

*El vínculo entre la conducta negligente y la lesión al bien jurídico en el hecho imprudente no es una cuestión de imputación objetiva sino de un juicio conforme al principio de razón suficiente*

*Link between the Negligent Conduct and Damage to the Legal Right in the Imprudent Action is not a Matter of Objective Imputation but of an Opinion According to the Principle of an Enough Reason*

Karl Heinz Gössel \* (Traducción de Pablo Guillermo Lucero)  
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v11i11.11>

\* Juez del Tribunal Superior Provincial de Baviera.

Lex



*Nostalgias de Huachipa.* (1993)

## RESUMEN

El presente artículo, como queda ya evidenciado en el título del mismo, examina la relación entre la lesión al bien jurídico y la conducta negligente producto de una acción imprudente. En tal sentido, el autor considera que las sanciones penales no caen del cielo para castigar a los buenos y malos en forma aleatoria y arbitraria, sino que incluso ellas están sujetas a las leyes de causa y efecto. Las leyes penales imponen sanciones como consecuencia de delitos que se basan en ciertos elementos previstos en los tipos penales —por ejemplo, frente a la lesión de un bien jurídico fundado en un comportamiento humano—, y por ello, a la vez, estos elementos actúan también como causal criminal.

**Palabras clave:** *causalidad, conducta negligente, razón suficiente, razón jurídica, razón obligatoria, bien jurídico.*

## ABSTRACT

This article, as it becomes already shown in the title of the same, examines the relation between damage to the legal right and the negligent conduct result of an imprudent action. In such sense, the author considers that the criminal sanctions do not fall down of the sky to punish to good and bad people in random and arbitrary way, but even they are subject to laws of cause and effect. Criminal laws impose sanctions as consequence of crimes that are base on certain elements in the criminal kinds —for example, opposite to a very juridical lesion founded in a behavior human—, and thereby, at the time, these elements act also as causal criminal.

**Key words:** *causality, negligent conduct, enough reason, legal reason, compulsory reason, legal right.*



## I. DELIMITACIÓN DE LOS TEMAS

Se sabe que los presupuestos de los hechos imprudentes punibles continúan siendo ampliamente discutidos. Respecto de todas las cuestiones en disputa, no puede ni debe asumirse ninguna postura. Las siguientes consideraciones se limitan solo a *un* tema de discusión: el vínculo que existe entre una conducta negligente y una lesión al bien jurídico como presupuesto de un delito imprudente. A pesar de todas las cuestiones discutidas, la doctrina dominante presupone a la conducta negligente como un elemento esencial de la conducta imprudente típica,<sup>1</sup> y, así, bajo hechos que lesionan bienes jurídicos, los delitos de resultado también se entienden como delitos de mera actividad. Sobre esta base debe investigarse la cuestión con fundamento en una lesión al bien jurídico como una consecuencia de la conducta negligente.

## II. EL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE

### A. Las diversas especies de razones

1. En 1891, Schopenhauer, en su disertación sobre la cuádruple raíz del principio de razón suficiente, ha recordado reconocidamente en forma sostenible que cualquier objeto puede ser creado de varias maneras. Supuestamente,<sup>2</sup> bajo una consideración adicional a los estudios de Laun<sup>3</sup> y Spendel<sup>4</sup> se pueden distinguir cinco diferentes razones de las sanciones penales u otros objetos penalmente relevantes: la *razón real* y la *razón de conocimiento*, la *razón jurídica* y la *razón obligatoria*, y finalmente, la *razón final* o *propósito*.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> En forma desfavorable a ese presupuesto, por ejemplo LK/Schröder parágrafo 16, 156 vta.; MK/Duttge, parágrafo 15, 107, 136 y ss.; Roxin, *Derecho Penal. Parte General I*. 4ª edición, parágrafo 24, 10, 12.

<sup>2</sup> En cuanto al debate del principio debe renunciarse aquí a su fundamento. Véase al respecto Bendszeit en: Ritter (editor), *Diccionario histórico de la filosofía*, tomo 3, 1974. Palabra clave: razón.

<sup>3</sup> Laun. *El principio de razón suficiente*. 2ª edición, 1956.

<sup>4</sup> Spendel. *Cuestiones centrales de cada reforma jurídico penal. Homenaje a Rittler*. 1957, p. 39.

<sup>5</sup> Véase al respecto, Gössel. *Naturaleza y fundamento de las sanciones penales. Homenaje a Pfeiffer*. 1988, p.3.

a) La *razón real* y la *razón de conocimiento* solo existen respecto de objetos de una determinada especie. Solo se puede establecer un objeto como real cuando realmente existe: una casa planeada que aún no ha sido construida no existe y, por ello, no puede ser tomada como real. Respectivamente, la *razón de conocimiento* actúa únicamente en el ámbito de los conceptos como un principio por el cual se puede reconocer a otro. De la premisa dada por la razón de conocimiento se extrae necesariamente una conclusión particular;<sup>6</sup> por ello, la razón de conocimiento es denominada también como “causa de reconocimiento”, como razón lógica de un juicio de conocimiento.<sup>7</sup>

b) Bajo la *razón final* de un objeto ha de entenderse el objetivo usado para alcanzar ese objeto en el futuro. La *razón jurídica* de un objeto es el derecho del Estado de instalar ese objeto, y la *razón obligatoria* —o razón del deber— de un objeto es aquella que, en consecuencia, también *debe* ser ese objeto.

## B. Razones para el vínculo de elementos constitutivos del ilícito con el delito

1. Se cuestiona sobre las razones del efecto constitutivo del delito mediante los elementos de la conducta imprudente (en este caso: el vínculo de la conducta negligente con una lesión al bien jurídico —ver arriba, acápite A—), así como también sobre las razones de la imposición de sanciones jurídico-penales para las lesiones imprudentes al bien jurídico y su punibilidad. La punibilidad de lesiones imprudentes al bien jurídico y las correspondientes sanciones jurídico-penales impuestas tienen la misma *razón de deber u obligatoria*, la ley: parágrafo 15 en relación con las respectivas disposiciones que ordenan la punibilidad respecto de los tipos penales de los párrafos 222, 229 del Código Penal Alemán —StGB—.

Mediante el vínculo de reales conductas negligentes/imprudentes con lesiones reales al bien jurídico por un ilícito imprudente, la ley prevé simultáneamente la conducta real negligente/imprudente como *razón real* de la lesión real al bien jurídico.<sup>8</sup> La *razón de conocimiento* de este ordenamiento legal, es decir de la razón obligatoria para la punibilidad de hechos imprudentes, es observar aquellos objetos en donde el legislador ha ceñido la necesidad de amenazar con pena a los delitos imprudentes como una lesión negligente al bien jurídico.

2. Las siguientes consideraciones se limitan a la importancia de la razón real, la razón de conocimiento y la razón de deber para conectarlas con la conducta negligente y la lesión al bien jurídico. La razón final como meta futura a alcanzar de ese vínculo puede soslayarse en la medida que se entienda su razón jurídica como el derecho del Estado a valorar ese vínculo como un presupuesto del ilícito y, con ello, de la sanción.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Schopenhauer. *Respecto de la cuádruple raíz del principio de la razón suficiente*. 1891, 8° capítulo, parágrafo 49.

<sup>7</sup> Specht, en Ritter, *op. cit.* (nota 2), tomo 1. Palabra clave: *causa cognoscendi*.

<sup>8</sup> Gössel. *Homenaje a Pfeiffer*. p. 3, 8 vta.

<sup>9</sup> Véase al respecto Gössel. *Homenaje a Pfeiffer*. p. 3 y ss.

### III. EL VÍNCULO DE LA CONDUCTA NEGLIGENTE CON LA LESIÓN AL BIEN JURÍDICO COMO UNA RELACIÓN CAUSA-EFECTO

#### A. Desde las teorías causales hasta la imputación objetiva

Si se encuentra al marido con un cuchillo ensangrentado en la mano al lado del cuerpo de su mujer tendido en un charco de sangre, casi no se podría dudar de que la muerte de la esposa está ligada a la conducta del marido. Pero también es posible, si existe una grabación de vídeo de la escena del crimen al momento del hecho, que un tercero le haya cortado la yugular con un cuchillo a la mujer, dejando el cuchillo en la herida para escapar inmediatamente, siendo que al instante llegó su marido al lugar del hecho y tomó el cuchillo de la herida. De este modo, la presencia del marido en el momento del hecho de la escena del crimen con el arma homicida en la mano no siempre permite relacionar causalmente la muerte de la mujer con la conducta del marido, si no se quiere violentar el fundamental principio de culpabilidad.

#### 1. *Vínculo causal equivalente*

En este caso, por consiguiente, la muerte de la esposa no estará vinculada a la conducta del esposo. Sin embargo, en la equivalencia de todas las condiciones para el resultado es difícil pensar la conducta del marido sin que se omita la muerte de la esposa. La aplicación de la denominada teoría de la equivalencia<sup>10</sup> lleva aquí justificadamente a la negación de una relación causal vinculante exigida por esa teoría. No obstante, a raíz de ello, esta teoría no puede convencer por qué “ya presupone como causal aquello que debe probarse primeramente como causal”.<sup>11</sup> “Sólo si ya se sabe que existe una relación causal entre la causa y la consecuencia, entonces se puede decir que sin esa causa no ocurriría tampoco esa consecuencia”.<sup>12</sup> Este es un clásico razonamiento circular lógicamente defectuoso de la teoría de la equivalencia que, inevitablemente, puede dar lugar a resultados arbitrarios. Si la causalidad de un suceso ya se presupone para su consecuencia, entonces esta teoría puede determinar en cada suceso un efecto discrecional como causal con la consecuencia de una ilimitada expansión,<sup>13</sup> de modo

<sup>10</sup> En la jurisprudencia, como única voz, véase por ejemplo Tribunal Supremo Federal: BGH, NJW 2004, 237, 238.

<sup>11</sup> Engisch. *La causalidad como elemento de los tipos penales*. 1931, p.14; también, Koriath. *Causalidad e imputación objetiva*. 2007, p. 35: “La teoría de las condiciones es una quimera... Como contribución a la importancia de la causalidad es inutilizable”. Ver p. 113: “El problema decisivo respecto de por qué debe imputarse el resultado a una persona, aunque su acto antijurídico constituye solo una condición necesaria, continúa sin resolverse”.

<sup>12</sup> Jakobs. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª edición, 7/9; Jescheck/Weigend. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 5ª edición, parágrafo 28 II 4. Tampoco el razonamiento circular se puede evitar mediante una remodelación de la fórmula de la teoría de la equivalencia en un “principio condicional contrafáctico”. “Si el autor no se hubiera comportado así, pues entonces no se hubiera producido el resultado” (por otra parte, ver Toepel. *Causalidad y relación con el incumplimiento del deber en los delitos de resultado*. 1992, p. 52 y ss.). Incluso este principio remodelado presupone que ya se sabe que entre la causa (conducta) y el resultado existe una relación causal.

<sup>13</sup> Así pues, justificadamente, SK/Rudolphi en el parágrafo 1, p. 54; esa objeción tampoco se disipa con una remodelación de esa clausula en una “dependencia de pensamiento funcional” (así, Lampe, GedS A. Kaumann, 189, 209 y ss.).

que la determinación de la causalidad en la teoría de la equivalencia no permite ninguna limitación suficiente de la responsabilidad penal a causa de su discrecionalidad, la cual aparece particularmente apremiante en los cursos causales atípicos, como en la “anormal naturaleza corporal o espiritual de la víctima de una lesión corporal” o “en el atragantamiento mortal de la víctima del accidente en el hospital”.<sup>14</sup>

## 2. Vínculo causal adecuado

La denominada teoría de la adecuación busca determinar la relación causal vinculante entre la conducta del autor y la lesión al bien jurídico, ya que no parte de la equivalencia de todas las condiciones para un resultado, sino que considera como causales aquellas adecuadas para el resultado. “Necesario” significa, por lo tanto, que “el comienzo del resultado en cuanto a la ejecución del acto se haya dado probablemente por un pronóstico objetivamente posterior en algún grado aunque no muy alto”,<sup>15</sup> y, por lo tanto, se puede describir “también como ‘peligroso’ en dirección del relevante resultado”;<sup>16</sup> de esta manera, se podrían eliminar los cursos causales atípicos, es decir, aquellos que “se basan en una concatenación absolutamente inusual de circunstancias”.<sup>17</sup> Sin embargo, esta teoría no logra convencer, toda vez que se basa en pronósticos inciertos de un suceso meramente probable.<sup>18</sup>

## 3. Teoría de la relevancia y la teoría de la imputación objetiva

Se podría decir que existe una posición intermedia constituida por la denominada teoría de la relevancia, desarrollada por Mezger. Esta teoría, a la luz de las causas detectadas por la teoría de la equivalencia, solo quiere imputar aquellas que responden al sentido del respectivo tipo penal.<sup>19</sup> Asimismo, debe considerarse como antecedente de la teoría de la “imputación objetiva del tipo objetivo”, que hoy está cada vez más a la defensiva,<sup>20</sup> pero que aún sigue siendo dominante,<sup>21</sup> según la cual las causas causalmente equivalentes también son comprobables<sup>22</sup> en un asesinato, siendo que según su cantidad, en una segunda etapa, pueden

<sup>14</sup> Jescheck/Weigend (nota 12), parágrafo 28, II 3.

<sup>15</sup> Sk/Rudolphi, en parágrafo 1, p. 54.

<sup>16</sup> Engisch (nota 11), p. 46.

<sup>17</sup> Wessels/Beulke. *Derecho Penal, Parte General*. 40° edición, 1989.

<sup>18</sup> Véase al respecto, por ejemplo, SK/Rudolphi, en parágrafo 1, p. 55.

<sup>19</sup> Véase al respecto, por ejemplo, Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, en parágrafos 13 y ss., p. 90; SK/Rudolphi, en parágrafo 1, p. 56.

<sup>20</sup> Véase al respecto, Schroeder en *Homenaje a Swarc*, p. 273 y ss.; Hilgendorf en *Homenaje a Weber*, pp. 33, 43 y ss.; en forma crítica, adicionalmente, Radtke en *Homenaje a Puppe*, p. 831.

<sup>21</sup> Así pues, Roxin (nota 1), parágrafo 10, p. 55, parágrafo 11, p. 43. Fundador de esta doctrina es Honig en *Homenaje a Frank I*. Véase al respecto, por ejemplo, Maiwald en *Homenaje a Miyazawa*, p. 465 y ss. Respecto del estado de la discusión de la imputación objetiva en Taiwan, ver HSanchez-Ostiz en *Homenaje a Roxin II*, pp. 361, 367, 374: “La imputación objetiva no es ni objetiva ni imputable”.

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, en parágrafos 13 y ss., p. 72 y ss.; SK/Rudolphi, en parágrafo 1, p. 57; Jakobs (nota 12) 7/29; Roxin (nota 1), parágrafo 11, p. 49; Kindhäuser, *Parte General*, 4ª edición, pp. 11, 2 y ss.; Wessels/Beulke (nota 17), p. 179; Gropp. *Derecho Penal, Parte General*. 3ª edición, parágrafo 5, p. 40.



determinar las causas “objetivamente imputables”. Como “objetivamente imputable” solo se podrá observar en este proceso “a un resultado ilícito causado por una conducta humana, cuando esa conducta ha creado un peligro jurídicamente desaprobado<sup>23</sup> de la producción del resultado y ese peligro se cristaliza realmente en un suceso concreto que causa el resultado”.<sup>24</sup> A pesar del mencionado reconocimiento que esta concepción ha encontrado en la literatura, nunca podrá ser seguida.<sup>25</sup>

a) Del mismo modo, al igual que la teoría de la relevancia, la teoría de la imputación objetiva también expresa la carente —en el mejor de los casos, mediocre— superación de la teoría de la equivalencia.<sup>26</sup> Al solo reconocer los eventos equivalentemente causales como objetos idóneos de una imputación objetiva, se asume de esa manera la falla principal de la teoría de la equivalencia. La causalidad equivalente de esos objetos se presupone y, por ello, se determina discrecional y arbitrariamente (ver arriba, 1).

b) En estrecha relación con su pretensión de “determinar las propiedades objetivas generales de una conducta imputable, siendo que la causalidad solo constituye una de ellas”,<sup>27</sup> se encuentra también la objeción de que esa teoría verdaderamente comprende características del delito heterogéneas, “como un caleidoscopio de diversas limitaciones al tipo penal”<sup>28</sup> en abandono de necesarias distinciones<sup>29</sup> de una denominación colectiva,<sup>30</sup>

<sup>23</sup> Respecto de las diversas designaciones de la desaprobación jurídica, ver Kühl. *Derecho Penal, Parte General*. 6ª edición, párrafo 4, 43 vta.

<sup>24</sup> MK/Freund, en párrafos 11 y ss., p.181; SK/Rudolphi, en párrafo 1, p. 57; también, por ejemplo, Fischer. *Código Penal Alemán* —StGB—, 26ª edición, en párrafo 13, 25 vta.; SSW-StGB/Kudlich, en párrafos 13 y ss., p. 48 y ss.; Roxin y Beulke en nota 22; Kühl (nota 23), párrafo 4, 43vta.; Heinrich en *Homenaje a Geppert*, pp. 171, 174 y ss.; Reyes ZStW 105 (1993), 108, 129 vta.; también Duttge en *Homenaje a Maiwald*, pp. 133, 152; véase adicionalmente las referencias en Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, en párrafos 13 y ss. 91a.

<sup>25</sup> Por lo demás, todavía Maurach/Gössel/Zipf, *Parte General* 2, párrafo 43, p. 80 y ss., y Gössel, por ejemplo, JR 1997, 519, 520. Sin embargo, el desarrollo de la jurisprudencia y la literatura a partir de esas manifestaciones dan lugar a tomar muchos otros más caminos.

<sup>26</sup> Del mismo modo, por ejemplo, también, Schumann, en *Jura* 2008, pp. 408, 414; Aichele ZStW 123 (2011), p. 260, 268 vta.; ver también Fischer (nota 24), en párrafo 13, p. 24, En contra de las razones prácticas brindadas por Frisch en *Homenaje a Gössel*, pp. 51, 70 para el uso adicional de la equivalencia, se dice que de la aplicación de una teoría evidentemente contradictoria a las leyes del pensamiento (razonamiento circular) se pueden esperar resultados arbitrarios, pero no soluciones convincentemente útiles. Así también, Hilgendorf en *Homenaje a Weber*, pp. 33, 36 y ss., 48. Para la insuficiencia de la teoría de la equivalencia en los casos de la responsabilidad penal por el producto, existe una voz del Tribunal Supremo Federal —BGH—; véase Jähnke, *Jura* 2010, pp. 582, 584 y ss.

<sup>27</sup> Véase solo NK/Puppe, párrafo 16, p. 9; Jakobs (nota 12) 7/4. En forma similar, Roxin (nota 1), párrafo 11, p. 46; en contra, Frisch. *Conducta típica e imputación del resultado*. 1988, p. 67.

<sup>28</sup> NK/Paeffgen, en párrafo 13 y ss., p. 25.

<sup>29</sup> Véase al respecto, Frisch en *Homenaje a Roxin*, pp. 213, 235: “Distensión de la imputación del resultado a expensas de la conducta típica”.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, Vogel. *Norma y deber en los delitos de omisión impropia*. 1993, 60 vta.; Frisch (nota 27), 31 vta.; en su contra, Schünemann, G.A., 1999, pp. 207, 221, aún así incorrecto, porque él equipara la negligencia de un acto con la conexión —allí difente y aquí decisiva— de la conducta y la lesión al bien jurídico, y, con ello, equipara uno de los dos posibles objetos interconectantes con la conexión misma. La valoración de un objeto presupone su existencia, pero no debe equipararse con esta. Como Frisch, también Maiwald en *Homenaje a Miyazawa*, 465, 467 vta.

como son la “causalidad”,<sup>31</sup> la “creación de un riesgo prohibido”,<sup>32</sup> la adecuación social,<sup>33</sup> la “autopuesta en peligro ajeno”,<sup>34</sup> la “lesión al deber de cuidado”,<sup>35</sup> la “negligencia objetiva”<sup>36</sup> y su relación causal con una lesión al bien jurídico, la finalidad de protección de la norma,<sup>37</sup> la reconocibilidad y también la evitabilidad<sup>38</sup> —incluso, se cuestiona la ubicación sistemática de la imputación objetiva entendida como “negligencia y relación negligente” en el ámbito del tipo penal, siendo que comprende su subordinación al nivel de la antijuridicidad,<sup>39</sup> debido al carácter normativo de la imputación objetiva.<sup>40</sup> Esta incertidumbre señalada del concepto, contenido y alcance del instituto de la imputación objetiva conduce finalmente a “una valoración universal de bienes e intereses” que carece de “un requisito valorativo vinculante previo”.<sup>40a</sup> Así pues, es comprensible el veredicto: “La doctrina de la imputación objetiva... se ha demostrado como insuficiente” para resolver la problemática de la responsabilidad por producto de nuevos casos —como el caso Contergan (talidomida), el caso del aerosol del cuero, el caso de los conservantes de la madera o el caso español del petróleo”<sup>41</sup>—, “en forma terminante e intersubjetivamente comprensible,<sup>42</sup> toda vez que “no ha jugado un gran rol en la discusión sobre la responsabilidad penal por producto,<sup>43</sup> razón por la cual se ha sostenido razonablemente que “muchos de los problemas que fueron ‘llevados’ a la teoría de la imputación objetiva son revisados por el desarrollo del derecho penal de un puro concepto del delito orientado causalmente a un concepto del delito postfinalista”, de manera tal que esta teoría ha perdido su legitimidad.<sup>44</sup>

Sin embargo, incluso las contradicciones mismas no pueden evitarse. Así pues, la imputación objetiva, junto con su característica de causalidad de imputación, es comparada con “el tipo subjetivo”<sup>45</sup>, pero luego, el mismo autor la supedita “a factores subjetivos, psicológicos internos”<sup>46</sup> y acepta una “causalidad transmitida psicológicamente” como

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, NK/Puppe, parágrafo 16, p. 4; Lampe, GedS a Armin Kaufmann, p.189.

<sup>32</sup> NK/Puppe, en parágrafo 13 y ss., p. 154; Gonzales do Murillo en *Homenaje a Roxin II*, pp. 345, 351.

<sup>33</sup> Sanchez-Ostiz en *Homenaje a Roxin II*, pp. 361, 368.

<sup>34</sup> Hellmann en *Homenaje a Roxin*, p. 271.

<sup>35</sup> NK/Puppe, en parágrafos 13 y ss., p.154; Roxin (nota 1), parágrafo 24, p.12.

<sup>36</sup> Yamanaka ZStW 102 (1990), pp.928, 944.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, Kahlo, en *Homenaje a Küper*, p. 249, 252 vta.; Stiebig, en *Homenaje Paulus*, pp. 151, 165.

<sup>38</sup> Roxin (nota 1), parágrafo 24, p.13.

<sup>39</sup> Véase, aproximadamente, Schlehofer, en *Homenaje a Puppe*, p. 953, 964 vta.

<sup>40</sup> Bustos Ramírez, GedS a Armin Kaufmann, pp. 213, 236.

<sup>40a</sup> Duttge. *Respecto de la determinación del disvalor del acto en los delitos imprudentes*. 2001, 127 vta.

<sup>41</sup> Hilgendorf, en *Homenaje a Weber*, p. 33, 34vta.

<sup>42</sup> Hilgendorf, en *Homenaje a Weber*, p. 33, 35.

<sup>43</sup> Hilgendorf, en *Homenaje a Weber*, p. 33, 48.

<sup>44</sup> Schumann, Jura 2008, pp. 408, 415.

<sup>45</sup> Roxin (nota 1), parágrafo 11, p. 46.

<sup>46</sup> Roxin, GedS a Armin Kaufmann, pp. 237, 250.

“una condición causal para el resultado necesaria”:<sup>47</sup> una contradicción que tampoco puede superarse con la transformación de un problema fáctico en uno metodológico ni con “la función político-criminal del tipo objetivo”,<sup>48</sup> porque se exige contradictoriamente la equiparación de lo objetivo con lo subjetivo, siendo que ambos objetos son excluyentes el uno al otro.<sup>49</sup> Entonces, la autorización de la caracterización de la imputación objetiva se presenta como una denominación global difusa<sup>50</sup> que desdibuja las diferencias necesarias en expansión de las características predominantes del delito y en la determinación de la autoría con la mencionada fórmula de imputación del resultado “como obra de un autor en particular”,<sup>51</sup> pero, a la vez, mediante la inclusión de causas de justificación<sup>52</sup> y de elementos de un estrato del delito que es distinto al tipo penal. De esta manera, la característica del tipo penal “autoría” pierde su independencia mediante su inclusión en la característica de la imputación objetiva, así como también se diluye la distinción entre aquellas características autónomas del delito en la tipicidad y la antijuridicidad.

En general, el instituto de la imputación objetiva ha absorbido a las características del delito de diversos tipos y niveles como una esponja insaciable;<sup>53</sup> ha abandonado, por lo menos parcialmente, las conclusiones de los últimos 100 años en cuanto a la construcción y estructura del delito y la determinación del tipo penal y sus características, y ha retrotraído a la dogmática a tiempos anteriores a Beling.<sup>54</sup> En definitiva, la conclusión debiera expresarse en contra del reconocimiento de la teoría de la imputación objetiva, ya que la fórmula de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (ver arriba, antes de a) no sería “realmente una reformulación novedosa” de la característica de la negligencia.<sup>55</sup>

c) Principalmente se expresa en contra de esta teoría la circunstancia de que esta fundamenta la antijuridicidad de una lesión típica al bien jurídico con su antijuridicidad que presupone una justificación en pensamiento circular.

<sup>47</sup> Roxin, en *Homenaje a Achenbach*, pp. 409, 421; a ese respecto, ya en forma crítica, Lampe, GedS a Armin Kaufmann, pp. 189, 196.

<sup>48</sup> Greco ZStW 117 (2005), pp. 519, 534, 553.

<sup>49</sup> A raíz de ello, Sanchez-Ostiz en *Homenaje a Roxin II*, pp. 361, 374, rechaza el carácter objetivo de la “imputación objetiva”.

<sup>50</sup> Hilgendorf, en *Homenaje a Weber*, pp. 33, 44: “Una especie de trastero para los problemas irresueltos del tipo penal y de las causas de justificación”.

<sup>51</sup> Así, Roxin (nota 2), parágrafo 10, p. 55; adicionalmente, por ejemplo, SSW-StGB/Kudlich, en parágrafos 13 y ss., p. 50; Otto, *Curso fundamental de Derecho Penal. Teoría general del delito*, 7ª edición, parágrafo 6, p.12, parágrafo 10, p. 2; Wessels/Beulke (nota 17), p. 176; Hsü, en *Homenaje a Roxin*, pp. 239, 248.

<sup>52</sup> Kretschmer NStZ 2012, p.177.

<sup>53</sup> Véase también al respecto, Schünemann GA, 1999, p. 207: “Un pulpo gigante con innumerables tentáculos”.

<sup>54</sup> Véase, Armin Kaufmann, en *Homenaje a Jescheck I*, pp. 251, 270: “En el orco (infierno) de la... teoría de la imputación desaparecerían... los tipo penales mismos”.

<sup>55</sup> Schünemann G.A., 1999, pp. 207, 217.

Desde un punto de vista extrasistemático, únicamente la infracción a la norma puede convertir a una evitable conducta humana que lesiona al bien jurídico (tanto que lo ponga en riesgo o lo lesione, siendo que esta no sea una mera lesión al bien jurídico producida causalmente<sup>56</sup>) en un comportamiento prohibido y, por tanto, ilegal. Si la conducta prohibida (puesta en peligro ilegal) es presupuesto de una conducta prohibida por la norma,<sup>57</sup> entonces se exige a la conducta prohibida, en pensamiento circular, como presupuesto de la conducta prohibida.<sup>58</sup> La antijuridicidad es el presupuesto mismo,<sup>59</sup> y, por lo tanto, se profiere a sí misma autónomamente. Pero incluso en una evaluación intrasistemática, la teoría de la imputación objetiva no puede evitar una argumentación de pensamiento circular. Si se sustenta una conducta prohibida en el presupuesto de una “imputación del tipo objetivo”<sup>60</sup> que crea, asimismo, un elemento<sup>61</sup> constitutivo del ilícito con la infracción a un riesgo permitido, entonces la conducta prohibida (puesta en peligro ilegal) es presupuesto de una conducta prohibida constitutiva del ilícito —al respecto, observa acertadamente Hirsch: “La prohibición no puede ser presupuesto de ella misma”.<sup>62</sup>

## **B. Determinación de la causalidad desde la teoría de la conducta alternativa debida**

### *1. Contenido y casos iniciales*

La jurisprudencia separó la punibilidad a causa de un hecho imprudente de aquella por causalidad equivalente a la conducta negligente en cuanto a la lesión al bien jurídico y rechazó “una relación causal entre la conducta correcta en el tránsito” y una lesión al bien jurídico, “cuando aún hubiere acontecido el mismo resultado ante una conducta correcta en el tránsito o... no se pudiese descartar”.<sup>63</sup> En efecto, la jurisprudencia asume que “el incidente” decide “cómo es que ha sucedido”, pero, sin embargo, entiende decisivo “cómo hubiera sido el curso fáctico si el autor hubiera actuado con debido cuidado”,<sup>64</sup> por lo tanto, añade mentalmente al suceso real una conducta alternativa debida y pregunta, entonces, si este comportamiento

<sup>56</sup> Por eso, no se puede extraer nada en contrario de la interpretación representada en SK/Rudolphi, en parágrafo 1, p. 57.

<sup>57</sup> SK/Rudolphi, en parágrafo 1, p. 57; Jakobs (Fn. 12) 7/78.

<sup>58</sup> Respecto de cualquier otra falacia, señala Frisch (nota 27), p. 33 y ss., 35: “La creación de un peligro desaprobado no puede ser al mismo tiempo el momento de la conducta ilícita y el presupuesto de la imputabilidad objetiva del resultado en el ilícito de resultado.

<sup>59</sup> En forma similar, Frisch, en *Homenaje a Roxin*, pp. 213, 232: “Si falta en la creación de un peligro, también falta, en verdad, en una... conducta prohibida”.

<sup>60</sup> Así, Roxin (Fn. 1), parágrafo 11, p. 49.

<sup>61</sup> Así, Roxin (Fn. 1), parágrafo 10, p. 88; similarmente, SK/Rudolphi, en parágrafo 1, p. 57.

<sup>62</sup> Hirsch. *Problemas jurídico-penales II*. 2009, pp. 205 (*Homenaje a Lenckner*, p. 119), 220; en forma similar, también, Maiwald, en *Homenaje a Miyazawa*, p. 465, 478 vta.

<sup>63</sup> BGHSt 48, 1, 4.

<sup>64</sup> RGSt 15, 151, 154; 63, 392, 393; del mismo modo, BGHSt 33, 61, 65; 48, 1, 4; BGH NStZ 2011, 31, con comentario de Kahrs NStZ 2011, p. 14 y Kühl NJW 2010, p. 1092; en forma similar, también, Lampe GedS a Armin Kaufmann, 189, 203; Otto GedS a Schlüchter, 77, 96; Weber en *Homenaje a Puppe*, 1059.

alternativo habría conducido o no a la lesión del bien jurídico, y, a la vez, comprueba “si puede pensarse el acto positivo infraccionario al tránsito o se puede añadir mentalmente el acto debido omitido, sin también suprimirse el resultado”.<sup>65</sup> Por ello, “no debiera omitirse nada de la concreta situación fáctica”, no añadirse mentalmente nada, ni tampoco “cambiarle nada”, de manera tal que “solo cuenten aquellas condiciones” cuyo “fundamento esté delineado directamente en ese suceso” y que son imputables a “la concreta situación fáctica”, sin recurrir a “condiciones existentes completamente fuera del suceso” cuya existencia “no se basa en evidencias concretas suficientes”.<sup>66</sup>

Sirve como ejemplo la “notoria” sentencia del Tribunal Superior Provincial, según la cual fue admitido un homicidio imprudente porque un conductor de un automotor, a pesar de “la observancia del máximo de velocidad permitido”, pudo llegar al lugar del accidente debido a una rápida conducción precedente en un momento posterior en el que el fallecido por el accidente ya había dejado la calzada”.<sup>67</sup> Lo mismo fue admitido en casos de estructura similar, donde el conductor aumentó su velocidad por encima de los 50 km/h dentro del ámbito de la zona urbana antes de la señalización de su fin y causó un accidente pasando el letrero ahora con una velocidad permitida de 80 km/h.<sup>68</sup>

## 2. Objeciones

a) Sin embargo, esta argumentación ya no parece inobjetable, porque la jurisprudencia todavía no se puede separar de la teoría de la equivalencia,<sup>69</sup> y por ello, sus discrecionales resultados provienen igualmente de un pensamiento circular (ver arriba, I 1),<sup>70</sup> como los ejemplos que acabamos de mencionar:

Por lo tanto, el accidente podría haberse evitado si los conductores del automotor para alcanzar el lugar del accidente hubieran incluso circulado más rápido y así superado ampliamente el momento del accidente, siendo que, por otro lado, habría cometido una infracción por estorbo del flujo del tránsito (parágrafo 3, apartado 2 del Código de Tránsito

<sup>65</sup> BGHSt 11, 1, 7; 30, 228, 230; 33, 61, 65; 49, 1, 4; BGH NJW 2004, 237, 238; OLG Karlsruhe NJW 1958, 430, 431; teilweise zust. das Schrifttum, véase, por ejemplo, LK/Vogel § 15, 188; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, parágrafo 15, p. 173 y ss.; Roxin (nota 1), parágrafo 11, p. 88 y ss.; Wessels/Beulke (nota 17), 676 vta.; Frisch (nota 27), p. 529 y ss.; Kahlo, en *Homenaje a Küper*, p. 249, 251 vta.; en forma diferenciada, Schlüchter J.A., 1984, pp. 673, 680: sería decisivo, si la conducta alternativa debida habría o no conducido a un resultado similar—es decir, la negación del contexto aquí tratado—; similarmente, Jakobs, en *Homenaje a Lackner*, pp. 53, 56 y ss.: consideración hipotética —con el cuidado debido— de una conducta alternativa en el “curso equivalente del riesgo idéntico”; por el contrario, ninguna consideración en la “conurrencia de muchos riesgos”. Ciertamente muy distinto a Schlüchter.

<sup>66</sup> BGHSt 49, 1, 4 con otras referencias.

<sup>67</sup> OLG Karlsruhe NJW, 1958, p. 430, con comentarios de Liebert NJW, 1958, p. 759 y Schmitt DAR, 1958, 259.

<sup>68</sup> En un caso similar, del mismo modo, OLG Hamm VRS 61 (1981), 353.

<sup>69</sup> Así literal, BGHSt 49, 1, 3, BGH NJW 2004, 237, 238.

<sup>70</sup> NK/Puppe, en parágrafo 13 y ss., 91; Puppe ZStW 99 (1987) 595, 599.

Vial —StVO—) si hubiera circulado demasiado despacio y, así, llegar al lugar del accidente con posterioridad al momento del accidente. Si añadimos mentalmente ambas conductas alternativas ilegales al suceso real del accidente, se habría omitido el accidente y la lesión al bien jurídico<sup>71</sup> —resultados que no pueden señalarse como útiles, pero que son inevitables desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia, por lo cual solo deben añadirse mentalmente en estos casos conductas alternativas debidas para afirmar la lesión imprudente al bien jurídico,<sup>72</sup> cuya única consideración parece incompatible con la fórmula de la teoría de la equivalencia o bien habrá que mejorar dicha fórmula.<sup>73</sup>

b) La principal desventaja de la teoría de la conducta de cuidado o legal alternativa es que sugiere tener que decidir sobre la punibilidad en orden a sucesos hipotéticos —en verdad, inexistentes— a pesar de una subsanación explícita sobre el curso real de los acontecimientos<sup>74</sup> y en contra del principio de culpabilidad.<sup>75</sup> En la añadidura mental de una conducta legal hipotética alternativa se aprecia la lesión al bien jurídico ocurrida fácticamente como hipotéticamente no producida y, por lo tanto, afirma un hecho imprudente, lo cual habla de la sospecha de que, así, la punibilidad deriva de un hecho inexistente.<sup>76</sup>

c) Además, la consideración de la conducta alternativa conforme al deber de cuidado conduce, luego, a dificultades cuando la “cuestión hipotética no admite conclusiones firmes”.<sup>77</sup> Encontrar la solución a estas dificultades es la cuestión buscada desde lo material y jurídico sobre una escala de probabilidades que está limitada por los puntos extremos de la “certeza”, respectivamente “imposibilidad”, del comienzo del resultado, aun en conductas debidas.<sup>78</sup>

aa) La jurisprudencia quiere negar la causalidad solo si el resultado mediante el debido (imaginario) cuidado fuere evitado<sup>79</sup> con la probabilidad rayana a la certeza, de manera tal que “se hubiere producido sustancialmente más tarde o en proporción esencialmente insignificante”<sup>80</sup> o “no se pueda excluir sobre la base de hechos sustanciales por la convicción

<sup>71</sup> Puppe G.A., 1994, pp. 297, 299.

<sup>72</sup> Véase al respecto, por ejemplo, Kindhäuser G.A., 2012, 134, 138vta., 146.

<sup>73</sup> Véase al respecto, Puppe G.A., 1994, 297, 298 y ss.; Kindhäuser G.A., 2012, 134, 137 y ss.

<sup>74</sup> Así la jurisprudencia, por ejemplo, BGHSt 33, 61, 64; 49, 1, 4.

<sup>75</sup> En contra, también NK/Puppe, en parágrafo 13 y ss., 92; MK/Duttge, parágrafo 15, 162; Krümpelmann en Homenaje a Jescheck I, 313, 322; Puppe ZStW 99 (1987), pp. 595, 599; Ranft NJW 1984, pp. 1425, 1433; Spindel, en *Homenaje a Eb. Schmidt*, 183 und JuS 1964, 14vta.

<sup>76</sup> Pertinentemente, *Erb*, Conducta alternativa conforme a derecho y su impacto en la imputación del resultado en el derecho penal, 1991, 45: sólo „sucesos imaginables y, por lo tanto, causas reservadas“, que –p. 290– serían „generalmente insignificantes en el derecho penal“.

<sup>77</sup> Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, parágrafo 15, p.177.

<sup>78</sup> Comentario por Ulsenheimer JZ 1969, 365; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, parágrafo 15, 177 vta.

<sup>79</sup> RGSt 63, 211, 214 (caso del ántrax).

<sup>80</sup> BGH NStZ 1985, 26; adicionalmente, por ejemplo BayObLG VRS 58 (1980), 412, 414 con otras referencias; esta jurisprudencia es seguida por Welzel, *El derecho penal alemán*, 11ª edición, 1p. 36 con otras referencias; Bockelmann, *Derecho Penal de los galenos*, pp. 85, 90; Ulsenheimer, *La relación entre el incumplimiento del deber y el resultado en los*

del juzgador del hecho”<sup>81</sup>. Por el contrario, el nexos solo podrá ser negado, si el resultado se hubiera producido también mediante el debido cuidado con una probabilidad rayana a la certeza.<sup>82</sup> Completamente fuera de esta escala<sup>83</sup> están aquellos que, incluso, quieren afirmar la causalidad si el resultado seguramente se hubiera podido evitar mediante la salvaguarda del debido cuidado<sup>84</sup> (manifiesta mezcla con la teoría del fin de la norma) o, al revés, querer afirmarla cuando seguramente no se hubiera evitado<sup>85</sup> el resultado mediante el debido cuidado.

bb) La media entre los extremos de la escala es sostenida por algunos autores al afirmar esa causalidad evitable, si la conducta objetivamente negligente ha ocasionado realmente ese resultado, ha aumentado el riesgo de su producción frente a la conducta alternativa acorde a derecho<sup>86</sup> o ha negado el nexos del riesgo, cuando el resultado, en hipótesis de una conducta alternativa conforme a derecho, se aparta esencialmente del ocurrido concretamente.<sup>87</sup> Esta teoría es considerada parcialmente como necesaria, porque solo así podrían evitarse las deficiencias de la teoría de la equivalencia.<sup>88</sup> Sin embargo, esta teoría no puede ser aceptada<sup>89</sup> solo por eso, ya que desconsidera en ese contexto<sup>90</sup> el comienzo del resultado exigido por el tipo penal,<sup>91</sup> convierte a los delitos lesivos en delitos de peligro,<sup>92</sup> e incluso, por la naturaleza hipotética de la conducta alternativa,<sup>93</sup> se mete en problemas con el principio fundamental

*delitos imprudentes*, 1965, p. 148 und JZ, 1969, p. 364, 366 vta.; Wessels J.Z., 1967, pp. 449, 452, y Caemmerer, *Opúsculos I*, p. 441, 445 vta., en mezcla con la teoría del ámbito de protección.

<sup>81</sup> BGHSt 49, 1, 4.

<sup>82</sup> Walder, *Revista de la Asociación de abogados de Berna*, 1968, p.161, 174 vta., 177.

<sup>83</sup> En forma instructiva, al respecto, Arthur Kaufmann, en *Homenaje a Jescheck I*, p. 279 y ss.

<sup>84</sup> Gimbernat Ordeig ZStW 80 (1968), 923.

<sup>85</sup> Seebald GA 1969, pp. 193, 209, 213.

<sup>86</sup> Fundado por Roxin ZStW 74 (1962), pp. 411, 430 y ss., del mismo modo, Roxin (nota 1), parágrafo 11, p. 88 y ss.; SK/Rudolphi, en parágrafo 1, p. 65 y ss.; Jescheck/Weigend (nota 12), parágrafo 55 II 2 b aa; Burgstaller, *El delito imprudente en el Derecho Penal*, 1974, p.139, en terminología, sobre todo, en Roxin ZStW 74 (1962), pp. 411, 430 y ss. y *Homenaje a Honig*, pp. 133, 138 y ss.; como probablemente opinión abrumadora, véase, por ejemplo, B. E. A. Wolff, *Causalidad del hacer y la omisión*, 1965, p. 27; Hauck G.A., 2009, pp. 280, 287 y ss.; Rudolphi JuS, 1969, pp. 559, 554; Schünemann GedS a Meurer, pp. 37, 46; Stratenwerth, en *Homenaje a Gallas*, p. 227; véase también, para el Derecho Penal austriaco, Kienapfel, *Riesgo*, p. 103.

<sup>87</sup> Schlüchter J.A., 1984, pp. 673, 678 y ss.

<sup>88</sup> Puppe, en *Homenaje a Roxin*, p. 287.

<sup>89</sup> Lampe sostiene esa doctrina como “infundada” (GedS a Armin Kaufmann, pp. 189, 202); contrariamente, también Frisch (nota 27), pp. 543 y ss., 561. La jurisprudencia —BGHSt 37, 106, 127, BGH NStZ 2011, 31— hasta ahora no lo ha seguido.

<sup>90</sup> Esto solamente subsana el riesgo conectado al acto, de manera tal que la reflexión sobre la relación causal entre el acto y el resultado no ha sido renunciada (así, Kahlo, en *Homenaje a Küper*, pp. 249, 272), y la objeción de una transformación del tipo delictivo no ha sido disipada mediante la teoría del aumento del riesgo.

<sup>91</sup> Literalmente así, Otto JuS 1974, pp. 702, 708.

<sup>92</sup> Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, parágrafo 15, p. 179; MK/Duttge, parágrafo 15, p. 181; Baumann/Weber/Mitsch, *Derecho penal, Parte general*, 11ª edición, parágrafo 14, 86 vta.; Freund, *Derecho Penal, Parte general*, 2ª edición, parágrafo 2, p. 50; Erb (nota 76), 133 vta.; Ebert/Kühl J.A. 1979, pp. 561,572; Otto GedS a Schlüchter, pp. 77, 88; Ranft NJW 1984, pp. 1425, 1431, véase también, al respecto, Schünemann GedS a Meurer, pp. 37, 56 y ss.

<sup>93</sup> Y, ergo, en contra, Kahlo, en *Homenaje a Küper*, pp. 249, 272, precisamente ningún suceso real.

del “in dubio pro reo”,<sup>94</sup> deficiencias que no se pueden subsanar solo viendo a la conducta ex ante acorde al deber de cuidado en forma ex post “como un útil recurso político criminal” a fin de “prevenir” la lesión al bien jurídico ocurrida.<sup>95</sup>

d) Por lo tanto, tampoco puede aceptarse la teoría de la exclusión de la imputación objetiva con una simple reducción del riesgo o del peligro de una lesión al bien jurídico.<sup>96</sup> La exclusión de la responsabilidad buscada por esta teoría para la conducta imprudente se podría lograr si se aprecia a la conducta reductora del peligro o riesgo como diligente, cuidadosa y, por ello, atípica.

### 3. Superación de las objeciones

Todas las objeciones recién planteadas en el punto 2 en contra de la consideración de una conducta alternativa hipotéticamente acorde al debido cuidado deben surgir de una base común: la comprensión de la conducta alternativa como una causa reservada imaginaria, un fenómeno cuasi real con consecuencias cuasi reales,<sup>97</sup> y, por lo tanto, una importancia casi jurídico-material, la cual decide sobre la punibilidad o la impunidad. Si se renuncia a estos principios, entonces las objeciones son irrelevantes: la conducta alternativa pierde la propiedad de una condición de la teoría de la equivalencia, de manera tal que no se puede decidir jurídico-materialmente sobre la punibilidad ni extraer tampoco conclusiones firmes. El instituto de la conducta alternativa acorde al debido cuidado o conforme a Derecho deben entenderse en forma distinta como un fenómeno cuasi real: como una regla probatoria refutable o una conjetura dentro de la formación de la convicción del juez en virtud del parágrafo 261 del Código de Procedimiento Penal – StPO.<sup>98</sup> Así pues, la atracción de un suceso hipotético meramente imaginario puede concebirse como un instrumento aun necesario para poder reconocer el vínculo entre la conducta negligente y la lesión al bien jurídico como una relación legal en el sentido aquí esbozado (ver abajo III 3). En lugar de la verdadera conducta negligente se coloca una hipotética conducta acorde al deber de cuidado y, luego, se pregunta si la lesión al bien jurídico ocasionada se hubiera producido en ese caso hipotético. Si la respuesta es afirmativa, cuando el accidente fatal hubiera sido evitado

<sup>94</sup> Como aquí también Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, parágrafo 15, 179; Wessels/Beulke (nota 17), p. 199; Freund (nota 92), parágrafo 2, p. 50; Dencker JuS, 1980, pp. 210, 212; Toepel (nota 12), pp. 165 y ss.; Kindhäuser ZStW 120 (2008), pp. 481, 501 f.; véase también Jakobs (nota 12) 7/103. En forma detallada respecto de la crítica de la teoría de la elevación del riesgo, por ejemplo SK/Hoyer, Suplemento, parágrafo 16, p. 73 y ss.; Hirsch, en Homenaje a Lampe, pp. 515, 531 vta.; Schünemann G.A., 1975, p. 649 y ss.; Schlüchter J.A. 1984, pp. 673, 676; Arthur Kaufmann, en *Homenaje a Jescheck I*, pp. 273, 282.

<sup>95</sup> Schünemann, G.A., 1999, pp. 207, 226; en contra Kahlo, en *Homenaje a Küper*, pp. 249, 259 y ss.

<sup>96</sup> Conclusión, aunque por otras razones, Kindhäuser G.A., 2012, pp.134, 145; conclusivamente también Sousa Mendes G.A., 2011, pp. 557, 576: “La disminución del riesgo, en verdad, no es ningún criterio material”.

<sup>97</sup> Así, por ejemplo, Erb (Fn. 76), p. 53.

<sup>98</sup> Véase, por ejemplo, Meyer-Goßner, *Código de Procedimiento Penal* —stop—, 55ª edición, parágrafo 261, 2a, p. 23.



en observancia del máximo de velocidad permitido superado ampliamente en concreto, pues entonces existe una presunción refutable de que la lesión al bien jurídico producida ha sido provocada causalmente por la negligencia, es refutable, por ejemplo, en los casos mencionados de una conducta negligente en la que la añadidura mental de una conducta conforme al debido cuidado conduce directamente a la ilicitud para afirmar la conducta punible (ver arriba, antes 2).

### C. El vínculo de una razón real con sus consecuencias reales

#### 1. Resultados provisionales

“El mundo es todo lo que es el caso”,<sup>99</sup> lo que realmente es,<sup>100</sup> lo que, como existencia de circunstancias de una “combinación de objetos”,<sup>101</sup> es un hecho,<sup>102</sup> no lo que, como un pensamiento, podría ser el caso, *no* el producto de la imaginación humana.<sup>103</sup> “El mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas”,<sup>104</sup> y “la totalidad de los hechos determina lo que es el caso y, también, lo que el caso no es”.<sup>105</sup> El delito es, como hecho de un suceso histórico, parte del mundo, de la realidad de la vida y algo que es del caso: el hecho que nada deberá añadirse como pensamiento posible,<sup>106</sup> el cual, como pensamiento, solo es posible pero no real y, por ello, no es el caso, siendo que se mantiene fuera de las previsiones del 103 inciso 2 de la Constitución —GG—, que lo recoge como un hecho. Tampoco se puede soslayar nada de ese suceso: el caso no es imaginario y el hecho no puede cambiar al caso. Por esa razón, la teoría de la equivalencia ha demostrado ser obstáculo insalvable en el camino elegido previamente en la búsqueda de la relación entre el acto y la lesión al bien jurídico, siendo que se la sigue aplicando a pesar de su deficiencia lógica, que ya nadie niega, pero que rara vez se evita. Solo la eliminación de este obstáculo, es decir, la disposición de la teoría de la equivalencia deja libre el camino hacia la meta de conocer la relación vinculante entre el acto y la lesión al bien jurídico,<sup>107</sup> un camino que, por lo menos, se centre en la demostración de la realización del riesgo requerida por la imputación objetiva (ver arriba I. 3<sup>108</sup>), si es que no debe indicarlo (del mismo modo, abajo 2 y ss.).

<sup>99</sup> Wittgenstein. *Tractatus logico-philosophicus*, 1.

<sup>100</sup> Wittgenstein. *Tractatus logico-philosophicus*, 2.022.

<sup>101</sup> Wittgenstein. *Tractatus logico-philosophicus*, 2.01.

<sup>102</sup> Wittgenstein. *Tractatus logico-philosophicus*, 2.

<sup>103</sup> Véase, por ejemplo, Gössel en Homenaje a Miyazawa 317 y ss. y Homenaje a Küper 83vta.

<sup>104</sup> Wittgenstein. *Tractatus logico-philosophicus*, 1.1.

<sup>105</sup> Wittgenstein. *Tractatus logico-philosophicus*, 1.12.

<sup>106</sup> Wittgenstein. *Tractatus logico-philosophicus*, 2.0123: “Cuando yo conozco el objeto, también conozco yo todas la posibilidades de su existencia en el hecho... No podrá encontrarse posteriormente una nueva posibilidad”.

<sup>107</sup> NK/Puppe, parágrafos 13 y ss., 102.

<sup>108</sup> Véase también, al respecto, Frisch (nota 27), 520 y ss., 525.

## 2. El acto del autor como razón real de la lesión al bien jurídico

Si se busca una relación vinculante entre el acto y la lesión al bien jurídico, entonces se busca una relación causa-efecto (ver al respecto, arriba B. I. y II). Aquello que se valora en el Derecho Penal como acto o como lesión al bien jurídico, es respectivamente un dato real; en pocas palabras: una suma de hechos, sea cuestionada desde la razón de un hecho como razón de otro, sea cuestionada desde la verdadera razón<sup>109</sup> del hecho creador, que se funda a sí mismo en la razón del deber (así el vínculo diseñado en los tipos legales de acto criminal y el resultado de la lesión al bien jurídico, ver al respecto arriba B. I. 1a) o que puede servir para alcanzar un determinado propósito (razón final). Por ello, las siguientes declaraciones se esfuerzan en una determinación detallada de cada relación real constitutiva que exista entre un acto negligente evitable y una lesión al bien jurídico típica (ver arriba A).

## 3. La relación de la razón real como correlación conforme al Derecho

La detallada determinación de esta relación se prepara por sus únicas dificultades de percepción parcial sensorial. Perceptibles son solo dos eventos fácticos temporalmente consecutivos que pueden valorarse normativamente como un acto negligente evitable o como una lesión al bien jurídico (ver arriba A): el suceso fáctico normado por el tipo penal como una lesión al bien jurídico (lesión de un hombre) y aquellas circunstancias fácticas que son valoradas como un acto (conducir un automotor) y su respectiva ejecución negligente (manejar en estado de ebriedad incapacitante del manejo). Sin embargo, la relación vinculante entre los dos acontecimientos reales no es comprobable, porque son sensorialmente inexperimentables. Solo puede haberse escuchado o visto la secuencia temporal de estos eventos, lo cual no habilita a ninguna conclusión sobre su eventual vínculo, de manera tal que la búsqueda de una mensurable “potencia” real que pudiera vincular “causalmente” a ambos acontecimientos entre sí, debe permanecer infructuosa.<sup>110</sup> Las conclusiones acerca de la (no) existencia de tal vínculo no tienen datos sobre el tema, sino correlaciones objetivas relacionales que pueden ser también sindicadas como *legales*<sup>111</sup> y que solo son posibles como juicio.<sup>112</sup> Y estas correlaciones ya han sido determinadas detalladamente, arriba en el punto 2. Debido a que ambos son objetos reales existentes vinculados entre sí como elementos, es que permanecen uno y otro

<sup>109</sup> Schopenhauer (nota 6), capítulo 4, parágrafo 20, S. 47; adicionalmente parágrafos 17, 18, p. 41vta.; Kindhäuser, *Puesta en peligro como delito*, 1989, p. 84.

<sup>110</sup> Roxin, en *Homenaje a Achenbach*, pp. 409, 412; adecuadamente ya Lampe GedS a Armin Kaufmann, pp. 189, 197; A.A. Erb (nota 76), p. 53.

<sup>111</sup> Véase al respecto Kaulbach en: Ritter (Editor), *Diccionario histórico de la filosofía*, tomo 3, 1974, palabra clave: ley, pp. 479 y ss., 501. Como aquí también SK/Hoyer, Suplemento, parágrafo 16, p. 64; Hilgendorf, en *Homenaje a Weber*, p. 33, 36vta.: “contexto regular”; ver también p. 48.

<sup>112</sup> Jescheck/Weigend (nota 12), parágrafo 28, II 4; Engisch (nota 11), p. 21, 24 vta.

en relación a una razón real con sus consecuencias reales:<sup>113</sup> Un acto negligente evitable es la razón real de una lesión al bien jurídico (por ejemplo, la lesión a un hombre), la cual se fundamentará realmente en dos sentidos: por un lado, a través del mero suceso del acto (por ejemplo, conducir un automotor) en base a (naturales u otras generalmente aceptadas) correlaciones legales reales (ver también, al respecto abajo IV), y, por el otro, a través de su ejecución negligente en relación a bienes jurídicos ajenos (por ejemplo, manejar en estado incapacitante del manejo), de manera tal que la lesión típica al bien jurídico es juzgada como el resultado de la negligencia, porque la negligencia de la conducta se ha materializado en la lesión al bien jurídico<sup>114</sup> (correlación con el propósito final legal de protección, ver abajo V); ante todo, la coincidencia de *ambas correlaciones legales* supone al acto negligente evitable como razón real de la lesión al bien jurídico. Por consiguiente, la relación típica de la razón real debe establecerse en dos pasos.

#### D. La relación de la razón real sobre la base de correlaciones legales reales

1. El primer paso es determinar si una lesión al bien jurídico es la real consecuencia de un acto en particular mediante leyes de la naturaleza, manifiestos principios empíricos, como son reglas técnicas, o bien mediante conocimientos científicos (aquí entendido como leyes reales<sup>115</sup>) en forma retrospectiva<sup>116</sup> y verificables en cualquier momento, y no sobre la base de un pronóstico objetivo-posterior.

Si la muerte de una persona se ha producido en el agua por ahogamiento o por la acción de una fuerza externa (p. ej. una puñalada o un disparo de arma de fuego), se puede determinar mediante la aplicación de leyes naturales, pero también con reglas biológicas, médicas u otras generalmente reconocidas. Lo mismo se aplica para determinar las causas de los accidentes de tránsito: a través del automotor involucrado, por ejemplo, mediante una inspección visual y medición de los daños identificados o la velocidad del automotor al momento de la colisión, usando las leyes de la física, midiendo las huellas de frenado.

<sup>113</sup> Gössel, en *Homenaje a Pfeiffer*, p. 3, 8 vta.

<sup>114</sup> Véase, por ejemplo, BGHSt 11, 1, 7; 24, 31, 34; 33, 61, 65; OLG Hamburg DAR 1972, p. 188; OLG Karlsruhe G.A., 1970, p. 313 con otras referencias; NK/Puppe, parágrafos 13 y ss., p. 226; SSW-StGB/Kudlich, parágrafos 13 y ss., p. 55; adicionalmente, por ejemplo, Jescheck/Weigend (nota 12), parágrafo 55, II 2; Welzel (nota 80), p. 135; Wessels/Beulke (nota 17), p. 664; Stratenwerth/Kuhlen, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª edición, parágrafo 15, p. 24; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, parágrafo 15, p. 157; Lackner/Kühl, *Código Penal Alemán —StGB—*, 27ª 3dición, parágrafo 145, p. 41 con innumerables referencias de jurisprudencia; Schlüchter J.A., 1984, p. 673; genuinamente la interpretación que ya renuncia la característica de la conducta negligente, ver LK/Schroeder, parágrafo 16, párrafos 188 y ss.; Schmidhäuser, en *Homenaje a Schaffstein*, p. 129, 157; en forma crítica, Küper, en *Homenaje a Lackner*, p. 247 y ss., a falta de una justificación y claridad suficiente de ese presupuesto de imprudencia.

<sup>115</sup> Véase Hilgendorf, en *Homenaje a Weber* 33, 39: “Legalidades empíricas”, del mismo modo también Jura 1995, 514.

<sup>116</sup> Schulz en *Homenaje a Lackner* 39, 42 y ss.

2. Es irrelevante que puedan faltar conocimientos científicos seguros e incluso leyes naturales, o que no sean comprobables en forma segura, dado el limitado conocimiento humano de la causalidad.

Que los conocimientos seguros no sean frecuentemente lo suficientemente reconocidos o incluso controvertidos, no significa necesariamente la capitulación por la limitación del conocimiento humano y así absoluciones intolerables, en orden al principio “in dubio pro reo”:<sup>117</sup> el juez tiene que decidir sobre la objetiva comprobación, a menudo escuchando a los expertos, mediante su libre convicción nacida desde el paradigma de la deliberación (§ 261 del Código de Procedimiento Penal —StPO—), para cuya ilustración le alcanza con “una medida suficiente de experiencia de vida en certidumbre”,<sup>118</sup> sin exigirse “ninguna certeza absoluta”<sup>119</sup> y sin tener que recurrir a la forzada escala de la jurisprudencia entre el comienzo “no excluible” de una lesión al bien jurídico y su “probabilidad rayana a la certeza” (ver arriba II. 2 c bb). Por lo tanto, también se reconoce en la jurisprudencia que las lesiones al bien jurídico también pueden determinarse como consecuencias reales de un acto en particular, “cuando permanece abierto” qué sustancia concreta de un determinado producto ha causado daño físico, pero “se descartan otras sospechadas causas del daño”,<sup>120</sup> y, del mismo modo, “en base a una valoración de todos los indicios relevantes y de las opiniones científicas, el juez de la causa puede llegar al convencimiento de que un acto ha derivado en un daño a la salud en ciertos casos”.<sup>121</sup>

Sin embargo, cuando falten tales conocimientos o no sea posible un cuadro de convicción con suficiente certeza que permitan determinar que una lesión al bien jurídico es consecuencia real de un acto en particular, entonces el juez debe absolver.

### **E. La relación de la razón real sobre la base de la correlación con el propósito de protección legal final**

#### *1. Sinopsis*

Para evaluar un acto como *razón real* de una lesión al bien jurídico no alcanza una mera correlación jurídico-real. Aun cuando algunas leyes naturales o conocimientos científicos lo permiten, determinar una correlación real comprobable entre un acto y una lesión al bien jurídico puede, sin embargo, rechazar la naturaleza de esta lesión al bien jurídico como una

<sup>117</sup> Véase al respecto SK/Rudolphi, parágrafo 1, 42b y ss.

<sup>118</sup> Meyer-Goßner (nota 98), parágrafo 261, 2.

<sup>119</sup> BGHSt 41, 206, 214 (caso del conservante de madera) con comentarios críticos de Puppe JZ 1996, 318 y ss. En forma crítica a ese respecto también Volk NSTZ 1996, 105, adicionalmente Hoyer GA 1996, 160.

<sup>120</sup> BGHSt 37, 106. Caso del aerosol del cuero.

<sup>121</sup> BGHSt 41, 206, 215vta. Caso del conservante de madera.

consecuencia real fundada en una razón real de un acto determinado, porque ese acto no contradice ninguna de las reglas del deber de cuidado que sirven para evitar la lesión del bien jurídico y que tienden a su protección, en tanto la negligencia de la conducta no se haya materializado realmente en la lesión al bien jurídico a falta de una correlación con el propósito de protección final (ver arriba III. 3).

a) Por ello son atípicos todos los actos lesivos al bien jurídico que ya no pueden ser valorados como negligentes.

Así, la tipicidad falta en un suceso fácticamente negligente cuando un ebrio salta imprevistamente sobre el automóvil de un diligente conductor, resultando gravemente herido. En este caso, no se puede negar la correlación verificable entre la conducción de un automotor y las lesiones sufridas por la persona ebria, toda vez que estas lesiones son reconocibles como consecuencia real de la conducción de un automotor, pero no como consecuencia de una conducta fácticamente negligente del competente conductor del vehículo, quien no ha materializado ninguna lesión corporal imprudente típica. También, el acto de un cirujano mediante la aplicación de conocimientos médicos o biológicos será determinado como real causal del endurecimiento de la articulación operada, pero aquí también es necesario probar si la rigidez producida representa la realización de una conducta negligente. También, en los conocidos casos de disminución del peligro o riesgo no procede la negligencia en una correlación jurídico-real entre acto y lesión al bien jurídico.

b) Para la afirmación final de una relación con la razón real debe determinarse, en un segundo paso, si el incumplimiento del debido cuidado al manejo está precisamente dirigido a evitar la lesión al bien jurídico realmente producida.<sup>122</sup> Cabe señalar que la regla de cuidado respectiva funciona simultáneamente como razón de conocimiento de la razón del deber de las razones reales (ver arriba, B II 1). La razón de conocimiento (existe una conducta negligente anterior, ver arriba B I 1) admite la cláusula de la razón del deber (Ley), la que también determina qué circunstancias reales deben servir como razones reales para la lesión de los bienes jurídicos por ella protegidos: La lesión de tales reglas de cuidado, que se proponen la protección de terceros como bienes jurídicos lesionados, excluye una relación con la razón real entre la conducta negligente concretamente fáctica y la lesión al bien jurídico realizada.

Por lo tanto, siempre se examinará qué bienes jurídicos se propone custodiar la respectiva regla de cuidado lesionada. El objetivo de esta regla en la protección del bien jurídico lesionado consiste en una racional y objetiva correlación, y por ello legal (ver arriba III 3), entre la ejecución de un acto negligente (por ejemplo, conducir un automotor con una concentración

<sup>122</sup> Hanau. *La causalidad como incumplimiento del deber*. 1971, pp. 68, 90; del mismo modo, BayObLG VRS 71 (1986), p. 68; OLG Hamm VRS 60 (1981), p. 38 y VRS 61 (1981), p. 353.

de alcohol en sangre de 2,5 partes por mil) y la lesión al bien jurídico (lesión a un hombre), que puede ser señalado mediante una fórmula<sup>123</sup> tomada del Derecho Civil como una correlación con el propósito de protección final,<sup>124</sup> siendo que ambas juntas con una correlación jurídico-real permiten valorar el acto negligente como razón real de la lesión al bien jurídico.

## 2. Restricciones materiales de la correlación con el propósito de protección

Las restricciones materiales demuestran que las reglas de cuidado no se proponen evitar todas las lesiones al bien jurídico imaginables, sino que quieren proteger solo determinados bienes jurídicos de determinadas lesiones. Son de importancia tales restricciones especialmente en los ámbitos del tránsito, de la asistencia médica, de la protección laboral y en las acciones adicionales de terceros.

a) Las normas sobre la participación en el tránsito sirven para la seguridad vial y, con ello, para la protección de bienes jurídicos esenciales —como por ejemplo, la vida y la salud— de los peligros inmediatos del tráfico.<sup>125</sup>

Por ello, estas reglas de cuidado no sirven para la protección de lesiones al bien jurídico que suceden en forma independiente a los peligros del tránsito, como por ejemplo aquellos que resultan de una constitución particular de salud. Si el conductor de un camión sufre un shock mortal debido a una grosera maniobra de adelantamiento ilegal de un conductor de un automóvil, entonces no existe ninguna correlación con el propósito de protección legal final entre la muerte del conductor del camión y el acto del conductor del automóvil. Con las reglas del tránsito no se busca, en principio, la prevención de lesiones a la integridad física o la vida por susto, lo cual sería entonces que ese susto lleve a un comportamiento ilegal de otro participante del tráfico (por ejemplo, en una conducta equivocada de un conductor de un automotor que obliga a otro automóvil a transitar demasiado cerca del carril de adelantamiento para esquivarlo).

Además, la conducta negligente debe materializarse en una lesión al bien jurídico. No todas las conductas negligentes en referencia a un bien jurídico lesionado pueden derivar en

<sup>123</sup> BGHZ 27, 137; BGH JZ 69, 702; v. Caemmerer, *Opúsculos*, tomo 1, 1968, pp 395 y ss., 411; Stoll, *Nexo causal y finalidad de la norma en el derecho criminal*, 1968, p.13 y ss.

<sup>124</sup> Respecto de la teoría de la finalidad de protección de la norma, véase, por ejemplo, Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, párrafos 13 y ss., p. 95 y ss.; NK/Puppe, párrafos 13 y ss., p. 226 y ss.; MK/Duttge, párrafo 15, p. 183; Lackner/Kühl (nota 114), párrafo 15, p. 43; Baumann/Weber/Mitsch/Weber (nota 92), párrafo 14, p. 88 y ss.; Wessels/Beulke (nota 17), p. 674 y ss.; Burgstaller (nota 86), p. 98, y *Homenaje a Jescheck I*, pp. 357, 362 y ss.; Ulsenheimer (nota 80), p. 146: “Efecto proteccionista”; Hardwig JZ, p. 68, 290 vta.; Roxin, en *Homenaje a Gallas*, p. 241; en forma similar, Krümpelmann, en *Homenaje a Bockelmann*, p. 443 y ss., puntualmente 453 y ss., con innumerables ejemplos de la práctica.

<sup>125</sup> Para más detalles, Niewenhuis, *Peligro y realización del peligro en el Derecho Penal de Tránsito*, 1984.

la afirmación de la correlación con el propósito de protección: no lo es, si el conductor de un automotor específicamente conduce en contra de los parágrafos 315c y 316 del Código Penal en estado incapacitado de embriaguez, pero el accidente *solo* sucede por un pavimento manchado de aceite,<sup>126</sup> el fallo del freno, el estallido de un neumático o rotura de la dirección (otra cosa sería naturalmente, si la embriaguez ha provocado justamente la reacción fallida del conductor en las circunstancias exteriores mencionadas en cuanto a su efecto lesivo al bien jurídico). Las normas respecto del mantenimiento de una distancia lateral de los participantes del tránsito, por ejemplo entre camiones y ciclistas, tienen por objeto evitar tales lesiones al bien jurídico que surgen precisamente de la ignorancia de esta regla, pero no que un ciclista ebrio se incruste contra un camión en adelantamiento que no cumple con la distancia lateral debida.<sup>127</sup>

b) Las normas del Derecho Comercial sobre la desinfección de los materiales de trabajo (por ejemplo, en el famoso caso del ántrax, donde los trabajadores fueron empleados en una fábrica de cepillos para procesar pelo de cabra china con bacilos de ántrax<sup>128</sup>) sirven para la protección de los supervisores encargados de la transformación y procesamiento de una lesión a la vida y la salud. La desinfección omitida, por lo tanto, proporciona la razón real (tanto jurídica realmente como también desde la correlación con el propósito de protección, ver arriba IV 1) para infecciones lesivas en la salud o mortales.

c) También las normas sobre el ejercicio de la asistencia médica sirven para la protección de los pacientes de las lesiones a la salud y la vida.

Si un galeno omite un diagnóstico médicamente necesario en una peritonitis existente sobre su paciente, siendo que el médico, a pesar de la existencia de graves indicios, obstinadamente no reconoce esta existencia al sostener su propia evaluación equivocada del estado de la enfermedad, entonces el galeno infringe gravemente las normas del arte médico y, por lo tanto, actúa negligentemente en relación a la vida de la paciente. Esta muerte sucede por principios empíricos biológicos y médicos garantizados como consecuencia real de esa inflamación, de manera tal que la negligencia se materializa en la muerte de la paciente como consecuencia real de la conducta negligente, y sin tener en cuenta el hecho de que la paciente con un tratamiento adecuado, y a tiempo, hubiera sobrevivido solo un día.<sup>129</sup> Si una paciente muere por una inflamación producida “típicamente en una cirugía abdominal mayor”, entonces la muerte no se basa en la falta de instrucción médica de la paciente respecto del inusual

<sup>126</sup> Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, parágrafo 15, p.174; Maiwald, en *Homenaje a Dreher*, p. 437, 443 vta.

<sup>127</sup> BGHSt 11, 1, 5.

<sup>128</sup> RGSt 63, 211.

<sup>129</sup> BGH NSStZ 1981, 218, con comentarios adicionales Wolfsblast; Wachsmuth/Schreiber NJW, 1982, p. 2094; respecto de la ilicitud, Ulsenheimer, *Médico y hospital*, 1982, p. 66.

tratamiento destinado a la inflamación con jugo de limón, en tanto este tratamiento por la experiencia médica no la hubiera llevado a la muerte.<sup>130</sup>

d) La cuestión de la correlación con el propósito de protección tiene especial importancia para el comienzo de una lesión al bien jurídico debido a un acto principal negligente de una posterior y reiterada conducta equivocada de un tercero<sup>131</sup> o de la propia víctima.

Así, el cumplimiento del debido cuidado en el tránsito no se propone la protección de la integridad corporal de malos diagnósticos médicos, terapias incorrectas, negligencia médica<sup>132</sup> e incluso tampoco de la conducta errada de la propia víctima,<sup>133</sup> pero sí cuando estos se demuestran como mortales en lesiones sufridas en accidente a pesar del cumplimiento de las reglas del arte médico, tales como la infección del tétanos como consecuencia de un accidente que derivo en la muerte a pesar de un tratamiento inmediato<sup>134</sup> o una infección fatal como resultado de peligrosas lesiones corporales<sup>135</sup> y, también, al suceder complicaciones mortales “en el tratamiento de lesiones del accidente graves y muy graves”,<sup>136</sup> como por ejemplo también por una neumonía ocurrida en reposo de la víctima del accidente.<sup>137</sup>

Asimismo, la negligencia se excluye en referencia a bienes jurídicos de terceros, cuando un tercero impide la materialización de un primer peligro, siendo que este mismo tercero, adicionalmente en su conducta inicial, actúa negligentemente en relación a bienes jurídicos de terceros y, así, lesiona bienes jurídicos ajenos. Por ejemplo, si una víctima de un accidente no muere como consecuencia de las lesiones sufridas en el accidente, sino porque él mismo se “atragantó” con la primera ingestión en el hospital y, por ello, sufre una neumonía que lo lleva a la muerte, entonces la muerte queda fuera del ámbito de protección de la regla de tránsito lesionada por el causante del accidente.<sup>138</sup>

### 3. Restricciones locales y temporales de la correlación con el propósito de protección

La limitación material de la correlación final se complementa con una semejante temporal y espacial.<sup>139</sup> Así pues, sirve en muchos casos, especialmente en el tránsito, pero no, por

<sup>130</sup> BGH NJW 2011, 1088; en su artículo de revisión de ese fallo, Widmaier se reconduce, sin embargo, primero a la falta de tipicidad antes que a la relación de la finalidad de protección (*Homenaje a Roxin II*, p. 439).

<sup>131</sup> Véase, al respecto, los casos de los “consecuentes daños” encontrados por Roxin en *Homenaje a Gallas*, pp. 241, 253 y ss.

<sup>132</sup> En oposición, OLG Celle NJW 1958, p. 271. Esto tampoco sirve para graves errores en el arte.

<sup>133</sup> Del mismo modo, Burgstaller, en *Homenaje a Jescheck I*, pp. 357, 362 y ss., el que, sin dudas, rechaza la correlación aquí abordada en conductas erradas dolosas o groseramente imprudentes de la víctima “en referencia al resultado final” y, luego —p. 361—, cuando el comienzo del resultado yace “completamente fuera del marco de la experiencia habitual”.

<sup>134</sup> OLG Düsseldorf JMBINRW, 1958, p.140; OLG Celle VRS 33 (1967), p.114.

<sup>135</sup> BGH por Dallinger MDR 1971, p. 17; OLG Köln NJW, 1956, p.1848.

<sup>136</sup> OLG Hamm NJW, 1973, p. 1422; al respecto, Otto JuS, 1974, p. 702.

<sup>137</sup> BGH VRS 20 (1961), p. 278.

<sup>138</sup> Véase OLG Stuttgart J.R. 1982, p. 419.

<sup>139</sup> Del mismo modo, para el Derecho Penal austriaco, Kienapfel, *El riesgo permitido en el Derecho Penal*, 1966, p. 102.



ejemplo, en la construcción de edificios (parágrafo 319 del Código Penal Alemán —StGB—). Los deberes de debido cuidado rigen solo para evitar lesiones al bien jurídico durante el período y, también, lugar de la ejecución del respectivo acto.

a) Así, por ejemplo, el autor se comporta negligentemente en forma temprana en el momento en el que ocurre la situación concretamente crítica del tránsito,<sup>140</sup> “la cual conduce directamente al resultado dañoso”.<sup>141</sup> Quien supera el límite de velocidad máxima en el tránsito regular actúa, pues, negligentemente, pero solo en relación a los bienes jurídicos de aquellos que son afectados al respecto en el lugar y tiempo del exceso de velocidad, como son la integridad física o la vida de los demás conductores a los que está superando o que vienen en la dirección contraria; sin embargo, estos quedan completamente sin afectarse, si la conducta negligente del exceso de velocidad no se materializa en la lesión al bien jurídico, cuya protección está prevista en la norma sobre el cumplimiento de la velocidad prescripta (parágrafo 3, párrafo 3 de la Ley de Tránsito —StVO—). Esto no se observó en el fallo del Tribunal Provincial Superior, mencionado arriba en II 1, donde la conducta negligente de adelantarse a una velocidad mayor a la permitida fue tomada también en relación a la integridad física y vida de un participante del tránsito que resultó muerto por el conductor del automotor luego de la finalización del exceso de velocidad, y ya en cumplimiento de la velocidad prescripta. En cumplimiento de la velocidad permitida en el lugar y durante el tiempo del exceso de velocidad, el conductor del automotor no habría circulado todavía por el lugar del accidente.<sup>142</sup> Esta decisión ignora el hecho de que las normas sobre límites de velocidad no tienen por objeto “la circulación sin obstáculos” de los demás participantes del tránsito, sino “la protección de los peligros de las altas velocidades”,<sup>143</sup> que justamente no se ha materializado en el accidente mortal y, por tanto, no permite valorar la conducta del conductor del automotor en el lugar del accidente como negligente ni como razón real de la lesión letal.

b) Quien en un taller de reparación de automotores se despoja de un puro en las cercanías de sustancias explosivas, actúa negligentemente en relación a la propiedad puesta en peligro, no en relación al incendio forestal posterior que causa un colega que secretamente tomó ese cigarro para dar un paseo por el bosque cercano y arrojó allí el desecho latente. El incendio forestal no puede ser realmente establecido por el tratamiento negligente del cigarro por parte del primer actuante, porque las normas sobre el manejo de explosivos en un taller de

<sup>140</sup> En forma crítica a ese concepto —cualquier manipulabilidad— Krümpelmann, en *Homenaje a Lackner*, pp. 289, 294 y ss.

<sup>141</sup> BGHSt 24, 31, 34, con innumerables otras referencias de jurisprudencia; adicionalmente, por ejemplo, BGHSt 33, 61; BGH VRS 54 (1978), 436; OLG Celle VersR, 1965, p. 961.

<sup>142</sup> OLG Karlsruhe NJW, 1958, p. 430, con los comentarios de Liebert NJW, 1958, p. 759, y Schmitt DAR, 1958, p. 259.

<sup>143</sup> BGHSt 33, 61, 65.

reparación de automotores no se proponen la prevención de incendios forestales mediante un negligente acto independiente de un tercero,<sup>144</sup> y por lo tanto, la negligencia del suceso fácticamente real (despojarse de un cigarro encendido cerca de explosivos) no ha materializado el suceso fáctico juzgado como lesivo al bien jurídico (incendio forestal).

#### IV. CONCLUSIÓN

1. La cuestión del vínculo de una conducta negligente y una lesión al bien jurídico no se puede responder ni con las teorías de la causalidad conocidas ni con la teoría de la imputación objetiva (ver arriba, C I).
2. En su lugar, habrá que preguntarse si la conducta negligente conforma la razón real de una lesión al bien jurídico (ver arriba, C III).
3. Así pues, la conducta negligente solo es razón real de una lesión al bien jurídico cuando está vinculada jurídicamente en forma real con la conducta (ver arriba, C IV) y cuando está lesionada la finalidad protectora de la regla de cuidado (como C V).

<sup>144</sup> Del mismo modo, en un caso similar, OLG Schleswig NStZ, 1982, p. 116.

## REFERENCIAS

- Baumann, Jürgen, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch. *Derecho penal. Parte general*. 11ª edición.
- Burgstaller, Manfred. *El delito imprudente en el Derecho Penal*. 1974.
- Engisch, Karl. *La causalidad como elemento de los tipos penales*. 1931.
- Gössel, Karl-Heinz. *Naturaleza y fundamento de las sanciones penales. Homenaje a Pfeiffer*. 1988.
- Gropp. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición.
- Hanau, Peter. *La causalidad como incumplimiento del deber*. 1971.
- Hirsch, Hans. *Problemas jurídico-penales II*. 2009.
- Jakobs, Günter. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª edición.
- Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición.
- Kienapfel, Diethelm. *El riesgo permitido en el Derecho Penal*. 1966.
- Laun. *El principio de razón suficiente*. 2ª edición, 1956.
- Nieuwenhuis. *Peligro y realización del peligro en el Derecho Penal de Tránsito*. 1984.
- Otto. *Curso fundamental de Derecho Penal. Teoría general del delito*. 7ª edición.
- Ritter, Joachim (editor). *Diccionario histórico de la filosofía*. Tomo 3, 1974.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General I*. 4ª edición.
- Schopenhauer, Arthur. *Respecto de la cuádruple raíz del principio de la razón suficiente*. 1891.
- Spendel, Günter. *Cuestiones centrales de cada reforma jurídico-penal. Homenaje a Rittler*. 1957.
- Vogel, Joachim. *Norma y deber en los delitos de omisión impropia*. 1993.
- Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*.

Recibido: 02/04/2013  
Aprobado: 02/05/2013

