medida causal de efectividades" —"la relación causal existe o no existe"—, sólo podría interesar "ponderar no el aporte causal, sino su valor"². También Mezger precave de derivar, "a partir de la igualdad causal de las condiciones, la teleológica"; él busca "una diferencia valorativa objetiva entre los miembros de la serie causal criminal"³. A este respecto, Eb. Schmidt básicamente exige una tajante separación entre consideración causal y valorativa, dado que el StGB mismo hace "diferencias en la valoración jurídica entre las formas de actuación individuales que inciden en el resultado", al "separar el poner causas en forma de autoría del que aparece como participación", al "poner frente a frente" a la autoría y participación "desde el punto de vista de una valoración jurídica de diferente naturaleza, en una contraposición tajante"⁴.

Compartimos esta concepción total y completamente, pero echamos de menos, en los representantes de la "diferencia valorativa objetiva", el *parámetro* de la diferenciación. Pues la ley misma indica a ésta sólo de modo imperfecto, haciendo referencia al uso del lenguaje de la vida. Pero sí nos lleva más allá la reflexión de que el uso del lenguaje, allí donde se trata siempre de una consciente actuación en común (§§ 47, 49, StGB) o de una inducción consciente a otro (§ 48, StGB), se basa en la anteposición posible de un fin o una meta del que *toma* parte. Ahora bien, dado

¹ Así, Frank, *lug. cit.*, p. 104: "En delitos con acciones con resultado, la autoría (consiste) en poner una causa; la participación (instigación y complicidad), en poner una mera condición. Pero causa es causalidad transmitida físicamente; condición, causalidad transmitida psíquicamente".

² Cfr. M. E. Mayer, *lug. cit.*, pp. 389 s.

³ Cfr. Mezger, *Die Teilnahmelehre des Strafgesetzentwurfs von 1919*, en *DS-trZ*, 1921, pp. 205 s.

⁴ Cfr. Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, pp. 310 y 323, nota 13.

199 que la conducta humana constituye una base significativa para el Derecho penal sólo si es típica¹, la clasificación jurídico-penal de la conducta bajo una clase particular de participación tiene que depender de la proposición del fin de la conducta precisamente en vistas de la realización del tipo; por tanto, de que, *respecto de una realización típica*, la conducta a tratar como participación pueda ser objetivamente considerada como regida por un fin y, a la vez, de que sea querida por el partícipe en esa finalidad objetiva². En cambio, no interesa qué intención persiguió en definitiva el partícipe, dado que esta intención puede ser idéntica en el autor, instigador y cómplice. Conforme a ello, es coautor —para pasar a la contraposición que aquí interesa, entre coautoría y complicidad— aquel cuya conducta está dirigida a la realización del tipo que ocurre *en común con* otro; cómplice, aquel cuya conducta sólo está dirigida a dar apoyo a una realización del tipo que ocurre *por medio de otro*³. Respecto de la cuestión de si, en el caso concreto, existe una conducta u otra, hay que partir de aquello que es necesario para la realización del tipo delictivo, y, según ello, apreciar la finalidad de la conducta en el sentido de la contraposición legal “ejecutar” (§ 47) - “prestar ayuda” (§ 49). Según esto, p. ej., A sería punible por homicidio como coautor, si él y B han acuchillado a N con dolo de homicidio, pero A sólo lo hiere levemente, y N sucumbe a causa de las lesiones hechas por B⁴. Y, a la inversa, el desplie-

¹ Véase *supra*, p. 195.

² Esta concepción se aproxima mucho a la “teoría formal, objetiva” (cfr. esp. Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, 8.^a y 9.^a ed., 1925, p. 93: “La diferencia entre autoría y complicidad sólo puede ser abarcada desde la imagen de representación que provocan en nosotros las figuras [Typen] delictivas particulares, especialmente los tipos [Tatbestände] legales”), pero va más allá de ella, en la medida en que, para la cuestión de si existe una “realización del tipo como autor principal” o una acción de participación “no directamente correspondiente a la respectiva figura delictiva” (cfr. Beling, *lug. cit.*, p. 92), el criterio material de la finalidad entra en lugar del proceso de subsunción lógico-formal.

³ Para justificar el uso del concepto “realización del tipo” en definiciones conceptuales se puede hacer referencia a los §§ 17, 18, párr. 1, 19 (actuar doloso, a sabiendas e imprudente) del Proyecto de 1927.

⁴ Cfr., sobre este ejemplo, las explicaciones de Wegner, *Teilnahme in Reform des Strafrechts* (Aschrott-Kohlrausch), 1926, pp. 103 s.

gue de todos los encantos del arte femenino de conversar para distraer a la víctima del llamativo sabor de la bebida envenenada por otro¹, no puede ser considerado como una conducta dirigida a la realización del tipo de homicidio, sino sólo como una dirigida a dar apoyo a la realización del tipo que ocurre por parte de otro. 200

A partir del principio de la finalidad se deriva, además, la justificación y la definición del contenido de la "autoría mediata". Pues si es autor único aquel para el cual el suceso es dominable y al cual, por eso, le es imputable, así también es autor aquel que, para ejecutar el hecho, se sirve conscientemente de un inimputable o de quien se halla en error o coaccionado². Y, finalmente, aquel principio conduce, tal como a mí me parece, a consecuencias de política jurídica útiles, aun respecto de la participación en delitos de intención y delitos especiales: que instigación y complicidad sean posibles en un delito especial probablemente apenas se discuta ya, hoy en día; pero ¿por qué no debería ser posible también que la conducta de un no funcionario esté dirigida a la realización del tipo que ocurre en común con un funcionario?³. Respecto de los delitos de intención, empero, la finalidad objetiva de la conducta depende de la proposición subjetiva del fin, porque ésta última es elemento del tipo. Si, conforme a ello, el acontecer objetivo con su finalidad se subordina aquí a una intención descripta típicamente, será autor todo aquel en cuya persona haya existido esta proposición subjetiva del fin, y que haya intervenido de cualquier modo, al realizarse el tipo, en la persecución de ese fin propuesto. Quien hace guardia delante de un salón de juegos ciertamente es sólo cómplice⁴; en cambio, quien está de guardia delante de una joyería, para participar después del botín del asaltante, es coautor, porque actúa con la intención de apropiación que do-

¹ Ejemplo de Wegner, *lug. cit.*, p. 108.

² Como se sabe, los límites de la posibilidad de reinterpretar la instigación y complicidad como autoría mediata están discutidos; *cfr.*, en lugar de todos, Frank, *lug. cit.*, pp. 106 ss.

³ En las consecuencias, de acuerdo Frank, *lug. cit.*, pp. 109 s.; allí, también con más detalles sobre el estado de la discusión.

⁴ Así, M. E. Mayer, *lug. cit.*, p. 390.

mina el tipo del robo, conforme a lo cual su conducta está dirigida a un robo a cometerse en común con otro⁵.

201 El intento de mostrar el principio de la posibilidad objetiva (o bien: concebible) de perseguir un fin y la significación de la teoría de la imputación, que en él se basa, para el problema causal — particularmente *teórico*—, como también para la delimitación entre coautoría y complicidad —de mayor peso en la *práctica*—, pretendió hacer esta contribución en este sitio, para rendir homenaje, tanto como fuera posible, al superior impulsor de la teoría y la práctica*.

⁵ Que en este caso es decisiva la proposición subjetiva del fin se deriva de su contenido, que le da dirección al acontecer objetivo. Esta significación del factor intencional en los delitos de intención halla su confirmación, en mi opinión, en la concepción de los delitos de intención como "delitos de resultado recortado", en los cuales la intención típica constituye una complementación del tipo objetivo (cfr. Liszt-Schmidt, *lug. cit.*, p. 320).

* El autor alude aquí al destinatario del libro de homenaje en el que apareció esta contribución: Reinhard von Frank. [N. de T.].