

---

INGEBORG PUPPE

*Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Bonn*

# LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Presentada mediante casos ilustrativos  
de la jurisprudencia de los altos tribunales

TRADUCCIÓN A CARGO DE

PERCY GARCÍA CAVERO

*Profesor Ordinario de Derecho penal  
Universidad de Piura (Perú)*

PRÓLOGO DE

JESÚS M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ

*Catedrático de Derecho penal  
Universidad Pompeu Fabra*



GRANADA, 2001

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:  
MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL  
dirigidos por  
**Carlos María Romeo Casabona**

**28**

© Ingeborg Puppe

Editorial COMARES

Polígono Juncaril, parcela 208  
18220 Albolote (Granada)

Tlf. (958) 46 53 82 • Fax (958) 46 53 83

E-mail: comares@comares.com

<http://www.comares.com>

ISBN: 84-8444-301-9 • Depósito Legal: GR. 675/2001

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: EDICIONES EL PARTAL, S.L.

## SUMARIO

ABREVIATURAS .....	XI
NOTA PRELIMINAR DEL TRADUCTOR .....	XIII
PRÓLOGO .....	XV
INTRODUCCIÓN .....	1

### CAPÍTULO I La causalidad

1. INTRODUCCIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA CAUSALIDAD PARA LA IMPUTACIÓN OBJETIVA .....	11
2. LA VINCULACIÓN ENTRE CAUSA Y CONSECUENCIA .....	15
a) Causalidad y ley causal .....	15
<i>El caso del pulverizador para el cuero, primera cuestión (BGHSt, 37, 106)</i> .....	15
b) ¿Cómo se prueba ante los tribunales una ley causal? .....	17
<i>El caso del producto protector de la madera (BGHSt, 41, 206)</i> .....	17
c) Imputación con base en leyes de probabilidad (la denominada teoría del incremento del riesgo sustitutivo de la causalidad) ..	27
<i>El caso de la metástasis (BGH, NStZ, 1986, 217)</i> .....	27
d) Deberes jurídicos como fundamento de la imputación: la observancia del deber de dar a terceros la oportunidad para el cumplimiento del deber .....	32
aa) <i>El caso del pulverizador para el cuero, segunda cuestión.</i> ..	32

bb) <i>El caso del absceso (BGH, NStZ, 1986, 217)</i> .....	36
e) Reglas de autoprotección como reglas de imputación .....	37
aa) <i>El caso del alud</i> .....	37
bb) <i>El caso de la conexión de gas (OLG Naumburg, NStZ-RR, 1996, 229)</i> .....	39
3. CAUSALIDAD PSÍQUICA .....	40
El caso del pasante de Derecho (BGHSt, 13, 13) .....	40
4. ¿QUÉ PUEDE SER UNA CAUSA? .....	44
5. LA EXCLUSIÓN DE LAS CAUSAS SUSTITUTIVAS .....	47
El caso del choque en cadena (BGHSt, 30, 228) .....	47
6. LA RELACIÓN LÓGICO-CONDICIONAL ENTRE CAUSA INDIVIDUAL Y APARICIÓN DEL RESULTADO .....	49
a) El problema del aislamiento de la causa individual .....	49
b) La fórmula de la condición necesaria y el requisito de evitabilidad .....	51
c) La causalidad alternativa .....	52
El caso del pulverizador para el cuero, tercera cuestión .....	52
d) La relación lógico-condicional entre causa individual y aparición del resultado .....	54

## CAPÍTULO II

**La causalidad de la infracción de un deber de cuidado,  
también llamado nexo de antijuridicidad  
o nexo de infracción de un deber**

1. EL PROBLEMA .....	57
2. ILUSTRACIÓN DE LA CAUSALIDAD DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN UN CASO FICTICIO .....	59
3. LA MANIPULABILIDAD DE LA TEORÍA DEL COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO DILIGENTE .....	61
El caso del motociclista (BGHSt, 24, 31) .....	61
4. LA EXCLUSIÓN DE LOS REFLEJOS DE LA PROTECCIÓN .....	64
a) El caso de los tres ciclistas (RG, 63, 392) .....	64
b) El caso del paso de cebra (BGHSt, 20, 215) .....	67
5. CAUSALIDAD ALTERNATIVA DE INFRACCIONES DEL DEBER DE CUIDADO ...	67
a) El caso de la parada de autobuses .....	67
b) Otra vez el caso del motociclista (BGHSt, 24, 31) .....	70
c) Acerca de la importancia práctica de la causalidad alternativa de infracciones del deber de cuidado .....	71

6. LA CAUSALIDAD DE LA INFRACCIÓN DE LA NORMA DE CUIDADO Y LA TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO .....	72
El caso del dentista (BGHSt, 21, 59) .....	72
7. INCREMENTO DEL RIESGO SUSTITUTIVO O COMPLEMENTARIO DE LA CAUSALIDAD Y BENEFICIO DE LA DUDA .....	73
8. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO SOBRE EL REQUISITO DE LA CAUSALIDAD DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN CASO DE CONCURRENCIA DE VARIAS INFRACCIONES DEL DEBER DE CUIDADO	77
El caso del camión (BGHSt, 11, 1) .....	77

## CAPÍTULO III

**El fin de protección de la norma de cuidado y su constatación**

1. ACERCA DE LA TERMINOLOGÍA Y SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA .....	81
2. EL REQUISITO DE CONTINUIDAD O LA CAUSACIÓN DE UN RIESGO PERMITIDO MEDIANTE UN COMPORTAMIENTO PROHIBIDO .....	83
a) El caso del taxi .....	83
b) Acerca del riesgo de tomar una sopa (OLG Stuttgart, NJW, 1982, 295) .....	86
c) Otra casuística .....	88
3. EL REQUISITO DE CONTINUIDAD EN EL TRÁFICO RODADO Y EL TOPOS DE LO DETERMINANTE DEL COMPORTAMIENTO DEFECTUOSO EN LA SITUACIÓN CRÍTICA .....	89
a) Acerca del fin de protección de las limitaciones de velocidad . <i>El primer caso de la señal de zona urbana (BayObLG, VRS, 57, 360)</i> .....	89
b) Acerca del sentido del topos de lo determinante del comportamiento defectuoso en la situación concreta del tráfico .....	92
c) Acerca del sin sentido del principio de lo determinante del comportamiento defectuoso en la situación concreta del tráfico ... <i>(BayObLG, VRS, 87, 121)</i> .....	95
4. LA DETERMINACIÓN GENÉRICA DEL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA DE CUIDADO COMO IDONEIDAD GENERAL .....	99
a) El problema .....	99
b) Demostración del problema en un ejemplo de la jurisprudencia <i>(BGHSt, 33, 61)</i> .....	100
c) La solución (BGH, VRS, 20, 129) .....	103

## CAPÍTULO V

## Imputación en caso de varios partícipes

1. ACERCA DEL SENTIDO Y SIN SENTIDO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA . . . . .	107
a) El segundo caso de la señal de zona urbana (BayObLG, VRS, 58, 221) . . . . .	107
b) Acerca del sentido del principio de confianza . . . . .	111
c) Acerca del sin sentido del principio de confianza . . . . .	114
2. IMPUTACIÓN EN CASO DE INFRACCIONES DEL DEBER DE CUIDADOS DE VARIOS . . . . .	118
a) La realización del riesgo permitido de un primer daño en un segundo daño . . . . .	118
<i>El caso del error fatal</i> . . . . .	118
b) ¿Hay un riesgo permitido de error profesional? . . . . .	121
<i>El caso del puesto de caza (BGHSt, 31, 96)</i> . . . . .	121
c) Exención por concurrencia de culpa preponderante, un excuso metódico . . . . .	124
3. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO COMO LIMITACIÓN DE LA IMPUTACIÓN . . . . .	127
a) La prohibición de regreso clásica . . . . .	127
b) La prohibición de regreso moderna . . . . .	128
c) Deberes de cuidado para la prevención de hechos dolosos de terceros . . . . .	131
4. LA PARTICIPACIÓN DEL LESIONADO . . . . .	136
a) La ordenación sistemática del problema (BayObLG, JR, 1990, 473) . . . . .	136
b) Límites jurídico-positivos de la libertad de autopuesta en peligro y la imputación del resultado . . . . .	141
<i>El caso de la heroína (BGHSt, 37, 179)</i> . . . . .	141
c) La imputación al causante del peligro de la autopuesta en peligro de sujetos salvadores (BGHSt, 39, 322) . . . . .	144
d) Autopuesta en peligro como interrupción de la imputación . . . . .	146
<i>(BGHSt, 7, 112)</i> . . . . .	146

## CAPÍTULO V

## Daños tardíos

EL CASO DE RUDI DUTSCHKE . . . . .	149
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	157

## ABREVIATURAS

Abs	Absatz (párrafo)
Abschn.	Abschnitt (capítulo)
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
Aufl.	Auflage (edición)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo de Baviera)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal federal alemán)
BGHSt	Bundesgerichtshof. Entscheidungen in Strafsachen
BT	Besonderer Teil (parte especial)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz (ley de estupefacientes)
Cap.	Capítulo
Cfr.	confróntese
espec.	especialmente
FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Lb	Lehrbuch (Manual)
LG	Land gericht (Tribunal del Land)
LK	Leipziger Kommentar

bebido. También en nuestro caso son continuamente necesarios para la formulación de la condición suficiente varios de los votos emitidos. Esto no afecta en lo absoluto la calidad de la solución.

Antes de la aparición del caso del pulverizador para el cuero, el problema de la causalidad alternativa era considerado un problema teórico que únicamente podía ser ilustrado con ejemplos académicos desligados de la vida cotidiana. Esto, sin embargo, no es así. En la causalidad de la infracción de un deber de cuidado, en especial en la acción combinada de varias infracciones —como en un accidente de tránsito— pueden presentarse con mucha facilidad casos de causalidad alternativa, siendo resueltos muchas veces también de manera equivocada, en tanto la jurisprudencia utiliza el principio de evitabilidad (véase sobre esto más adelante II 5). Por esta razón, es importante aclarar la estructura lógica de la causalidad alternativa.

---

## CAPÍTULO II

### LA CAUSALIDAD DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO, TAMBIÉN LLAMADO NEXO DE ANTIJURIDICIDAD O NEXO DE INFRACCIÓN DE UN DEBER

#### 1. EL PROBLEMA

Para imputar un resultado no basta que el autor lo haya causado mediante una acción cualquiera, sino que debe de tratarse de una acción contraria a deber. Esta regla tiene aplicación también en los delitos dolosos; una idea que recién empieza a imponerse en la teoría del delito<sup>1</sup>. Hasta ahora esto se ilustra con el famoso caso de la tormenta, en el que el sobrino envía al bosque bajo la tormenta a su tío rico, con la esperanza de que le mate un rayo. Si bien el sobrino quería, en un sentido extrajurídico, la muerte de su tío, ésta no puede imputársele en caso de cumplirse su deseo, dado que no está prohibido enviar a otras personas al bosque bajo una tormenta<sup>2</sup>. Ciertamente, en la práctica el problema apenas se presenta en los delitos dolosos, puesto que el autor que actúa dolosamente se sirve, por lo general, de métodos prohibidos. Sin embargo, este problema puede presentarse también en los delitos dolosos cuando el curso causal real se desvía de la re-

<sup>1</sup> ROXIN, *AT*, 11/45; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 287; RUDOLPHI, *SK*, preliminares al § 1, n.m. 62; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, preliminares al § 13, n.m. 93; LACKNER, § 15, n.m. 95 y ss.; PUPPE, *NK*, preliminares al § 13, n.m. 143.

<sup>2</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 14/70; KÜHL, *AT*, 4/77; WESSELS, *AT*, p. 194.

presentación del autor como, por ejemplo, en el caso del apuñalamiento antes mencionado (véase I. 1).

Pero tampoco basta que la acción del autor cause, por un lado, el resultado y que, además, sea contraria a deber. Una imputación de este estilo lleva, como se dice, al *versari in re illicita*, esto es, al principio según el cual al autor que actúa incorrectamente se le puede imputar todo lo que suceda después<sup>3</sup>. Pero también esto es sólo un *topos* que no fundamenta nada, puesto que si bien señala que la falta de cuidado de la acción causal del resultado no puede ser por sí sola suficiente para la imputación, no precisa lo que, además de esto, debe ser necesario para la imputación. En la actualidad, este requisito es formulado por la mayoría en el sentido de que el riesgo prohibido debe realizarse en el resultado<sup>4</sup>. Pero también lo que esto quiere decir es impreciso, pues no se señala lo que es un riesgo prohibido, ni mucho menos cómo debe presentarse la relación entre el riesgo y el resultado para que el riesgo haya podido realizarse en el resultado<sup>5</sup>. Aquí para nada se ha tenido en cuenta ese celo de los juristas, muchas veces excesivo, por definir previamente todos los conceptos, incluso los más banales, antes de aplicarlos al caso.

El BGH calificó a este nexo como causalidad de la infracción de un deber de cuidado, pero a la vez oscureció y relativizó este reconocimiento al hablar de "causalidad jurídica"<sup>6</sup>. La doctrina dominante dirige sus ataques contra esta expresión y señala que el nexo de antijuridicidad nada tiene que ver con la causalidad, puesto que se trata de un nexo normativo<sup>7</sup>. Sin embargo, no precisa cómo debe,

<sup>3</sup> ROXIN, *ZStW* 74 (1962), pp. 411, 431; KÜPER, *Lackner-FS*, 1987, pp. 247, 253.

<sup>4</sup> ROXIN, *AT*, 11/99; RUDOLPHI, *SK*, preliminares al § 1, n.m. 57; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, preliminares al § 13 y ss., n.m. 92, n.m. 95 y s.; LACKNER, § 15, n.m. 41.

<sup>5</sup> Detallada y críticamente sobre esto PUPPE, *GA* 1994, pp. 297, 308.

<sup>6</sup> *BGH St* 11, p. 1 (7).

<sup>7</sup> LACKNER, § 15, n.m. 42; SAMSON, *SK*, apéndice del § 16, n.m. 26; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, preliminares al § 13 y ss., n.m. 81; ROXIN, *ZStW* 74 (1962), pp. 411, 421 y ss.; RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 549, 553; ERB, *JuS*, 1994, pp. 449, 455.

entonces, presentarse este nexo. Otros autores lo vinculan al principio de evitabilidad y plantean la pregunta de si el resultado se habría impedido de haberse comportado el autor diligentemente<sup>8</sup>. Pero con ello se plantea inmediatamente el problema de determinar de qué comportamiento diligente hay que partir si el autor tenía diversas posibilidades de comportamiento diligente (sobre esto en seguida II.2). Hay que indicar además que la teoría de la evitabilidad repite el error de la teoría de la condición necesaria, en tanto requiere demasiado para la imputación, lo cual puede tener consecuencias nefastas cuando concurren diversas infracciones del deber de cuidado<sup>9</sup> (véase sobre esto más adelante II.5).

## 2. ILUSTRACIÓN DE LA CAUSALIDAD DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN UN CASO FICTICIO

Veamos el problema en el caso ya descrito del conductor que va a su trabajo con un intermitente del lado izquierdo estropeado y que durante el viaje se ve envuelto en un accidente de tránsito. Si intentamos responder a la pregunta de si el autor hubiese podido evitar el accidente mediante una conducta diligente, estaremos ante el problema de precisar primeramente cuál es este comportamiento diligente hipotético. Según cómo lo precisemos, llegaremos a la conclusión de que este comportamiento habría evitado el resultado o no. Si el conductor hubiese tomado el automóvil de su esposa o un taxi y recorrido el mismo trayecto a la misma velocidad, no habría podido evitar el accidente. Pero si hubiese reparado la avería antes de salir hacia el trabajo, por ejemplo, mediante la colocación de una bombilla nueva, habría impedido ciertamente el accidente, pero únicamente porque se

<sup>8</sup> BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 14/83; BOCKELMANN, *AT*, p. 169; WESSELS, *AT*, p. 678; KÖHLER, *AT*, p. 197 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, § 15, n.m. 171; SAMSON, *SK*, apéndice del § 16, n.m. 27a.

<sup>9</sup> PUPPE, *NK*, preliminares al § 13, n.m. 185.

habría puesto en marcha mucho después. En este sentido, la cuestión de la evitabilidad del resultado mediante un comportamiento hipotético diligente no tiene una respuesta unívoca.

Para llegar a una solución unívoca en la cuestión de la realización del riesgo prohibido, debemos ceñirnos al curso causal real y probar si aquella característica del comportamiento del autor que la hace descuidada es una causa individual del resultado. Esta característica fue que el conductor viajó con uno de los intermitentes del lado izquierdo estropeado. Pero, en todo caso, también es evidente que la conducción como tal fue concausa de la colisión, pues para una colisión siempre son necesarios cuando menos dos vehículos. Estamos, de esta manera, ante la cuestión de cómo podemos separar conceptualmente la conducción de la característica de que se llevó a cabo con un intermitente estropeado. Esto no lo podremos hacer mientras entendamos la causa como *causa efficiens*, pues un intermitente estropeado no puede desarrollar una fuerza. Esta es la razón por la que la doctrina dominante se ve obligada en un caso como éste a poner en lugar de la conducción descuidada llevada a cabo en la realidad un comportamiento hipotético diligente del que puede decirse que desarrolla una fuerza. La doctrina dominante llega, así, a ambigüedades, esto es, a soluciones manipulables.

Pero si renunciamos a la idea del desarrollo de una fuerza para determinar la causa individual, podremos excluir o, si se quiere, suprimir mentalmente de la explicación causal la concurrencia del intermitente estropeado e intentar, de esta manera, una explicación del accidente en la que no se haga mención al estado del intermitente. Si se demuestra que la característica de la conducción, como conducción con un intermitente estropeado, no es necesaria para una explicación causal concluyente y fácticamente correcta del accidente, quedará determinado con ello que el riesgo de un comportamiento prohibido no se ha realizado en el resultado, concretamente en el curso causal del resultado. De esta manera, podremos ya decir lo que significa la expresión "el riesgo prohibido se ha realizado en el curso causal del resultado". Se habrá realizado, en sentido estricto, si las características del comportamiento que fundamentan su prohibición figuran en

la explicación causal como parte necesaria, esto es, como parte necesaria de la condición suficiente para la aparición del resultado según reglas generales<sup>10</sup>.

### 3. LA MANIPULABILIDAD DE LA TEORÍA DEL COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO DILIGENTE

#### El caso del motociclista (BGHSt, 24, 31)

Se equivoca el que cree que el reproche, de impreciso y manipulable, que se hace al requisito de "la evitabilidad del resultado mediante un comportamiento alternativo diligente", es sencillamente un divertimento teórico sin importancia práctica, en tanto ya se encargará la *praxis* de seleccionar el comportamiento alternativo correcto. El espacio libre de decisión que esta teoría deja abierto es usado constantemente por la jurisprudencia para quitarse de en medio las dificultades de prueba. Y esto es lo que ha hecho el BGH en el caso siguiente:

Un conductor en estado de ebriedad transitaba en una autopista a la velocidad permitida de 120 km/h. Un motociclista entró en su carril a una distancia tan reducida que el conductor no pudo impedir una colisión con consecuencias mortales. El conductor argumentó en su defensa que, atendiendo a lo reducido de la distancia, tampoco un conductor sobrio en su lugar hubiese podido frenar a tiempo. El BGH no consideró válida esta argumentación. Señaló, más bien, que el accidente dependió únicamente de la infracción del conductor en el momento crítico del accidente de tránsito. Ya que en esta situación al conductor no le es posible por razones fácticas convertirse de un momento a otro en un conductor sobrio, lo único que podría hacer, en

<sup>10</sup> PUPPE, NK, preliminares al § 13, n.m. 189 y s.; la misma, ZStW 99 (1987), pp. 595, 610; JAKOBS, AT, 7/78.

todo caso, sería compensar su falta de aptitud para conducir con una conducción más lenta. Con este razonamiento, el BGH impone al conductor en estado de ebriedad el deber de cuidado de conducir más despacio<sup>11</sup>; y si hubiese ido más despacio, habría podido evitar el accidente, dado que la distancia que hubiese necesitado para frenar habría sido menor. En caso de que con una velocidad menor determinada no hubiese podido aún evitarse el accidente, únicamente quedará demostrado con ello que, según el BGH, el conductor no habría ido todavía lo suficientemente más despacio<sup>12</sup>.

La velocidad permitida para un conductor ebrio sólo puede ser 0, de manera que siempre podrá reducirse discrecionalmente cada vez más la velocidad que se establece como comportamiento diligente hipotético del conductor. Pero aun cuando se piense que habría una velocidad permitida para un conductor en estado de ebriedad, por ejemplo 30 km/h, se planteará la cuestión de con qué fundamento el BGH establece al conductor este comportamiento alternativo diligente y rechaza la argumentación de la defensa de que también podría establecerse como comportamiento alternativo diligente una conducción en estado de sobriedad. Dado que se trata después de todo de un comportamiento diligente ciertamente hipotético, no tiene ninguna importancia la cuestión de si aún le hubiese sido posible al conductor este comportamiento en el momento del accidente. Además, el *topos* de lo determinante del comportamiento defectuoso no viene aquí al caso, sino en un nexo totalmente distinto que estudiaremos más adelante (véase IV).

Si queremos llegar a una solución unívoca, solamente será necesario plantearnos la pregunta de si el estado de carencia de aptitud para conducir es necesario para la explicación del accidente. Ha quedado demostrado, pues, que éste no ha sido el caso. Sin embargo, puede que en el presente caso esto dependa de la existencia una

<sup>11</sup> BGHSt 24, pp. 31, 35.

<sup>12</sup> BGHSt 24, pp. 31, 37.

causalidad cumulativa de infracciones de deberes de cuidado, esto es, una infracción del deber de cuidado del autor no apto para conducir y una infracción del deber de cuidado de la víctima, que reside en que entró en el carril del conductor a una distancia muy reducida. Sobre este supuesto volveremos luego en relación con la causalidad cumulativa de infracciones del deber de cuidado.

Para resolver correctamente este caso, hay que modificarlo en el sentido de que no es otro sujeto del tráfico el que se atraviesa en la autopista a una distancia igual de reducida, sino un obstáculo natural, como, por ejemplo, una piedra que ha caído sobre la autopista a causa de un desprendimiento. En la colisión con este pedazo de roca puede ser que el acompañante del conductor ebrio sufra un daño. La imputación de este daño dependerá de si en el caso realmente acaecido su causación puede explicarse concluyentemente sin, o sólo con, la falta de aptitud del conductor para conducir. Lo que no puede hacerse es reprender al conductor que debió haber ido más despacio e imputarle luego todos los daños como causados por un riesgo prohibido que hubiese podido evitar con una conducción más lenta. Esto puede argumentarse también del siguiente modo: si existe una velocidad permitida para un conductor embriagado, supongamos 30 km/h, el riesgo prohibido todavía no se habrá realizado en el resultado si para la explicación del curso causal sólo es necesario el dato de que el autor fue a una velocidad mayor a la de 30 km/h. Antes bien, debe ser necesario, además, el dato de que no se encontraba en aptitud para conducir, pues si sobre el trayecto que recorre está permitida una velocidad de 120 km/h, no puede exigírsele sin más una conducción no mayor de 30 km/h. Esto sólo le estará indicado en caso de encontrarse en estado de ebriedad. Por esta razón, en la explicación causal del daño tienen que figurar todos los datos que fundamenten la contrariedad del deber del comportamiento y no sólo una parte de éste. Gracias a esta exigencia podremos descartar el caso de los llamados reflejos de la protección (enseguida sobre esto con mayor detenimiento II. 4).

El BGH ha hecho bien al referirse a una causalidad de la infracción del deber de cuidado, pues hay que seguir manteniendo que el requisito de la realización del riesgo prohibido es un requisito del



nexo causal<sup>13</sup>. Pero no debería haber oscurecido este reconocimiento sólo porque habló al mismo tiempo de una causalidad jurídica.

#### 4. LA EXCLUSIÓN DE LOS REFLEJOS DE LA PROTECCIÓN

##### a) El caso de los tres ciclistas, RG, 63, 392

Los tres ciclistas que participaron en el accidente —A, B y C— marchaban de noche sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista B iba detrás del ciclista A en una misma dirección. El ciclista C entró en el carril de A y B sin poder verlos, chocando con A. El RG tuvo que resolver la cuestión de si el ciclista B tuvo culpa en el accidente, en tanto había ido sin luz. Esto es, que si el ciclista B hubiese llevado alumbrado en su bicicleta, sus faros habrían iluminado también al ciclista A, de manera que C lo habría visto o, cuando menos, desistido de entrar en ese momento en el otro carril, puesto que habría visto al ciclista B que venía con alumbrado.

El representante del Ministerio Público puso objeciones a esta fundamentación de la imputación, puesto que el ciclista B podía ser suprimido mentalmente sin que el resultado desapareciera. Esta interpretación fue, como veremos, correcta en la solución, pero adoleció en ese entonces de una falta de fundamento teórico. Además, tan pronto se trate de un caso de causalidad alternativa esta interpretación se tornará en incorrecta.

Dado que la luz del faro de B habría sido vista por C y, además, iluminado la bicicleta de A, el dato de que B condujo sin luz es necesario para la explicación del accidente en tanto fue con su bicicleta detrás de A. Contra esta fundamentación de la imputación se dice, por lo general, que no es el fin de protección de la norma tener que llevar en la bicicleta una luz para que otros sujetos del tráfico puedan ver de

<sup>13</sup> PUPPE, *NK*, p. 189; la misma, *ZStW* 99 (1987), pp. 595, 601.

noche<sup>14</sup>. No cabe duda de que esta solución es correcta, pero no proporciona un método mediante el cual pueda determinarse cuál es el fin de protección de la norma.

La solución de este caso puede fundamentarse metódica y unívocamente, si, en lugar de recurrir directamente al fin de protección de la norma, se examina primero más detenidamente el contenido de la norma de cuidado infringida. Esto es, que no se trata de una norma de cuidado que dice “debes conducir de noche con iluminación”, sino de una norma con un contenido “debes llevar iluminación si vas en bicicleta de noche en una calle pública”. El riesgo prohibido que conlleva la infracción de esta norma de cuidado, sólo se realizará en el curso causal si todas las condiciones de esta norma de cuidado figuran en la explicación causal como parte necesaria y no sólo una de ellas<sup>15</sup>. En este sentido, este riesgo prohibido no se habrá ya realizado en el presente caso si para la explicación del accidente es necesario solamente el dato de que B fue sin iluminación, sino tan sólo si junto a este dato es necesario además el dato de que transitó detrás de A. Pero si suprimimos mentalmente estos dos datos a la vez, encontraremos, en cambio, una explicación causal concluyente del accidente. Por esta razón, fue correcta la interpretación del fiscal de que a B no podía imputársele el accidente, puesto que puede suprimírsele mentalmente junto con su bicicleta sin que, como lo manifestó en ese momento, el resultado desaparezca y sin que, como nosotros ahora lo manifestamos, la explicación causal del resultado resulte dudosa.

Con ayuda del requisito de que todas las condiciones de la infracción del deber de cuidado deben figurar conjuntamente en la explicación causal del resultado como una parte necesaria, estaremos en

<sup>14</sup> ROXIN, *AT*, 11/69; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, p. 586; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, § 15, n.m. 175.

<sup>15</sup> PUPPE, *NK*, preliminares al § 13, n.m. 209; la misma, *ZStW* 99 (1987), pp. 595, 601 y s. Igual en el punto de partida, JAKOBS, *AT*, 7/78.

condición de excluir los llamados reflejos de la protección <sup>16</sup>. Estos son aquellos casos en los que el comportamiento diligente de un sujeto favorece a otro sólo de forma accidental, tal como se presentó nuestro caso de los tres ciclistas. La luz de la bicicleta de B habría favorecido a A, que viajaba también sin luces, sólo de manera accidental, en tanto le hubiese librado de un choque con C.

Estos reflejos de la protección aparecen claramente en los deberes de iluminación. Si, por ejemplo, el fondista no cumple con su deber de iluminar suficientemente la entrada de su fonda, no será responsable por el accidente de un transeúnte que se tropieza en una de las calles que tampoco están iluminadas, aun cuando éste no se habría caído si el fondista se hubiese comportado diligentemente, ya que parte de la iluminación de su entrada hubiese llegado también a la acera. Para solucionar este caso tampoco se requiere recurrir al fin de protección de la norma, de manera que se explique que el fin de la norma "debes iluminar la entrada de tu fonda" no es mejorar la iluminación de la acera. Si la infracción del deber de iluminación no fundamenta la imputación de una caída sobre la acera, evidentemente tampoco podrá ser el fin de protección del deber de iluminación librar a los transeúntes de una caída. Pero el rechazo de la imputación no resulta del rechazo del fin de protección, sino que, por el contrario, el rechazo del fin de protección resulta de la imposibilidad de imputación. La norma infringida no señala aquí concretamente "debes encender una luz", sino "debes encender una luz suficientemente fuerte en la puerta, en tanto tienes abierta una fonda de noche". Por esta razón, si el riesgo prohibido de esta infracción de la norma ha tenido que realizarse en el curso causal, debería también figurar en este curso causal el dato de que en ese momento el fondista aún tenía abierta su fonda. Pero la caída del transeúnte fue totalmente independiente de esto, puesto que no se encontraba cerca de la entrada de la fonda y tampoco tenía la intención de entrar en ella. Por consiguiente, el efecto fáctico de

<sup>16</sup> PUPPE, NK, preliminares al § 13, n.m. 210.

protección que produce la iluminación resulta para los peatones un puro reflejo de la protección.

#### b) El caso del paso de cebra, BGHSt, 20, 215

Estos reflejos de la protección pueden, sin embargo, aparecer también en situaciones totalmente distintas, especialmente en el tráfico rodado. En el caso a examinar un conductor atropelló en un paso de cebra al peatón A que salió súbitamente de entre dos automóviles aparcados y que no pudo ser visto a tiempo por el acusado. Sin embargo, el acusado debió, a pesar de esto, haberse detenido en el paso de cebra, puesto que en ese mismo momento el peatón B había comenzado a cruzar por el otro lado dicho paso de cebra, lo cual sí pudo ver claramente el conductor. Si el acusado se hubiese guiado por esta regla de tráfico, no hubiese lesionado a A. Pero la norma de cuidado no dice "debes detenerte ante un paso de cebra", sino "debes detenerte ante un paso de cebra si un peatón ha comenzado a cruzarlo o se dispone a hacerlo". Este riesgo prohibido sólo se habrá realizado en el accidente del peatón A, si para su explicación, además del dato de que el conductor no se detuvo, también es necesario el dato de que B había comenzado ya a cruzar la pista. Este sería el caso a lo sumo, si A hubiese visto a B en el paso de cebra y hubiese comenzado a cruzarlo desprevénidamente a causa de la confianza que genera el deber de detenerse que recae sobre el conductor.

#### 5. CAUSALIDAD ALTERNATIVA DE INFRACCIONES DEL DEBER DE CUIDADO

##### a) El caso de la parada de autobuses, BGHSt, 13, 169

La teoría de la evitabilidad del resultado mediante un comportamiento alternativo diligente presenta, además del defecto acusado de ambigüedad y manipulabilidad, también otro que ciertamente ya conocemos (véase *supra* I 6 b). Éste consiste en que la teoría fracasa en

caso de que concurran infracciones del deber de cuidado de varios sujetos, de suerte que cada una de estas infracciones es suficiente por sí misma para explicar el resultado. Se trata, pues, del caso de la causalidad alternativa de infracciones del deber de cuidado. La teoría de la evitabilidad del resultado mediante un comportamiento alternativo fracasa en la causalidad alternativa por las mismas razones por las que fracasa la teoría de la condición necesaria <sup>17</sup>.

Para verlo, un ejemplo: en una parada de autobuses, en la que precisamente se encuentra un autobús, los choferes están obligados a observar una distancia de seguridad de dos metros o a pasar frente a la parada de autobuses a una velocidad muy reducida. La razón de esto radica en la posibilidad de que los pasajeros que quieran cruzar la calzada después de bajar del autobús, en lugar de esperar la salida del autobús, se adelanten un poco por detrás del autobús, de manera que puedan ver a los que vienen del sentido contrario. Ciertamente este comportamiento es igualmente imprudente, pero los automovilistas están obligados a tenerlo en cuenta. El acusado pasó al lado del autobús a una velocidad normal, guardando una distancia muy reducida. Un niño que se adelantó por detrás del autobús fue arrollado por el automóvil y lesionado mortalmente. El acusado argumentó en su defensa que el niño cruzó la pista sin ver a su derecha e izquierda, por lo que igualmente lo habría atropellado de haber observado una distancia de seguridad de dos metros. El acusado no habría podido evitar, pues, el accidente mediante un comportamiento diligente. En esta ocasión el BGH aceptó esta argumentación y lo absolvió.

El Tribunal tuvo que aceptar forzosamente la versión del acusado debido al *in dubio pro reo*, ya que el niño no pudo ser presentado como testigo del accidente. La decisión del Tribunal fue, no obstante, incorrecta. Si bien puede considerarse que el niño fue el responsable del accidente porque cruzó la pista sin ver a su derecha e izquierda, el accidente tampoco habría podido evitarse si, como es usual, sólo se

<sup>17</sup> PUPPE, NK, preliminares al § 13, n.m. 185, 204.

hubiese adelantado unos pasos detrás del autobús, ya que el acusado ni observó la distancia de seguridad suficiente, ni condujo a una velocidad de paso. Se presenta, pues, el mismo fenómeno que en la causalidad cumulativa. Si se toma rigurosamente el requisito de la evitabilidad, cada interviniente, en caso de una causalidad alternativa de infracciones del deber de cuidado, podría eximirse de responsabilidad recurriendo a la infracción del otro, de manera que si el accidente ha sido causado por ambos, no podrá determinarse un autor. Esto obviamente no puede ser correcto.

El problema ha de solucionarse, en principio, de la misma forma que en la causalidad alternativa (véase sobre esto *supra* I 6 c). Tiene que formularse una condición suficiente del accidente en la que aparezca sólo la infracción del deber de cuidado de uno de los intervinientes y luego probar si esta explicación continúa aceptándose en caso de suprimirse mentalmente el carácter descuidado del comportamiento del autor, esto es, no determinarse como tal. Pero dado que en el caso de varios intervinientes no puede suprimirse mentalmente de forma completa el comportamiento del otro, según sea el caso, sin que la condición suficiente se desmorone —para un atropellamiento son siempre necesario dos—, tendrá que considerarse el comportamiento de este otro, de manera que continúa siendo causal, aunque ya no sea contrario a deber. Hasta cierto punto debe trabajarse aquí con un comportamiento alternativo diligente, pero no del autor, sino del otro interviniente <sup>18</sup>, lo cual no produce ninguna ambigüedad, puesto que sólo se piensa en un comportamiento diligente de este otro que también habría sido causal del resultado <sup>19</sup>. En este sentido, para la explicación causal del presente caso debe valorarse el hecho de que el niño se adelantó por detrás del autobús, pero no que haya ido corriendo sin mirar a su derecha e izquierda.

<sup>18</sup> PUPPE, NK, preliminares al § 13, n.m. 199. Igualmente, pero sin fundamentación, RANFT, NJW, 1984, pp. 1425, 1429.

<sup>19</sup> PUPPE, NK, preliminares al § 13, n.m. 201.

El conductor tenía diversas alternativas de comportamiento diligente. Debió haber observado la distancia de seguridad de dos metros o ido a una velocidad de paso. En este sentido, su comportamiento es contrario a deber no sólo porque pasó al lado del autobús detenido guardando una distancia reducida, sino también por ir a una velocidad excesiva. Para explicar el resultado, todos estos datos deben figurar, pues, como parte necesaria de la condición suficiente. Y, en efecto, este es el caso, pues, en tanto que el niño fue arrollado dentro de la zona de seguridad, hay que prescindir de su infracción del deber de cuidado. Por consiguiente, la imputación del accidente al conductor está justificada aunque no hubiese podido evitarlo mediante un comportamiento diligente porque también la infracción del deber de cuidado del niño, sin la suya y junto con las otras circunstancias del hecho, ha sido suficiente para explicar el atropellamiento.

b) Otra vez el caso del motociclista (BGHSt, 24, 31)

Un ejemplo de causalidad cumulativa de infracciones del deber de cuidado es también el caso del motociclista antes referido. En dicho caso, también pueden formularse distintas explicaciones causales del choque, de manera que en cada una de ellas aparezca sólo la infracción del deber de cuidado de uno de los intervinientes. Si se parte del descargo del acusado de que el motociclista se le había cruzado a una distancia tan reducida que incluso un conductor cualificado no hubiera podido detener el automóvil a tiempo, podrá derivarse de esto una imputación del accidente al motociclista. Sólo será necesario pasar por alto el hecho de que el conductor estaba ebrio, y encontrar una condición suficiente para el accidente en la que sólo figure el comportamiento contrario al deber de cuidado del motociclista como parte necesaria.

Pero también puede plantearse una explicación suficiente del accidente en la que no aparezca el comportamiento contrario al deber de cuidado del motociclista y sí la ebriedad del conductor. Sólo se necesita pasar por alto la infracción de tránsito del motociclista y partir del

supuesto de que el motociclista habría entrado al carril del conductor guardando una distancia suficiente, de manera que un conductor cualificado hubiese podido detenerse a tiempo aunque fuese rápido, pero no un conductor ebrio. La ebriedad del conductor interviniente figura en esta explicación como parte necesaria, con lo que queda fundamentada su co-responsabilidad en el accidente. Esto no significa, por ejemplo, que al conductor no apto para conducir se le impute todo accidente, sino solamente aquél en el que le fue exigible su aptitud para conducir. En este sentido, la consideración de una doble causalidad en la falta de aptitud para conducir o también en los defectos del automóvil no llevan eventualmente al *versari in re illicita*. A quien no se haya en condiciones para conducir no le es imputable, por ejemplo, un accidente por alcance de otro; y esto aunque hubiese evitado el accidente si se hubiese comportado diligentemente, esto es, no conducido.

c) Acerca de la importancia práctica de la causalidad alternativa de infracciones del deber de cuidado

La comprensión de la estructura lógica de la causalidad alternativa de infracciones del deber de cuidado tiene un gran valor en la práctica judicial, puesto que la mayoría de los accidentes de tránsito, y también otros accidentes, se producen por infracciones del deber de cuidado de varios intervinientes. Sería, pues, injusto si ambos intervinientes respondieran en el caso de que sólo la infracción de ambos juntos fuese la causa suficiente del resultado, y ninguno de los dos si ambos se han comportado tan defectuosamente que la infracción de uno de ellos por sí misma fue suficiente para el accidente. No menos injusto sería si en el caso de sucesos desafortunados que no puedan aclararse, especialmente por la muerte de uno de los intervinientes, el otro necesitara sólo alegar una versión del accidente en la que la infracción del primero es tan grande que explica el accidente por sí solo y, de esta manera, argumentar en su defensa que a causa de esta infracción de la víctima a él tampoco le habría sido

posible evitar el accidente mediante un comportamiento diligente. Si se comprende correctamente la estructura lógica de la causalidad cumulativa de infracciones del deber de cuidado, esta argumentación de la defensa puede rebatirse sin infringir el beneficio de la duda, puesto que el hecho de que también la falta de la víctima sea tan grande que explica por sí sola los daños, no puede eximir de responsabilidad al autor si su infracción igualmente basta para una explicación del accidente <sup>20</sup>.

#### 6. LA CAUSALIDAD DE LA INFRACCIÓN DE LA NORMA DE CUIDADO Y LA TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO

##### El caso del dentista (BGHSt, 21, 59)

En la cuestión especial de la causalidad de la infracción del deber puede también surgir, como en la causalidad (véase sobre esto *supra* I. 2 c), el problema de cómo hay que proceder si no tenemos o no contamos con leyes causales generales, porque se trata, por ejemplo, de una acción humana o de una capacidad humana de rendimiento. Veamos esto con un ejemplo: el dentista acusado extrajo dos muelas de una paciente que pidió ser anestesiada por el miedo que padecía. Mientras se encontraba anestesiada le sobrevino un paro cardíaco. Se demostró que la paciente padecía de una pericarditis. La infracción del deber de cuidado que le fue reprochada al dentista consistió en que no dejó que el médico internista le hiciera un examen de riesgo quirúrgico a la paciente antes de anestésiarla, sobre todo si ella le indicó que tenía "algo en el corazón". No cabe duda de que el dentista fue causal de la muerte de la paciente al anestésiarla, pues ésta murió como consecuencia de una complicación anestésica.

Pero únicamente esto no basta para la imputación, pues en esta explicación causal no figura el hecho de que el dentista anestésió a la

<sup>20</sup> PUPPE, NK, preliminares al § 13, n.m. 203.

paciente sin que el médico internista hiciera previamente el examen que se indica en estos casos. Esta información es, en todo caso, necesaria para una explicación causal concluyente si el médico internista hubiese podido detectar la pericarditis en un examen conforme a la *lex artis* médica, pero no, si no hubiese podido detectarla con seguridad. Que el médico internista que se consultara habría hecho el examen con la diligencia debida, puede presumirse con base en la regla de imputación antes formulada de que siempre hay que partir de un comportamiento conforme a deber del médico internista si la infracción del deber del autor consistió en no consultarle a nadie, esto es, en no dar a nadie la oportunidad de cumplir con su deber (véase sobre esto I. 2 b al final). Pero en el presente caso, el perito médico señaló que una insuficiencia cardíaca de este tipo puede detectarse ciertamente en muchos casos mediante un examen del médico internista, pero no en todos, pese a observarse todo el cuidado debido.

Este es un desconocimiento de principio. Ni siquiera está determinado objetivamente a cuál de los internistas habría el dentista enviado a la paciente, así como tampoco de qué capacidad de diagnóstico dispondría este médico más allá del mínimo exigible a cualquier médico internista, pues si bien todos los internistas tienen determinados conocimientos mínimos, hay considerables diferencias en sus capacidades de diagnóstico que dependen del grado de ciertas aptitudes especiales (una especie de intuición médica). La capacidad de rendimiento de un médico determinado depende incluso de su estado de forma diaria. Por esta razón, como ya lo explicamos (véase sobre esto I. 2 b), no basta con remitirse al beneficio de la duda y presumir que aquel médico internista al que el dentista hubiese enviado a la paciente no hubiese detectado la pericarditis.

#### 7. INCREMENTO DEL RIESGO SUSTITUTIVO O COMPLEMENTARIO DE LA CAUSALIDAD Y BENEFICIO DE LA DUDA

ROXIN desarrolló la versión original de la teoría del incremento del riesgo a raíz de un caso que trataba igualmente del desconoci-

miento de la capacidad de rendimiento de una persona. Se trataba concretamente de un ciclista ebrio que fue adelantado por un camión que guardó una distancia bastante estrecha, cayendo bajo las ruedas del remolque. Frente al reproche de inobservancia del beneficio de la duda, ROXIN se defiende señalando que la causalidad del chófer del camión respecto del accidente está establecida, y para las exigencias del tenor literal del § 222 \* ello es ya suficiente. Con el denominado nexo de antijuridicidad, esto es, la causalidad de la infracción del deber, se trata de introducir un requisito adicional que limite la imputación, por lo que se tiene la libertad de entender este nuevo requisito de manera más o menos rigurosa según las necesidades político-criminales de imputación. Para poder proteger también a aquellos que se encuentran ya en peligro incluso sin la infracción del deber del autor, ROXIN consideró político-criminalmente conveniente exigir sólo el hecho de que la infracción del deber de cuidado del autor haya incrementado el riesgo ya existente de producción del resultado <sup>21</sup>.

Sin embargo, el reproche de una transgresión del beneficio de la duda no se desvirtúa de esta manera, pues la ley requiere expresamente que el autor debe haber causado la muerte "por imprudencia". La causalidad de la infracción de un deber de cuidado, llamado también nexo de antijuridicidad o de contrariedad del deber, no es un requisito adicional de la imputación al que también podría renunciarse y que, por eso, puede entenderse de una manera más o menos rigurosa. Se trata, más bien, de un presupuesto indispensable de toda imputación del resultado y que consiste en que el autor no sólo haya causado el resultado, sino que lo haya causado precisamente por las características prohibidas de su comportamiento <sup>22</sup>.

\* § 222 StGB: "Homicidio imprudente: el que por imprudencia causa la muerte de otro, será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa" [n. del t.].

<sup>21</sup> ROXIN, ZStW 74 (1962), pp. 411, 430 y ss.; el mismo, AT, 11/72 y ss.

<sup>22</sup> PUPPE, ZStW 99 (1987), pp. 595, 601 y ss.; la misma, NK, preliminares al § 13, n.m. 189 y s.

El reproche de una transgresión del beneficio de la duda puede desestimarse del mismo modo como lo hicimos en relación con la causalidad (véase I. 2 c) y, concretamente, con el desconocimiento de principio sobre el que no puede aplicarse el beneficio de la duda precisamente por ser de principio. Qué internista habría sido consultado por el dentista, de qué capacidades de diagnóstico habría dispuesto éste y en qué estado de forma se habría encontrado en el momento de la realización del examen; no es que se trate de hechos inciertos porque falten medios probatorios para determinarlos, sino porque no pueden establecerse objetivamente, dado que ningún médico internista fue consultado en la realidad y las capacidades de los internistas no son siempre las mismas. Frente a un desconocimiento objetivo de esta clase no puede recurrirse al beneficio de la duda <sup>23</sup>.

Estamos, pues, al igual que ROXIN, de nuevo ante la cuestión de qué requisitos exigimos a la causalidad de la infracción de un deber de cuidado en ámbitos no determinados. En casos como éstos, no es posible responder objetivamente a la pregunta de si las características contrarias a deber del comportamiento del autor —aquí, la administración de la anestesia sin previo examen de riesgo quirúrgico del internista—, son parte necesaria de la condición suficiente de la complicación anestésica, pues según las reglas generales de la experiencia también la administración de la anestesia después de la realización del examen de riesgo quirúrgico provoca en algunos casos una complicación anestésica mortal. Únicamente puede decirse que la observancia de esta medida preventiva habría disminuido el riesgo de una complicación anestésica, esto es, que la infracción del deber de

<sup>23</sup> Esto es ignorado sobre todo por JAKOBS al escribir: "puede ser dudoso si estos riesgos (entiéndase, los cursos de riesgo no determinados sobre los que sólo se puede hacer enunciados de probabilidad) pueden delimitarse del conjunto, pero, en todo caso, la imposibilidad de conocer, sostenida con carácter categórico, no es motivo para hacer que una duda opere *contra reum*", AT, 7/101. Críticamente sobre esto PUPPE, NK, preliminares al § 13, n.m. 131.

cuidado ha incrementado el riesgo. Si para fundamentar la imputación del resultado por la infracción del deber de cuidado del autor no basta con el incremento del riesgo, sino que se requiere un conocimiento absoluto de que la infracción del deber de cuidado es necesaria dentro de la explicación causal, no habrá manera de imputar en ámbitos en los que los cursos causales no están determinados absolutamente. Y esta consecuencia es inaceptable.

Ciertamente, mediante la vinculación de la imputación a otro efecto de la inobservancia del deber de cuidado se intenta reducir el número de casos en los que se recurre a la teoría del incremento del riesgo para fundamentar la imputación. En el presente caso se argumentó también que la consulta al médico internista habría, en todo caso, retardado la fecha de la operación y, con ello, la muerte a causa de la anestesia, y que todo acortamiento de la vida es un resultado de homicidio<sup>24</sup>. Este camino para fundamentar la imputación en este caso ha sido rechazado con acierto por el BGH<sup>25</sup>. De ninguna manera puede determinarse si el envío de la paciente al internista hubiese retardado realmente la operación. Esto depende del calendario de fechas del dentista y, sobre todo, del que tiene el "hipotético" internista. Por otra parte, tampoco puede ser el sentido de la norma realizar un examen de riesgo quirúrgico antes de anestesiar a un paciente para retardar la aplicación de la anestesia. Si este fuese un fin deseable, habría normas eficaces para ello.

Así pues, en un curso causal no determinado plenamente no queda más remedio que renunciar a toda imputación o contentarse con el incremento del riesgo por un comportamiento contrario al deber de cuidado. El problema de los cursos causales no determinados no aparece usualmente en la cuestión de la causalidad, sino recién en la

<sup>24</sup> FRISCH, (1988), p. 558 y s. Para otras constelaciones de casos también JAKOBS, AT, 29/20. Críticamente sobre este intento de demostrar la superficialidad del principio del incremento del riesgo, PUPPE, NK, preliminares al § 13, n.m. 125.

<sup>25</sup> BGH St, 21, pp. 59, 61.

causalidad de la infracción de un deber de cuidado, pues recién aquí adquiere relevancia, por lo general, el comportamiento y la capacidad de rendimiento de los intervinientes y, con ello, el caso, no menos importante en la práctica, de un curso no determinado.

#### 8. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO SOBRE EL REQUISITO DE LA CAUSALIDAD DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN CASO DE CONCURRENCIA DE VARIAS INFRACCIONES DEL DEBER DE CUIDADO

##### El caso del camión (BGHSt, 11, 1)

Esta decisión del BGH ha hecho historia en el Derecho penal. A raíz de este caso el BGH desarrolló el requisito de la causalidad de la infracción del deber de cuidado y ROXIN, basado en éste, la versión original de la teoría del incremento del riesgo. Para solucionar este caso es necesario describir las circunstancias del hecho de una manera aún más detallada de cómo hasta ahora lo hemos hecho. El chófer acusado, que conducía un camión con un remolque, adelantó a un ciclista guardando sólo una distancia de entre 75 cm a 1 m, siendo la distancia exigida la de 1,50 a 2 m. El ciclista estaba, sin embargo, en un estado de considerable ebriedad por lo que no se encontraba en aptitud para circular, lo cual ciertamente no fue percibido por el chófer del camión. El perito explicó al Tribunal que según la experiencia general es usual que los ciclistas ebrios a los que se les acerca repentinamente un vehículo por detrás, giren espantados su bicicleta hacia la izquierda, esto es, hacia el carril del vehículo. Es posible que el infortunado ciclista se hubiera comportado precisamente así. Pero para ordenar correctamente esta información en la solución del caso debe tenerse en cuenta que el ciclista no cayó, por ejemplo, bajo las ruedas delanteras del camión, sino bajo las ruedas delanteras del remolque. Esto quiere decir que el proceso de adelantamiento estaba ya en marcha cuando se produjo la caída. En este sentido, existieron dos factores de riesgo prohibido al mismo tiempo: la falta de aptitud del ciclista

para conducir debido al estado de ebriedad en el que se encontraba y el espacio demasiado estrecho para el adelantamiento del camión.

El BGH comprobó el requisito de la causalidad de la infracción del deber de cuidado, desarrollado por él mismo, con base en la teoría de la condición necesaria. Suprimió mentalmente el comportamiento defectuoso del chófer acusado y se preguntó si el accidente se habría verificado igualmente sin éste. Esto depende de la capacidad de rendimiento, aún existente, del ciclista ebrio, lo cual, como lo hemos visto en el ejemplo del dentista, no puede determinarse objetivamente. El BGH absolvió por esta razón al chófer del camión, otorgándole el beneficio de la duda. Del mismo modo habría tenido que proceder con el ciclista si hubiese tenido que demostrar su responsabilidad en el accidente. ROXIN ha discrepado de esta solución con su teoría del incremento del riesgo según la cual es suficiente que la infracción del deber de cuidado de uno de los intervinientes en el accidente haya elevado considerablemente el riesgo de su producción. Y esto es precisamente lo que ha hecho el chófer del camión con un adelantamiento tan estrecho <sup>26</sup>.

Podría discreparse de esto también de la siguiente manera: el ciclista cayó, en este caso, bajo las ruedas del remolque, de manera que hay que tener presente, antes de cualquier suposición, que esto ha sido así. Lo que no pudo precisarse es si sólo la ebriedad del ciclista basta ya para justificar una seguridad del cien por cien de que cayera bajo las ruedas del camión. Si esto fuese así, este riesgo del cien por cien no podría ser incrementado por la estrecha distancia del adelantamiento del camión <sup>27</sup>. El error lógico que se oculta tras estas consideraciones radica en deducir de la aparición del resultado un riesgo

<sup>26</sup> ROXIN, AT, 11/72 y s.; el mismo, ZStW 74 (1962), pp. 411, 434.

<sup>27</sup> Así de completamente claro ERB, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnungen im Strafrecht*, 1991, p. 136 y s. Del mismo modo, pero en las cuestiones, HERZBERG, MDR 1971, p. 881; JAKOBS, AT, 7/101. En contra, con razón, ya STRATENWERTH, *Gallas-FS*, 1973, pp. 227, 228 y s.

del cien por cien. También los procesos no determinados plenamente, sobre los que sólo pueden formularse reglas de probabilidad, conducen finalmente a algún resultado. Sería, sin embargo, incorrecto afirmar *ex post* que ha existido un riesgo precisamente del cien por cien. Para solucionar correctamente este caso hay que partir de que la ebriedad del ciclista ha justificado ciertamente un riesgo elevado, pero no del cien por cien, de caer bajo las ruedas de un vehículo en un adelantamiento incluso con la distancia exigida. De ello resultará que este riesgo puede elevarse aún más y esto es lo que ha sucedido en nuestro caso con el estrecho adelantamiento del camión.

El chófer del camión fue absuelto, pues, injustamente. Su absolución sólo estaría justificada si se estuviese dispuesto a renunciar a todo tipo de imputación en ámbitos no determinados. El análisis de la estructura lógica de los procesos no determinados ha demostrado nuevamente que el requisito de la causalidad de la infracción del deber de cuidado justifica una absolución mucho menos frecuente que la que admite la *praxis* y también la doctrina dominante.