

**CONCURRENCIA DE RIESGOS,
CURSO LESIVO Y CURSO HIPOTÉTICO
EN EL DERECHO PENAL***

GÜNTHER JAKOBS

En el comentario de Lackner¹ se dice acerca de la causalidad: "La fórmula de la condicio sine qua non tan sólo constituye un medio auxiliar metódico. Facilita la prueba de la conexión lógica... de la acción humana con el resultado, pero carece de un valor cognitivo inmediato en relación con la existencia de aquella vinculación". En lo tocante a la imputación objetiva y, de modo más específico, en lo referente a la cuestión de cuándo un resultado halla "precisamente su fundamento en la infracción del deber de cuidado", Lackner² señala que la relación falta "cuando también se hubiera producido el resultado observando el cuidado debido". Después de exponer que esta relación de riesgo no constituye un problema causal (y tras optar por la teoría del incremento del riesgo), sin embargo, concluye: "La problemática general aún no ha sido objeto de clarificación definitiva". ¿Posee la fórmula hipotética, en el ámbito de la imputación objetiva, aquel "valor cognitivo" que se le niega en la causalidad o es, de nuevo, tan sólo un instrumento auxiliar metódico? Al comienzo del presente estudio, que

* Traducción del artículo *Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlesungshypothese im Strafrecht* (Festschrift für Karl Lackner, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, p. 23-73) realizada por Carlos J. Suárez González (profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid) y Manuel Cancio Melia (Universidad Autónoma de Madrid). Las traducciones desean expresar su agradecimiento al profesor Enrique Bacigalupe por el interés que ha puesto para que esta traducción se llevase a cabo.

¹ *Strafgesetzbuch*, § 14 Auflage, 1985, anot. III la previa al § 13.

² *Strafgesetzbuch*, § 15, anot. III, 1b, aa, hasta cc.

pretende contribuir a reducir en algo la falta de claridad constatada por Lackner, se halla la distinción entre múltiples riesgos concurrentes y las condiciones de mera variación en el curso de un mismo riesgo (I). A continuación se aborda el tratamiento de riesgos concurrentes separables (II) y de riesgos no separables —en el momento de surtir efecto— (III); se demostrará que la fórmula hipotética, en este ámbito, no es más que un instrumento auxiliar metódico. A la configuración de este instrumento auxiliar se dedica la última parte (IV).

I

a) Todo curso lesivo que no puede obviarse como cuantitativamente négligible, desorienta mientras no sea explicado². La explicación que el derecho penal puede presentar tiene lugar mediante la imputación del curso lesivo. En ella, el comportamiento de un autor o partícipe (o de varios partícipes) se define como causa determinante del curso lesivo. También la exclusión de la imputación jurídico-penal contribuye siempre, de manera positiva, a la explicación de un curso lesivo; ya que, de una u otra manera, todo curso lesivo debe ser explicado, la exclusión de un haz explicativo refuerza las probabilidades de intentarlo con éxito por otra vía.

Dado que es necesario hallar una explicación plausible a todo curso lesivo, ninguna afirmación relativa a la imputación jurídico-penal que haya sido obtenida sin tomar en consideración los demás modos explicativos, será válida. Si se lleva a cabo la imputación jurídico-penal ello siempre significa, al mismo tiempo, que no estamos en presencia de un acontecimiento fortuito ni la víctima es responsable, al menos de manera exclusiva, del curso lesivo, etcétera. Si no se imputa, ello sólo puede ser correcto si entre los demás modos explicativos hay, al menos, uno aplicable. Las ope-

² Explicar significa, por lo tanto: reconciliar el curso con la orientación; esto se produce mediante la designación de un escogido conjunto de condiciones de un riesgo que sea compatible con uno de los modos de mediación entre el curso lesivo y la orientación (modo explicativo; mejor sería modo de reorientación) (p.ej. culpabilidad del autor, autorresponsabilidad, accidente a causa de la propia predisposición o de incapacidad ajena). (N. del T.: sobre el sentido del término "orientación" —Orientierung— en Jakob, *cit.* su manual, *StRAFRECHT AT*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, p. 4-5, n. m. 4)

raciones de delimitación de la imputación jurídico-penal no se desarrollan, por lo tanto, en "tierra de nadie"; no constituyen una cuestión unilateral, interna de la imputación, sino que siempre constituyen, al mismo tiempo, variaciones recíprocas de los límites de otros modos explicativos. Lo que también es válido en la medida en que los modos explicativos se solapan. Un solapamiento debilita la fuerza explicativa de los modos concurrentes, y la desaparición del solapamiento sólo es posible si el modo subsistente es suficiente como explicación única.

b) No todos los detalles de un curso lesivo se hallan necesitados de explicación, sino tan sólo aquellos en los que la tendencia lesiva (*Schadensneigung*) se fundamenta. Los otros detalles, las meras circunstancias acompañantes, no constituyen objeto idóneo de expectativas jurídicas penalmente garantizables. La delimitación entre las circunstancias generadoras de la tendencia lesiva y las meras circunstancias acompañantes es tan incierta como indeterminada es el círculo de las mencionadas expectativas. En cualquier caso, en el valor causal de una circunstancia con relación al resultado no está determinado que aquella circunstancia no pueda constituir una circunstancia acompañante. Al contrario, es posible que en el devenir de un curso lesivo se modifiquen detalles del desarrollo sin que por ello la tendencia lesiva se vea influenciada. Cuando esto sucede, entonces el curso causal se ve modificado en el marco de un riesgo⁴ que sigue siendo idéntico. En estos casos, se cau-

⁴ Un riesgo es un conjunto de condiciones del resultado que pertenecen a un contexto explicativo; los límites del concepto, por lo tanto, se hallan determinados por su finalidad: la explicación de cursos lesivos (ver nota 3). No faltan intentos de derivar el riesgo de las condiciones con efecto causal, partiendo en mayor medida, de una consideración *ex ante*. El intento más conocido es la teoría del incremento del riesgo, a la que el autor ya ha hecho referencia en otras ocasiones; por último en: *Stratwisch AT, 1983, p. 7-88 y ss.*, con referencias. La bibliografía especializada aparece desde comienzos de 1983, tanto a favor como en contra (*Binderhof, Jus, 1983-32 y ss.*; *Arthur Kaufmann, Jurisprudenz-Festschrift, 1985, p. 273 y ss.*; *Randt, NJW, 1984, p. 1425 y ss.*; *GA, 1985, p. 341 y ss.*; respecto de Krümpelmann, ver esta nota; respecto de Puppe, ver nota 17); también las referencias en la nota 30 ha permitido precisar numerosos aspectos puntuales, pero no ha aportado nada fundamentalmente nuevo. Hasta el momento el último y más útil intento es obra de Krümpelmann (*Jurisprudenz-Festschrift, 1985, p. 313 y ss.*; *GA, 1984, p. 491 y ss.*, 503 y ss.); ya en *Rechtswissenschaft-Festschrift, 1978, p. 443 y ss.*, 447 y siguientes). De modo muy sintético: según Krümpelmann, *ex ante* debe determinarse el "deber" del autor y la "pre-

sa el resultado, pero no el riesgo del resultado. Por ejem-

plificación de la víctima correspondiente a aquél (*Verwech-Festsetzung*, p. 318). La base fáctica de la propensión de "peligrosidad" (el riesgo del cual el actor es responsable) y de la "propia situación de peligro" (*Gefährdetheit*) (la subsidiariedad —determinada ótro— de los riesgos aportados por la propia víctima) deben ser de obligada prueba en el proceso (p. 323). Respecto de la "propia situación de peligro" esto implica que debe ser probado el estado del paciente (p.ej., si ante un juicio de pronóstico en su conjunto dudoso pertenece al grupo de los pacientes de riesgo o de aquellas con buenas posibilidades —p. 322 y siguientes—). Una vez determinada la existencia del "deber" y la correspondiente "pretensión", no deben ser relevantes ni la magnitud de la posibilidad de salvamento ("una posibilidad cuantificable debe ser suficiente", p. 323) ni el curso hipotético en caso de alternativas de comportamiento no realizadas (p. 324-329). Esto, en los casos de omisión de auxilio médico, de los que fundamentalmente se ocupa Krümpelmann, implica: de darse el "deber" y la "pretensión" (no siendo por lo tanto el estado tan grave que elimine toda esperanza) sólo se valen aquellas complicaciones que de hecho han tenido lugar (sin considerar cursos hipotéticos), aunque si se computan los errores cometidos. Partiendo de estos presupuestos, Krümpelmann trata, por lo tanto, el curso leve que se habra desarrollado de no darse un comportamiento erróneo como un caso no realizado con respecto al curso real en el que sí concurrió el comportamiento disfuncional. Con este punto de partida resulta irrelevante que el curso, de no ser disfuncional el comportamiento, también hubiera conducido a la lesión: las hipótesis no explican la realidad. El método de Krümpelmann, sin embargo, no garantiza que el comportamiento disfuncional influya (más que en meras circunstancias acompañantes) en el riesgo que se realiza, esto es, que con dicho comportamiento se realice un riesgo distinto del que se realizaría sin él. Si en el proceso no logra probarse la existencia de un "estado" que asegure la producción o la no producción de la lesión, dicho estado será entonces un estado general en el que nada se conoce acerca de los detalles. Simplemente por esta razón (nada se sabe) no se puede garantizar que el comportamiento disfuncional modifique algo más que circunstancias acompañantes. Además, no es posible determinar de manera no arbitraria los parámetros por los que se delimita dicho estado (p.ej., antes de una operación: estado general de la salud o estado del corazón, estado de los pulmones, etcétera). Bien es cierto que, en contra, podría argumentarse diciendo que no es necesario determinar con criterios naturalistas la identidad de los riesgos basándose en el conjunto de condiciones con efecto causal, sino que también es posible, de ser adecuado, declarar como elemento identificador una específica situación de deberes. Esta objeción, sin embargo, a pesar de su viabilidad, no resulta compatible con un derecho penal que se configure en función de los delitos de resultado: éstos obligan, por la misma definición del resultado, a un mínimo de naturalismo. Krümpelmann tiene en cuenta esto en el juicio de pronóstico relativo al resultado, pero no en lo referente a la imputación del resultado producido: la búsqueda de la relación entre la infracción del deber y el resultado producido entorpecería según Krümpelmann una "confusión de categorías", p. 313, con respecto a esto, también Puppe, *ZStW*, 95, p. 287-290. La constatación de que la infracción de la norma ha tenido consecuencias no crea, sin embargo, confusión alguna. En realidad, a Krümpelmann le interesa otra cuestión (pues de no ser así, también

pló², si en el interior de una casa en llamas se cambia de posición, girándola, una pieza del mobiliario, este comportamiento condicionará el discurrir futuro de la destrucción y, por lo tanto, también el resultado. El hecho de que primero se quemé el lado izquierdo y que el fuego avance desde allí hacia el derecho, es decir, lo que en realidad sucede, y no a la inversa, depende del cambio de ubicación del objeto. El que la pieza del mobiliario también se hubiera quemado, sólo que de otra manera, de no habérselo dado la vuelta constituye una mera hipótesis y, por lo tanto, no conforma una explicación de lo que en realidad ha sucedido. Este acontecer real, sin embargo, no está plenamente necesitado de explicación: cuál sea la vía, de entre las varias equivalentes, por la cual un riesgo idéntico discorra hasta el resultado, no constituye objeto idóneo de expectativa en el ámbito de las normas que deben estar dirigidas a evitar comportamientos arriesgados.

La exención de responsabilidad en casos de meras variaciones en el curso sólo puede ser fundamentada tomando en consideración el curso hipotético: la responsabilidad decae en atención, solamente, a que sin la variación se hubiese desarrollado un curso equivalente del mismo riesgo. Dada la necesidad, ya mencionada al principio, de explicar todos los cursos lesivos, cuando se toman en cuenta cursos hipotéticos, frecuentemente surge el siguiente dilema: el decurrir hipotético no puede ser considerado por ser irreal; la efectiva producción de la lesión (*Schadens Eintritt*) ya no resulta, entonces, de ninguna manera explicable. Este dilema será analizado más detalladamente al tratar la concurrencia de riesgos distintos; aquí, sin embargo (en el caso de

debería calificar de confusión de categorías la relación entre infracción de la norma y juicio de prevención del resultado): contraponer la tentativa a la consumación. La lógica del incurso de un delito de resultado, sin embargo, no admite limitación alguna de la consideración *ex post*; sólo en cierta medida resulta compatible con la lógica del incurso de la acción. En términos ejemplificativos: quien incrementa lo que es poco probable hasta convertirlo en seguro, no es en la práctica responsable del resultado mientras no se demuestre la realización del peligro específico del incremento, pero quien sustituye un riesgo por otro pequeño, pero reconocible como distinto, es en la práctica siempre responsable —a causa de la cognoscibilidad de la realización— del resultado: el naturalismo del delito de resultado se contraponer a las valoraciones de la situación de deberes.

² Siguiendo a Samson, *Hypothetische Kausalverläufe*, 1972, p. 22 y siguientes.

una variación en el curso), el dilema no se presenta, dado que la variación se desarrolla dentro de un riesgo idéntico que en todo caso se realiza (con o sin variación). Si en el ejemplo, el incendio es constitutivo de un delito de incendio, entonces al incendiario también debe imputársele la destrucción de la pieza mobiliaria, con independencia de que el curso haya sido o no modificado. Si el riesgo permanece idéntico, la consideración de hipótesis no elimina ninguna posibilidad de explicación⁴. La siguiente exposición debe poner de manifiesto que sólo es adecuado considerar hipótesis en el marco de un mismo riesgo, pero ello es incorrecto cuando concurren varios riesgos.

II

a) La aplicación de este modelo, hasta ahora simple, para la explicación de cursos lesivos se torna en parte complicada cuando concurren varias posibilidades de explicación. Lo que puede ocurrir de distintas maneras. No necesitan de ulteriores explicaciones aquellos casos en los que varias personas son responsables de un mismo riesgo que se realiza: se trata de los supuestos habituales de participación de varias personas. Pero también la víctima puede ser corresponsable sin que por ello deba desaparecer la imputación al autor; la responsabilidad del autor y de la víctima pueden, por lo tanto, solaparse. Por ejemplo, quien caminando por la franja central de una carretera nacional resulta lesionado a causa de la falta de atención de un automovilista, debe también atribuirse la lesión a sí mismo —sin perjuicio de la responsabilidad del conductor por lesiones imprudentes— dada la vulneración de los deberes de autoprotección (*Obliegenheiten zum Selbstschutz*).

Menos obvia resulta la imputación en aquella constelación de casos en los que concurren varios riesgos (de los que siempre, solamente uno puede realizarse; ver apartado III). En su acepción común, la fórmula hipotética conduce

⁴ La cualidad de circunstancia acompañante no existe de manera absoluta, sino siempre en un determinado contexto de riesgo. Si bien en el ejemplo, el desplazamiento de la pieza de mobiliario constituye en el ámbito del delito de daños una circunstancia acompañante, sin embargo, en caso, p.ej., de un intento de obstaculización del salvamento de personas, llevado a cabo por los bomberos, puede constituir un escalón esencial del curso.

aquí a resultados defectuosos. Por ejemplo, en medio de una intensa niebla, el conductor de una motocicleta es golpeado por detrás por un vehículo, saliendo despedido por el aire y resultando lesionado a causa del impacto contra el suelo; la colisión, con las consecuencias descritas, le salvó de chocar fracciones de segundo después contra un obstáculo y de fallecer inmediatamente (con mayor precisión: momentos antes de la efectiva producción de las lesiones causadas por la colisión). La aplicación de la fórmula hipotética lleva a la extraña conclusión de que el riesgo de la colisión no se ha realizado, dado que, también sin colisión, a fin de cuentas la integridad corporal del motociclista no hubiera permanecido incólume. Sin embargo, tampoco el riesgo de chocar contra el obstáculo —independientemente de que sin aquel riesgo todo habría ocurrido exactamente igual a como en realidad sucedió— brinda explicación alguna por la sencilla razón de que de facto aquella colisión no se ha producido. El resultado se torna completamente incomprensible cuando tanto el riesgo de la colisión ajena como el de una colisión propia eran evitables: en consecuencia, nadie sería responsable del curso lesivo, aunque todos se han comportado de manera incorrecta y a pesar de que un comportamiento correcto por parte de todos habría hecho desaparecer el resultado, no tratándose por lo tanto de un accidente inevitable. La razón de esta errónea conclusión es evidente: en el ámbito de la realización de riesgos —al igual que en el problema paralelo de la diferenciación entre condiciones efectivas y no efectivas¹— no es relevante lo que ocurriría de faltar los factores de riesgos a examinar, sino los efectos que éstos han tenido². Si se desconocen los

¹ English, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Teilherrschaft*, 1931, p. 16; Vom Weltbild des Juristen, 1. Auflage, 1905, p. 133, n.º 248; Weber-Festschrift, 1933, p. 247 y ss., 261; Luckner (nota 1), anot. III, 1c, ss. previa al § 13, con ulteriores referencias.

² También últimamente en esta línea, de modo particular, Ranft, *NWZ*, 1934, p. 1423-1427 y ss.; Krimpelmann, *Juristisch-Festschrift*, 1935, p. 323 y ss., 329 y siguientes. Por lo general se reconoce que mediante la toma en consideración de hipótesis no debe privarse al bien de la garantía normativa, al menos, en lo referente a injustos hipotéticos (reconocimiento que no resulta tan claro en el caso de una hipotética infracción de los deberes de autotutela): BGH 30, p. 220-221; Kahn, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die "conditio sine qua non" Formel im Strafrecht*, 1925, p. 73 y ss., 233; Niewenhuis, *Gefahr und Gefahervorsichtlichkeit im Verkehrsstrafrecht*, 1934, p. 84 y ss.; Otto, *Maurach-Festschrift*, 1973, p. 81 y ss., 103; Roxin, *ZStW*, 74, p. 411 y 426; Samsen (nota 5), p. 123 y ss., 141; Purpe, *JuS*, 1982-

efectos que han ocasionado, tampoco es posible contestar a la pregunta relativa a qué ocurriría de no existir éstos; de conocerse los efectos que han surtido, no es necesario hacerse la pregunta. Incluso en el caso de resolverse correctamente la cuestión acerca del curso hipotético, ello en nada contribuye a la solución, dado que la realidad no está condicionada por lo que ocurriría de ser distinto alguno de sus elementos. Por supuesto que partiendo del conocimiento de la configuración de un mundo hipotético y del conocimiento de cuáles son las variaciones de la realidad con las que se elabora la hipótesis, es posible deducir cuál es la configuración de la realidad, aunque en este procedimiento complicado y susceptible de inducir a error no se aprecia ventaja alguna.

La fórmula hipotética no siempre produce resultados defectuosos, sino tan sólo en aquellos casos en los que se halla presente un riesgo de reserva; la solución de los demás casos resulta, sin embargo, trivial. La amplia utilización de la fórmula hipotética hace sospechar si no desempeña, además, otra función que la de reproducir lo evidente en supuestos de hecho no complicados. Para confirmar esta sospecha se expondrá, sucintamente, cuál es el alcance de esta fórmula. Si en un sistema se pueden controlar todos los factores de entrada (y por lo tanto, también las eventuales condiciones de reserva) y todos los factores de salida, entonces es posible averiguar, mediante una variación de los factores de entrada y un control de los factores de salida, cuál de los inputs es condición para uno de los outputs. El resultado (en la simple configuración de una condición tanto-necesaria como suficiente) es: siempre que y sólo cuando en el sistema "S" tuvo lugar el input "i" se produjo el output "o". Con ciertas cautelas que aquí carecen de mayor interés, de ello cabe deducir una relación que prácticamente ya no es susceptible de ser rebatida: en el sistema "S", "i" condiciona de manera necesaria y suficiente a "o". El experimentador debe plantear la hipótesis bajo la forma de una suposición para que tan siquiera sea posible iniciar el experimento (p.ej., en el sistema "S" el input "i" podría condicionar un output determinable). El contenido real de la supo-

880: Leipziger, *Kommentar-Jurbeck*, 10. Auflage, t. 1, 1994, n. m. 63 previa al § 12; *Systematischer Kommentar-Rudolphi*, 3. Auflage, t. 1, 1994, n. m. 89 previa al § 1; *Stratzenwerth, Strafrecht AT*, 2. Auflage, 1991, n. m. 221, con una solución probablemente abierta, *Arthur Kaufmann* (nota 4), p. 274.

sición es comprobado por el experimentador, configurando la realidad una vez con el factor "i" y otra vez sin el factor "T" y así sucesivamente. El experimentador aprende por lo tanto mediante la contraposición de alternativas, dato éste que, de modo exclusivo, debe constituir el objeto de referencia de las hipótesis jurídicas que se configuren en el ámbito de la concurrencia de condiciones. Para dejar claro cómo es posible aprehender la realización de ciertas condiciones o de un determinado riesgo, se formula una alternativa a lo realmente acaecido; esta alternativa, por supuesto —al contrario de las variantes que utiliza el experimentador— nunca llega a realizarse y por lo tanto es formulada en el caso irreal. La frase: "un riesgo se ha realizado si el resultado no se hubiera producido en caso de darse una situación sin los factores de riesgo", sólo puede, por ello, ser entendida del siguiente modo: "los factores de riesgo enunciados han condicionado el resultado; si se debe demostrar este dato de la experiencia, entonces, en el ámbito del mismo sistema deberán eliminarse, del input controlado en su conjunto, los factores determinados", etcétera. Se trata, por lo tanto, de la cognoscibilidad por medio de la experiencia de las relaciones reales entre unas determinadas condiciones y un determinado resultado.

El núcleo básico de la información que puede ser obtenida mediante el uso de la fórmula hipotética no debe y probablemente no estribará en la mayoría de los casos en la aprehensión de la cognoscibilidad por medio de la experiencia de la relación afirmada, sino en la determinación de los factores que configuran el riesgo, y en la del sistema de cuyo output se trate. De modo especial cuando los factores deben ser cuantificados (30 km por hora en lugar de 70 km por hora), la determinación se lleva a cabo con mayor facilidad mediante una contraposición de diferentes configuraciones del supuesto de hecho, que mediante una descripción aislada de la diferencia existente entre estas variaciones. En todo caso, no se trata de la comprobación de la realización de un riesgo, sino de la designación de un efecto ya comprobado.

La habitual formulación —también utilizada por Leckner¹⁴— de que en el ámbito de la realización del riesgo no se trata

¹⁴ Habiendo prescindido de la teoría basada en el balance, es decir, en la diferencia en el desarrollo de los hechos; a este respecto ver apartado II, b.

¹⁵ (Nota 1) I 15, anot. III, 2b, aa y bb.

de un problema de causalidad, es correcta sólo en el sentido de que si se niega la realización del riesgo, no es necesario negar también el efecto causal de una acción para con el resultado, lo mismo que negar el efecto causal de una acción no implica negar el efecto causal de un espasmo o de la ubicación de un cuerpo humano. Pero de igual modo que la causalidad de una acción constituye una especificación de la circunstancia que una persona, de alguna manera, tuvo un efecto causal para con un resultado, también la realización del riesgo constituye una especificación de la causalidad: no son características cualesquiera de la acción anti-jurídica las que (entre otros factores) han condicionado el resultado, sino (entre otros factores) especialmente aquellas que fundamentan el juicio de antijuridicidad. Es cierto que en caso de faltar la realización del riesgo falta también la relevancia jurídica de la causalidad existente; sin embargo, esta relevancia no puede ser aportada a un sistema de imputación sin variar la causalidad. Si falta la realización del riesgo entonces también falta la causalidad relevante.

b) Las explicaciones dadas hasta el momento descansan en la creencia de que el curso dirigido hacia el concreto resultado conforma la perturbación (*Störung*) necesitada de explicación. Posiblemente también los riesgos de reserva se hallen, a su vez, necesitados de explicación como tentativas o como puestas en peligro, si bien esto nada aporta a la explicación de un curso lesivo real. El sentido de una distinción entre riesgos efectivos y riesgos de reserva es, sin embargo, negada, señalándose que no es la realización de un riesgo lo que defrauda las expectativas, hallándose por lo tanto necesitada de explicación, sino ya la misma creación de una situación en la que un bien ya no puede ser salvado. En este sentido, por lo tanto, lo decisivo sería el saldo de las posibilidades de supervivencia de un bien jurídico (*Rechtsgutschancen saldo*) y este saldo no se vería empeorado por un riesgo que desplazase a otro riesgo que habría desplegado de manera inevitable sus efectos¹¹. Esta teo-

¹¹ Esta teoría frecuentemente aparece formulada de forma más tibia que expresa. En el ámbito de la solución de concurrencia de riesgos toda operación en la que se utilice la fórmula hipotética de manera tal que no constituya un mero medio heurístico de exposición del curso real, encuentra su base en esta teoría. La define expresamente Arthur Kaufmann, *Ev. Schmidt-Festschrift*, 1961, p. 300 y ss., 329 (ver, sin embargo, el mismo, p. 273 y ss., nota 4); también es el criterio fundamental para Sarason (nota 5), para quien lo decisivo es el "acortamiento" (del bien jurídico), p. 67 (el

ria, sin embargo, parece exponerse al dilema ya resultado que se plantea al tomar en consideración hipótesis. Ya que no cabe responder por hechos hipotéticos, dado que desde todo punto resulta imposible explicar mediante hipótesis la realidad, las posibilidades de explicación parecen diluirse: uno de los riesgos se excluye porque el otro está en reserva y éste desaparece dado que no se ha realizado. Por supuesto que la teoría basada en el saldo de posibilidades del bien jurídico aún no queda, por ello, desvirtuada. Según esta teoría, en modo alguno se trataría de explicar el curso real dirigido al resultado, sino que sería la destrucción de la posibilidad de supervivencia del bien la que estaría necesitada de explicación; todo incremento del monto global de lesión se valora; todo lo que para ello es irrelevante no se toma en cuenta. En términos ejemplificativos: si un campo de trigo va a ser próximamente destruido por una tormenta que se avecina, resulta indiferente si un par de niños jugando en él, destruyen antes la cosecha.

El ejemplo, sin embargo, es reversible: si los niños destruyen la cosecha, resulta irrelevante si se avecina una tormenta de granizo. Tratándose de riesgos concurrentes sería, por lo tanto, necesario determinar cuál es el riesgo anterior. La victoria en esta carrera de riesgos no puede hacer depender del momento temporal de sus génesis; ya que para todos los riesgos ésta —teóricamente— puede ser anticipada de modo discrecional. Subsisten tres posibilidades: bien cabe declarar anterior aquel riesgo que causa la destrucción del bien. Esta opción puede ser fundamentada de manera plausible —el riesgo que se realiza se anticipa a todos los demás en la medida en que aquéllos ya no pueden realizarse—, pero abandona el saldo de posibilidades de supervivencia del bien y atiende de nuevo a cuál es el riesgo que se realiza en el resultado. También es factible consi-

"principio del acortamiento" se ve, sin embargo, modificado por mecanismos de seguridad dirigidos a conservar las garantías normativas del bien, p. 125 y ss.; Pelevo-Fantocher(1), 1974, p. 121 y ss., 133 y siguientes). Si lo que se persigue es una protección del bien jurídico en sentido naturalista, entonces este punto de partida resulta consecuente (Jakobs, Studien zum Fehl-siegen Erfolgsdelikt, 1972, p. 34 y ss.: "Erfolgsrelevanz"). Esta concepción, sin embargo, deduce de manera demasiado unilateral el significado del comportamiento del balance de los efectos, descuidando la configuración de la acción. En lo referente al texto que sigue, cfr. además, Rodig, Die Denkform der Alternativität in der Jurisprudenz, 1980, p. 119 y ss.; E. A. Wolff, Kausalität von Tat und Unterlassen, 1965, p. 19 y siguientes.

derar a todos los riesgos simultánea y cumulativamente relevantes; en este caso, sin embargo, tampoco será posible llegar a una solución sin tener en cuenta la realización del riesgo en el resultado, porque la mera disminución de posibilidades—aunque exprese de manera correcta la infracción de la norma—no supone la realización de tipo alguno. Finalmente es posible conceptualizar a todos los riesgos como simultánea y conjuntamente irrelevantes, pero en este caso ya no sólo no sería posible explicar el curso lesivo sino tampoco el mal balance del saldo de posibilidades.

Cabe, sin embargo, utilizar la teoría del empeoramiento del saldo de posibilidades de manera que la crítica anteriormente formulada no haga mella en ella. Para ello es necesario liberarla del cometido de regular las relaciones entre todos los riesgos posibles para un bien, debiendo limitarse a fijar las relaciones entre los riesgos derivados de la infracción de normas y de los riesgos no influenciables mediante la observancia de la norma. La prioridad de los riesgos sería entonces fácilmente determinable: todo hecho que no sea ya influenciable mediante normas constituye la base—previs—sobre la cual—posteriormente—pueden desplegar sus efectos las normas. Si en el ejemplo mencionado los niños pisan la cosecha, este riesgo explicará su pérdida, pero no es contrario a la norma, a causa del riesgo de tormentas. Esta solución aún puede ser precisada: para que el bien conserve todas las garantías normativas potencialmente efectivas, todas las futuras infracciones de la norma se excluirán del saldo de posibilidades; un comportamiento antijurídico futuro (o una infracción del deber de cuidado por parte de la víctima) ya no impide entonces que el comportamiento arriesgado que se está llevando a cabo sea contrario a la norma. Por ello, en el ejemplo, los niños no podrían invocar en su descargo que un día después, seguramente otras personas habrían destruido la cosecha, aunque sí podrían invocar la circunstancia de que un granizo posterior habría demostrado que de todas maneras ya no era posible salvarla.

Una teoría en esta línea resulta viable, si bien con resultados poco plausibles en ciertos ámbitos, dado el derecho vigente. Si la causación del resultado en una situación en la que, a la vista de otro riesgo, ya no cabe salvación no conforma injusto alguno, entonces—si no se quiere debilitar la protección del bien—, la creación de una tal situación debe conformar un injusto pleno. Sin embargo, según el derecho vigente, esta causación—en cualquier caso, en la medida

en que los riesgos concurrentes existan de manera independiente¹¹— solamente es captable como injusto de tentativa (y por lo tanto de ninguna manera en caso de imprudencia). De ahí que con este proceder se pierden parcelas de imputación: la exoneración de aquel que en una situación ya irreversible causa un resultado, no se ve correspondida por una agravación para el que es responsable de la situación. Por ejemplo, si se envenena el pienso de un rebaño y a continuación también el agua, y el rebaño perece a causa del envenenamiento del agua, se excluye toda responsabilidad por consumación (y en efecto, ello incluso si fuese el único autor el que hubiera generado ambos riesgos, en el caso de que, después del primer hecho, decidió llevar a cabo el segundo, ya que si no existiría una *actio libera in causa*).

En sus resultados, por lo tanto, una teoría que defina el injusto como empeoramiento del balance de posibilidades, armoniza mal con un derecho penal que configure delitos de lesión de resultado¹². La teoría presenta otros inconvenientes. Grava al delito de resultado con más elementos accidentales de los que le son estructuralmente propios: aunque un riesgo se realice, falta la consumación si el balance en su conjunto no se ha visto empeorado (solución que no es casual sólo en aquellos casos en los cuales el autor ya conocía el riesgo anteriormente existente y tenía una razón plausible para actuar). Mayor peso tiene el que, según esta teoría, un comportamiento arriesgado (al margen de las situaciones justificadas) ya no se halla prohibido per se, sino sólo en aquellas situaciones en las que empeora el balance de posibilidades. Esto no sólo debilita la univocidad de la

¹¹ Si el comportamiento posterior es llevado a cabo para limitar el daño del peligro primario, es el peligro primario el que se realiza. Por ejemplo, si un agricultor le produce con un arma de fuego la muerte a su ganado porque no le es posible salvarlo de un incendio, queriendo así evitarle sufrimiento, ello constituye una realización del peligro del incendio, dando lugar, por lo tanto, en la medida en que el autor es represente, al menos, como posible la muerte del ganado a causa del fuego, a un delito delo- so de daños.

¹² Estos delitos, por supuesto, no se justifican per se. Pero es posible hallar su justificación no sólo en la protección efectiva de bienes sino también en el hecho de convertir en tabúes comportamientos con determinadas consecuencias para un bien. Debe admitirse que esta última concepción puede aproximar el delito de resultado a los delitos de peligro abstracto (o, si el autor no conoce el riesgo hipotético, a la tentativa); esto deberá tener consecuencias en la medición de la pena: a este respecto, más detenidamente Jakobs (nota 4), p. 7-82 y siguientes.

prohibición; sugiere, además, que todos los bienes pueden ser ordenados cuantitativamente de una manera razonable. En el caso de un bien intercambiabile esto podría ser admisible, pero tratándose de un bien personalísimo, el respeto hacia el bien probablemente se vería mermado si se pudiese destruir sin razón plausible alguna, simplemente por no ser ya posible salvarlo. Por ejemplo, si inexorablemente un barco naufraga con su tripulación, puede resultar dudoso si los boquetes que sin motivo alguien produce en el casco del barco siguen constituyendo un delito de daños; el carácter personalísimo de la vida, sustraído a cuantificaciones, no permitirá, sin embargo, que surjan este tipo de dudas en cuanto al homicidio en caso de disparos a la cabeza de los miembros de la tripulación¹⁴. Finalmente, esta teoría acarrea consigo, como un atavismo, su vinculación a un mismo bien. Ya que se pregunta por las posibilidades que un bien brinda a su titular, forma parte de una contestación plena la valoración del montante global de bienes del titular (y ni siquiera resulta claro que deba limitarse a esto; también podría hacerse un cálculo del daño o provecho global supraindividual). En términos ejemplificativos: si es posible destruir una cosa que de todas maneras está perdida, también debería entonces ser atípica la destrucción de una cosa asegurada, si de no ser así se perdiese una cosa más valiosa del mismo titular (además, ¿por qué sólo del mismo titular?) o, incluso, su vida o integridad corporal. El hecho de que el derecho vigente sólo tenga en cuenta este tipo de conflictos en el ámbito de la justificación (consentimiento presunto como subtipo del estado de necesidad justificante), muestra de nuevo que esta teoría no es adecuada.

III

a) Varios riesgos no pueden realizarse conjuntamente dado que un resultado no puede ser condicionado más de una vez¹⁵. Por supuesto que de un riesgo pueden ser res-

¹⁴ De manera paralela se diferencia en el ámbito del § 34 del StGB entre bienes comparables y no comparables entre sí.

¹⁵ La postura divergente, cfr., Jakobs (nota 4), 7-84, parte de una definición demasiado limitada de los riesgos idénticos; utilizando una definición correcta, se trata de un riesgo fragmentado (de cuyas partes pueden ser responsables distintas personas) o de una responsabilidad múltiple por un riesgo. Cfr. el texto.

pensables varias personas, y cuando esto ocurre en forma de una conutoría puede crearse la impresión de que se trata de varios riesgos. Esta impresión, sin embargo, engaña. Hablando en términos ejemplificativos¹⁴: el que un automóvil al adelantar a un ciclista deba guardar una distancia de seguridad se debe a varias razones. Por un lado una conducción completamente rectilínea de la bicicleta resulta imposible, por lo que ya se hace necesario respetar una distancia mínima, para cuyo cálculo también debe tenerse en cuenta que de un ciclista en condiciones de peligro de muerte no puede esperarse un comportamiento de precisión milimétrica. Además, y de ello se trata ahora, conforme a la experiencia incluso leves negligencias ubicuas (y otras causas) pueden llevar a importantes cambios de dirección, de ahí que la distancia mínima deba complementarse con un margen de seguridad. A su vez, los ciclistas deben procurar circular de la manera más rectilínea, no invadiendo, en cualquier caso, el espacio aquí definido como margen de seguridad, ya que, por diversas razones, es posible que los automovilistas invadan este margen. Ambos complejos de condiciones —el automóvil y también el ciclista invaden el margen— constituyen sólo partes de un mismo riesgo: sin la respectiva otra parte no existe peligro alguno de resultado. Un mismo riesgo puede ser dividido en varias partes, bien con base en una mayor claridad (dos tormentas que se aproximan desde direcciones distintas configuran un riesgo de tomado) o bien por tratarse —como es aquí el caso— de ámbitos de responsabilidad distintos; de esta manera, tanto el ciclista como el automovilista son respectivamente responsables de no invadir la zona del margen de seguridad.

También es posible que varias personas —sin cocausarlo— puedan ser responsables, respectivamente, de la totalidad del riesgo y ello, precisamente, cuando constituye el cometido de una persona conjurar los riesgos que han sido creados por otros. Por ejemplo, un padre debe evitar o repeler los ataques antijurídicos dirigidos contra su hijo. Tam-

¹⁴ Con base en el BGH 11, p. 1 y ss.; para adoptar una decisión en concordancia con los principios que se desarrollarán en el texto, será determinante si en caso de mantenerse la distancia reglamentaria, la colisión hubiese sido evitable, mientras que resulta irrelevante si el ciclista hubiese aprovechado la posibilidad de evitación (en caso de evitabilidad, siempre habrá responsabilidad del conductor del camión); la motivación para ejercitar los deberes de autotutela debe presuponerse hasta que de hecho no suceda lo contrario, ver apartado IV, b.

bién en el caso de riesgos naturales puede existir una persona responsable de evitar bien su creación o bien su realización; así, en el caso que sirve de ejemplo, si es una fiera la que ataca. De nuevo no se trata de varios riesgos; más bien un único riesgo (la lesión mediante un ataque) es designado y explicado una vez de manera positiva (mediante un comportamiento antijurídico o fortuitamente) y otra vez de manera negativa (mediante la no evitación).

Especiales dificultades se suscitan si se hallan dadas múltiples condiciones de un riesgo, resultando imposible verificar, ya a nivel teórico, cuáles son las eficaces: se trata de aquellos casos en los que fuerzas físicas o psíquicas¹⁷ unidireccionales o contrapuestas se entremezclan, dependiendo la causación del resultado únicamente de una cantidad mínima o máxima. Por ejemplo, un peatón invade velozmente y sin precauciones una calzada muy transitada,

¹⁷ Así, probablemente, en el supuesto de hecho de la sentencia del BGH 13, p. 13 y ss.; a este respecto *cf.* Lacker, *Leipziger Kommentar*, 16. Auflage 18. Liefdrung 1979, § 263, n. m. 117 con amplias referencias; Puppe, *ZStW* 93, p. 287 y ss., 298 y siguientes. Las pretendidas características específicas de la habitualmente denominada causalidad psíquica han conducido a que se haya propuesto la sustitución de la explicación causal por una "explicación" con base en probabilidades y ello, además, con unas consecuencias que trascienden el ámbito de la causalidad psíquica; Puppe, p. 287 y ss. 293 y ss., 299 y ss.; la justificación resulta dudosa. Puppe trata, en primer término, supuestos de inducción, de proposición u otros tipos de instigación (p. 294 y siguientes). Para ello, sin embargo, no es relevante que el autor se encuentre "determinado" por la propuesta y la acepta; al contrario, basta con que una eventual aceptación se encuentre también condicionada por la propuesta (en la misma línea Puppe). Con esto, sin embargo, no es posible resolver aquellos casos en los que el autor no posibilita (p.e.), reteniendo una información u obstáculos (p.e.), obstruyendo una fuente de información) procesos psíquicos ajenos. Si en estos casos existe un deber jurídico del receptor de hacer uso de la información es necesario, para así mantenerle a la víctima la garantía normativa, partir de una motivación adecuada a la norma por parte de éste (en este sentido también, Puppe, p. 294). Restan aquellos supuestos en los que quien debe recibir la información no se halla vinculado ni por deberes (tiempo por aquellos derivados del § 323, c del StGB) ni por los deberes de autotutela. Puede, sin embargo, ser susceptible de verse influenciado por otros motivos racionales (por lo tanto un constatable déficit en la determinación, entendida en sentido científico-naturalista, no significa necesariamente que el discernir tenga lugar de manera desorganizada); en la confianza cognitiva en este tipo de vinculaciones se basa la realización de comportamientos cotidianos. Si por el contrario resulta dudosa la disposición a ser influenciado, entonces no se ha expuesto razón alguna, hasta el momento, para hacer responsable al autor más que por una tentativa, si es que se pretende mantener la distinción entre tentativa y consumación.

resultando arrollado y lesionado por un coche que circula a una velocidad superior a la permitida. La aplicación (también) de la fórmula hipotética como regla de experiencia fracasa aquí, porque la cognoscibilidad por medio de la experiencia encuentra una barrera. Aceptemos que la siguiente regla de la experiencia (simplificada) fuese válida: los peatones que de modo rápido y sin precauciones invaden una calzada también resultan arrollados por el automóvil que circula respetando las normas. Esto parece excluir la realización del riesgo "infracción del límite de velocidad por parte del automovilista", pero no constituye una solución adecuada, sino una enorme reducción de la problemática a tratar. Imaginemos que el conductor exige del peatón una indemnización por los daños ocasionados en la carrocería de su automóvil. Debería cuestionarse si existe una regla de la experiencia en el siguiente sentido: coches que conducen con tanta velocidad como en el caso presente, también arrollan a los peatones que invaden la calzada despacio y de modo precavido. Esto puede afirmarse sin contradicción con las premisas hasta ahora expuestas, de manera que también el riesgo de invadir velozmente y sin precauciones la calzada¹⁴ parece eliminarse. En la utilización aquí de la fórmula hipotética como regla de experiencia se presenta, por lo tanto, un dilema paralelo al que siempre se da en la fórmula hipotética en sentido habitual, de existir condiciones de reserva (ver apartados I in fine y II, a): a pesar del comportamiento incorrecto de todos y a pesar de la inevitabilidad de la lesión de haberse comportado todos correctamente, no resulta posible describir las condiciones de realización del riesgo.

Si hiciéramos uso de una regla de la experiencia acerca de lo que hubiera acaecido de haberse comportado ambos participantes de manera correcta, la conclusión parece ser evidente: el resultado en este caso no se habría producido, de ahí que ambos riesgos deberían haberse realizado conjuntamente. Esta solución, sin embargo, sería incorrecta; no se trata de dos riesgos sino tan sólo de uno: un vehículo y un peatón confluyen de tal modo que ya no son posibles reacciones evasivas. La justificación de la unión de ambos

¹⁴ Aunque en el texto alemán se dice que es el riesgo de infracción del límite de velocidad (*Geschwindigkeitserhöhung*) el que en este caso queda excluido, obviamente se refiere aquí el autor, como él mismo ha reconocido, al riesgo de invadir velozmente y sin precauciones la calzada. (N. del T.)

riesgos, "infracción del límite de velocidad" e "invasión descuidada de la calzada", en un riesgo general se halla, sin embargo, necesitado de explicación: los riesgos individuales no aparecen, en todo contexto, correctamente descriptos; al contrario, la descripción sólo es correcta si, por lo demás, las circunstancias no difieren de la situación adecuada a la norma. En el ejemplo, para aquellos peatones que invaden la calzada velozmente y sin las precauciones debidas de forma tal que ya no exista posibilidad de salvación, la infracción del límite de velocidad por parte de un automóvil no aporta riesgo alguno sino, a lo sumo, una variación de las circunstancias acompañantes, y para los automóviles que de todas maneras circulan de forma incontrolable a causa de su velocidad, tiene validez lo análogo en el caso en que peatones invadan de manera veloz y sin precauciones la calzada. Una situación en la que la confluencia del vehículo y del peatón, sin posibilidad de esquivarse, sea a todas luces inevitable reduce, alternativamente, a cada uno de los riesgos individuales mencionados a mera causa de variación de condiciones acompañantes. De ahí que, en el contexto del respectivo riesgo individual, ambos pierdan su fuerza explicativa. Como riesgo con fuerza explicativa subsiste el riesgo general configurado por ambos riesgos individuales: confluencia sin posibilidad de maniobra evasiva. Pero, ¿quién responde por ello?

Antes de intentar dar una respuesta debe mostrarse, basándose en un ulterior ejemplo, que la problemática puede suscitarse tanto sin la simultaneidad de los comportamientos generadores del riesgo como en caso de un comportamiento inevitable: al introducirse una carga en la cabina, el cable de un ascensor se rompe, desplomándose la cabina y lesionando a un hombre. Algunos cabos del cable estaban defectuosos; de ahí que solamente soportara una carga considerablemente inferior a la carga máxima autorizada. La carga introducida era, sin embargo, muy superior a la carga máxima autorizada. En relación con ambos defectos, diferentes personas pudieron, en momentos distintos, haberse comportado sin el cuidado debido (dañando el cable en trabajos de mantenimiento; habiendo asesorado de manera incorrecta a los encargados de su manejo); bien para uno o bien para ambos, la tendencia lesiva pudo no ser cognoscible. Por lo tanto, puede tratarse la concurrencia de dos cursos evitables o de dos cursos inevitablemente accidentales o de un curso evitable junto con uno accidental. Bien es cierto que, a primera vista, parece que la sobrecarga no

desempeña papel alguno en la realización de la lesión; el eventualmente responsable de la carga podría argumentar que cuando se introdujo el peso en la cabina, ésta, de acuerdo con la ley de la gravedad, tensó el cable, lo que sin embargo sólo sucedió hasta un nivel de peso inferior a la carga máxima autorizada (dado que en ese momento el cable se partió). La sobrecarga, por lo tanto, ha seguido siendo una condición de reserva. Sin embargo, esto configura un modo de explicación unilateral. En contra de esto, la persona eventualmente responsable del cable alegará que a él se le reprocha haber disminuido un curso salvífico dañando algunos cabos del cable. Aunque, debido a la sobrecarga, este curso salvífico no hubiera tenido posibilidad alguna de éxito. Por lo tanto, la sobrecarga ofrece la explicación del percance y el daño al cable ha seguido constituyendo una condición de reserva. En abstracto: un plus de fuerza destructiva constituye el reverso de un minus de fuerza salvadora. Ambas argumentaciones son correctas en la medida en que cada uno de los riesgos, en el contexto del otro riesgo concurrente, sólo modifica circunstancias acompañantes. Una superación del peso adecuado a la norma únicamente es arriesgado si se alcanza la capacidad de carga adecuada a la norma y a la inversa. Pero ambas son incompletas en la medida en que se realiza el riesgo más general que ambos configuran: carga superior a la capacidad de carga efectiva.

En esta situación la experiencia no puede ayudar. El curso lesivo en caso de resultados "sobrecondicionados" es cognoscible por medio de la experiencia sólo de modo ambiguo. Si en un experimento relativo al ejemplo mencionado se incrementa la capacidad efectiva de carga hasta el nivel normativamente prescripto, entonces se obtiene el mismo resultado que cuando se disminuye la carga hasta el máximo autorizado.

Una decisión sólo puede deducirse atendiendo a la finalidad de la imputación jurídico-penal. De acuerdo con ésta, la solución de no imputar a nadie se excluye en los supuestos de resultados "sobrecondicionados", ya que una tal solución privaría a los bienes de la garantía normativa respecto de aquellos riesgos que de todas maneras se hallan condicionados desde otro ámbito. En el ejemplo del ascensor que se precipita no respondería, en caso de una falta de cuidado, ni el responsable del cable ni el del peso, siempre que la otra parte también se haya comportado negligentemente. Pero tampoco la solución de hacer responsables a todos los participantes que se comportan imprudentemente

se muestra practicable. Esto resulta claro en aquellas constelaciones de casos en las que estando ya el riesgo perfectamente condicionado (el cable está dañado de modo irreparable) se añade, a mayores, otra cantidad suficiente de condiciones (la cabina sobrecargada). En estas situaciones, una norma no puede seguir protegiendo bien alguno, ni tampoco puede proteger ante un intercambio del riesgo un bien ya perdido, sino que tan sólo puede prohibir variaciones en el curso de un mismo riesgo —en los delitos de omisión, imponerlas—. Aunque es posible conceptuar el segundo complejo de condiciones, de igual modo que el primero, como aquél que causa²⁰, en todo caso éste tan sólo reemplaza lo ya producido²¹. Cuando ya no resulta posible una diferenciación entre condiciones efectivas y no efectivas, solamente resta una ordenación cuantitativa, y en ésta el único criterio de ordenación adecuado a la materia lo constituye el paso de una cantidad no suficiente a una cantidad suficiente²². De concurrir una cantidad suficiente, todo lo que a continuación se añade resulta irrelevante para la realización del riesgo. De acuerdo con esto, "sobrecondicionar" no es también equivalente a un condicionar en el sentido de la imputación objetiva o, en su formulación en los delitos de omisión como: la omisión de reducir, de una sobremedida a

²⁰ La situación difiere en el caso de suministros de sustancias (veneno, etc.): en estos supuestos, es posible que se produzca una mezcla y consecuentemente una realización conjunta, pero la influencia de los distintos factores en el curso leveo sigue siendo —al menos en el plano teórico— siempre individualizable. Por ejemplo, si por varias personas, de forma autónoma entre sí, se contamina de la misma manera el agua de una fuente, es probable que, en caso de enfermar aquellos que hayan bebido de ella, no sea posible determinar en la práctica cuál de los autores es responsable por los agentes bacteriológicos que de forma concreta causan la enfermedad; teóricamente, sin embargo, la asignación de responsabilidad es siempre clara. No se postula que esta consideración vincula a una sustancia o a un tipo de sustancia necesaria; no obstante, aunque no indiscutida es habitual: en favor de la causalidad de todos los que administran sustancias, Weizel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, 1966, p. 9, II; Tarnowski, *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau der Verbrechenstheorie*, 1927, p. 43 y siguientes. No se estudiará aquí la posibilidad de su sustitución (p.ej., por una concepción basada en la dirección del curso leveo).

²¹ Se refiere el autor al reemplazo en la "designación del riesgo" que explica lo acontecido. (N. del T.)

²² En lo tocante al desistimiento, ello entraña, quien reduce la cantidad global de condiciones en la cuantía de su aportación, ha paralizado su contribución al hecho, y ello aunque la cantidad residual siga siendo suficiente.

una medida que aún continúe siendo suficiente, un complejo de condiciones que ya a nivel teórico resultan inseparables, no puede fundamentar imputación objetiva alguna de la realización del resultado. En el ejemplo implica lo siguiente: en un ascensor sobrecargado de modo perfecto²² no responde quien, a mayores, daña los ya defectuosos cables o —en la omisión— quien no los refuerza hasta el nivel debido que de todas maneras sería insuficiente; de modo correlativo asece siendo perfectamente insuficientes los cables y siendo incrementado o no reducido el peso.

b) Queda por determinar cuándo una cantidad de condición es perfecta. Ya que con la ayuda del mero análisis causal, los cortes efectuados en la red de las relaciones de génesis son arbitrarios, la solución debe de nuevo fundamentarse en la finalidad de la imputación jurídico-penal. Por lo tanto, afirmaciones con pleno sentido sólo pueden hacerse si un *devenir es*, al menos, imaginable de modo relevante a los efectos de la imputación, es decir, debe tratarse de un comportamiento evitable o de uno inevitable del tipo que pueda fundamentar una subsiguiente responsabilidad (injerencia). El que, por ejemplo, en un salto suicida de una persona, desde una torre de 25 m de altura a un suelo empedrado, sea el riesgo de la aceleración (que también con la mitad de altura hubiera conducido a una fractura craneal mortal) o el de la dureza del suelo (pero también un suelo de tierra blando, no hubiera impedido una lesión dada la altura) el que explica la fractura craneal mortal, resulta una pregunta que jurídica y penalmente no puede ser contestada con sentido.

Además, una solución atendiendo a la finalidad de la imputación significa que desde el momento en que el riesgo idéntico ya no es influenciado mediante la observancia de la norma, tampoco pueden existir deberes de evitación de ese riesgo (aunque sí deberes de evitación de peligros abstractos). Por ejemplo, quien corta el cable, que es demasiado fino para soportar el peso de aquel que se cae o quien le da un empujón a quien ya se está precipitando, no responde por el curso lesivo venidero. Tratándose de riesgos que nunca son influenciados mediante la observancia de la norma, queda excluida toda responsabilidad jurídico-penal. En consecuencia, ningún arquitecto responde por el hundi-

²² "Perfecto" tiene para Jakobs el significado de "condición suficiente". (N. del T.)

miento, a causa de una sobrecarga extrema de nieve, de un tejado mal construido, sobrecarga que tampoco un tejado correctamente construido hubiera podido soportar. Comportamientos humanos inevitablemente arriesgados impiden, por las razones mencionadas, que se responda por el mismo bien si no surge una responsabilidad por injerencia. Por ejemplo, quien a un vehículo estacionado, que debido a un defecto imprevisible en los frenos se desliza de repente por una calle, le da un empujón de aceleración, en ningún caso responde por el curso lesivo venidero si la persona obligada a controlarlo tampoco hubiera podido detener el vehículo.

Un riesgo puede no sólo ser perfecto —como en los casos hasta ahora mencionados—, porque las fuerzas del hombre en la dominación de cursos arriesgados están limitadas por la naturaleza, sino que es posible que su causante le asigne el significado de ser perfecto. Éste es el caso cuando una persona hace salir, de manera inevitable, el riesgo de su círculo de organización sin organizar al mismo tiempo o sin haber hecho con anterioridad la revocación de dicho riesgo. Las peculiaridades, que no pueden desarrollarse aquí²³, pertenecen a la teoría de la terminación material de la tentativa. Con la salida de la organización se hace patente que el curso subsiguiente no debe ser tomado en cuenta. Si, por ejemplo, en el caso ya varias veces mencionado de un accidente con un ascensor de carga, el responsable del montaje de los cables de sujeción los monta defectuosamente y, subsiguientemente, autoriza el uso, el riesgo es perfecto aunque en cualquier momento pudiera y debiera cambiar de parecer deteniendo inmediatamente el uso; si, tras la autorización, el ascensor es sobrecargado, esto no constituye más que una variación de circunstancias acompañantes en el seno del riesgo ya perfecto²⁴. Si, en última instancia, el pri-

²³ Ver Jakobs, 22*W* 97, p. 751 y ss., 761 y siguientes.

²⁴ Esta solución también es válida en el ámbito de la causalidad que se manifiesta en la interrupción de cursos causales salvadores. Un curso es salvador sólo mientras su interrupción no se encuentre perfectamente condicionada. No resulta relevante que en algún momento se paralice de hecho un impulso o algo análogo, considerado salvador, pero si lo es si las condiciones del salvamento o las condiciones de la interrupción del salvamento se dan de manera perfecta. Por ejemplo, quien —sin reservarse la revocación— tras un accidente de tránsito oculta de tal manera a un herido que el médico de la ambulancia no puede encontrarlo, crea un riesgo que no se realiza si de todas maneras el médico no podía hacer frente a la lesión

mero existiera²³, el "sobrecondicionamiento" se transmuta en "condicionamiento" en el sentido de la teoría de la imputación. Esto no constituye ninguna particularidad de las concurrencias de riesgos aquí manejadas; también quien genera otro riesgo como riesgo de reserva a un riesgo ya

ten el momento de los hechos, el curso ya no era salvífico, pero si se realiza si después del ocultamiento el médico es retenido antijurídicamente por un tercero (el tercero actúa cuando el curso ya ha dejado de ser salvador, por lo tanto la pérdida de posibilidades de salvamento tan sólo ha sido "sobrecondicionada"). Cursos salvadores que deben ser imputados por personas que no son garantes (en todo caso están obligadas en virtud de los § 323 a, y 323b, StGB) ocupan una posición equivalente a los cursos naturales: si el salvamento no va a ser culminado, entonces al curso tampoco podrá otorgársele el carácter de salvador en momento alguno anterior a su interrupción. Por ejemplo, quien retiene a una persona dispuesta a prestar ayuda, aunque normativamente no obligada a ella, que de todas maneras hubiese olvidado sus propósitos de ayuda en el primer bar, no interrumpe un curso salvador (la situación difiere tratándose de garantías, antes de que éstos hayan consumado la interrupción del salvamento). La interrupción perfecta, sólo explica el curso lesivo de no permanecer como riesgo de reserva, es decir, si basándose en las condiciones de interrupción: a) el hecho que se define como bloqueo de una posibilidad de salvamento o de modo similar, realmente tiene lugar; b) y en aquel momento el curso salvífico sigue siendo necesario para la conservación del bien; c) aunque de hecho ya haya sido detenido de otra manera en los estadios a, b o c. a) si en el "agudo" ejemplo de Engisch (Kausalität, p. 18) el autor aparta violentamente al verdugo y uno otro hace descender la hoja de la gallinista interrumpiendo de esta manera la (salvadora) circulación sanguínea de la víctima, es posible que dicha interrupción ya estuviese perfectamente condicionada por el verdugo (si éste no podía detener su movimiento corporal), pero este complejo de condiciones se ve privado de la cualidad de poder interrumpir un curso salvador debido al empuje subiguiente (no porque lo interrumpa realmente el autor, sino porque el impulso del verdugo (falla)). Si una persona ha sido envenenada de tal manera que ella entra en un condicionamiento que determina un próximo fallo funcional de los riñones (la función renal como curso salvador), pero, a continuación, resulta muerto a golpes, el riesgo de la interrupción de la función renal no se realiza, y ello porque: a) b) el veneno tras el golpe no es transportado a los riñones o en todo caso porque, c) en el momento de la destrucción del órgano la función renal ya no puede llevar a cabo el salvamento del bien. Si en el ámbito de los cursos salvíficos no se constatare si se realiza el riesgo de la interrupción, en la mayoría de los casos relevantes, se estaría subterfucadamente introduciendo en la práctica el criterio del saldo de posibilidades de supervivencia del bien jurídico: de modo particular cambios en los organismos siempre pueden concepirse como interrupciones de cursos salvadores (circulación sanguínea, metabolismo). Toda función orgánica amenazada por un riesgo podría ser anulada por cualquier otro riesgo sin que (a.e. debido a este N.T.) se produjera la imputación: la función, al estar su interrupción de todas formas condicionada, ya no sería salvífica.

²³ Respecto de los presupuestos del desistimiento en caso de resultados "sobrecondicionados", cf. nota 22.

perfecto se convierte en el causante del curso lesivo, en el caso de que desista el responsable del primer riesgo perfecto.

La aplicación de las mencionadas reglas frecuentemente fracasará en la práctica dada la imposibilidad de una prueba exacta, especialmente en materia de tráfico rodado donde se dan comportamientos de distintas personas prácticamente coetáneos. Ello tampoco constituye una peculiaridad de estas constelaciones de casos, sino que se presenta en toda concurrencia de riesgos.

IV

a) Debe aún explicitarse bajo qué presupuestos se elegirá la relación cognoscible por medio de la experiencia de una relación de riesgo para cuya concreción debe servir la hipótesis. Para probar si un movimiento corporal condiciona un resultado se sustituye en la hipótesis el movimiento corporal por la inactividad corporal (esto es así en el experimento ofrecido para la demostración de una relación real, ver apartado II, a). En la prueba de la realización del riesgo debe procederse de una manera más diferenciada. Si en la hipótesis se introdujese, en lugar del movimiento corporal, inactividad corporal —o en el delito de omisión en vez de inactividad corporal un determinado movimiento— se soslayaría, entonces, que habitualmente son imaginables un gran número de otros módulos de comportamiento que tampoco contradicen el ordenamiento jurídico y en los que, frecuentemente, movimiento corporal y omisión del dominio de la organización, esto es, comisión y omisión, están estrechamente entrelazados. La alternativa ajustada a derecho de una conducción excesivamente veloz en la entrada de una población con la consecuencia de un accidente, está constituida, en todo caso, por la omisión de ese comportamiento; en sentido positivo esto puede entrañar varias cosas²⁶: frenar, dejar de acelerar el vehículo a tiempo; parar; permanecer inmóvil, etc.; incluso girar previamente, a pesar de estar prohibido, constituye un injusto, pero no aquel injusto de sobrepasar la velocidad dentro del casco urbano.

²⁶ Sobre el particular, Puppe (nota 8), p. 680-682 y ss.; (nota 17), p. 380 y ss.; Nitzschwitz (nota 8), p. 87 y ss. y *passim*.

Ahora bien, cabría averiguar —al menos teóricamente— cuál o qué comportamiento habría sido realizado, esto es, hipotéticamente, en caso de una motivación dominante en favor de respetar la norma, y si en la hipótesis, el curso lesivo hubiera sido evitado. En el ejemplo citado, quizás un conductor veloz estuviera decidido, poco antes de la entrada en la población, a girar por una carretera de circunvalación; entonces, el accidente no se habría producido. Un procedimiento de este tipo puede procurar resultados útiles, pero obvia la finalidad de la norma que ha sido infringida: aunque las carreteras de circunvalación también sirven, en ocasiones, para facilitar la marcha rápida, y su construcción también tiene, entonces, la finalidad de evitar accidentes generados dentro de las poblaciones por automovilistas veloces, de todas maneras las limitaciones de velocidad de una población solamente sirven —mientras no se abuse de ellas— para reducir el peligro de una conducción rápida a un peligro de conducción moderada, pero no para eliminar por completo el peligro de conducción. De ahí que en la construcción de la hipótesis deba introducirse, sin consideración de alternativas de comportamiento próximas al autor, aquel que, de modo exclusivo, elimina el peligro contrario al fin de la norma. Por lo tanto, en la hipótesis, el comportamiento del autor se ve, en parte, modificado. Qué es exactamente lo que debe modificarse no puede ser descrito con carácter general, sino que se deriva de la finalidad de la correspondiente norma. Por ejemplo, si a través de una norma no pretende evitarse la ubicación en un determinado lugar, sino el sentido de un movimiento en ese lugar (en calles unidireccionales, en carriles de circulación al lado derecho o izquierdo, etc.), entonces, en la hipótesis, no debe imaginarse al autor como ausente sino como estático o como moviéndose en otra dirección²⁷; si se trata de la cantidad de un elemento, entonces, en la hipótesis éste debe ser incrementado (ejerciendo una presión de 7 kg sobre un pedal de freno en lugar de 4 kg —delito de omisión— o mediante no desconexión de un sistema automático de freno —delito comisivo—) o disminuido hasta lo permitido (50 km por hora en vez de 70 km por hora, mediante una presión menor del acelerador —delito comisivo— o mediante frenado —delito omisivo—).

²⁷ De otra opinión, BGG 10, p. 369 y siguientes.

b) De ahí que no sea relevante si, en la situación concreta, el autor podía haber llevado a cabo un tal comportamiento, sino únicamente si ello le estaba permitido; pues constituye finalidad de las normas excluir de manera planificable los cursos lesivos. Las evitaciones fortuitas son tan irrelevantes como lo son, en el caso inverso, los accidentes fortuitos. La situación debe, por lo tanto, estandarizarse²⁸. De este modo se priva a la víctima de una posibilidad de suerte: si una calle es tan estrecha que un camión ancho no podría adelantar observando la distancia reglamentaria (aunque no tan estrecha como para no contar, en ningún caso, con un camión), entonces, a la hora de efectuar la prueba de si se ha realizado el riesgo de un adelantamiento a una distancia demasiado corta, en la hipótesis, de todas maneras, se introduce un camión que adelanta observando la distancia reglamentaria. Por otro lado a la víctima también se le libra de

²⁸ La jurisprudencia con su fórmula: "La pregunta acerca de qué comportamiento... habría sido adecuado al tráfico debe... ser contestada con base en aquel comportamiento contrario al tráfico que pueda considerarse como la causa inmediata del accidente, mientras que por lo demás debe partirse del acontecer real de los hechos"; BGH 24, p. 33-34, p. 61-63; no es capaz de excluir soluciones fortuitas. En el "discurrir real de los hechos" pueden ocurrirse los más extraños cursos lesivos y salvadores, que resultan liberados debido a la conversión de comportamientos contrarios al tráfico en comportamientos adecuados al tráfico, como por ejemplo ocurrió en el supuesto de la sentencia del BGH 33, p. 61 y ss.; aunque el conductor de un automóvil no hubiese circulado a una velocidad excesiva, la distancia necesaria para frenar tampoco hubiese sido suficiente, pero el efecto retardador de la frenada hubiese sido más eficaz, pudiendo la víctima abandonar el lugar del accidente -de manera fortuita, no aprovechando una posibilidad de salvamento planificable- cuando hubiese sido alcanzada por el autor, de la misma manera (modificando ligeramente la velocidad de la víctima o el punto de partida), es posible que en caso de velocidad excesiva, la víctima solamente hubiese sido rozada, resultando sin embargo atropellada de haberse observado la velocidad adecuada. Crítica acertadamente la sentencia Puppe, JZ 1985, p. 295 y ss.; Ebert, JZ 1985, p. 358 y ss.; Streng, NJW 1985, p. 3169 y siguientes. Por supuesto que la jurisprudencia no puede mantener su fórmula de "por lo demás... discurrir real de los hechos" en caso de concurrir comportamientos disvaliosos de terceros personas, pues de lo contrario se perdería la garantía normativa del bien; BGH 80, p. 228 y ss.; al respecto ver nota 8. Sin embargo, el porqué de un tratamiento distinto en caso de concurrir un comportamiento disfuncional de la víctima (esp. cit., p. 231), no halla fundamento, resultando además de imposible fundamentación partiendo incluso de la teoría de la imputación del BGH. Mantiene una posición acertadamente crítica Ranzil (nota 4), p. 1425-1426. Respecto de la inutilidad del principio de la jurisprudencia según el cual debe considerarse en la hipótesis, desde el punto de vista temporal, "la producción de una concreta situación en el tráfico" (loc. cit.), ver Puppe (nota 8), p. 662 y ss.; Nieuwenhuis (nota 8), p. 86 y siguientes.

la mala suerte: tampoco se tiene en cuenta el hecho que de haberse realmente observado la distancia mínima reglamentaria, en realidad una rama de un árbol de la avenida hubiese tirado una parte del cargamento del camión que hubiese alcanzado a la víctima, etcétera²⁵.

Si se pretenden eliminar los resultados fortuitos también debe entonces estandarizarse, en la hipótesis, el comportamiento de la víctima. Un comportamiento llevado a cabo por parte de la víctima que hubiese conducido al salvamento, sólo se tomará en consideración si hubiera conducido al salvamento de manera planificada²⁶. En compensación tampoco se introducirá un comportamiento fortuitamente conducente a una lesión. Por ejemplo, un vehículo, circulando a velocidad superior a la permitida, pisa en una curva una mancha de aceite, pierde el control y lesiona a un ciclista; en la hipótesis de una velocidad adecuada a la norma, se reproduce el mismo caso pero con una pérdida de control más lenta del vehículo (o en otra dirección); en esta situación tan sólo será relevante que la colisión, a causa de la baja velocidad del movimiento descontrolado (o a causa de la distinta dirección en la que se dirige el vehículo descontrolado, etc.), no se hubiera producido si el tiempo ganado o el cambio de dirección hubiesen abierto posibilidades de salvamento por lo general utilizables de manera planificada. En compensación, la víctima se ve exenta del riesgo de que la colisión, de haberse observado la velocidad debida, hubiese podido tener consecuencias fortuitas peores.

A causa de la necesidad de una estandarización para evitar decisiones fortuitas, la existencia de capacidades especiales o -lo que es más importante- de especiales incapacidades de la víctima, tan sólo desempeñarán un papel cuando tratándose de capacidades exista por parte de la víctima la obligación de aportar unas especiales prestaciones (carreras profesionales de velocidad; cruzar despreocupado la calzada confiando en la propia capacidad de carrera en

²⁵ En caso de interrupción de cursos salvadores (ver, al respecto, nota 24) hay que tener en cuenta que quien lleva a cabo la interrupción, únicamente está vinculado con el curso lesivo por medio de la lesión del curso salvífico. Si de modo fortuito el curso no hubiese conducido al salvamento, faltaría la causación del resultado. Esto no debe superarse mediante estandarizaciones. Por ejemplo, quien detiene una ambulancia que a causa de contratas y desgraciadas circunstancias no hubiese alcanzado el lugar del accidente, no interrumpe curso salvífico alguno.

²⁶ De modo distinto en BGH 23, p. 61 y ss.; ver al respecto, nota 28.

caso de llegar un automóvil) o en el supuesto de incapacidades, obligación por parte del autor de tenerlas en cuenta—ante colegas y residencias de tercera edad— con otras palabras, cuando codeterminan el riesgo permitido. Por ejemplo, ante una residencia de ancianos es necesario conducir muy despacio dado que las personas mayores carecen de buena capacidad de visión y movilidad, de ahí que en la hipótesis de un comportamiento correcto por parte del automovilista (esto es en la hipótesis de una conducción especialmente lenta) a la víctima de un accidente de circulación (aunque no se trate de una persona mayor) solamente debe adjudicársele una capacidad limitada de salvarse³¹. En el supuesto normal deben utilizarse capacidades normales: si la víctima, en el comportamiento hipotético ajustado a derecho del automovilista, solamente hubiera podido salvarse en virtud de una capacidad especial fortuitamente presente (esprinter profesional), ello no fundamenta realización alguna del riesgo, como a la inversa no impide ninguna realización el que una maniobra elusiva que habitualmente tiene éxito resulte inviable a causa de un calambre agudo.

Parece evidente que en el caso de capacidades especiales del autor que le permiten un comportamiento que de otra manera sería contrario a la norma, deba partirse del uso de las capacidades en la hipótesis. Especiales incapacidades sólo deben ser tenidas en cuenta cuando exista una posibilidad de comportarse con ellas dentro del riesgo permitido³². Ejemplo básico: ningún automovilista puede argumentar que, a causa de la borrachera, incluso de haber observado la velocidad reglamentaria, no se hubiese encontrado en condición de evitar el accidente.

Tratándose de especiales capacidades del autor que no condicionan el riesgo permitido, esto es, de capacidades

³¹ Cuando se encuentra justificada la expectativa genérica de una "normalización del tráfico", sin que se haya comunicado o sea evidente la finalidad específica de la reducción de la velocidad permitida, debe modificarse la solución dado que el fin de la norma varía.

³² Este es siempre el caso cuando no se sobrepasa el riesgo general de la vida. Quien, por ejemplo, conduce un automóvil con los neumáticos desgastados, a velocidad de paseo, por un camino poco transitado, no incrementa el riesgo general de la vida en tanto en cuanto no esté prohibido guiar un carro con unas ruedas en equivalente estado. — Quien, sin embargo, conduce un automóvil a velocidad de paseo estando muy ebrio, no reseta el riesgo general de la vida, si existe el peligro que mediante una reacción equivocada se realice el especial potencial de aceleración del automóvil. Jakobs, Anexo a la ZStW 1994, p. 8 y ss., 14-15 (nota 4), 7-42 y siguientes.

que por se rebasan lo debido (p.ej., un mecanismo especial para acortar la frenada de un vehículo) debe diferenciarse: si la víctima es más responsable que el autor, o a su mismo nivel, del curso lesivo, la especial capacidad no se considera en la hipótesis, ya que quien se autoexpone a un riesgo puede esperar una dominabilidad adecuada a las reglas del riesgo, pero de todo lo que de ello exceda es autorresponsable. Por ejemplo, si un ebrio irrumpe tambaleándose en una autopista, y allí resulta arrollado por un vehículo que circula demasiado rápido, para probar si el accidente tiene su causa en la excesiva velocidad no se introduce en la hipótesis el existente sistema auxiliar de reducción de frenada²¹ (mientras que capacidades especiales de la víctima deben ser aquí introducidas). Si por el contrario el autor es más responsable que la víctima, imponiéndosele a ésta el riesgo, es responsabilidad del autor procurar los medios salvíficos; en la hipótesis, por lo tanto, debe introducirse lo que el autor puede alcanzar. Por ejemplo, si un automovilista invade la acera y lesiona a un peatón, en la prueba para ver si ello se debe a su falta de diligencia, o a una velocidad excesiva, etc., debe conformarse la hipótesis considerando todas sus capacidades especiales (mientras que aquí, las capacidades especiales de la víctima deben excluirse).

No es una coincidencia fortuita que el discurrir de la argumentación sea equivalente al de la fundamentación de una responsabilidad por injerencia (y también al desarrollo de la solución de algunas constelaciones de casos de colisión de deberes): quien impone a otro riesgos especiales, debe evitar las consecuencias lesivas, o revocarlas a sus expensas, de igual modo que terceras personas pueden llevar a cabo la evitación o la revocación a costa suya (v.gr., en el estado de necesidad defensivo o en la legítima defensa)²². Cual sea el comportamiento tanto del autor como de la víctima y también de terceros que debe ser introducido en la hipótesis es, por lo tanto, susceptible de contestarse de manera sucinta: aquel comportamiento del cual son garantes o del cual —en el caso de autolesión— les incumbe²³. Por lo

²¹ Si realmente en una situación sin responsabilidad preferente del autor, se omite el uso de una capacidad especial, la responsabilidad se fundamentará en el § 323 c del StGB.

²² Ver Jakobs (nota 4), 13-12, 20-14, 29 y siguientes.

²³ Respecto de la solución divergente —en el incumplimiento de los deberes de autotutela— de la jurisprudencia, ver nota 24; con respecto a las distintas soluciones doctrinales, ver nota 8.

tanto, tratándose de una persona que ha reaccionado de forma errónea frente a un comportamiento también erróneo, claramente el comportamiento erróneo de la otra persona no debe, entonces, ser eliminado mediante hipótesis. Por ejemplo, si un padre durante una agresión ilegítima prolongada en el tiempo, por parte de un tercero, sólo lleva a cabo un dudoso intento salvífico, para probar si otro comportamiento hubiese protegido mejor al hijo, en la hipótesis debe ser introducido el ataque en la forma en la que realmente tuvo lugar.