



Revista

ISSN 2007-4700

Real
MÉXICO

Número 14 • 15
Marzo de 2018 • febrero de 2019

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado: cómo eliminar un paso repetitivo en el análisis de la imputación objetiva al tipo

Patricia Esquinas Valverde

Profesora titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

RESUMEN: A la hora de determinar la imputación de un resultado lesivo a la acción de un sujeto, en el marco del tipo penal, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias emplean la teoría de la equivalencia de las condiciones y su fórmula de la conditio sine qua non en un primer paso, buscando la relación de causalidad, para posteriormente aplicar la teoría de la imputación objetiva con sus tres requisitos. Este trabajo intenta demostrar, sin embargo, que la primera fase en ese análisis resulta superflua, siendo preferible trasladar el estudio de la causalidad material, eficiente, al segundo elemento propuesto por la teoría de la imputación objetiva: la concreción del riesgo en el resultado.

PALABRAS CLAVE: Causalidad, imputación objetiva, conditio sine qua non, concreción del riesgo.

ABSTRACT: In order to determine the attribution of a harmful result to an individual act as a part of the criminal type, dominant doctrine and jurisprudence usually apply the “theory of equivalence of conditions” and its conditio sine qua non formula as a first step to resolve the causality question. They often apply the continental Criminal Law doctrine of the “objective imputation” after that, in a second step of analysis. This paper tries to prove, however, that the first phase in this analysis is superfluous. It is actually preferable to study the problem of the material, efficient causality at the second logical step proposed by the doctrine of the “objective imputation”: i.e., the crystallisation of a risk factor into that harmful result.

KEYWORDS: Causality, objective imputation, conditio sine qua non, materialization of a risk factor

SUMARIO: 1. La relación de causalidad entre acción y resultado en derecho penal. La teoría de la equivalencia y la conditio sine qua non. 2. La imputación del resultado a la acción en dos pasos (según la doctrina dominante): la teoría de la condición y el principio del riesgo de Roxin. 3. Breve referencia al elemento 1º de la teoría de la imputación objetiva. 4. El 2º elemento de la imputación objetiva: “concreción del riesgo en el resultado”. Especial atención a cómo se analiza en los casos de causalidad alternativa; 4.1. Causalidad alternativa de varias infracciones del deber de cuidado (imprudentes): el legendario “ejemplo del ciclista” (BGHSt 11, 1) y la teoría roxiniana del incremento del riesgo; 4.2. ¿Nos encontramos ante una cuestión consistente en resolver la causalidad material o ante la necesidad de efectuar una “ponderación normativa”? Opinión de Röh, Koriath y Volk; 4.3. Puppe y su teoría del “riesgo superior al 0%” y la doble causalidad; 4.4. Otro punto de vista sobre cómo se determina la “concreción del riesgo en el resultado”: Jakobs. 5. Cómo se resuelve, en la práctica, el problema del 2º elemento de la imputación objetiva; 5.1. Casos de desviación o interrupción del curso causal; 5.2. Casos de comportamientos alternativos conformes a Derecho; 5.3. Casos no cubiertos por el fin de protección de la norma. 6. Conclusiones y propuestas finales. 7. Bibliografía.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

1. La relación de causalidad entre acción y resultado en derecho penal. La teoría de la equivalencia y la *conditio sine qua non*

Desde las primeras etapas históricas de desarrollo de la teoría jurídica del delito, la dogmática penal se ha ocupado de dilucidar los criterios con base en los cuales se puede atribuir a un sujeto la responsabilidad por un resultado lesivo. Uno de esos criterios, sin duda el fundamental, ha sido el de la *causalidad* de la acción de tal sujeto para dicho resultado,¹ hasta el punto de dar este aspecto el nombre a toda una escuela teórica del derecho penal: el *causalismo*.² Según el mismo, dicha relación causal, concebida desde un punto de vista naturalístico, prejurídico, sería necesaria y suficiente en todo delito de resultado.

De ese modo, a fin de determinar en qué casos se cumplía este requisito de la *causalidad* de la acción para la atribución de responsabilidad por el resultado a su autor, en primer lugar, desde dicho enfoque ontológico, la doctrina había propuesto una serie de teorías consideradas ahora como antecesoras o incluso precursoras de la moderna teoría de la imputación objetiva (la cual ya proclama el carácter fundamentalmente *normativo* de tal cuestión). Así, se fue evolucionando desde la clásica teoría de la *equivalencia de las condiciones* hasta la teoría de la *condición adecuada*, pasando por las teorías individualizadoras de

la causalidad (como la de *la causa eficiente*, la de la *condición adecuada a la norma natural*, etc.).³ Todas ellas pretendían encontrar aquel factor o conducta que, desde una perspectiva empírica, material, hubiera ocasionado el resultado lesivo de acuerdo con las leyes naturales de la física, la química, la biología... (Si bien, la teoría de la *condición adecuada* incorporaba ya elementos *normativos* de imputación, no solo ontológicos).⁴

En particular, una de tales teorías de la causalidad ha corrido mejor suerte que las otras y ha sobrevivido a evoluciones dogmáticas posteriores, y esta es la denominada teoría de la *condición (necesaria)*, o también, *de la equivalencia (de las condiciones)*.⁵ A tenor de la misma, sería causa de un resultado cualquier condición de la cual hubiera dependido su producción con independencia de la mayor o menor proximidad e importancia de dicha condición respecto a ese resultado. Por consiguiente, todas aquellas condiciones que dieran lugar *materialmente, naturalmente* al hecho, en el sentido de que fueran factores que precedieran en el tiempo al acontecimiento del resultado y que estuvieran relacionados con él, constituirían causas, equivalentes entre sí, del mismo.⁶ A partir de tal premisa, y a fin de facilitar la búsqueda de cualquier *condición* que pudiera ser *causa* del resultado, se acuñó una fórmula hipotética denominada *conditio sine qua non (condición sin la cual no)*:⁷ de acuerdo con

¹ Por supuesto, aún hoy día se reconoce que el carácter causal de la acción del autor en relación al acontecer del resultado (la *causalidad*) es una condición esencial para que tal resultado pueda ser imputado al autor. *Vid.*, por todos, Jescheck, H.-H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, 2002, Comares (traducción al castellano de Olmedo Cardenete, M.), p. 297.

² Tal concepción causalista del delito describía la antijuridicidad, según un enfoque naturalístico, positivista, como *causación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin causas de justificación*. Es decir, la antijuridicidad del hecho se consideraba como referida en exclusiva al aspecto causal, objetivo-externo de la acción, no a la finalidad subjetiva del autor. *Vid.* Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Repertor, 10ª ed., 2016 (2ª reimpresión), p. 163, marginal 12; Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 217 y 218.

³ Sobre tales diversas teorías, *vid.* por todos Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 247 a 258; Pérez Alonso, E., “*Delitos de acción. La tipicidad (II)*”, en *Derecho Penal, Parte General* (dirigido por Zugaldía Espinar, J.M.), Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2004, pp. 436 a 439; Jäger, C., *Examens-Repetitorium, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., C.F. Müller, München, 2011, pp. 21 a 25, así como en “*Die notwendige Bedingung als ereignisbezogener Kausalfaktor*”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (edit. por Bloy, R., Böse, M., Hillenkamp, T. y otros), Duncker & Humblot, Berlin, 2010, pp. 345 a 364; Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J.), Civitas, Madrid, 1997, § 11. *La imputación al tipo objetivo*, pp. 346 a 362.

⁴ *Vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 257 y 258.

⁵ A modo de ejemplo, baste mencionar que Puppe, I., ha dedicado en 2010 un artículo científico a esta teoría y a su tradicional silogismo con el sugerente título “*Alabanza a la fórmula de la conditio sine qua non*” (“*Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel*”, revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2010, pp. 551 a 570). Se comentará su contenido más adelante: *vid. infra*, apartado VI.

⁶ *Vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 247; Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”, *cit.*, p. 436; el mismo, “*Tema 13: Delitos de acción. La tipicidad (II)*”, en *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, (dirigido por Zugaldía Espinar, J.M.), Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2010, pp. 238 y 239; Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 298 y 299; Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 347 y 348, marginal 5.

⁷ Tal teoría de la equivalencia fue, supuestamente, defendida en primer lugar por Julius Glaser, y después por Maximilian v. Buri, quien, en su etapa como magistrado del *Reichsgericht* (en adelante, RG), la introdujo en la jurisprudencia de dicho órgano, junto con la fórmula de la *conditio sine qua non*; ambas pasaron posteriormente a la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (en adelante, BGH). Sobre ello, *vid.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 348 y 349, marginales 7 y 8; Maiwald, M., *Kausalität und Strafrecht: Studien zum Verhältnis von*

esta, una circunstancia cualquiera habría de ser considerada causa del resultado si *suprimida mentalmente la misma* (imaginando la hipótesis de que no se hubiera llevado a cabo), *con ella desapareciera también, hipotéticamente, ese resultado*.⁸ Dicha construcción mental, empero, suponía en la práctica una ampliación desorbitada del ámbito de la causalidad que tenía de ese modo al infinito.⁹

Un ejemplo ilustrativo de ese efecto indeseado es el “caso del pozo”, resuelto por Sentencia del *Reichsgericht* (RG) con referencia 57, 148 (año 1922): durante la fiesta de una asociación, uno de los invitados, que quería buscar el patio del establecimiento donde se celebraba dicho evento, se precipitó en la oscuridad de la noche por un pozo al descubierto, falleciendo a consecuencia de la caída. En el proceso judicial se determinó (a partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones) que habían aportado causas para el resultado tanto el que construyó el pozo, como el hijo del hostelero que lo había dejado abierto, y como el propio hostelero que, ante la llegada de los invitados, no comprobó que el pozo estuviera cerrado; igualmente añadieron causas, de forma equivalente a las anteriores, el presidente de la asociación y organizador de la fiesta, que previamente había abierto la puerta del establecimiento que conectaba con el patio, y otro empleado que, creyendo que la puerta se mantendría cerrada, había apagado la luz de dicho patio. Así

pues, al considerarse todos esos actores como condiciones equivalentes del resultado, la cuestión sobre si también todos ellos serían responsables penales se resolvió, en este caso, en función de la entidad de la imprudencia en la que incurrió cada uno (de acuerdo con el tipo del homicidio imprudente del § 222 StGB).¹⁰

Así pues, se hizo necesario en esta fase del desarrollo de la teoría jurídica del delito proponer otras teorías de la causalidad que corrigieran los inaceptables efectos de la *conditio sine qua non* (en adelante, *CSQN*), y de ahí la aparición de las formulaciones posteriores, entre ellas la propia teoría de la imputación objetiva de Roxin. Lo paradójico, sin embargo, es que la teoría de la equivalencia de las condiciones y la correlativa utilización de la fórmula de la *CSQN* se han mantenido vigentes hasta la época actual como un paso previo necesario para la aplicación posterior, precisamente, de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, tanto la jurisprudencia (en particular, la de nuestro Tribunal Supremo,¹¹ pero también la del Tribunal Supremo alemán),¹² como la doctrina penal mayoritaria (en España y en Alemania, al menos) han seguido hasta ahora admitiendo la validez de dicha teoría de la condición necesaria y recurriendo a la *CSQN* como patrón para identificar en el caso concreto si un cierto factor es *determinante* del resultado.¹³

Naturwissenschaft und Jurisprudenz, Editorial Schwartz, Gotinga, 1980, p. 7.

⁸ Acerca de esta doble dimensión de la teoría de la equivalencia de las condiciones, como teoría sobre el fundamento de la causalidad y sobre su demostración, *vid.* Gómez Benítez, J.M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 15 y ss. También comenta este autor (p. 16, nota 3) que la jurisprudencia española tradicionalmente ha empleado otro aforismo semejante, aunque incompleto en comparación con el de la *CSQN*, como es el de *causa causae causa causati* (“la causa de la causa es causa de lo causado”).

⁹ *Vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 247, 248 y 254; Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 298 a 300, 304; Jäger, “Die notwendige Bedingung...”, *cit.*, pp. 345 y 362; Pérez Alonso, “Delitos de acción...”, *cit.*, p. 436; así como en “Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho penal”, en Cuadernos de Política Criminal, nº 93, 2007, pp. 79 a 112 (83); Maqueda Abreu, M.L. y Laurenzo Copello, P., *El Derecho Penal en casos. Parte General*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2016, pp. 53 y 54.

¹⁰ *Vid.*, relatando este ejemplo, Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, p. 299.

¹¹ Así, al margen de que esta fórmula se emplee prácticamente en todos los casos de la jurisprudencia en los que se analiza o discute el nexo causal (véanse por ejemplo las SSTs de 26/02/2000, 20/11/2007, 26/11/2008, 22/12/2008, 02/06/2010, y muchas otras), nuestro Tribunal Supremo la ha utilizado en algunas ocasiones para afirmar la causalidad en ejemplos de causación *indirecta*, como ocurre en las Sentencias de 21/11/1980 y de 17/09/1982.

¹² En este sentido, por ejemplo, Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 21, marginal 27. Indicando muchas de esas sentencias, véase Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 349 y notas al pie nº 13 y 14 (entre ellas, se mencionan las del *Reichsgericht* con número de referencia 1, 373; 44, 137, y las del BGH de 5/10/1951 y de 27/11/1951). Siguiendo a Puppe (en *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales* -traducción de García Caveró, P.-, Comares, Granada, 2001, p. 12), pueden mencionarse las Sentencias del BGH de 30 de junio de 1982 (referencia BGHSt 31, 96), caso “mirador para cazadores”, y de 6 de julio de 1990 (referencia BGHSt 37, 106), famoso caso “del spray del cuero”.

¹³ *Vid.*, por todos, Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 297 a 299; Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 347, marginal 5; Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 21, marginal 27; Maiwald, *Kausalität...*, *cit.*, p. 3; Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 16, 17, 19 y nota 4; Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 248, marginal 12; Pérez Alonso, “Delitos de acción...”, *cit.*, p. 440, y en “Tema 13...”, *cit.*, pp. 237 a 239; Maqueda Abreu y Laurenzo Copello, *El Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 53 y 54.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

Y acto seguido se suele aplicar a ese factor o *acción* la teoría de la imputación objetiva, a fin de comprobar si además le es atribuible el resultado desde un punto de vista *normativo*.¹⁴

La *CSQN* habría subsistido, pues, como una especie de silogismo basado en la intuición, en la lógica y en la pura experiencia práctica sobre las cosas para identificar de manera sencilla y en una primera instancia cuál es la causa fundamental del resultado.¹⁵ Y ello sucede pese a que también se la ha acusado repetidas veces de ser una fórmula hueca, tautológica y prescindible,¹⁶ dado que solo la emplearemos para preguntarnos por la eficacia causal de una conducta cuando ya supongamos previamente respecto de esta (y *ex post* sepamos) que puede efectivamente haber sido causa del resultado.¹⁷

2. La imputación del resultado a la acción en dos pasos (según la doctrina dominante): la teoría de la condición y el principio del riesgo de Roxin

Como vengo indicando, la doctrina actualmente mayoritaria acepta que la teoría de la *equivalencia de las condiciones* es correcta en el plano de la *causalidad*, debiendo ser corregida y limitada posteriormente por la moderna teoría de la imputación objetiva.¹⁸ Precisamente esta última (también llamada principio del riesgo, pues este es uno de sus fundamentos) fue propuesta por Claus Roxin a comienzos de los años 60 del siglo XX,¹⁹ a partir del precedente de Honig y su concepto de la *perseguibilidad del resultado* (*Bezweckbarkeit*). Desde ese momento, la aplicación de dicha teoría se ha generalizado entre los académicos del derecho penal y en la jurisprudencia, tanto en Alemania como en España y otros países europeos e hispanoamericanos.²⁰ De acuerdo con el planteamiento de Roxin, en fin:

solo se puede imputar al tipo objetivo (de un delito) el resultado causado por quien actúa cuando el comportamiento del autor haya creado un peligro para el objeto de la acción que no esté cubierto por el riesgo permitido

¹⁴ Vid. Jescheck/Weigend, *ibidem*, pp. 297 y ss; Mir Puig, *ibidem*; Maqueda Abreu y Laurenzo Copello, *ibidem*, pp. 54 y 55; Pérez Alonso, “Tema 13...”, *cit.*, pp. 237 a 239.

¹⁵ A este respecto, *vid.* Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, p. 27: la *CSQN* es más bien una fórmula de comprobación posterior, de confirmación lógica de una relación de causalidad concreta cuando se conoce ya la causalidad general, la capacidad causal general de una condición. Sobre ello, también Puppe, “Lob...”, *cit.* pp. 569 a 570; lo reconocía ya en *La imputación...*, p. 12: “quien proceda según el método de la supresión mental solo lo percibirá (el nexo de causalidad entre acción y resultado) intuitivamente, al comparar el caso con otros que ha estudiado.”

¹⁶ Vid. Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 300 y ss.

¹⁷ Vid. Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 250 y 251, marginal 21; Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 26 y 27; Maiwald, *Kausalität...*, *cit.*, pp. 3 y 4, 5 y ss.: la fórmula de la *CSQN* presupone ya tácitamente lo que ella misma pretende averiguar, que es el nexo causal entre acción y resultado; Jäger, “Die notwendige Bedingung...”, *cit.*, pp. 350 y 355 *in fine*; Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 301 y 302: de hecho, señalan estos autores, en aquellos casos en los que desconocemos el modo en que una condición desencadena un efecto, suprimir mentalmente dicha condición, como indica la fórmula de la *CSQN*, no nos va a aportar ningún dato acerca de la influencia que la misma haya podido tener en el resultado; y mencionan como ejemplo de ello el célebre caso *Contergan*, sobre la eficacia causal de la talidomida, resuelto por pronunciamiento de la Audiencia Provincial (*Landgericht*) de Aachen de 18/12/1970.

¹⁸ Vid. por todos Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 246 y 248; implícitamente Pérez Alonso, “Delitos de acción...”, *cit.*, p. 440, y en “Tema 13...”, *cit.*, p. 238; Maqueda Abreu y Laurenzo Copello, *El Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 53 a 55.

¹⁹ Según recuerda el propio Roxin en *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 364, marginal 41a y nota al pie 62, su teoría de la imputación objetiva fue expuesta por primera vez en su artículo “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht” (1970), y su planteamiento del incremento del riesgo para los casos denominados de “comportamiento alternativo conforme a Derecho” lo fue en el artículo “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten” (1962, n° 74 de la revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW).

²⁰ Así lo reconoce Gimbernat Ordeig, E., “Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo”, en *Derecho Penal para un estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (coord. por Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., Ventura Püschel, A.), Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 111 a 136 (114). En esos países citados, así como en algunos asiáticos, de hecho, la sistemática penal alemana, incardinada en la teoría jurídica del delito, ha tenido tradicionalmente una descomunal influencia. En otras regiones y a nivel supra o internacional, en cambio, su presencia ha sido mucho menor y, en efecto, la dogmática penal alemana va perdiendo relevancia muy significativamente. Sobre ello, con un palpable sentido autocrítico, *vid.* Ambos, K., “Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso”, *Revista Penal*, n° 37, enero 2016, pp. 5 a 22 (6 y 7).

y ese peligro, además, se haya materializado en el resultado concreto.²¹

Así pues, distinguimos en este enunciado los dos elementos básicos e iniciales de la imputación objetiva, a los cuales Roxin añadió posteriormente un tercero: a saber, el criterio del “alcance del tipo”.²² Reuniendo tales elementos, decimos que para poder imputar un resultado lesivo a la acción de un sujeto se requiere

1º) que dicha acción haya *creado un riesgo jurídica y socialmente desaprobado, típicamente relevante*, el cual haya sido previsible y evitable para un hipotético observador objetivo que hubiera podido valorar la situación *ex ante* y en la misma posición del autor;²³

2º) que haya sido precisamente *tal riesgo el que se haya materializado en el resultado de lesión*, y no cualquier otro peligro concurrente en la situación e introducido por el azar, la víctima o un tercero.²⁴ Este segundo requisito, al que podemos denominar de forma abreviada *concreción del riesgo* (creado por el autor) *en el resultado*, al contrario que el anterior, habrá de valorarse desde la perspectiva *ex post* que corresponde al juzgador y a la luz de cómo se haya desarrollado el caso concreto;²⁵

3º) que tal resultado causado sea uno de los que el tipo penal infringido pretendía evitar que entre dentro del *alcance del tipo*: ello no ocurrirá, por ejemplo, cuando nos hallemos ante una situación de autopuesta en peligro consentida y consciente por parte de la víctima con auxilio de un tercero, en cuyo caso este último no responderá por el resultado acontecido de lesión o muerte de la víctima, dado que dicho

resultado entrará exclusivamente en el ámbito de responsabilidad y autonomía de ella.

Por lo tanto, uniendo la cuestión sobre la determinación de la causalidad, que se analizó en el anterior apartado, y la ahora comentada teoría de la imputación objetiva, el análisis del tipo objetivo en los delitos de resultado exigiría, de acuerdo con la doctrina dominante, la comprobación de esos dos elementos en fases sucesivas: a saber, en primer lugar se trataría de examinar la relación de causalidad o nexo causal (con criterios materiales, pre-jurídicos, científico-naturales), y en segundo lugar, y solo si concurriera ese requisito inicial, correspondería comprobar la peligrosidad *ex ante* de la conducta y su relación de riesgo con el resultado (que es lo que se analiza mediante la teoría de la imputación objetiva).²⁶ No obstante, se ha llegado a señalar que lo imprescindible en todo tipo de resultado es la imputación objetiva, de la cual la causalidad “no es más que un momento parcial y contingente”, y además no siempre necesario.

V.gr., algunos autores han indicado que ese nexo causal material no sería necesario en los delitos de comisión por omisión, donde bastaría con un juicio hipotético de causalidad, entendido como la probabilidad rayana en la certeza de que el sujeto garante, de haber llevado a cabo la acción debida, habría podido evitar el resultado.²⁷

En cualquier caso, la doctrina actual ha asumido (aparentemente sin dudas) que las dos categorías de la imputación objetiva y de la causalidad “no son en modo alguno idénticas”, pues, mientras que esta última, de naturaleza *científico-natural*, determinaría el marco externo para la imputación del resultado a la acción del sujeto (pero no la respuesta definitiva al

²¹ Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen — Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, 4ª edición, Múnich, 2006, § 11, marginal 47.

²² Planteamiento desarrollado por Roxin en *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten* (en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, pp. 241 a 259).

²³ *Vid.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 363, marginales 38 y 39.

²⁴ *Ibidem*, pp. 375 y ss., especialmente marginal 63.

²⁵ *Vid.* Kindhäuser, U., “*El tipo subjetivo en la construcción del delito*”, en *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios* (trad. de Mañalich, J.P.), Grijley, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2007, p. 42; Roxin, *Strafrecht...*, *cit.*, p. 395, marginal 94; Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 259, marginal 48.

²⁶ *Vid.* Mir Puig, *ibidem*, p. 246; Maqueda Abreu y Laurenzo Copello, *El Derecho...*, *cit.*, pp. 53 y 55; Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”, *cit.*, pp. 439 a 441, y en “*Notas...*”, *cit.*, pp. 83 y 86; también mencionan esta diferenciación, generalizada en la doctrina, Puppe, *La imputación...*, *cit.*, p. 11; Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 47, marginal 59. Sobre la insuficiencia de la relación de causalidad entre acción y resultado como requisito para justificar por sí sola la subsunción de la conducta en el tipo de resultado (imprudente), *vid.* Zugaldía Espinar, J.M., “*La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposos*”, ADPCD, 1984, pp. 321 a 332 (326 y ss.).

²⁷ Por todos, *vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 247 y 259; Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 297 y 298.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

problema), aquella, de la mano de criterios *normativos* específicos, es la que vendría a limitar la responsabilidad que se haya derivado de la mera causación del resultado.²⁸

Por lo demás, en fin, se admite que “normalmente para la imputación objetiva del resultado es necesario, y a veces también suficiente que el autor lo haya ocasionado”.²⁹ Dedicaré los próximos apartados a analizar cuánto de verdad encierra esta última afirmación: es decir, hasta qué punto la imputación objetiva se identifica en algunos casos totalmente con la propia relación de causalidad o se solapa al menos parcialmente con ella (siendo entonces la causalidad *material* uno de los componentes de esa imputación “normativa”, como es mi tesis).

3. Breve referencia al elemento 1° de la teoría de la imputación objetiva

Tal y como se ha mencionado ya, el primer requisito en el marco de la teoría roxiniana sobre la imputación del resultado se refiere a la creación por parte del sujeto autor de un riesgo jurídica y socialmente desaprobado, el cual ha debido ser *ex ante* previsible y evitable. En este sentido, a mi juicio, dicha valoración ha de realizarse a partir de los conocimientos y capacidades que tuviera el propio sujeto que actúa en la situación dada, de manera que, más que de un “hipotético observador *abstracto y objetivo*”, debería hablarse de un criterio de estimación del riesgo (y de su carácter prohibido y típicamente relevante) que va a resultar *concreto y subjetivo*, con lo que ello implica desde el punto de vista de la sistemática del tipo penal. De cualquier forma, no se ahondará más en tal aspecto por resultar ajeno al objeto específico de esta disertación y por haber sido tratado profusamente en otra ocasión.³⁰

4. El 2° elemento de la imputación objetiva: “concreción del riesgo en el resultado”. Especial atención a cómo se analiza en los casos de causalidad alternativa

Volviendo, pues, a la cuestión sobre la indagación de la causalidad material y su relación con la teoría de la imputación normativa del resultado a la acción, corresponde ahora retomar la discusión sobre la utilidad heurística de la *conditio sine qua non*.

A este respecto, pese a que la teoría de la equivalencia de las condiciones sigue siendo, en verdad, la mayoritariamente empleada para explicar y determinar la relación de causalidad entre acción y resultado, su fórmula de la *CSQN* (consistente en comparar el suceso real con otro curso causal imaginario) se ha manifestado ineficaz para resolver ciertas constelaciones de casos. Entre ellos se encuentran los de causalidad *alternativa*, también llamada *múltiple*: a saber, se trata de aquellos supuestos en los que, concurriendo varios factores causales en la situación fáctica, si eventualmente no se hubiera dado cualquiera de ellos que analicemos en concreto el resultado lesivo se hubiera producido de todas formas igual, y al mismo tiempo, por efecto de algún otro de los factores alternativos.

En este punto, conviene distinguir entre cuatro modalidades específicas de casos que, en ocasiones, se confunden al utilizar el término de causalidad *alternativa*: así, cuando me refiero ahora a dicho concepto estoy considerando estrictamente aquellos ejemplos en los que la situación concreta ofrece ya la presencia real, efectiva, de esas diversas causas alternativas, cualquiera de las cuales podría haber bastado, *a priori*, para ocasionar el resultado. Lo que se desconoce en tal contexto, entonces, es cuál de las mismas habrá sido la que verdaderamente se haya materializado en dicho resultado (*vid. infra*, casos 1, 2 ó 3). Estos supuestos se conocen también en la doctrina como de “*resultado sobre-condicionado*”.³¹

²⁸ *Vid.* Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, *ibidem*; Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”, *cit.*, pp. 439 a 441, así como en “*Tema 13...*”, *cit.*, pp. 237 y 238, y en “*Notas...*”, *cit.*, p. 83. No obstante, como se indicará más adelante (*vid. infra*, IV.3), distintos autores destacados, como Puppe (*La imputación...*, *cit.*, pp. 11 y 12), han matizado tal punto de vista, admitiendo la estrecha vinculación que existe entre lo normativo y lo fáctico en este ámbito.

²⁹ *Vid.* Jescheck/Weigend, *Tratado...*, *cit.*, pp. 297 y 298.

³⁰ *Vid.* Esquinas Valverde, P., “*¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal?*”, en Cuadernos de Política Criminal, n° 118, 2016, pp. 185 a 236.

³¹ Tal terminología es más jakobsiana (*vid. Jakobs, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, 2ª ed., Berlín, 1993, pp. 230 y 231, marginales 83a y 84), mientras que desde un punto de vista más clásico hablamos, en efecto,

En cambio, también puede suceder que esas posibles condiciones alternativas no hayan concurrido todas ellas, de hecho, en la situación, sino que solamente se haya producido una; mas lo que ocurra sea que, hipotéticamente, de no haberse hecho realidad esa: habrían existido otras posibles que, más adelante o casi simultáneamente, hubieran sustituido a la actual en su misma eficacia productiva del resultado (*vid. infra*, apartado IV.4: casos 4 y 5). De ahí que en dicho contexto de causas también “alternativas” deba hablarse, más propiamente, de causalidad *hipotética* (y así se acostumbra en la doctrina). En tal constelación y en la anterior fracasa, como indicaré a continuación, la fórmula de la *CSQN*.³²

A su vez, cabe también que haya sido solo la suma, la acción conjunta de varias condiciones efectivamente concurrentes la que haya originado el resultado, en cuyo caso nos referiremos a una causalidad *cumulativa* o *acumulativa*.³³

Y por último, cuando lo que ocurra sea que en un supuesto concreto se baraje la posibilidad de un factor causal determinado, el cual muestre una elevada probabilidad de haber inducido efectivamente el resultado, pero se desconozca a ciencia cierta (con una probabilidad rayana en la certeza) si ello ha sido así, se empleará la denominación de causalidad *probabilística* o *estadística* (como ocurre en los célebres casos del “aceite de colza”, del medicamento “Contergan” —talidomida—, etc.).

En el contexto de causalidad *alternativa* al que me refiero, pues concurrirían en el devenir del resultado dos o más factores independientes, cada uno de los

cuales hubiera bastado por sí solo (desde un punto de vista *ex ante*) para producir dicho resultado. De este modo, si en aplicación de la *CSQN* suprimiéramos mentalmente cualquiera de tales factores, el resultado subsistiría al ser ocasionado por alguna otra de las condiciones alternativas y sustitutivas, por lo que no podría decirse que ninguna de ellas fuera, realmente, *causa* del daño. Sin embargo, tal conclusión resultaría errónea, poniendo de manifiesto, en fin, un fallo de la *CSQN*.³⁴

Comentaré a continuación algunos de esos ejemplos en los que, *a priori*, se desconocería cuál habría sido en realidad la causa efectiva para el resultado:

Caso 1. X administra veneno a Z y, acto seguido, desconociéndolo X, Y administra otra dosis a Z, siendo letales ambas dosis por separado. ¿Quién ha causado la muerte de Z? Pues bien, en este supuesto de causalidad alternativa,³⁵ la fórmula de la *CSQN* fallaría, debiendo ser corregida mediante la llamada fórmula de las alternativas: según esta, si se pueden suprimir alternativamente cada una de las condiciones pero no todas a la vez sin que desaparezca el resultado, ello querrá decir que todas las condiciones son, por igual, causas de la muerte.³⁶ Por último, quedaría por determinar cuál de tales acciones debería responder jurídicamente de dicho resultado en grado de consumación,³⁷ pero esta sigue siendo, esencialmente, una cuestión ligada a la pregunta acerca de cuál de los factores ha *causado empíricamente* el resultado³⁸ (la cual será difícil de resolver, depen-

de causalidad alternativa. También Toepel, F., *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992, pp. 65 y ss., menciona que en estos casos el resultado está *supradeterminado desde el punto de vista cuantitativo*.

³² *Vid.* Jescheck/Weigend, *Tratado...*, cit., p. 302; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., pp. 248 y 249, marginales 14 a 16; Puppe, I., *Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?*, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (edit. por Schünemann, B., Achenbach, H. y otros), De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 287 a 306 (289 a 291).

³³ *Vid.* Jescheck/Weigend, *ibidem*; Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 23, marginal 84, denomina tales casos de causalidad *cumulativa* o *doble* como “*riesgos en atribución* (o en competencia) *múltiple* (*Risiken in mehrfacher Zuständigkeit*).

³⁴ *Vid.* Jäger, “*Die notwendige Bedingung...*”, cit., pp. 346 a 348.

³⁵ Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 249, marginal 17, si bien este autor considera que ejemplos como éste lo son de causalidad *cumulativa*, y no *alternativa* (lo contrario entienden, sin embargo, autores como Jäger, Koriath, etc., ya citados, y es lo que me parece correcto).

³⁶ *Vid.* Jäger, *Examens-Repetitorium...*, cit., p. 24, marginal 29, así como en “*Die notwendige Bedingung...*”, cit., pp. 347 y 348. Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 249, marginales 19 y 20, plantea una solución parecida para tal insuficiencia de la *CSQN*, y es la de preguntar qué habría pasado si no hubiera tenido lugar *cualquier conducta de la misma clase* que la del sujeto en cuestión (a saber, administración de veneno, etc.).

³⁷ De acuerdo con Jäger, *Examens-Repetitorium...*, cit., p. 49, marginal 61 *in fine*, en este ejemplo habría que imputar el resultado tanto a X como a Y, pues cada una de las dosis ha sido causa del resultado por sí misma y, además, cada una de ellas se materializa en el resultado con independencia de que también lo hace la otra. Propone una solución parecida para los supuestos de causalidad alternativa Puppe: *vid. infra*, apartado IV.3.

³⁸ *Vid.* Koriath, H., *Kausalität und objektive Zurechnung*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 151.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

diendo en último término de una ponderación entre tales factores.³⁹⁾

Caso 2. “De la sartén” o “del tirano”⁴⁰: A con la intención de matar a su marido B (que era un maltratador y abusaba física y psicológicamente de ella y de su hija de forma continua) le asesta por la espalda tres golpes en la cabeza con una sartén de hierro y a continuación se marcha. B cae al suelo manando sangre y se queda allí tendido respirando con dificultad. Posteriormente la hija de A, de nombre C, que entra en la habitación en ausencia de su madre y encuentra de esa guisa al “tirano”, pega a B al menos otra vez más también en la cabeza. Más tarde regresa A y vuelve a dar otro fuerte golpe capital a B con la misma sartén de cocina. No es posible demostrar exactamente cuál de los impactos dio lugar a la muerte de B, aunque sí se sabe que tanto A como C propinaron golpes potencialmente letales. Si ambas actuaron con total independencia entre sí y desconociendo cada una la acción de la otra, ¿cuál será la responsabilidad penal de ambas por la muerte de B?

En este caso caben dos soluciones distintas: 1) según la primera de ellas, A es sin duda causa del resultado de acuerdo con la *CSQN*, pues crea las condiciones para que la muerte se produzca; pero, por el principio de *in dubio pro reo*, no responderá por homicidio consumado, pues se desconoce si ha sido el riesgo creado por su acción (o, en cambio, el introducido por su hija) el que se ha concretado en el resultado; por el contrario, solo responderá por tentativa de homicidio de B. Y en cuanto a C, aunque incluso se desconoce si su acción fue causa del resultado, al ser posterior a la acción de A (pues, al aplicar la *CSQN*, se le niega tal condición

de causa...), tampoco podrá responder por homicidio consumado, aunque sí por tentativa de homicidio, en la medida en que ha realizado de forma dolosa actos ejecutivos propios del homicidio.⁴¹ 2) Según la segunda solución, podría entenderse que la acción de A es causa del homicidio y que, por tanto, debería también responder de él, en la medida en que dicho resultado es concreción precisamente del riesgo propio de la acción de A, creado por ella: a saber, el riesgo de que un tercero, C en este caso, aproveche la indefensión de B para propinarle más golpes, ocasionando su muerte.⁴²

* Conclusión parcial:

En los dos ejemplos expuestos de causalidad alternativa y actuaciones dolosas, como se puede observar la clave para resolver los casos se encuentra en la determinación de la *causalidad* natural, material y de cuál sea el factor de riesgo (la acción) de entre los concurrentes que *se haya concretado en el resultado*; dos cuestiones que, por lo demás, en estos supuestos parecen ir estrechamente aparejadas hasta el punto de ser casi la misma cosa: si se averigua cuál ha sido la verdadera causa del resultado (qué dosis o qué sartén han sido los letales), se tendrá también la respuesta a la pregunta sobre la concreción del riesgo en el resultado (2º elemento de la imputación objetiva). Y en principio, una vez aclarados tales extremos no se muestra necesario analizar también pormenorizadamente el resto de los requisitos que exige dicha teoría de la imputación objetiva (sobre todo porque,

³⁹ *Ibidem*, pp. 95 y 96; asimismo vid. Jäger, “Die notwendige Bedingung...”, *cit.*, pp. 347 y ss., 354 y ss., 358 y ss.

⁴⁰ Basado en el resuelto por la Sentencia del BGH publicada en la revista *Neue Juristische Wochenschrift*, nº de 1966, pp. 1823 y ss; vid. también Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, pp. 48 y 49, marginales 60 y 61.

⁴¹ Vid. Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, pp. 48 y 49, marginal 61; en el mismo sentido, Hoyer, A., “Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 160 a 178 (171 y 172).

⁴² Vid. Jäger, *ibidem*, p. 48. Igualmente Roxin, *Strafrecht...*, *cit.*, p. 385 y marginal 70, declara que “también es punible por delito de homicidio consumado aquel que, con dolo de matar, derribe de un tiro a otro y con ello ocasione que un tercero le propine el ‘tiro de gracia’”; también sobre los casos de concurrencia de agresores, *vid.* pp. 389 y 390, marginales 82 y 83: A y B pegan sucesivamente a C sin actuar de mutuo acuerdo y sin ánimo de matar ninguno de ellos, abandonando A después de sus golpes a C inconsciente y solo, estado en el que lo encuentra B. Según Roxin, el resultado será atribuible a las primeras lesiones de A si se demuestra que las posteriores de B no eran inmediatamente letales (aun cuando hayan adelantado el resultado de muerte) y, al contrario, el resultado será atribuible a B (mientras que A solo responderá por lesiones) si se prueba que los golpes de este eran necesariamente letales para C incluso sin contar con los que le infligió A. De este modo, sin embargo, tal segunda solución parece algo contradictoria con respecto a la primera, pues si como afirma Roxin en el marginal 70, B hubiera propinado “el golpe de gracia” a C, de acuerdo con ese primer criterio, A debería responder asimismo por homicidio y no únicamente por lesiones. Tan solo podemos imaginar que Roxin haya pensado para el primer ejemplo en un homicidio doloso y de común acuerdo, si bien ello tampoco nos parece necesario para defender tal solución en los dos casos (especialmente en el sistema alemán, que admite el delito de lesiones dolosas cualificadas por el resultado de homicidio imprudente, por el que podría responder A) Planteamos un ejemplo similar *infra*, apartado V.1, caso 10.

en ambos ejemplos planteados, se trata de comportamientos lesivos *dolosos*, en los que resulta evidente la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado y *ex ante* relevante para ocasionar el resultado).

Analizaré más detenidamente esta estrecha conexión entre “causalidad” y “concreción del riesgo en el resultado” en los siguientes apartados.

4. 1. Causalidad alternativa de varias infracciones del deber de cuidado (imprudentes): el legendario “ejemplo del ciclista” (BGHSt 11, 1) y la teoría roxiniana del incremento del riesgo

Dentro de tal constelación general de la “causalidad alternativa” o “múltiple” (también llamada de *resultados sobre-condicionados*, como se dijo), de la cual he comentado hasta ahora varios ejemplos de naturaleza dolosa, paso a examinar a continuación la modalidad denominada de *causalidad alternativa de varias infracciones del deber de cuidado*⁴³ en la cual se trata de atribuir la responsabilidad por la causación imprudente de un resultado.⁴⁴ Tales supuestos se caracterizan, además, porque para su resolución suele recurrirse a juicios hipotéticos (como al propio método de la *CSQN*) a efectos de determinar cuál de los factores de riesgo concurrentes se ha materializado en el resultado.

Esos ejemplos de resultado sobre-condicionado o causalidad alternativa *imprudente* pueden referirse bien a la concurrencia de varias infracciones del deber de cuidado por parte de diversos sujetos (*vid. infra*, casos 3 y 12), o bien a la confluencia de una infracción del deber de cuidado con un factor de riesgo natural (*vid. infra*, casos 5 y 11) o aportado imprudentemente por la propia víctima (*vid. infra*, caso 9), etc. Lo mismo puede afirmarse

respecto a los casos de resultado sobre-condicionado de forma *dolosa*, de modo que en ellos pueden sumarse varias conductas de riesgo por parte de diversos agentes (como ya hemos analizado en los casos 1 y 2, y veremos en el caso 10), o bien un comportamiento doloso con un factor natural o con la auto-puesta en peligro de la víctima (*vid. infra*, caso 6), etc.

Entre dichos casos nos encontramos con un ejemplo paradigmático y muy discutido, que *ha hecho historia dentro del derecho penal*:⁴⁵ a saber, el famoso “caso del ciclista”, enjuiciado por el Tribunal Supremo alemán (BGH) mediante Sentencia de 25 de septiembre de 1957.

Caso 3. El conductor del camión transportador X, que llevaba un semirremolque enganchado en la parte de atrás, adelanta al ciclista y que estaba en considerable estado de embriaguez (con una tasa de alcohol en sangre de 1,96/100), desde una distancia lateral de entre 75 y 100 centímetros (en lugar de los 150 a 200 centímetros que tendría que haber guardado distancia con dicho ciclista). Este último cae bajo las ruedas delanteras del remolque que transportaba X y sufre un aplastamiento del cerebro que le produce la muerte. Durante el proceso judicial, por tales hechos, uno de los peritos indicó que es característico de ciclistas fuertemente ebrios no percibir el ruido del motor de otros vehículos hasta que los mismos se aproximan, y que, entonces, cuando oyen repentinamente acercarse a esos vehículos por detrás (justo en el momento del adelantamiento) suelen experimentar una intensa reacción de pánico que les lleva a orientar bruscamente las ruedas de su bicicleta “desordenada e irrazonablemente” en la dirección de ese ruido (es decir, hacia la izquierda, hacia el carril del otro vehículo, como ocurrió en este caso);⁴⁶ y esta apreciación por parte del perito fue aceptada por el BGH como una

⁴³ Martínez Escamilla, M., en “*Relevanz des rechtmässigen Alternativverhaltens bei der objektiven Erfolgszurechnung?*”: *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein Spanisch-Deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin* (edit. por Gimbernat, E., Schünemann, B. y Wolter, J.), VVAA, Müller, 1995, pp. 37 a 46 (40), señala, de la misma forma que aquí se defiende (y remitiéndose a *Silva Sánchez*), que en estos casos “se trata de un problema de concurrencia de riesgos en el marco de un curso causal que conduce al daño” (el subrayado es mío).

⁴⁴ Acerca del contenido de esa infracción del deber de cuidado y de su posición dentro del tipo de injusto y de la culpabilidad en el marco de los delitos imprudentes, *vid. Zugaldía Espinar, “La infracción...”, cit.*, pp. 327 y ss.

⁴⁵ *Vid. Puppe, “Brauchen wir...”, cit.*, p. 287.

⁴⁶ *Vid. por todos Roxin, Derecho penal..., cit.*, p. 379, marginal 72; Puppe, I., *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 2000, Nomos, Baden-Baden, pp. 95 y ss. (en español, *La imputación..., cit.*, pp. 77 a 79); Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal* (traducción de Cancio Meliá, M.), Grijley, Lima, 1998, p. 113; Mir Puig, *Derecho Penal..., cit.*, pp. 307 y siguientes, marginales 63 y 66; Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”, *cit.*, pp. 448 a 450, así como en “*Tema 13...*”, *cit.*, pp. 244 y 245; Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, *cit.*, pp. 113, 117, 124, 129, 131, 134 y 135.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

prueba favorable a la absolución del conductor. En cambio, no se tuvo en cuenta que el ciclista no fue a caer bajo las ruedas delanteras del camión tractor, sino bajo las ruedas delanteras del remolque, de modo que, en el momento en el que dicho ciclista se precipitó al suelo, el conductor ya había iniciado la maniobra peligrosa de adelantamiento.⁴⁷

Como ejemplo de *causalidad múltiple de varias infracciones del deber de cuidado*,⁴⁸ este suceso resulta especialmente complejo, pues el BGH no fue capaz de determinar el porcentaje de riesgo aproximado aportado por cada uno de los dos comportamientos.⁴⁹ Así, no logró demostrarse si fue el riesgo introducido por el conductor X, o bien el riesgo introducido por el propio ciclista con su embriaguez (en lo que sería una “autopuesta en peligro imprudente”) el que se concretó en el resultado de muerte; y tampoco pudo saberse si habían sido tal vez ambos riesgos los que, de forma cumulativa, se habían materializado en el resultado.

En todo caso, al término de dicho proceso judicial se dictaminó que, incluso aunque el conductor X hubiera mantenido la distancia de seguridad preceptiva al adelantar (*comportamiento conforme a derecho*), posiblemente no hubiera podido evitar el accidente, dado el estado de embriaguez en el que conducía el ciclista. A este respecto, el BGH hizo uso de la *teoría de la evitabilidad* en su versión moderada o intermedia (apartándose precisamente de su jurisprudencia

anterior y de la postura del tribunal de instancia)⁵⁰ según la cual procedía absolver al imputado siempre y cuando se confirmase que, *con una alta probabilidad* (y ya no necesariamente *con certeza*), la muerte del ciclista *también* se habría producido aunque dicho conductor hubiera actuado conforme a derecho (es decir, que *muy probablemente el conductor no habría podido evitar el resultado* incluso actuando con diligencia).⁵¹ Puesto que no fue probado de modo suficiente, entonces, que el atropello hubiera podido evitarse con un adelantamiento correcto, el conductor del camión resultó absuelto merced al principio *in dubio pro reo*.⁵²

En ejemplos como este, así como en otros similares de resultado *sobre-condicionado*, nos encontramos, por tanto, con varias conductas contrarias al deber de cuidado, las cuales supuestamente podrían haber constituido por igual causas suficientes del resultado. Dicho de otro modo: cuando cada uno de los factores de riesgo presentes en la situación (en ese caso el comportamiento del camionero y el del ciclista que se puso a sí mismo en peligro) representen un porcentaje o probabilidad elevado en cuanto a la producción del resultado, según tal teoría de la evitabilidad, resultará injusto atribuir dicho resultado en particular a una de las conductas negligentes o descuidadas.⁵³

Por otro lado, precisamente para corregir en parte los resultados de dicha teoría de la evitabilidad en

⁴⁷ Vid. Puppe, I., “Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung- Teil F”, *Zeitschrift für das Juristische Studium* (ZJS, www.zjs-online.com), *Strafrecht*, 5/2008, p. 495; de la misma, *La imputación...*, cit., p. 77.

⁴⁸ Vid. Puppe, “Brauchen wir...”, cit., pp. 288 y 289, comentando que, sorprendentemente, ni los defensores de la teoría de la evitabilidad (entre ellos y fundamentalmente, el BGH) ni los de la teoría del incremento del riesgo se habían dado cuenta hasta entonces (2001) de que este caso concreto encierra dicha causalidad múltiple. Después, en 2008 (“Die Lehre...”, cit., pp. 495 y 496), Puppe ha acabado considerando tal contexto como de causalidad “doble” (es decir, cumulativa).

⁴⁹ Sobre el fracaso tanto de la teoría de la evitabilidad como de la teoría de la equivalencia de las condiciones en este ejemplo, vid. ampliamente Puppe, “Brauchen wir...”, cit., pp. 289 a 291.

⁵⁰ Vid. Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, cit., pp. 114, 115 y nota 4: hasta llegar a este caso juzgado en 1957, el BGH había sostenido la versión más restrictiva de la teoría de la evitabilidad, ya acuñada en su día por el *Reichsgericht*, según la cual, para absolver al sujeto autor del comportamiento descuidado era preciso demostrar que el comportamiento opuesto, conforme a Derecho, habría producido el mismo resultado *con seguridad* o *con una probabilidad rayana en la certeza*.

⁵¹ A su vez, la variante más generosa o amplia de la teoría de la evitabilidad, mediante la que se absolvería en un mayor número de casos, exige, a fin de condenar al imputado, que conste con seguridad rayana en la certeza (lo cual tendría que ser demostrado por la acusación) que, en caso de comportamiento conforme a Derecho no se habría producido ese mismo resultado, sino un desenlace distinto. Sobre ello, vid. Martínez Escamilla, “Relevanz...”, p. 38; Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, cit., p. 115.

⁵² Vid. Jakobs, *La imputación...*, cit., p. 113. Defiende la misma solución que el BGH Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., pp. 308 y 309, marginales 66 y 68.

⁵³ Por ejemplo, podría citarse el caso del “suicida X” o del “niño distraído Y”, los cuales se arrojan de forma repentina y totalmente imprevisible a las ruedas del turismo conducido por Z (quien iba circulando a velocidad superior a la permitida), sufriendo graves lesiones. Vid. Roxin, *Strafrecht...*, cit., § 11, p. 387, marginal 75; Puppe, *Die Erfolgszurechnung...*, cit., pp. 83 y ss.

casos como este del ciclista y otros similares,⁵⁴ Roxin planteó su teoría del incremento del riesgo.⁵⁵ Este autor situó el estudio de tales casos dentro de la constelación que él denominó de “comportamientos alternativos conformes a derecho”, para los que *a priori* habría que negar el cumplimiento del segundo requisito de la imputación objetiva: la “concreción del riesgo en el resultado”.⁵⁶

De acuerdo con esa teoría del incremento del riesgo, sin embargo, aquellas conductas que pese a no implicar todavía demostradamente una eficacia causal del 99% (como exigía la teoría de la evitabilidad) hubieran creado un *riesgo jurídicamente desaprobado* y, a su vez, hubieran incrementado de un modo sustancial la probabilidad de causación del resultado, se les podría imputar dicho resultado lesivo. En sentido contrario, aquellas otras conductas que en la situación concreta, *no hubieran incrementado el riesgo* de producción del resultado, no deberían responder por el mismo aunque hubieran creado un riesgo *jurídicamente no permitido*, dado que dicho resultado se habría producido en tales circunstancias de todos modos, con o sin un *comportamiento alternativo conforme a derecho*.⁵⁷ De acuerdo con ese planteamiento, suponiendo que el ciclista hubiera sido el verdadero causante del accidente de forma directa, podría afirmarse que el conductor del camión no habría incrementado el riesgo existente, pues resulta imposible incrementar un riesgo de producción del resultado que ya sea del 100%.⁵⁸

A juicio de Roxin, empero, en este “caso del ciclista” hubiera sido obligatorio condenar al conductor

del camión: a saber, un comportamiento correcto por su parte habría *posiblemente* (aunque no con toda seguridad) salvado la vida del ciclista, y en ese sentido, al no guardar la distancia de separación debida y haber superado así el nivel del riesgo permitido habría “incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal”. De esa manera, insiste Roxin, el resultado de la muerte del ciclista es imputable a la acción del conductor como realización de un riesgo prohibido, sin que exista ningún motivo para exonerarle, pues él, con independencia de la actuación del ciclista (y de lo que hipotéticamente hubiera ocurrido en caso de un adelantamiento correcto), no se ha mantenido dentro del riesgo legalmente permitido (riesgo real que, en efecto, existe en todos los adelantamientos, y que se tolera hasta tanto se mantenga en los límites legalmente autorizados). En definitiva, *todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor*.⁵⁹ Además, continúa Roxin, el legislador ha de insistir en que se cumpla la norma de cuidado (en este caso, adelantar con la debida distancia de seguridad) también allí donde su observancia aumenta claramente la posibilidad de salvaguardar el bien jurídico, pero no garantiza esto con absoluta seguridad.⁶⁰

⁵⁴ Si bien, la teoría de la evitabilidad sigue siendo mayoritaria, con mucho (vid. Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, cit., p. 114).

⁵⁵ Expuesta por primera vez en su artículo, ya mencionado, “*Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*” (ZStW 74 (1962)). Expresamente en contra de la argumentación del BGH en este caso del ciclista, vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 380, marginal 74.

⁵⁶ Vid. Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 379 y ss., marginales 72 y ss.

⁵⁷ Vid. Roxin, *Strafrecht...*, cit., § 11, pp. 386 y ss., marginales 73 a 83, 88 a 103; también Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, cit., pp. 128 y 132. Se hablará de ello más adelante: vid. *infra*, V.2. De forma más extensa sobre los “comportamientos alternativos conformes a Derecho”, véase Küper, W., “*Überlegungen zum sogenannten Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt*”, en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, 1987, p. 247 a 288 (275 y ss.); Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, cit., pp. 38 y ss.

⁵⁸ En este sentido, vid. Puppe, “*Brauchen wir...*”, cit., pp. 291 y 295, y en *La imputación...*, cit., p. 78; también Roxin, *Strafrecht...*, cit., p. 387, marginal 75.

⁵⁹ Vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., pp. 379 y 380, marginales 72 y 73.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 380 y 381, marginal 75; así como en *Strafrecht...*, cit., p. 396, marginal 99. A mi juicio, de cualquier forma, si por lo que aboga Roxin en este contexto, como creo, es por que el legislador tipifique las tentativas imprudentes en un mayor número de situaciones, así debe exigirlo, mas no puede pretender que los órganos judiciales se arroguen la facultad de castigar tales conductas aun sin estar las mismas expresamente previstas en el articulado penal; de la misma opinión, vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 236 y 237, marginales 98 y 102; del mismo, *La imputación...*, cit., p. 117; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., pp. 309 y 310, marginal 70. Y en otro caso, una respuesta a ese planteamiento de Roxin podría ser el recordar que muchas de tales conductas contrarias a la norma de cuidado recibirán su pertinente sanción por la vía administrativa, sin que la abstención del juzgador penal, por consiguiente, signifique que queden totalmente impunes y, por tanto, sin valor o vigencia la norma de cuidado infringida.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

* Conclusión parcial:

De cualquier forma, podemos observar cómo este supuesto de posible causalidad alternativa o resultado sobre-condicionado no queda resuelto, al parecer, con las herramientas habituales propias de la causalidad (a saber, esencialmente con la teoría de la equivalencia y la *conditio sine qua non*). Por el contrario, se ha de resolver respondiendo a la pregunta *fáctica* (sobre los hechos fácticos) acerca de *cuál es el riesgo, de entre los que concurren en la situación, que en verdad se ha concretado en el resultado*,⁶¹ siendo tal una cuestión que, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, corresponde a su segundo paso o elemento.

En este punto conviene apuntar que la teoría del incremento del riesgo de Roxin ha recibido una serie de objeciones por parte de la doctrina.⁶² En particular, Jakobs le reprochó el haber ido más lejos de lo necesario, permitiendo que riesgos solo de baja magnitud o moderados fueran supuestamente suficientes para imputar el resultado a sus creadores.⁶³ En opinión de Jakobs esto resulta inadmisibles, porque por regla general todavía se distingue entre lo que sea un delito consumado y lo que sea una tentativa acabada (además de que esas dudas que eventualmente existan sobre la relevancia de un incremento del riesgo para la causación del resultado no pueden actuar *en contra del reo*).⁶⁴ Si, como parece proponer Roxin, afirmáramos lo contrario, entonces ello querría decir que, en determinados ámbitos, casi arbitrariamente y en contra de la regla vigente en to-

dos los demás casos se estaría castigando la tentativa imprudente.⁶⁵

A su vez, en opinión de bastantes expertos de la doctrina penal (más bien desde una posición crítica hacia Roxin), a efectos de afirmar la imputación no solo se debe comprobar *ex ante* la peligrosidad del comportamiento del sujeto, sino que también se debe constatar desde una visión *ex post* que en el resultado se haya concretado precisamente ese riesgo que se esté evaluando y no otro cualquiera.⁶⁶ De acuerdo con autores como Ulsenheimer,⁶⁷ Mir Puig⁶⁸ o Koriath,⁶⁹ en efecto, Roxin y sus seguidores habrían pasado por alto tal aspecto, insistiendo fundamentalmente en una evaluación *ex ante* del caso, lo cual habría conducido a una tautología. Y es que, precisamente si escogemos una perspectiva *ex ante* habrá que afirmar que se ha producido un incremento intolerable del riesgo cada vez que se haya infringido una norma de cuidado, pues de ese modo siempre se habrá traspasado el nivel del riesgo permitido.⁷⁰ Por último, Jakobs efectúa una curiosa propuesta sobre cómo interpretar el punto de vista *de Roxin*: a saber, se trataría de entender los delitos de resultado, en este ámbito de los “resultados sobre-condicionados” (es decir, en los casos de causalidad múltiple), como “delitos de peligro condicionados por el resultado”, o sea, como delitos de peligro “con una condición solo objetiva de la tipicidad”. Y, sin embargo, esto resultaría prácticamente incompatible con los requisitos respecto al dolo o la imprudencia, por lo que no se puede admitir.⁷¹

Roxin, por su parte, se defiende de esta objeción (a mi juicio, débilmente y sin éxito) sosteniendo que “la imputación de un resultado al tipo objetivo siempre se produce solamente mediante una puesta en peligro crea-

⁶¹ En sentido parecido, *vid.* Martínez Escamilla, “Relevanz...”, *cit.*, pp. 40 y 41.

⁶² Y también ha sido expresamente rechazada por la jurisprudencia alemana, como señala Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, *cit.*, p. 118, y admite Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 383, marginal 80.

⁶³ *Vid.* Jakobs, *Strafrecht...*, *cit.*, p. 237, marginal 102; del mismo, *La imputación...*, *cit.*, p. 114.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 236 y 237, marginales 100, 101 y 102; *ibidem*, pp. 114 a 117. Roxin se refiere a esta crítica recurrente contra su teoría en *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 381, marginal 76; así como también lo hace su discípulo Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, p. 29, marginal 36, y su seguidor Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, *cit.*, pp. 122 y ss.

⁶⁵ *Vid.* Jakobs, *Strafrecht...*, *cit.*, pp. 235 a 237, marginales 98, 101 y 102; del mismo, *La imputación...*, *cit.*, pp. 114, 115 y 117.

⁶⁶ Con tal criterio, véanse por todos Kindhäuser, “El tipo subjetivo...”, *cit.*, p. 42; Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 309, marginal 68. También Roxin, en realidad, sostiene que es precisa dicha valoración del caso *ex post* para comprobar la realización del peligro en el resultado (en *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 381, marginal 77).

⁶⁷ *Vid.* Ulsenheimer, K., “Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte”, en la revista *Juristen Zeitung*, n° 11/12, 1969, pp. 364 a 369 (366, apartado III).

⁶⁸ *Vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 309, marginal 69.

⁶⁹ *Vid.* Koriath, *Kausalität...*, *cit.*, pp. 88, 89 y 90.

⁷⁰ *Vid.* Koriath, *ibidem*; Ulsenheimer, “Erfolgsrelevante...”, *cit.*, p. 366.

⁷¹ *Vid.* Jakobs, *La imputación...*, *cit.*, p. 115; del mismo, *Strafrecht...*, *cit.*, pp. 236 y 237, marginales 99 y 101; *vid.* sobre esto también Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 309 y 310, marginal 70.

da por el autor”;⁷² con ello parece querer recordar que la imputación del resultado a la acción en los casos de incremento del riesgo (como el del ciclista) siempre presupone que se haya creado dicho riesgo desaprobado, cumpliéndose así el primer requisito de la imputación objetiva. Sin embargo, no negamos ese aspecto y ello no es precisamente lo que aquí se discute, pues el requisito que se pasa por alto en el planteamiento roxiniano no es el riesgo desaprobado, que efectivamente concurre en tales casos, sino la concreción de ese riesgo en el resultado que no habrá podido demostrarse. En el mismo sentido, insiste Roxin remitiéndose a Küper:⁷³ “ya se ha mostrado que, en los casos de conducta alternativa conforme a Derecho, concurriendo un incremento del riesgo se ha plasmado un riesgo prohibido en un resultado lesivo típico”.⁷⁴ No obstante, entiendo, en casos de comportamiento alternativo conforme a derecho, como de nuevo el del ciclista, lo que no ha quedado demostrado es precisamente que ese riesgo prohibido ocasionado por el autor sea el que se haya plasmado en el resultado de lesión en lugar de los otros factores de peligro concurrentes. A continuación, reconociendo que en realidad es

precisa dicha valoración del caso *ex post* para comprobar la realización del peligro en el resultado,⁷⁵ Roxin sugiere (siguiendo la propuesta de su seguidor Schünemann⁷⁶) que lo que se examine *ex post* sea si la norma de cuidado infringida sigue teniendo sentido por lo que se refiere a reducir el riesgo del resultado una vez que tengamos en cuenta el nuevo estado de conocimientos *a posteriori*; o si, en cambio, considerando todo lo que se sepa sobre el caso *ex post*, dicha norma ya se presenta como *inidónea o impracticable*.⁷⁷ Y en el primer supuesto, sigue Roxin, afirmaremos la imputación del resultado al autor, mientras que no lo haremos en el segundo supuesto.⁷⁸ Por lo tanto, parece que la perspectiva desde la que Roxin elige analizar los casos sigue estando centrada en el hecho de si se ha vulnerado o no la norma (creando así un riesgo desaprobado) y en la probabilidad estadística de que dicho riesgo haya aumentado el peligro mismo de que se produzca el resultado; sin embargo, continua eludiendo la determinación sobre si dicho riesgo es el que se ha materializado efectivamente, sobre si ha sido el factor de peligro preponderante en la situación.⁷⁹

⁷² Vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 381, marginal 76; vid. igualmente, defendiéndose de tales críticas, “*Streitfragen bei der objektiven Zurechnung*”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (edit. por Bloy, R., Böse, M., Hillenkamp, T. y otros), Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 715 a 733 (728). De forma parecida, vid. Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, cit., pp. 122 y 123.

⁷³ Vid. Küper, “*Überlegungen...*”, cit., p. 286.

⁷⁴ Vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 381, marginal 76.

⁷⁵ Así, en *Derecho Penal...*, cit., p. 381, marginal 77.

⁷⁶ Schünemann, B., propuso esta revisión de la teoría de Roxin, en cuanto al criterio que debía emplearse para detectar el incremento del riesgo, en “*Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*”, revista *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1975, pp. 652 y ss.

⁷⁷ Emplea un criterio semejante Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, cit., pp. 128, 132, 134 y *passim*; en cambio, en contra vid. Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, cit., p. 43.

⁷⁸ Vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 381, marginal 77; críticos hacia este planteamiento, vid. Ranft, O., “*Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom <rechtmässigen Alternativverhalten>*”, en la revista *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 25/1984, pp. 1425 a 1443 (1430); Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 237, marginal 101; Koriath, *Kausalität...*, cit., pp. 89 y 90.

⁷⁹ De la misma opinión, vid. Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 309, marginal 69; también crítico con Roxin a este respecto, vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 236 y 237, marginal 101; del mismo, *La imputación...*, cit., pp. 116 a 118. En contra de estas críticas, y decididamente a favor de la postura roxiniana se pronuncia en la doctrina española Gimbernat Ordeig (en “*Teoría...*”, cit., pp. 130 a 132), el cual señala que los tribunales, diariamente y *con todo el sentido común*, condenan por ejemplo a los profesionales sanitarios en casos en los que estos, cometiendo imprudencias quirúrgicas, “*causan*” la muerte del paciente. De ese modo, ni los magistrados en el TS ni los de los tribunales inferiores, dice Gimbernat, “*se suelen plantear (...) la pregunta de qué es lo que habría sucedido con el comportamiento alternativo conforme a Derecho*”; y “*en ninguna parte existen movimientos de reforma legislativa dirigidos a crear tipos penales que sancionen — como delitos de peligro...- las intervenciones quirúrgicas imprudentes con resultados lesivos*”. En definitiva, a su juicio la teoría roxiniana permite justificar la condena por resultados imprudentes en los casos de incremento del riesgo por encima del permitido, dado que lo decisivo para esa imputación es que dicho comportamiento correcto *podría haber evitado* el resultado, en cuanto que *las posibilidades de su causación*, si se hubiera mantenido el riesgo en el nivel todavía permitido, *habrían sido menores*. El caso de las imprudencias médicas a las que se refiere Gimbernat, sin embargo, es claramente peculiar respecto a otros, a mi juicio, pues los profesionales sanitarios ostentan una posición de garante la cual facilita que, de forma aparentemente razonable, se les pueda imputar responsabilidad jurídica por el resultado sobrevenido que ellos, en efecto, *no han evitado*. Distinta será la solución, en cambio, en otros ejemplos de conductas imprudentes en los que no se dé dicho deber de garante (y por tanto, no baste con demostrar que *no se ha evitado* el resultado, sino que haya que probar que *se ha causado*), y que concurren además en la situación concreta con riesgos procedentes de terceros o de la propia víctima. En efecto, imputar el resultado al médico parece moralmente más razonable precisamente porque el otro riesgo presente en la situación corresponde

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

4. 2. ¿Nos encontramos ante una cuestión consistente en resolver la causalidad material o ante la necesidad de efectuar una “ponderación normativa”? Opinión de Röh, Koriath y Volk

Como venimos apuntando, en el seno de la doctrina alemana suscitó un gran interés ese “caso del ciclista” y el modo en que el BGH optó por resolverlo, el cual fue objeto de numerosos comentarios. Así, a juicio en concreto de Lars Röh, en este caso estaríamos ante “un ejemplo de primer orden de sobre-condición positiva de un resultado”, es decir, ante “un complejo de causas”, pues “cada una de las conductas que preceden al resultado contiene en sí un riesgo completo, perfecto, de que se produzca el mismo”.⁸⁰ De ese modo, tanto el conductor del camión como el ciclista habrían ocasionado supuestamente un riesgo tan alto de producir el resultado, próximo al 100%, que cualquiera de ellos habría bastado *per se* para dar lugar al mismo. Por lo tanto, ambos representarían una condición *suficiente* para dicho resultado.⁸¹

A ese respecto, ciertamente la mayoría de los autores que comentaron en su día este “caso del ciclista” concluyeron, al contrario de lo sostenido por el BGH y precisamente del mismo modo que entendió Roxin, que el comportamiento del conductor había tenido un *significado causal* para la muerte del ciclista. A partir de aquí arguye Röh, sin embargo, que para tal sector doctrinal que afirma la causalidad seguirá siendo desde luego inexplicable, incomprensible, en qué consiste exactamente el contenido de esa llamada “concreción del riesgo en el resultado” que postula Roxin.⁸² De hecho, sostiene Röh, hasta ahora ninguna teoría sobre la imputación objetiva ha conseguido dar con ese hallazgo, constatar qué significa tal “concreción”; y ello no es extraño, “pues no existe una concreción del riesgo más allá de la categoría de la

causalidad, y es un error buscar algo así todavía además de la causalidad”,⁸³ es decir, una vez que ya se ha encontrado y analizado esta.

En opinión de Röh, sin embargo, a la hora de resolver casos de resultado sobrecondicionado como el del ciclista, lo que se plantea es un problema *normativo*, y no un problema acerca de si hemos interpretado los hechos correcta o incorrectamente desde un punto de vista *naturalístico*, fáctico, material. Así pues, finalmente de lo que se trata es de *definir* (es decir, entender, de identificar) *uno de los riesgos que concurran en la situación como jurídico-penalmente determinante, con la ayuda de ciertas reglas adicionales*.⁸⁴ El problema, sin embargo, es que el propio Röh no indica cuáles pueden ser esas específicas *reglas* o criterios normativos *adicionales*, y tampoco otros autores, en principio, los nombran expresamente.

En parecido sentido se expresa Koriath: a saber, en tales supuestos de causalidad múltiple con varias conductas lesivas del deber de cuidado (imprudentes, aunque lo mismo se puede sostener para las conductas dolosas), ni la *conditio sine qua non* ni la teoría del incremento del riesgo de Roxin pueden aportar nada para una adecuada solución de los casos. Lo que Koriath denomina “el método de omitir mentalmente” (*hinwegdenk-methode*) de la teoría de la equivalencia (“qué pasaría si...”), *al que también se anuda el principio del riesgo* de Roxin y que es asimismo el empleado por el BGH para resolver este caso (“qué hubiera pasado si el conductor se hubiera comportado conforme a derecho...”), constituye, en última instancia, solo una pregunta acerca de la causalidad *empírica*, a través precisamente de una pregunta sobre la causalidad *ficción*, hipotética. Pero dicha fórmula de la *CSQN* no funciona en ejemplos como el del ciclista,⁸⁵ pues no es capaz de diferenciar entre el peso que corresponda a cada uno de los factores causales

a causas aleatorias o azarosas, pese a que no pueda demostrarse fehacientemente (pues ya hemos dicho que la teoría de Roxin *no puede hacerlo*) que haya sido ese riesgo creado por el facultativo con su mala praxis, y no la debilidad aportada por el paciente, el factor preponderante, aquel que realmente se haya materializado en el resultado de lesión o muerte para este último. En definitiva, la argumentación de Gimbernat, aun siendo bastante elocuente, tampoco logra resolver de raíz la carencia fundamental de la teoría del incremento del riesgo, la cual no es capaz de resistir esa dura objeción que le ha realizado un importante sector de la doctrina. De la misma opinión, por todos, Jäger; *Examens-Repetitorium...*, cit., pp. 29 a 31, marginal 37 y 39; Koriath, *Kausalität...*, cit., pp. 85 a 96.

⁸⁰ Vid. Röh, L., *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, edit. Lang, Fráncfort, 1995, pp. 145 y ss., 150.

⁸¹ *Ibidem*, p. 151.

⁸² También en algún momento admite Puppe, *La imputación...*, cit., p. 13, que “*resulta bastante impreciso qué constituye un riesgo prohibido y cómo se manifiesta la relación entre este riesgo prohibido y el resultado cuando el riesgo prohibido se ha realizado en el resultado.*”

⁸³ Röh, *Die kausale Erklärung...*, cit., pp. 22 y 23.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 147 y ss.

⁸⁵ Sobre ello véase Puppe, “*Brauchen wir...*”, cit., pp. 288 y 289, 291, 294 y 295; también en *Die Erfolgszurechnung...*, cit., pp. 95 y ss.

en concreto, de modo que todos aparecen como equivalentes, con el mismo valor. Por lo tanto, entiende Koriath, tales casos solo se van a dejar solucionar por medio de una valoración o una ponderación, necesariamente.⁸⁶ Pero, ¿en qué puede consistir esa valoración?, ¿cómo podría formularse tal ponderación? Pues tampoco Koriath da una contestación directa a esta pregunta, sino que la deja “en el aire”.⁸⁷

Algo parecido piensa Volk quien formula, a propósito de la causalidad, el principio que él denomina “de plausibilidad”: según este, a fin de poder afirmar el nexo de causalidad entre una conducta y un resultado, en general es suficiente con que un determinado factor haya conducido probablemente a que se produzca un daño para el bien jurídico (argumento que sin duda recuerda al criterio roxiniano del “incremento del riesgo”). A juicio de Volk, sin embargo, en esos supuestos (como el del ciclista) que él llama de “co-causación”, dicho principio “de plausibilidad” no funciona; y ello porque ya no es posible decidir solamente echando mano de probabilidades cuál de las causas alternativas, es decir, de los factores a tener en cuenta, ha ocasionado de verdad el resultado,⁸⁸ y en particular, si todos esos factores se han potenciado recíprocamente (en lo que llamamos causalidad acumulativa) o si, por el contrario, se han excluido unos a otros (en lo que sería una causalidad alternativa).⁸⁹

* Conclusión parcial:

De cualquier modo, llegado este punto, comenzamos ya a vislumbrar el auténtico problema que se nos plantea: a saber, ¿de qué forma se resuelven casos como estos de causalidad múltiple, en los que encontramos dificultades para dilucidar la cuestión de la “concreción del riesgo en el resultado”? Y en general,

¿qué relación existe entre la resolución del problema de la causalidad, por un lado, y la determinación de cuál es el factor de riesgo que se haya concretado en el resultado, por el otro? ¿Son, como puede parecer, la misma cuestión? ¿Podemos seguir empleando la *CS-QN*, o bien debemos utilizar algún otro criterio válido que nos aclare la causalidad empírica?, ¿o bien, corresponde efectuar una *ponderación* entre factores de riesgo, en realidad *normativa* pero basada en las circunstancias fácticas?

4.3. Puppe y su teoría del “riesgo superior al 0%” y la doble causalidad

A propósito de la determinación del nexo causal y de la imputación objetiva, en general, destaca asimismo la opinión de Puppe: considera que el primer paso para la imputación del resultado consiste en la relación efectiva, causal, que ha de existir entre las cualidades de contrariedad al deber del comportamiento del autor y el acaecimiento del resultado. De ese modo, frecuentemente los casos se deben resolver primero en el ámbito de la causalidad, sin esperar al ámbito de la imputación objetiva, y además centrando la atención no en un hecho ficticio, sino en el curso causal que efectivamente se haya producido. Y dicho curso causal, desde el punto de vista metodológico, ha de ser constatado precisamente en el plano de la causalidad.⁹⁰

A su vez, en concreto para los supuestos de causalidad múltiple (y al contrario de lo que indica la teoría de la evitabilidad, que conduce a la absolucón), entiende Puppe que cada uno de los sujetos cuyo comportamiento resulte contrario a la norma de cuidado y, de esa forma, haya creado un riesgo suficientemente elevado para explicar por sí solo el resultado (incluso

⁸⁶ *Ibid.* Koriath, pp. 93 a 96, 119, 151.

⁸⁷ Compruébese *ibidem*, p. 96.

⁸⁸ *Ibid.* Volk, K., “Kausalität im Strafrecht. Zur Holzschutzmittel-Entscheidung des BGH vom 2.8.1995”, en la revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSStZ), n.º 3/1996, pp. 105 a 110 (109 y nota al pie n.º 37).

⁸⁹ *Ibidem*, p. 109. En la doctrina española, ha reconocido por ejemplo Gimbernat, en “Teoría...”, *cit.*, pp. 128, 129, 134 a 136, que existen ciertos casos como este del ciclista en los que *la teoría del incremento del riesgo necesita, efectivamente, una corrección*, de lo cual Roxin *no parece ser consciente*. Y así, en el mencionado ejemplo entiende Gimbernat que existe una *duda razonable* acerca de que un eventual comportamiento correcto por parte del conductor hubiera podido verdaderamente disminuir el riesgo (de modo que tanto su conducta imprudente como la del ciclista podrían haber supuesto un peligro igual de atropello), por lo que resulta más apropiado absolverle del homicidio imprudente del que se le acusaba. En supuestos como este, por tanto, el nivel del riesgo permitido que se establece ponderadamente *para la generalidad de los casos en abstracto* puede quedar alterado debido a la concurrencia en el caso concreto de una circunstancia especial, la cual hará que surjan dudas sobre la validez de dicha regla.

⁹⁰ *Ibid.* Puppe, *Die Erfolgszurechnung...*, *cit.*, pp. 4 y ss., 8 y 9.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

del 100%), tendría que responder penalmente; y ello también aunque dicho riesgo concurriera en la situación con otros peligros igualmente elevados que, de ese modo, hipotéticamente excluyeran su eficacia.⁹¹ En realidad, de acuerdo con Puppe, tendrían responsabilidad penal cada uno de los participantes en la situación cuya conducta hubiera introducido un riesgo superior al 0%,⁹² pero sin que bastara, evidentemente, ese simple incremento del riesgo para imputar el resultado, sino que, en el marco de los delitos imprudentes, sería necesario que precisamente esa conducta descuidada del autor *hubiera sido causal para dicho resultado*.⁹³

Por lo tanto, en opinión de Puppe, tal explicación del caso de acuerdo con reglas de probabilidad no sería completa, íntegra, hasta que no reuniera *todas aquellas partes o elementos que, según las correspondientes reglas generales de la probabilidad, hubieran influido* en la posibilidad de que aconteciera el resultado.⁹⁴ De hecho, en los supuestos de causalidad múltiple, según Puppe se trata de aportar varias explicaciones causales: es decir, varias condiciones mínimas suficientes (según reglas naturales) para el resultado que solo son idénticas entre sí en parte, de manera que aquellas partes que no son idénticas se pueden sustituir recíprocamente sin que deje de explicarse suficientemente el resultado. Por ejemplo, en el caso del ciclista, supongamos que la embriaguez de dicho ciclista y la escasa distancia de seguridad en el adelantamiento pudieran intercambiarse mutuamente, de modo que el factor que se mantuviera estable siguiera dando lugar a una condición suficiente del resultado contando con el resto de las circunstancias de la situación.⁹⁵

A mi juicio, de cualquier forma, cuando Puppe exige que una explicación del caso sea íntegra (con todas aquellas partes que, según las reglas de probabilidad, hubieran influido en la posibilidad del resultado), ella no está haciendo otra cosa que la misma operación realizada con

la *CSQN* que es la de recabar todos aquellos factores más o menos significativos, y por tanto, más o menos causales y que realmente que contribuyan con un tanto por ciento de probabilidad al acontecimiento del resultado. Así pues, considero que en este punto Puppe está incurriendo en la misma incongruencia que los otros autores al no reconocer abiertamente que, en el llamado caso “del ciclista” y en otros muchos de causalidad, de lo que se trata es de efectuar una ponderación más o menos intuitiva entre los diversos factores de riesgo, a fin de decidir a cuál corresponderá el tanto por ciento más alto de probabilidad de causar el resultado y, por consiguiente, cuál de ellos será el que se haya “concretado” en este. Precisamente la propia autora admite que, para establecer una causalidad basada en las reglas de la probabilidad, no se dispone de ningún método lógico de modo que “no queda otra que buscar leyes (de probabilidad) apropiadas, sobre la base del conocimiento teórico empírico, y comprobar si se han dado sus requisitos”.⁹⁶

Además, el método que emplea Puppe para averiguar el curso causal real no se aleja tanto del método propuesto por la teoría del incremento del riesgo y que ella en cierto modo critica (es más, no se aleja tanto de la *CSQN*). A saber, el argumento inventado por Puppe para evaluar la naturaleza causal de la conducta de un sujeto consiste en mantener mentalmente la actuación de este en la forma real en la que se haya llevado a cabo y suponer al mismo tiempo (hipotéticamente) que los otros participantes imprudentes se hubieran comportado, en verdad, conforme a derecho. Bajo tales premisas, si el resultado hipotéticamente se siguiera produciendo, ello querría decir que la conducta del sujeto sería causal para dicho resultado.⁹⁷ Podemos observar, en definitiva, como la teoría del incremento del riesgo de Roxin (basándose en la *CSQN*) propone exactamente el criterio opuesto: es decir, sustituir mentalmente solo la conducta del sujeto por otra conforme a derecho y comprobar si, de esa forma, el resultado desaparece o si, al menos, el riesgo disminuye. Por consiguiente, el planteamiento de Puppe sigue apoyándose en un punto de vista *hipotético*.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 8, 90, 99 in fine y 100; también en “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 292. En el mismo sentido, *vid.* Ranft, “*Berücksichtigung...*”, *cit.*, p. 1430; en contra, Röth, *Die kausale...*, *cit.*, pp. 30 y 31.

⁹² *Vid.* Puppe, *Die Erfolgszurechnung...*, *cit.*, pp. 90 in fine y ss., 100 y 101. Opina lo contrario Jäger, *Examens-Repetitorium...*, *cit.*, pp. 28 a 30, sobre todo marginales 37 y 39.

⁹³ *Vid.* Puppe, *ibidem*, pp. 92 a 94.

⁹⁴ Véase Puppe, “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 305.

⁹⁵ *Vid.* Puppe, “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 294.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 305.

⁹⁷ *Vid.* Puppe, *Die Erfolgszurechnung...*, *cit.* (2008), pp. 84 y 85, 89 y 90, 97.

A propósito del mismo caso del ciclista, más recientemente Puppe ha sostenido con claridad que puede imputarse al conductor del camión la responsabilidad por el resultado: esta autora entiende que ambas infracciones del deber de cuidado, tanto la cometida por la víctima (conducir ebrio) como la cometida por el conductor (adelantar con una distancia de seguridad demasiado exigua) compondrán de forma conjunta e inseparable una causa *necesaria y suficiente* del accidente mortal (de ahí que se trate, constata ella, de un caso de *doble causalidad*,⁹⁸ aunque, en realidad, del modo en que lo está configurando se trataría de un ejemplo de causalidad *cumulativa*). Así pues, para Puppe, de acuerdo con las pruebas practicadas en el proceso y con la certeza que se pudo obtener en el mismo, tanto la conducta del uno como la del otro arrojarían por separado, de forma aislada entre sí, una probabilidad de concurrencia del resultado *inferior* al 100% (ninguna de ellas, por tanto, considerada en sí misma, representaría una condición necesaria ni suficiente del resultado); en efecto, solo conjuntamente ambas lesiones del deber de cuidado dan lugar a tal probabilidad del 100%, sin que importe, en este caso, cuál haya sido exactamente la distribución numérica de porcentajes entre uno y otro factor (en opinión de Puppe, de hecho, en contextos de *doble causalidad* como este ni siquiera sería necesaria la teoría del incremento del riesgo de Roxin para fundamentar la causalidad ni la imputación del resultado, una vez que ya se hubiera verificado dicha causalidad).⁹⁹

En tal sentido, dice Puppe, precisamente del hecho de que se haya producido el resultado letal no puede deducirse (como en ocasiones erróneamente se hace) que el riesgo introducido por el ciclista o por el conductor deban ser necesariamente del 100%: pueden ser, en verdad, inferiores, ya que también un curso

causal no determinado del todo (sino solo basado en una probabilidad de que se produzca el resultado del 70, del 50% o menos) va a conducir finalmente a alguna consecuencia (y en la práctica, ello sucede continuamente, como sabemos). Por consiguiente, si el riesgo creado por el ciclista fue inferior al 100% (aunque elevado), la actuación del conductor del camión todavía podía incrementarlo, como así ocurrió.¹⁰⁰

En definitiva, ambos comportamientos descuidados constituirían *partes imprescindibles de la condición verdadera y suficiente* del accidente letal, de manera que “ninguno de los participantes se puede exonerar en virtud de la lesión de deber de cuidado del otro”. Y particularmente no podría disculparse el conductor alegando que existía una cierta probabilidad de que el ciclista también se hubiera precipitado bajo las ruedas del remolque, aunque él le hubiera adelantado con la distancia legalmente exigida.¹⁰¹

* *Conclusión parcial:*

De esta forma, en realidad Puppe está abogando por un concepto probabilístico, estadístico, de causalidad en el ámbito jurídico.¹⁰² Y como se puede observar y seguiré poniendo de manifiesto en los siguientes apartados, la resolución de los supuestos de causalidad múltiple se sustenta en una ponderación entre los diversos factores de riesgo, a fin de identificar cuál es, o cuáles son, aquel o aquellos que se han concretado en el resultado. Se trata, por tanto, de hallar esa *condición necesaria y suficiente*, como indica Puppe (causa eficiente) que logra explicar por qué se ha producido el resultado. En consecuencia, nos situamos *todavía* en *el plano de la causalidad*, que no se ha abandonado en ningún momento.¹⁰³

⁹⁸ Acuñó este concepto ya en 2001: *vid.* Puppe, “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 294.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 288, 291, 294 y 295.

¹⁰⁰ *Vid.* Puppe, *La imputación...*, *cit.*, pp. 78 y 79.

¹⁰¹ Puppe, “*Die Lehre...*”, *cit.*, pp. 495 y 496; también en “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 294.

¹⁰² *Vid.* Puppe, *La imputación...*, *cit.*, pp. 8 y 9, 79. Sobre este concepto, véase asimismo Rolinski, K., “<Statistische Kausalität> im Strafrecht?”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa* (editado por Kühne, H.-H.), Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 483 y ss. (494 y 495).

¹⁰³ Una idea muy parecida a la planteada por Puppe parece proponer Jäger, en “*Die notwendige Bedingung...*”, *cit.*, pp. 355 y 356, 363 y 364 y nota al pie n° 70, cuando indica que, a la hora de determinar el nexo de causalidad, el procedimiento correcto consiste en hallar aquellas partes integrantes del desarrollo de los hechos que han conducido a un resultado, y que, al mismo tiempo, son partes del acontecimiento en su conjunto. Así, el análisis de la causalidad consistiría en asignar a un determinado resultado aquellos acontecimientos que le han precedido y que, junto con él, conforman el suceso completo que ha tenido lugar (de la misma forma, entiendo, en que lo hace la teoría de la condición: *vid.* a este respecto Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 15 y 19). El problema que a mi juicio esta tesis plantea, sin embargo, es que en Derecho Penal no se imputan resultados a acontecimientos ni a cursos causales completos, sino a *acciones u omisiones*

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

4.4. Otro punto de vista sobre cómo se determina la “concreción del riesgo en el resultado”: Jakobs

De acuerdo con la opinión de Jakobs, en tales casos de *resultado sobre-condicionado* como “el del ciclista”, el resultado lesivo solo podrá ser imputado a aquel riesgo que, en la situación dada, haya sido el primero en completarse: es decir, el primero en alcanzar un grado de probabilidad del 100% de producción del resultado.¹⁰⁴ Para Jakobs, de hecho, la solución en ese ejemplo del ciclista va a depender de cuál de los dos factores de riesgo se haya completado antes: si el ciclista hubiera estado ya tambaleándose irremediabilmente al tiempo en que el camionero comenzó a adelantarse, en el resultado se habría realizado el riesgo derivado de la embriaguez (y la insuficiente distancia en dicho adelantamiento constituiría solo una circunstancia acompañante). Y al contrario ocurriría si dicho camión ya no pudiera mantener una distancia de seguridad adecuada en el momento en el que el ciclista comenzó a “hacer eses” (como al parecer, ocurrió en realidad): entonces, dicho tambaleo solo implicaría una condición concomitante.¹⁰⁵

Por otro lado, negando la utilidad de planteamientos hipotéticos a la hora de imputar el resultado,¹⁰⁶ Jakobs indica que aquel sujeto cuya conducta arriesgada se haya materializado verdaderamente en el resultado, en principio ya no podrá exonerarse de

responsabilidad simplemente alegando que él, hipotéticamente, a través de su comportamiento disconforme con el derecho habría al mismo tiempo protegido el bien jurídico frente a alguna otra fuente potencial de peligro.¹⁰⁷

Por ejemplo, caso 4, “del verdugo” (de causalidad *hipotética*): si A mata al asesino de su hijo, B, estando dicho asesino ya condenado a muerte y esperando al día de la ejecución, dado que A no es el verdugo ni actúa legítimamente, responderá por homicidio. A no podrá exonerarse alegando que, de todos modos, B iba a morir poco después a manos del verdugo.¹⁰⁸

Así ocurrirá también cuando nos hallemos ante un ejemplo de causalidad *alternativa* o de causalidad *hipotética* de una o varias infracciones del deber de cuidado. A saber, pese a que se indique que, supuestamente, incluso en caso de una conducta cuidadosa por parte del sujeto el resultado se hubiera producido de todos modos debido a la intervención de *otros* factores de riesgo, a juicio de Jakobs deberá responder penalmente el autor de aquella infracción que, según la valoración *ex post*, se haya concretado efectivamente en el resultado.¹⁰⁹ *Sensu contrario*, si no pudiera comprobarse judicialmente cuál de los riesgos se habría materializado, la solución correcta pasaría por

concretas. Por ello, a la hora de determinar a cuál de esas acciones atribuimos dicho resultado, en los casos de causalidad alternativa no queda otra opción que intentar dilucidar la causalidad empírica efectiva. El propio Jäger admite, a este respecto, que “*aunque la causalidad puede remontarse muy atrás en el pasado, a la hora de investigar dicha causalidad solo se van a tener en cuenta aquellos acontecimientos previos al acaecimiento histórico del resultado respecto de los que tenga sentido que sean jurídicamente imputados. No obstante, por supuesto, esto no impide que también otros acontecimientos puedan calificarse como causales*”. Y añade Jäger que “*la diferencia ente una circunstancia colateral y un auténtico factor causal solo se puede establecer normativamente*.” Con tal argumentación, empero, este autor está admitiendo que entre los “factores causales”, según su planteamiento, unos son *auténticos* y otros no, por lo que no todos resultan realmente causales para la aparición del resultado, sino que tal distinción tendrá que realizarse mediante una consideración valorativa. De esa forma, pues, Jäger reconoce (en el fondo) que el plano de la causalidad empírica y el de la reflexión valorativa (que se identifica con la imputación objetiva) corren a la par, se encuentran entremezclados.

¹⁰⁴ Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 230 y 231, marginales 83a y 84; con el mismo criterio, Hoyer, A., “*Kausalität und/oder Risikoerhöhung*”, en *Festschrift für H.-J. Rudolphi zum 70. Geburtstag*, edit. Luchterhand (edit. por Rogall, K., Puppe, I., Stein, U. y Wolter, J.), Múnich, 2004, pp. 95 a 105 (103 y 104); en contra se manifiesta Röh, *Die kausale Erklärung...*, cit., pp. 42 y 43.

¹⁰⁵ Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 231, inclinándose, al parecer, por declarar la responsabilidad por homicidio del camionero, pues habría sido el riesgo introducido por este el que se habría materializado en el resultado (ver p. 235, marginal 98 y nota al pie n° 146).

¹⁰⁶ Al igual que han hecho en la doctrina española autores como Martínez Escamilla (vid. “*Relevanz...*”, cit., pp. 39, 41 y 42, 44, 46).

¹⁰⁷ Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 231, 234 y 235, marginales 83a, 92 a 95. En sentido parecido, vid. Roxin, *Strafrecht...*, cit., capítulo (§) 11, marginales 23 y 59; Ranft, “*Berücksichtigung...*”, cit., p. 1430; en contra, afirmando la relevancia de los cursos causales hipotéticos a la hora de determinar la imputación del resultado, Kaufmann, Arthur, en “*Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*”, en *Festschrift für Eberhard Schmidt* (edit. por Bockelmann, P. y Gallas, W.), edit. Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1961, pp. 200 a 231 (229).

¹⁰⁸ Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 235, marginal 94.

¹⁰⁹ Con el mismo criterio, vid. Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, cit., pp. 43 y 44.

exculpar al sujeto implicado en virtud del principio *in dubio pro reo*.¹¹⁰

Caso 5. El médico X, por error, administra al paciente Y para narcotizarle una dosis de cocaína, en lugar de la dosis de novocaína que debía haberle aplicado con ese fin. El paciente fallece. No obstante, se pone de manifiesto que Y posiblemente hubiera muerto incluso aunque se le hubiera administrado correctamente la novocaína, debido a una muy inusitada hipersensibilidad a la anestesia que este padecía (a saber, una no reducción de la glándula del timo) y que era irreconocible *ex ante* (Sentencia del RG alemán de 1926, n° 2302). En opinión de Jakobs (y en contra de lo que decidió en su día el RG), una vez determinado que ha sido el factor de riesgo “inyección de cocaína” el que se ha materializado en el resultado dentro del curso causal *real*, resulta irrelevante cualquier otro curso hipotético. Así pues, dicha concreción del riesgo en el resultado no decae por el hecho de que el resultado también se hubiera producido de haberse aplicado el método permitido (administración de novocaína).¹¹¹

Con relación a los criterios de imputación sostenidos por Jakobs, se puede traer a colación otro ejemplo propuesto por él.

Caso 6. A administra a B una dosis letal de veneno, mezclada en un praliné de mazapán y caramelo. B engulle el dulce con tanta ansia y voracidad que este se le atasca en el esófago y le produce la muerte por asfixia. ¿Responderá A de este resultado? ¿Habrá sido la muerte de B una concreción del riesgo de envenenamiento introducido por A?

A juicio de Jakobs, no es posible en este caso imputar el resultado de muerte de B a la acción de A, sin embargo en el resultado acontecido no se ha realizado el riesgo de envenenamiento, sino el riesgo creado por la propia víctima al comer atropelladamente, que es el primero que se ha completado en la situación, alcanzando el 100% (el riesgo de envenenamiento, pese a ser *no*

permitido, no ha llegado a actuar en el resultado y, por tanto, no lo explica). En dicho contexto, por otro lado, el riesgo de atragantamiento que ha introducido A con la administración del bombón ha sido un riesgo *permitido*, el cual únicamente ha venido a acelerar o a intensificar la posibilidad de tal atragantamiento; y ese riesgo *permitido* no se convierte sin más en *no permitido* solo por el hecho de que A, en la práctica, no pudiera escindir fácilmente un riesgo del otro (pues ambos iban juntos).

A su vez, apunta Jakobs, se podría sostener que la víctima también se podría haber atragantado por engullir un dulce sin la intervención del autor, o bien antes, o al mismo tiempo, o después del suceso comentado; o quizás no habría sido así, pero esto constituye un juicio *hipotético* que resulta totalmente irrelevante para la resolución del caso. Para tal resolución, en efecto, solo interesa el curso causal *real*, mas no hechos hipotéticos —dice Jakobs—. Y tampoco importa ni ha de tenerse en cuenta la posibilidad (precisamente hipotética) de que, de haberse evitado la conducta no permitida (la administración del dulce envenenado), también se habría evitado el resultado. Según Jakobs dicha posibilidad es solo una causalidad *falaz* a la que nos conduce la *CSQN*, pero no es un indicio ni *necesario* ni *suficiente* de que el peligro en cuestión, creado por A, haya sido el que se haya materializado en el resultado.¹¹²

* *Conclusión parcial:*

En definitiva, Jakobs, con su argumento de que *habrá que atender a cuál de los riesgos se asienta completamente en primer lugar*, es decir, a cuál de ellos *se desprende en primer lugar del ámbito de organización del sujeto competente* en esa situación,¹¹³ también realiza una ponderación de la importancia relativa de los riesgos concurrentes. Es decir, valora tales fuentes de peligro a fin de determinar cuál es la que ha alcanzado en primer lugar una probabilidad del resultado del 100% y, en definitiva, cuál es la que, desde una perspectiva *ex post*, ha ocasionado el resultado, en el

¹¹⁰ Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 231, 234 y 235 (marginales 83a, 92 a 95), así como marginales 98, 100 a 102; también en *La imputación...*, cit., pp. 115 a 117; sobre ello, vid. igualmente Jescheck/Weigend, *Tratado...*, cit., p. 302.

¹¹¹ Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., p. 232, marginales 87 y 88; con el mismo criterio vid. Ranft, “*Berücksichtigung...*”, cit., p. 1431; cfr. también Jäger, “*Die notwendige Bedingung...*”, cit., pp. 349, 353 a 355. La solución opuesta, en cambio, aplicando la teoría del incremento del riesgo, defiende Gimbernat, en “*Teoría...*”, cit., p. 132.

¹¹² Vid. Jakobs, *Strafrecht...*, cit., pp. 231 y 232, marginal 86. Propone un caso parecido Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 377, marginal 66.

¹¹³ *Ibidem*, p. 230, marginal 83a.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

sentido de que se ha *hecho realidad* en él. Por lo tanto, no nos hallamos tan lejos de un proceso de determinación de la *causa eficiente*, y con ello, seguimos moviéndonos simplemente en el ámbito de la causalidad *material*.¹¹⁴

5. Cómo se resuelve, en la práctica, el problema del 2° elemento de la imputación objetiva

A continuación, una vez analizadas las opiniones de diversos especialistas en esa materia de “la causalidad alternativa” y de “los comportamientos alternativos conforme a derecho”, trataré de dilucidar ahora con exactitud en qué consiste dicho requisito relativo a que “el riesgo se haya concretado en el resultado”, y cómo el mismo se puede determinar. Para ello examinaré una a una las tres excepciones que la teoría de la imputación objetiva contempla en relación con tal requisito: es decir, aquellas tres constelaciones de casos en las que *no se dará* el elemento de la concreción del riesgo en el resultado, a saber:¹¹⁵

1. Casos de *desviación o interrupción del curso causal*.
2. Casos de *comportamientos alternativos conformes a derecho* (donde se incluyen los ejemplos *del ciclista y de la novocaína*, ya estudiados).
3. Casos *no cubiertos por el fin de protección de la norma*.

5.1. Casos de desviación o interrupción del curso causal

a) Comenzando por la primera de tales constelaciones, y siguiendo los postulados de la mencionada teoría de la imputación objetiva, se afirma que el riesgo introducido por el autor en la situación de que se trate no se habrá materializado en el resultado cuando este último se haya producido a través de un *curso causal anómalo* o *desviado*, y debido a la aparición de *otros factores de riesgo* distintos al creado por el autor, los cuales resultasen *ex ante desconocidos e imprevisibles* para él. En tal sentido, dichos *otros riesgos* podrán ser o bien *naturales* o *accidentales*, o bien introducidos por *terceras personas*, o bien causados por la propia *víctima*. De ese modo no será posible imputar objetivamente el resultado final a la acción inicial del sujeto, dado que dicho resultado es concreción de *otro* factor de riesgo imprevisible *ex ante* para él, y no del creado por su acción.¹¹⁶ Es posible ilustrar este planteamiento mediante algún ejemplo en el que se trata de dilucidar si se hubiera producido o no tal interrupción del curso causal:

Caso 7. El 18/09/2006 José Pablo acudió a la Casa de Campo de Madrid, contactando con Claudia, con quien concertó servicios sexuales por un determinado precio, trasladándose ambos al domicilio de José Pablo en el vehículo de este. Una vez llegaron al citado domicilio, al entrar en la vivienda, se asustó Claudia ante el perro —de gran tamaño, mezcla de pastor belga y mastín— que se encontraba suelto en el interior por lo que José Pablo lo encerró en la cocina y cerró la puerta que separaba

¹¹⁴ Con la misma opinión y línea argumental que Jakobs se pronuncia Martínez Escamilla, en “*Relevanz...*”, *cit.*, pp. 41 y 42: para dicha autora, a fin de resolver estos casos de “*concurrency de riesgos*” lo importante es atender al curso causal *real* y a cuál de esos riesgos se ha concretado en el resultado, y no a elucubraciones *hipotéticas* como las que emplean tanto la teoría de la evitabilidad como la teoría del incremento del riesgo (pues estas tienen en cuenta “el comportamiento alternativo conforme a Derecho”). Por ejemplo, si un médico prescribe a su paciente una dosis de un fármaco por encima de la cantidad recomendada por la *lex artis* y dicho paciente muere, pero se descubre que dichas pastillas contenían una sustancia letal ajena a su composición ordinaria (por un error del laboratorio fabricante), según Martínez Escamilla el médico quedaría exento de responsabilidad por homicidio imprudente. Ello se debería a que, con independencia de cualesquiera planteamientos hipotéticos, en su comportamiento no existe un desvalor de resultado, dado que en el fallecimiento del paciente se ha realizado un riesgo prohibido distinto de aquel que tal médico creó. En definitiva, esta autora también se centra en encontrar en cada supuesto aquella causa que haya sido la verdaderamente eficiente, o lo que es lo mismo, la que se haya materializado en el resultado (cuestión de la causalidad).

¹¹⁵ *Vid.*, por todos, Pérez Alonso, “*Delitos de acción...*”, *cit.*, pp. 447 a 451, y en “*Tema 13...*”, *cit.*, pp. 239 a 254.

¹¹⁶ *Vid.*, por todos Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 262 y 263, marginales 58 y 59. En estos casos también se alega que la norma *supuestamente* infringida por el autor (es decir, el tipo penal en que consista el resultado: lesiones, homicidio, etc.) no tenía como finalidad evitar tal desviación del curso causal, pues esta resulta imprevisible *ex ante*. Por consiguiente, por lo que respecta al sujeto concreto, el resultado quedaría fuera del ámbito de protección de esa norma penal (tipo); y en efecto, su acción inicial no podría castigarse como típica en relación con tal resultado. En cambio, dicha acción del sujeto sí podría castigarse en relación con el resultado que efectivamente sí produjo: es decir, como lesiones dolosas o imprudentes, tentativa de homicidio, etc. Y, si fuera posible, también procedería castigar al creador del foco decisivo de riesgo, por el resultado finalmente causado.

el recibidor y la cocina del resto de la vivienda. José Pablo entró en su dormitorio donde se desnudó completamente, tumbándose en la cama, y llamó a Claudia para que iniciaran relaciones sexuales, contestándole Claudia que previamente tenía que pagarle lo pactado. José Pablo le dijo que solo tenía 20 € y que luego irían al cajero para sacar el dinero, desconfiando Claudia de esta promesa, salió del dormitorio diciendo que se marchaba. José Pablo se levantó entonces bruscamente de la cama acudiendo a donde estaba Claudia, agarrándola, empujándola e intentándola llevar hacia la cama, pidiendo Claudia ayuda a gritos y reaccionando cogiéndole del pene a José Pablo y apretando hasta que este cesó en su forcejeo. Ante tal actitud defensiva de Claudia, José Pablo, con la finalidad de que no se marchara, fue a la cocina, cogió un cuchillo y se enfrentó de nuevo a ella, que pretendía irse y que gritaba pidiendo ayuda, provocándose un nuevo forcejeo en el transcurso del cual el cuchillo se cayó al suelo. En esas circunstancias, ante la actitud violenta de José Pablo y el temor a que continuase su agresión, con el perro ladrando tras la puerta que daba a la única salida de la vivienda, Claudia no vio otra posibilidad que salir del lugar huyendo por la ventana, por lo que se subió a la misma y, tras traspasar los pies y apoyarlos en una placa de aluminio existente en el exterior, donde llegó a apoyar los dos pies, se cayó al vacío. José Pablo vio a Claudia cuando esta se encontraba ya en el exterior de la ventana y apoyada en la placa metálica, y no acudió en su ayuda a pesar del riesgo inminente de caída. Una vez Claudia cayó al vacío, José Pablo miró hacia abajo y cerró la ventana del salón, despreocupándose de las graves consecuencias que lógicamente sufriría Claudia en la caída, sin acudir o reclamar ayuda o asistencia médica para ella. Claudia sufrió politraumatismo severo y varias fracturas que requirieron una estancia de 12 días en la UCI, así como un tiempo completo de curación de 547 días (Sentencia del TS de 02/04/14).¹¹⁷ ¿Deberá responder José Pablo de tales lesiones sufridas por Claudia?

Al hilo de este caso, se puede analizar cómo ha de resolverse dicha cuestión sobre “la concreción del riesgo en el resultado”. Se trata indudablemente de ponderar los factores de riesgo concurrentes en la situación, los cuales han contribuido conjuntamente al acontecimiento del resultado. Dicho en términos

descriptivos: a la conducta de coacción, violencia física e intimidación sobre la víctima por parte del autor se ha sumado el comprensible terror y la angustia experimentados por esa víctima como consecuencia directa de la actitud de él. Así pues, debería fijarse en primer lugar el porcentaje de probabilidad del resultado que ha introducido la acción del agresor, el cual podría estar situado entre un 60 y un 90%, por ejemplo, sin llegar al 100% (pues siempre cabría la intervención hipotética de otros factores que evitaran *in extremis* el desenlace fatal, como la ayuda inesperada y heroica de un vecino, la propia valentía y resistencia de la víctima, que, sin escapar de la habitación, se resignara a sufrir el ataque; una fortaleza inusitada en ella o la simple casualidad, que hubieran evitado que sufriera daño físico alguno con la caída, etc.). Y a su vez, mentalmente debe evaluarse el porcentaje de riesgo que aporta la víctima mediante su decisión personal, y de esa forma no previsible totalmente, de arrojarle por la ventana para escapar de su agresor. Puede considerarse que tal porcentaje estaría entre el 25% y el 50%, también sin llegar al 100%, y por supuesto, sin olvidar que la mayor parte de ese riesgo tiene su origen directo en la actitud opresiva y atemorizante del otro sujeto: en efecto, bajo tales circunstancias, solo una víctima extraordinariamente fuerte y con dominio de sí misma tendría todavía un pequeño ámbito de libertad de decisión sobre si lanzarse al vacío o no. Pero ello resulta inexigible desde la moral y desde la razón jurídica en contextos de tal naturaleza.

Por consiguiente, sopesando ambos porcentajes debe llegarse a la conclusión de que en el resultado acontecido se ha materializado precisamente el riesgo introducido por el agresor, pues este era el preponderante, el más elevado en esa situación; y a su vez, porque debe tenerse en cuenta y añadirse a dicho porcentaje aquella proporción dentro del riesgo introducido por la víctima, con su decisión, que emana originalmente de la propia conducta intimidatoria del autor.

Sin embargo, no fue esa la solución adoptada por el Tribunal Supremo en este caso, sino precisamente la contraria: así, siguiendo el criterio de la audiencia *a quo*, el supremo descartó la condena al acusado José Pablo por tentativa de homicidio o por lesiones, aun admitiendo que “se podía sostener que fue

¹¹⁷ Número de referencia TOL: 4.280.625, www.tirantonline.com

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

su actuación la que puso conscientemente en grave peligro la vida de la víctima”. En efecto, el Tribunal reconoce que “fueron los obstáculos puestos por el acusado para su abandono de la casa los que determinaron que la víctima intentase salir por la ventana como medio de huir de la agresión violenta que estaba sufriendo”, ya que el agresor “impidió por la fuerza a la víctima que abandonase libremente la vivienda por la puerta”. Sin embargo, el Tribunal Supremo, limitado por el sentido de la propia resolución de instancia (que no fue recurrida en su momento por el Ministerio Fiscal), hubo de confirmar la condena dictada por la audiencia apreciando un delito de coacciones en concurso con una omisión del deber de socorro. Por lo tanto, se considera el factor introducido por la víctima con su decisión de arrojar por la ventana como aquel elemento de riesgo determinante y que se ha concretado en el resultado de sus lesiones, en lugar de la probabilidad de causación de tal desenlace introducida por el autor mediante su comportamiento gravemente intimidatorio.

** Conclusión parcial:*

En definitiva, este tipo de procesos de “cálculo mental”, y no otros, son los que se hallan detrás de la resolución jurídica del ejemplo comentado y de muchos más. De ese modo, se lleva a cabo *a posteriori* del caso (*ex post*), cuando ya se conoce todo lo sucedido, una ponderación entre porcentajes de riesgo, entre tasas de probabilidad que se determinan de un modo esencialmente intuitivo, con base en la propia experiencia de la vida y en la razón práctica — si bien, existen otros casos en los que, a efectos de establecer tales porcentajes, se cuenta con la orientación de una pericia científica y empírica, desde el ámbito de la medicina, la física, la biología, etc.—. Por lo tanto, seguimos en realidad sin abandonar el territorio de la causalidad, a fin de esclarecer cuál ha sido esa causa *eficiente*. Y los criterios con los que se decide cuál es el riesgo que se ha materializado en el resultado, de entre los concurrentes, son tan puramente prácticos, ontológicos, como los del denominado *plano de la causalidad*.

b) Se puede comprobar lo sostenido hasta ahora mediante otro ejemplo, muy parecido al anterior:

Caso 8. En el marco de una larga serie de maltratos, el 31/01/04 Eduardo lesionó a su mujer, Beatriz, con un cuchillo, produciéndole heridas de las que fue asistida en el Hospital. Dos días después, Eduardo encerró a su esposa en el domicilio familiar, guardándose después todas las llaves. Beatriz sintió que su vida estaba en peligro, hasta el punto de que escribió una nota de auxilio, la cual no logró que saliera del domicilio. Esa misma noche, Eduardo acometió físicamente a su esposa de tal modo que esta, atemorizada porque su marido pudiera acabar con su vida, quiso poner fin a la situación escapándose de la casa. Para ello no vio más posibilidad que hacerlo por alguna de las ventanas, lo que intentó en un instante en que Eduardo la dejó sola, colocándose sobre el alfeizar de la ventana del baño para, desde allí, alcanzar algún otro lugar al que escapar. Pero, debido al peso de ella (embarazada de 8 meses), cayó a la calle, falleciendo ella y el feto. Eduardo fue consciente en todo momento de la situación de desesperación en la que había colocado a su esposa, y de que ella quería escapar de la casa de cualquier modo (Sentencia del TS de 16/05/07).¹¹⁸ ¿Deberá responder Eduardo por la muerte de Beatriz?

En este caso, el Tribunal Supremo sí consideró el riesgo creado por dicho autor agresivo como aquel que precisamente se había verificado en el resultado, excluyendo en ese sentido la relevancia causal del otro foco de riesgo aportado por la víctima con su decisión de arrojar al exterior. Así, afirma el Alto Tribunal la existencia de una “*relación de causalidad, material y psíquica*” entre el encierro y la violencia sufrida por Beatriz y su posterior muerte y la del feto. La razón que sustenta dicha afirmación es que la conducta del agresor originaba un grave riesgo de que la víctima tratara de escapar de manera extremadamente peligrosa para su vida y la del feto, de modo que no puede considerarse que la reacción de esta fuera “*imprevisible*” ni “*exagerada*”. Por ello, queda descartado que se haya producido la interrupción del curso causal y se aprecia, en cambio, la imputación objetiva. En consecuencia, teniendo en cuenta también que el autor “tenía conciencia de la racional y concreta

¹¹⁸ Número de referencia TOL: 1.092.892, www.tirantonline.com

peligrosidad de su conducta para las vidas de su mujer y del feto”, se condena a aquel por homicidio y aborto doloso-eventuales.

** Conclusión parcial:*

Una vez más, se percibe en la argumentación del Tribunal Supremo un enfoque de ponderación de riesgos, considerando en el caso estudiado cuál es el factor de peligro (o de probabilidad del resultado) más elevado, el determinante de cara a la producción del resultado lesivo. En este ejemplo, como se ha dicho, sí aprecia el Tribunal que ha sido el riesgo creado por el autor el que se ha materializado en el resultado, y que la acción de la víctima entraría dentro de tal ámbito de riesgo: es decir, sería una derivación o consecuencia natural del mismo, y no un riesgo independiente. Por ello, constituyendo además un porcentaje de riesgo poco significativo, no viene a competir en importancia con la condición causal aportada por el propio autor, que es la determinante.

e) A continuación, analizaré un ejemplo de posible causalidad *cumulativa*, con intervención imprudente de la víctima (en cierto modo, un caso parecido al ya comentado “del ciclista”):

Caso 9. Con la intención de llevar a cabo un registro en un inmueble de Gramanet en el que se sospechaba se traficaba con drogas, y acompañados de la Secretaria Judicial y de otros policías, el agente de la Policía Autónoma Gaspar y otro funcionario del mismo cuerpo entraron a la carrera en dicho inmueble, portando en la mano sus respectivas armas reglamentarias y estando provistos de chalecos con el letrero que les identificaba como policías. Se dirigieron a una de las habitaciones, encontrándose allí Gaspar con dos personas tumbadas en sendas camas. Dicho agente llevaba la pistola sin seguro y en posición de doble acción, con el dedo fuera del receptáculo del gatillo. Las personas que estaban tumbadas, entonces, pese a las voces de los agentes de “¡alto, policía!” y “¡al suelo!”, comenzaron a levantarse de sus camas, tratando Gaspar mediante empujones de que no lo hicieran. Una de esas personas, Raúl, se irguió finalmente y cogió con sus dos manos la mano de Gaspar, que empuñaba el arma, comenzando un forcejeo entre

ambos. El policía trataba que Raúl no le arrebatara el arma pero, en ese forcejeo, este último, dando un violento tirón hacia Gaspar y tropezando con el borde de la cama cayó hacia atrás, arrastrando en su caída a Gaspar. En ese momento se disparó la pistola, impactando la bala en la región parietal izquierda, base del cráneo y cerebelo de Raúl, quien murió de forma instantánea. No se pudo probar quién de *los* dos accionó el gatillo. ¿Será responsable Gaspar de la muerte de Raúl? (Sentencia del TS de 20/11/2007).¹¹⁹

Con ocasión de esta sentencia, el Tribunal Supremo realiza un correcto repaso de la teoría de la imputación objetiva, exponiendo sus planteamientos principales. Aplicando tal teoría, resuelve el Supremo apoyar el punto de vista de la audiencia *a quo*, en el sentido de absolver al policía Gaspar por el delito de homicidio imprudente del que se le acusaba. En efecto, en este caso —que el Tribunal Supremo considera próximo a los de “compensación de culpas”— se empieza admitiendo que el citado policía, al portar el arma reglamentaria sin el seguro puesto, ha introducido ciertamente un riesgo el cual constituye, según la *conditio sine qua non*, una *causa natural* del resultado (pues, de haber llevado la pistola su seguro, no se habría disparado pese al forcejeo). Sin embargo, continuando con el análisis de la imputación objetiva, el Supremo niega que dicho riesgo resulte *desaprobado*; a lo sumo, y “extremando el análisis” (!), sería *levemente* imprudente, en base a las circunstancias concurrentes: a saber, se desconocía exactamente el número de personas alojadas en el inmueble y si estas se encontrarían armadas, por lo que llevar el arma presta para un rápido disparo era una precaución necesaria; y además, las características de la pistola impedían un disparo casual o por accidente, sobre todo si el policía llevaba el dedo correspondiente fuera del espacio del disparador.

Pero, fundamentalmente, la razón en la que el Tribunal Supremo sustenta la absolución de Gaspar es que ese supuesto riesgo creado por él no habría sido, desde luego el que “*cristalizó*” en el resultado, sino, por el contrario, el riesgo introducido imprudentemente por la víctima al forcejear con el policía, desobedeciendo las órdenes de alto emitidas por los dos agentes presentes. Este es el riesgo que, entre los dos

¹¹⁹ Número de referencia TOL: 1.213.943, www.tirantonline.com

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

concurrentes, resultaría *mucho mayor, absolutamente predominante* y en clara *desproporción* con respecto al otro factor imprudente de riesgo, que se califica como *tenue*. En definitiva, la causa “actual” sería la intervención de Raúl, mientras que la actuación de Gaspar sería la causa “remota” del resultado acontecido. Por consiguiente, este riesgo aportado por Gaspar no es el que se ha realizado en el resultado, sino que el mismo debe ser imputado a la víctima “según el principio de la *autopuesta en peligro o principio de la propia responsabilidad*”.

* *Conclusión parcial:*

Sin duda se puede considerar correcta esta resolución del caso, la cual refleja el aspecto en el que vengo insistiendo desde las pp. anteriores: a saber, que la cuestión de la “realización del riesgo en el resultado” no consiste en nada más que en dilucidar cuál es esa causa “actual”, eficiente, entre los diversos factores de riesgo que se hayan reunido en la situación. El propio Tribunal Supremo reconoce implícitamente en su fundamentación que se trata de esclarecer la *causalidad* de las conductas concurrentes, planteándose “*si tal acción levemente imprudente (la llevada a cabo por Gaspar) es lo suficientemente relevante para establecer con certeza la relación de causalidad con el resultado producido*”. Por tanto, el lenguaje que se emplea al discutir estas cuestiones revela claramente, mucho más que todas las complejas teorías que se quieran construir y defender, que en verdad continúa buscándose la causa real del resultado (es decir, la causa desde el punto de vista esencialmente *material*, y solo por añadidura *normativo*).¹²⁰

d) Para finalizar este apartado, comentaré otra resolución emitida por el *Bundesgerichtshof* alemán el 12 de febrero de 1992, con los siguientes antecedentes de hecho:

Caso 10. El día 10/02/1990, A fue a ver a B, de 25 años de edad, a su casa, a fin de pedirle explicaciones, pues B había establecido una relación íntima con la novia de A. Al principio A y B solo discutieron, pero luego la emprendieron a puñetazos el uno con el otro. En el transcurso de esa pelea, A golpeó a B con un martillo de caucho de 550 gramos de peso que había llevado encima, por miedo a un posible enfrentamiento corporal con su rival, que era físicamente superior a él. Así, A propinó a B en la cabeza varios golpes con tanta fuerza que B cayó al suelo y quedó allí tendido, inconsciente, de manera que A lo dio por muerto y salió a la calle, llevándose consigo las llaves de la casa de B. Poco después, A se encontró casualmente con su primo, C, al que relató lo sucedido. C, sin embargo, no creía que A hubiera matado a B, de modo que A, para que se convenciera por sí mismo, le entregó las llaves de la casa de B. C acudió entonces a dicha vivienda y, creyendo efectivamente a B muerto, a fin de simular su suicidio le colgó del picaporte de la puerta. Más tarde, ya de noche, al contarle C a su primo lo que había hecho, considerando A que eso no iba a resultar efectivo para encubrir su acción, fueron ambos a un pantano para sumergir el cadáver en él. En el enjuiciamiento posterior del caso, la autopsia reveló que A había causado lesiones tan graves en el cráneo de B que este, aunque posiblemente hubiera sobrevivido algunas horas, habría muerto incluso recibiendo asistencia médica. El examen realizado en el cadáver de B permitió asimismo constatar que las lesiones ocasionadas por el estrangulamiento a manos de C le fueron infligidas cuando aún vivía; y además, *per se* también eran idóneas para haberle producido la muerte. ¿En qué medida serán responsables A y C del resultado de muerte de B?¹²¹

Este caso de causalidad múltiple (acelerada) plantea para el BGH la cuestión acerca de la responsabilidad penal que corresponde a A por el resultado de muerte de B, en particular teniendo en cuenta la intervención posterior de C, que asimismo introduce

¹²⁰ En este punto es preciso mencionar que nuestro TS suele resolver casos semejantes al ya citado del ciclista, o también casos como este último, apoyándose en el llamado principio de “compensación de culpas”, de acuerdo con el cual la imprudencia cometida por la víctima o por un tercero justificaría una estimación aminorada de aquella imprudencia en que hubiera incurrido el imputado. De esa forma, por ejemplo, una imprudencia grave por parte de este, aunque efectivamente se castigara, quedaría reducida a la categoría de menos grave o leve en función del grado de descuido o negligencia del otro implicado. Tal línea jurisprudencial, especialmente frecuente en el ámbito de los accidentes de tráfico, si bien puede ser aceptable a la hora de valorar la responsabilidad civil, resulta muy discutible como criterio para tipificar penalmente la conducta imprudente, dado que, en orden a evaluar la gravedad de la misma, solo debe atenderse al desvalor de acción y al desvalor de resultado de la acción del propio sujeto, mas no de la acción de otros.

¹²¹ Vid. Roxin, *Strafrecht...*, cit., p. 389, marginal 79, así como el contenido resumido de la sentencia en www.jurion.de (www.jurion.de/Urteile/BGH/1992-02-12/3-StR-481_91). Consultada el 20 de octubre de 2016.

una condición suficiente para causar dicho resultado. En su argumentación, el BGH sostiene que, sin duda, las graves lesiones en el cerebro de B producidas por los golpes de martillo de A, “absolutamente letales”, constituyen una causa del resultado “en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones”, es decir, aplicando la *CSQNY*, en todo caso, también tales intensos daños producidos en el cerebro favorecieron y fomentaron el resultado de la muerte de B por el posterior estrangulamiento. De hecho, esos golpes ya habían hecho que comenzara el proceso de la muerte en el momento en que C procedió a ahorcar a B, pues tal víctima ya estaba entonces inconsciente, como fase previa de su ineludible y próximo fallecimiento.

Por eso, afirma el Tribunal, aunque ese ulterior estrangulamiento efectuado por C haya podido acelerar la muerte de B y ser la causa *inmediata* del resultado, no hay duda tampoco de que existe un *nexo estrecho y específico de realización del peligro* entre las lesiones infligidas por A y el resultado de muerte, y que dicho riesgo se ha plasmado en tal resultado (si bien este no habría sido concebido por el autor dolosamente, sino solo causado por imprudencia). En definitiva, a juicio del Tribunal, no cabría apreciar en este contexto una ruptura o desviación del nexo casual entre la acción de A y la muerte de B debido a la intromisión de C. En base a estas razones, el BGH resuelve confirmar la condena de A por el delito de lesiones dolosas con resultado de muerte por imprudencia, previsto en el parágrafo 226 del StGB alemán.¹²² Precisamente dicho precepto tiene como *fin de protección* el de prevenir la causación de aquellas lesiones que lleven aparejado un riesgo específico de ocasionar la muerte.

A su vez, apunta el BGH, no afectaría a la consistencia de ese fallo el hecho de que no se haya podido aclarar en todos sus extremos la incidencia que tanto las lesiones ocasionadas por A como las causadas por su primo C hayan podido tener en la muerte de B; como tampoco importa el que no se haya podido comprobar con la suficiente precisión que hayan sido ambas lesiones las que hayan conducido *directamente* al resultado, circunstancia que el Tribunal supone (aunque se desconozca exactamente en qué proporción y con qué proximidad han actuado cada una de ellas).¹²³

Por otro lado, aunque ese no sea exactamente el objeto de esta sentencia en particular, el BGH también constata que la acción de C *ha satisfecho los elementos típicos del mismo delito de lesiones con resultado de muerte*, si bien tal sujeto no tenía intención ni era consciente de estar ocasionando ese efecto, pues erróneamente había supuesto ya muerto a B. En consecuencia, considero que habrá actuado bajo un error vencible de tipo que implicaría la sanción de su conducta como homicidio imprudente (el BGH no resuelve tal cuestión en esta sentencia). Así pues, tanto la acción de A como la de C representan una condición suficiente por sí misma para producir el resultado. Sin embargo, destaca el BGH que C no ha actuado de forma autónoma ni totalmente desvinculada del hecho anterior de A; por el contrario, precisamente la única intención de C fue encubrir ese hecho de A, y pese a que no intervino en base a un acuerdo previo con él, según el BGH sí lo hizo en su interés y casi como en su lugar, como demostraría el hecho de que, a continuación, procederían ambos a deshacerse juntos del cadáver de B.¹²⁴

¹²² En este punto se puede traer a colación la postura sostenida por Gimbernat Ordeig, E. (en “*Cursos causales irregulares e imputación objetiva*”, ADPCP, Vol. LXIII, 2010, pp. 16 a 94 (41 a 44)) a propósito de cursos casuales en cierta medida “irregulares”, como el que tiene lugar en el caso que estoy exponiendo. Dicho autor se refiere a aquellos supuestos en los que un primer sujeto haya causado lesiones potencialmente letales y con intención de matar (lo cual podría suceder aquí, quizás, de forma doloso-eventual, teniendo en cuenta que A había propinado a B *varios golpes muy fuertes* en una parte vital del cuerpo como es *la cabeza, el cráneo*, abandonándole después a su suerte en el domicilio, donde sabía que no iba a recibir ayuda inmediata por parte de otros), pero se haya interpuesto un tercero contribuyendo a la muerte final de forma imprudente (como ocurre con C, aunque Gimbernat se refiere solo a la intervención imprudente de profesionales sanitarios en el proceso de curación...). Pues bien, a juicio de Gimbernat, en estos casos ese primer sujeto deberá responder de la muerte de la víctima, siempre y cuando con su acción inicial haya incrementado el riesgo de que se produzca la muerte tal y como en concreto se produjo: es decir, el riesgo de que esos terceros dañen imprudentemente a la misma víctima (en este ejemplo, se trataría del tercero C). Así pues, entiendo que este criterio resulta semejante al empleado por el propio BGH a la hora de afirmar el nexo causal.

¹²³ Tal solución recuerda sin duda a la sugerida por Jäger para el ejemplo de las dos dosis de veneno, caso I (*Examens-Repetitorium...*, cit., p. 49, marginal 61 *in fine*), ya comentada *supra*, nota al pie nº 37: ambos envenenadores han de responder por el resultado, pues en este se ha materializado el riesgo introducido por uno y por otro.

¹²⁴ Muy distinta a la del TS alemán, y sin duda más correcta, resulta la valoración de Roxin en torno a este caso (*vid. Strafrecht...*, cit., p. 389, marginales 79 a 81): él considera la conducta de A constitutiva únicamente de un delito de lesiones, sin responsabilidad alguna en cuanto al resultado de muerte de B. Las razones que Roxin aduce para ello, con ánimo de corregir al BGH, son, en primer lugar, el carácter

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado* *Conclusión parcial:*

Este singular ejemplo (parecido al anteriormente explicado “caso del tirano”) resulta muy útil para apoyar la tesis que aquí defiendo, y que sostiene la estrecha vinculación entre las cuestiones de la causalidad material y de la concreción del riesgo en el resultado. En efecto, el BGH afirma expresamente que la acción de A, constituyendo una condición suficiente para el resultado y alcanzando en primer lugar un porcentaje de riesgo del 100% (pues, a raíz de sus lesiones, la muerte se hubiera producido ineludiblemente), sería entonces un factor que se habría *precipitado* (materializado) en dicho resultado. Por su parte, la acción de C, igualmente constitutiva de una condición suficiente (lesiones letales), ha supuesto asimismo un elevado riesgo para la vida de B, seguramente acelerando el proceso mortal previamente iniciado por A. De ese modo, considera el BGH que tanto uno como otro foco de riesgo se habrían materializado, en una proporción no determinada, en el resultado tal y como efectivamente se produjo. En consecuencia, el hecho de que ambas conductas por igual se consideren causas del resultado hace que ambas se entiendan asimismo materializadas en él. Salta a la vista, entonces, que en la argumentación del BGH “materialización” no puede significar algo distinto de “eficacia causal”.

5.2. *Casos de comportamientos alternativos conformes a derecho*

Pasando al segundo grupo de excepciones con respecto al requisito de “concreción del riesgo en el resultado” (2ª condición en la teoría de la imputación objetiva), se trata ahora de aquellos casos en los que se constate que el resultado se hubiera producido de todos modos, aunque el sujeto se hubiera comportado alternativamente a como lo hizo, es decir, conforme a derecho (a saber, respetando la norma de cuidado). Por consiguiente, en tales casos ya no podrá decirse que habrá sido el riesgo creado por dicho sujeto el que se haya concretado en el resultado, sino que lo habrán hecho otros factores de peligro preponderantes en la situación.¹²⁵ De ese modo, a juicio de la doctrina faltaría en tales supuestos fácticos “la realización de la lesión de cuidado precisamente en la producción del resultado” o la “conexión de la infracción del deber” (*Pflichtwidrigkeitssammenhang*).¹²⁶

Para ilustrar el análisis de esta excepción, además de los consabidos ejemplos del “ciclista ebrio” y de “la novocaína” es posible acudir a otros casos:

Caso 11. El empresario A compra pelos de cabra china y los entrega a sus empleados para que fabriquen con ellos pinceles, sin desinfectar previamente dicho tejido pese a las advertencias que, en ese sentido, le había realizado el proveedor del pelo. Cuatro trabajadoras mueren por infección a causa del bacilo del ántrax, incrustado en tal pelo; pero posteriormente se determina que aquellas posiblemente hubieran muerto aunque el empresario hubiera efectuado, conforme a su deber, la limpieza del

absurdo e imprevisible para A del curso causal que se desencadenó tras su salida de la casa de B y su encuentro con C. De ahí se deriva la falta de control de A con respecto a la decisión descabellada que adoptó C de ahorcar a B, a la vista de como se encontraba este, inconsciente y tendido en el suelo. Además, pese a que C supusiera estar actuando con esa maniobra en interés de A, lo cierto es que ambos no habían acordado nada de antemano, por lo que no se puede atribuir a A tal disparatada decisión que C tomó por su propia cuenta. Y a su vez, tampoco es de recibo apelar a que, de todos modos, la muerte de B se iba a producir en unas pocas horas, pues esto constituye un juicio hipotético totalmente distinto a cómo se desarrolló realmente el curso causal, el cual, por ello, no puede imputarse a A. En definitiva, afirma Roxin, el resultado final no puede ya contemplarse como realización del riesgo originalmente ocasionado por A, aunque este constituya, de acuerdo con la teoría de la equivalencia, una causa de dicha muerte y, en tal sentido, haya repercutido también en ella. Por el contrario, tal resultado debe ser atribuido a la conducta que directamente lo ocasionó con su riesgo: la de C. Esta solución contrasta, sin embargo (como ya indicamos en la nota 42) con el argumento que sostiene el propio Roxin, *ibidem*, p. 385 y marginal 70, para los casos de intervención de un tercero en el curso causal, afirmando que “*también es punible por delito de homicidio consumado aquel que, con dolo de matar, derribe de un tiro a otro y con ello ocasione que un tercero le propine el ‘tiro de gracia’*”. Así pues, lo único que podría explicar la diferente solución en un caso y en otro es el hecho de que, en este ejemplo analizado, el sujeto A hubiera actuado sin *dolus necandi* y, además, como indica Roxin, sin haber previsto ni podido prever *exactamente* el posterior curso causal que condujo al resultado de muerte de B, con lo que carecía del necesario dominio del hecho sobre dicho devenir.

¹²⁵ Vid. Roxin, *Derecho Penal...*, cit., pp. 375 y ss., especialmente marginales 63 y 64.

¹²⁶ De ese modo lo suelen afirmar los defensores de la teoría de la inevitabilidad, según indica Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, cit., p. 114.

tejido, ya que el desinfectante que se hubiera utilizado en tal caso no habría sido suficientemente eficaz, en la medida en que el bacilo del ántrax todavía se desconocía en Europa (inspirado en la Sentencia del RG alemán con referencia 63, 211; 1929).¹²⁷ ¿Serían imputables al empresario dichas muertes?

En casos como este, como ya se ha explicado, la doctrina tradicional y la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo alemán (desde la época del *Reichsgericht*) solían aplicar la teoría de la evitabilidad¹²⁸ en su versión más restrictiva. Con base en ella precisamente, en su día el *Reichsgericht* optó por condenar a dicho empresario (invirtiendo la carga de la prueba) ya que no existía la seguridad o una probabilidad rayana en la certeza de que las muertes también se hubieran producido de haberse comportado aquel correctamente.¹²⁹ De ese modo, el RG consideró determinante en la situación una probabilidad comparativamente baja de causación del resultado (a saber, la introducida por ese patrono). Posteriormente, no obstante, el propio Tribunal revisó tal resolución y llegó a la conclusión de que debía absolverse al empresario, aunque basando esa decisión en el hecho de que, para este, la muerte de las trabajadoras no había sido lo suficientemente previsible.¹³⁰

De acuerdo con Koriath, supuestos como este pertenecen en realidad a la modalidad de la causalidad hipotética (o “cursos causales ficticios”) y no tienen solución por vía empírica, pues en ellos no se puede demostrar el auténtico proceso de causación del resultado ni se puede alcanzar “seguridad rayana en la certeza” sobre tal extremo. Incluso la fórmula del riesgo de Roxin —dice Koriath— resulta inútil y fallida en estos ejemplos, ya que sigue basándose en una valoración hipotética, sien-

do así que un acontecimiento hipotético no puede jugar un papel en la imputación del resultado.¹³¹

Por mi parte, considero que la solución adecuada no pasaba, efectivamente, por imputar las muertes al comportamiento de dicho empresario,¹³² y ello simplemente analizando la situación y los porcentajes de riesgo concurrentes: a saber, si en el estado de cosas vigente al tiempo de los hechos, la desinfección que eventualmente hubiera llegado a aplicar el patrono no hubiera acabado con el bacilo, es evidente que el foco de peligro representado por tal bacilo ya constituía en la situación un riesgo muy próximo al 100% (teniendo en cuenta, por otro lado, que algunos de los trabajadores de esa fábrica sí lograsen evitar el contagio o resistir a la infección, gracias a su especial fortaleza). Por lo tanto, aunque el empresario con su omisión de cuidado también introdujera algún riesgo de causación del resultado, este no habría sido desde luego tan elevado como el creado por el bacilo, que constituyó una causa suficiente para el resultado de infección (con la aparejada consecuencia de lesiones o de muerte).¹³³ Así pues, no habría sido el riesgo asociado a la conducta del empresario el que se materializó en el resultado (el preponderante), sino el otro, y de ahí que no fuera legítimo castigar penalmente lo que conformó en realidad una tentativa imprudente —aunque ello no obstaría, desde luego, a que se castigara tal omisión como infracción administrativa, según la regulación de higiene y seguridad en el trabajo que resultara aplicable—. En consecuencia, el RG debería haber optado desde el principio por la absolución de ese patrono, y ello tanto desde el punto de vista de la teoría de la evitabilidad (en su versión intermedia) como desde el punto de vista de la teoría del incremento del riesgo, pues lo contrario significaría —como tanto se ha criticado al planteamiento

¹²⁷ Vid. Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 375, marginal 64; Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., pp. 307 y siguientes, marginales 63, 66, 69 y 70.

¹²⁸ Sobre esto, por todos, véase Maiwald, M., “*Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit? Rechtsvergleichende Bemerkungen zur „Kausalität“ des Unterlassens*”, en *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag* (edit. por Hettinger, M., Hillenkamp, T., etc.), edit. C.F. Müller, 2007, Heidelberg, pp. 329 a 345 (333 y 334, 345).

¹²⁹ Criticando esta argumentación por invertir la carga de la prueba, aunque con ello, dice, se llegó a “una correcta aplicación de la teoría del incremento del riesgo”, vid. Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 383, marginal 80.

¹³⁰ Vid. Sentencia RG, *Recht* 1930, 611, nº 2112. Sobre ello, Ranft, “*Berücksichtigung...*”, cit., p. 1431.

¹³¹ Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 152.

¹³² A favor de esta solución, vid. asimismo Mir Puig, *Derecho Penal...*, cit., p. 308, marginales 65 y 66, así como Ranft, “*Berücksichtigung...*”, cit., p. 1431.

¹³³ En el mismo sentido, vid. Ranft, *ibidem*.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

roxiniano— sancionar de forma excepcional e injustificada la tentativa imprudente en ciertos sectores de actividad y no en otros.

Este ejemplo del “pelo de cabra china” lo resuelve Roxin, de hecho, de la misma forma que acabo de proponer, entendiendo que tal tentativa imprudente ha de quedar impune: a su juicio, el riesgo no permitido ocasionado por el empresario no se ha llegado a realizar en el resultado, por lo que este no se le puede imputar. De hacerlo, se estaría castigando a ese sujeto “*por el incumplimiento de un deber cuyo cumplimiento hubiera sido inútil; y eso lo prohíbe el principio de igualdad*”.¹³⁴ En consecuencia, aunque se haya creado un riesgo *no permitido*, puesto que el curso de los hechos real coincide totalmente con el que se hubiera producido también si el empresario se hubiera mantenido dentro del *riesgo permitido*, no cabe imputarle a él tal resultado (aunque eso no convierte dicho riesgo de *prohibido* en *permitido*).¹³⁵

En otro pasaje posterior, sin embargo, Roxin sorprendentemente matiza su postura anterior afirmando que, en este caso del “pelo de cabra china”, lo que realmente sucedió es que “*la desinfección prescrita probablemente habría salvado a los trabajadores, solo que esto no se pudo comprobar con seguridad*”. Por tanto, al descuidar la desinfección, el empresario habría ocasionado un *incremento sustancial del riesgo*, de manera que, según la teoría defendida por Roxin, habría sido finalmente correcto que el *Reichsgericht* condenara al patrono en base a un homicidio imprudente.¹³⁶

* *Conclusión parcial:*

Como se vuelve a constatar, solucionar la cuestión de la “concreción del riesgo en el resultado” en casos

como el expuesto nos lleva a ponderar los factores de riesgo que en el contexto se hayan dado, y, de la mano sobre todo de la intuición y la razón práctica (es decir, guiados por “lo que nos parece materialmente justo”), a determinar cuál de ellos debe considerarse preponderante. Una vez más, puede llegarse a la conclusión de que este segundo elemento de la imputación objetiva consiste esencialmente en la comprobación de la causalidad eficiente.

De hecho, como comenta Koriath,¹³⁷ una diferencia fundamental entre la argumentación del *Reichsgericht* en este caso (1929) y la del BGH en el ya comentado caso del ciclista (1957) es que el primero de estos órganos judiciales analizaba en su fallo si se daba un *nexo causal* entre la conducta descuidada y el resultado de muerte, y negaba dicho nexo si se demostraba que, incluso bajo la hipótesis de comportamiento cuidadoso, tal resultado de todas maneras se hubiera producido (aplicando la *CSQN*);¹³⁸ por el contrario, el BGH negó en el caso del ciclista la *imputación* del resultado a la acción basándose en consideraciones *normativas* y *presuponiendo*, por tanto, que entre uno y otra ya existía un *nexo empírico, causal*. Por otro lado (afirma Koriath), Roxin parte en ambos ejemplos examinados de que ya concurre un nexo causal en el sentido en que lo entienden la teoría de la equivalencia de las condiciones y la *conditio sine qua non*; de ese modo, lo que restaría por averiguar sería el nexo entre la “*infracción del deber de cuidado*” y el resultado, pues, en todos estos casos estudiados, apunta Roxin, “no se trata de un verdadero problema de causalidad”.¹³⁹

Sin embargo, como está poniéndose en estas pp. claramente de manifiesto, sí que se trata de resolver, en realidad, el problema del *nexo causal empírico, material* entre una acción y un resultado. En efecto, la ca-

¹³⁴ En contra, Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, *cit.*, pp. 43, 45 y 46.

¹³⁵ *Vid.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, pp. 375 y 376, marginal 64; p. 379, marginal 72; opina en cambio Martínez Escamilla, *ibidem*, pp. 43 y 46, que con tal planteamiento Roxin pasa a estimar ese riesgo *prohibido* como un riesgo *permitido*.

¹³⁶ *Vid.* Roxin, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 383, marginal 80; Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, *cit.*, p. 117; crítico con ello, *vid.* Mir Puig, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 309, marginal 69.

¹³⁷ En *Kausalität...*, *cit.*, pp. 85 y 86.

¹³⁸ *Vid.* asimismo Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, *cit.*, p. 114.

¹³⁹ Con esta expresión concreta cita Koriath a Roxin, *Kausalität...*, *cit.*, p. 86. De la misma opinión, Gimbernat Ordeig, “*Teoría...*”, *cit.*, p. 114: “*este enfoque del problema, como problema causal, ha dejado de tener vigencia, ya que no se puede discutir que, en estos casos (...), la realidad es que las muertes han sido causadas, por encima de cualquier discusión posible*”. A este respecto, y sin negar que ambos autores llevan razón en cuanto a que la causalidad se ha dado desde la perspectiva de la *CSQN* (así como observando la realidad, pues el resultado ha acontecido), sin embargo hay que recordar que ello va a suceder en todos los casos que resolvemos en materia de causalidad e imputación objetiva (puesto que todos son supuestos de *resultado de lesión*) y que eso no obsta a que, precisamente en este apartado de la concreción del riesgo en el resultado, de lo que se trate sea de hallar la *causa materialmente eficiente* entre todos los factores de riesgo

racterística de ser “contraria al deber de cuidado”, esa negligencia o carácter descuidado (*unsorgfältigkeit, pflichtwidrigkeit*) es solo una cualidad de la conducta, que se refiere a la disposición u orientación de la misma; por lo tanto, dicha característica no puede separarse de la conducta en sí, que es la que ocasiona el resultado.¹⁴⁰ En definitiva, en contra de lo sostenido por Roxin, no puede ser una “contrariedad a deber” lo que produzca el resultado, pues ese concepto es irreal, y lo único que puede causar un resultado es una conducta.¹⁴¹ Por lo tanto, cuando se afirme en un caso concreto que falta ese “nexo de contrariedad a deber” (porque el resultado se habría ocasionado también con el comportamiento correcto) y que, por consiguiente, la conducta descuidada no ha causado un riesgo digno de ser penalmente castigado, ello sucederá porque habrá sido otro factor de riesgo el que, tanto en el caso real del comportamiento imprudente como en el caso hipotético de comportamiento conforme a derecho, se ha/se habría materializado en el resultado, por ser ese otro factor el preponderante en la situación. Tales razonamientos me afianzan, pues, en mi convicción de que, con la teoría del incremento del riesgo de Roxin, al tratar de hallar esa “misteriosa” y “críptica” relación entre la contrariedad a deber y el resultado, en realidad no se está indagando en otro aspecto más que en la naturaleza causal de una acción, en la causalidad.¹⁴²

A su vez, Koriath señala que *no está clara la relación que exista entre el principio de riesgo de Roxin y la teoría de la equivalencia de las condiciones*, pues, en ocasiones (como por ejemplo, en el famoso caso de la “novocaína”), Roxin ha afirmado que una conducta es causal para un resultado según la *conditio sine qua non* (que encierra un juicio hipotético), para, a continuación, indicar que dicha conducta no ha incrementado el riesgo de causación del resultado, porque este último se hubiera producido de todas formas aunque el sujeto hubiera actuado conforme a derecho (empleando, pues, otro juicio hipotético). Koriath se pregunta, por consi-

guiente, qué sentido tiene efectuar ambas evaluaciones hipotéticas contradictorias.¹⁴³ Y por otro lado, apunta acertadamente Puppe que la teoría roxiniana del incremento del riesgo (del mismo modo que la teoría de la evitabilidad)¹⁴⁴ se apoya efectivamente en el criterio de la equivalencia de las condiciones y en su método de la *CSQN*, puesto que (como ya dijimos), según Roxin, a fin de determinar si un comportamiento descuidado ha sido causal para un resultado, se tratará igualmente de suprimir esa infracción del deber de cuidado (mentalmente) para analizar si, al mismo tiempo, disminuye el riesgo de que se produzca el resultado (en cuyo caso, la conducta habrá de considerarse *causal*).¹⁴⁵ Abundan las razones, por tanto, para pensar que la teoría del incremento del riesgo puede constituir, en realidad, una teoría sobre la causalidad.

5.3. Casos no cubiertos por el fin de protección de la norma

En tercer lugar, entre las constelaciones de casos en los que, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva de Roxin, estaría ausente la concreción del riesgo en el resultado, se sitúa el grupo de aquellos supuestos *no cubiertos por el fin de protección de la norma*. Tal circunstancia se dará cuando la acción del sujeto haya infringido una norma de cuidado y, por tanto, haya creado un riesgo típicamente relevante, en efecto, pero después se produzca en la situación un resultado que no sea materialización expresa de ese riesgo introducido por el autor, sino de otro riesgo. De ese modo, la norma de cuidado que haya infringido el sujeto no tendrá por finalidad evitar dicho otro riesgo distinto, que será el que efectivamente se haya concretado en el resultado. En definitiva, el resultado acaecido no es uno de los que la norma de cuidado infringida por el autor pretendía evitar, y en ese sentido *no entraba dentro del fin de protección de la norma*

que concurren en la situación. Por ello, sí se trata en el fondo de un problema de causalidad, aunque se recurra también a criterios normativos para resolverlo.

¹⁴⁰ Crítico asimismo se muestra Gimbernat Ordeig, “Teoría...”, *cit.*, pp. 118 a 122 y nota 23.

¹⁴¹ *Vid. Koriath, Kausalität...*, *cit.*, p. 91.

¹⁴² El propio Koriath (*ibidem*, p. 149) parece optar por tal conclusión cuando afirma que el problema de la imputación del resultado a la acción del autor se elimina en la práctica resolviendo la cuestión sobre la causalidad fáctica, real, mediante criterios empíricos, propios de las Ciencias Naturales y de la Filosofía.

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 90 y 91.

¹⁴⁴ Así lo menciona también Martínez Escamilla, “Relevanz...”, *cit.*, p. 38.

¹⁴⁵ *Vid. Puppe, “Brauchen wir...”, cit.*, p. 289.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

vulnerada por el sujeto. Veámoslo más claramente de la mano de un famoso ejemplo:

Caso 12. A y B van de noche conduciendo cada uno su bicicleta por un carretera escasamente transitada e iluminada, uno detrás del otro (en “fila india”), pero sin llevar encendidas las luces de ninguna de las bicis, por tenerlas fundidas. A, que va en primer lugar, choca con otro ciclista, C, que venía de frente a ellos y también sin luces, de tal forma que ambos caen de la bici y A sufre heridas leves (Sentencia del RG alemán de 20/01/1930, n° de referencia 63, 392).¹⁴⁶ ¿Le será imputable a B, por llevar sus luces apagadas, ese resultado de las heridas sufridas por A?

La solución que debe aportarse a este caso, de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, consistirá en negar la imputación del resultado acontecido a la acción de B: en efecto, la norma de cuidado que prohíbe a los ciclistas circular sin luces, que es la norma que B ha infringido, no tiene por finalidad iluminar a otros vehículos, sino al propio sujeto que conduce. Y, por otro lado, el riesgo que se ha concretado en el resultado, que es el preponderante en la situación, es el producido por la propia víctima, A, al conducir a su vez con las luces apagadas —y no el riesgo que había creado B al no iluminar tampoco el camino con su bicicleta—. En consecuencia, el resultado ocasionado no se puede imputar a la conducta de B, porque ese (lesiones de A), y el riesgo del cual es concreción (la propia autopuesta en peligro de la víctima) no están cubiertos por el fin de protección de la norma infringida por B.¹⁴⁷

En su día, el Fiscal Superior competente ante el RG alemán propuso resolver este caso de las bicicletas aplicando simplemente la teoría de la equivalencia de las condiciones y su fórmula de la CSQN. De ese modo, puesto que, suprimiendo mentalmente la presencia del ciclista B en la situación, el resultado seguiría produciéndose (dado que los otros ciclistas circulaban asi-

mismo desprovistos de luces), deducía el Fiscal que la actuación de dicho ciclista no había sido causa del resultado. El propio *Reichsgericht*, sin embargo, entendió que lo decisivo para resolver el caso era tener en cuenta el curso causal *real*, y por lo tanto, considerar el hecho de que, en efecto, el ciclista B estaba presente en el contexto y conduciendo sin luces. Sobre esa base, entonces, el tribunal se preguntó qué hubiera ocurrido si B hubiera llevado las luces encendidas (¿un curso causal *hipotético*, no *real*!), y a partir de la respuesta obtenida, resolvió imputar a B el resultado (de acuerdo con la teoría de la evitabilidad, por lo tanto).¹⁴⁸

A propósito de este mismo ejemplo opina Puppe, por el contrario, que obviamente *la explicación causal concluyente del accidente* no tiene por qué incluir la intervención de B; en ese sentido, el riesgo prohibido que implica la infracción por parte de B de la norma de cuidado que le obligaba (a saber, “debes llevar iluminación si vas en bicicleta de noche en una calle pública”) no es el que se ha concretado en el resultado. Así, afirma Puppe, ello solo sucedería si *todas* las condiciones de esa infracción de la norma figuraran en la explicación causal del resultado como partes imprescindibles de ésta. De ese modo, si suprimiendo *todos* los elementos de la actuación incorrecta de B (es decir, conducir una bicicleta, hacerlo sin luces y en “fila india” detrás de A, dicho resultado desapareciera, sabríamos que la actuación de B habría sido la causa del resultado.¹⁴⁹ Con esta formulación, Puppe está aplicando de nuevo, a mi juicio, la CSQN, pero corrigiéndola con lo que se ha denominado “el requisito de la totalidad” (como ya se dijo *supra*, apartado IV.3).

Tal autora apunta, a su vez, otro criterio para solucionar este y otros ejemplos parecidos, basándose en el llamado “reflejo de la protección” (*Schutzreflex*). Dicho reflejo tiene lugar cuando “el comportamiento diligente de un sujeto favorece a otro solo de forma accidental” (*v.gr.*, si B hubiera llevado luces habría favorecido con ello accidentalmente a A, que no las llevaba, evitando su colisión con C).¹⁵⁰ Para Puppe, la

¹⁴⁶ Vid. por todos Roxin, *Derecho Penal...*, cit., p. 377, marginal 68.

¹⁴⁷ Vid. en este sentido Roxin, *ibidem*, pp. 377 y 378, marginales 68 y 69.

¹⁴⁸ Vid. asimismo la web de comentario de jurisprudencia www.lecturio.de/magazin/drei-radfahrerfall-rgst-63-392. Consultada el 20 de octubre de 2016.

¹⁴⁹ Vid. Puppe, *La imputación...*, cit., pp. 64 y 65.

¹⁵⁰ También Roxin menciona de pasada esta idea del “reflejo de la protección del deber de cuidado”, en *Derecho Penal...*, cit., p. 378, marginal 70.

imputación del resultado en estos casos a la persona que no aporta dicha protección (en el ejemplo, a B) no debe producirse, precisamente por el hecho de que tal protección, que efectivamente se puede prestar en la práctica, únicamente sería un reflejo casual de la verdadera protección que persigue y busca la norma infringida, que es la del propio B.¹⁵¹ En este sentido, parafraseando a Puppe, el fin de protección de esa norma no puede ser proteger a A, porque si a A le sucediera un accidente circulando B detrás de él con sus luces apagadas, a B no se le podrían imputar dichas lesiones.¹⁵² En definitiva, resumo: lo que ha causado tal accidente no es que B fuera detrás de A y no llevara sus luces, ya que B puede legítimamente hacer ambas cosas, por su propia cuenta y riesgo.

** Conclusión parcial:*

En mi opinión, Puppe basa realmente su argumentación, a un nivel profundo, en un criterio de justicia material o de “sensibilidad jurídica”, intuitivamente logrado y que después se recubre con un fundamento jurídico (a saber, que B fuera detrás de A sin sus luces es una cuestión totalmente independiente de que A, a

su vez, no las llevara, y cada uno actúa en su ámbito de autonomía y responde por las consecuencias de sus actos). Así, Puppe insiste en que el fin de protección de la norma infringida no puede abarcar estos casos porque en ellos no cabe imputar el resultado; pero, me pregunto, ¿por qué en ellos no cabe imputar el resultado? Pues porque B no puede razonablemente tener la culpa de que A colisione con C, considerando que A tampoco llevaba encendidas sus propias luces...

Así pues, finalizando este apartado relativo al “fin de protección de la norma”, se observa una vez más que, aunque tal argumento es el de carácter más *normativo* dentro de los propuestos por Roxin,¹⁵³ en última instancia se trata de identificar aquel factor de riesgo dentro de los existentes en la situación que resulta materialmente preponderante (en el caso de los ciclistas, la propia negligencia de A, o incluso la del ciclista que colisionó, C) y al que, por tanto, se ha de imputar legítimamente la causación del resultado. Los otros elementos de riesgo que se rechazan como no concretados en el resultado (a saber, el descuido de B o, en los casos anteriores, la conducta imprudente del empresario de los pinceles, las autopuestas en peligro de las víctimas, etc.), en cambio, son aquellos factores que no actúan como causa relevante, porque no superan un

¹⁵¹ A propósito de esta idea, también Krümpelmann, J. (“*Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (edit. por Vogler, T./ Herrmann, J. y otros), Duncker & Humblot, 1985, pp. 313 a 335 (331 y 332) empleó, en relación con el caso “del ciclista”, un concepto semejante al mencionado “reflejo de protección”: a saber, el concepto de la “correspondencia normativa”. Según este argumento, existiría una correspondencia entre el deber del conductor de conducir correctamente (o, en este caso, el deber del ciclista B de llevar las luces encendidas) y la finalidad de dicho deber, por un lado, y el derecho o expectativa legítima del ciclista ebrio (en el otro caso, la expectativa del ciclista lesionado A), por otro lado, a que esa forma correcta de conducir le protegiera de posibles accidentes. Tal expectativa sería previsible *ex ante* para el propio conductor y para cualquiera, y estaría basada en los típicos peligros y amenazas que se pueden dar en el tráfico rodado. Sobre dicha base, pues, en ese caso la embriaguez del ciclista en cuestión vendría a incrementar el nivel de riesgo por encima de lo que sería normal en cualesquiera ciclistas, en general. Por consiguiente, en este ejemplo concreto, afirma Krümpelmann, dado que el conductor no pudo reconocer y, de hecho, no reconoció la embriaguez de dicho ciclista, que era la circunstancia que hacía necesario en ese caso un marco de protección más amplio para este (es decir, una distancia de seguridad mayor en el adelantamiento), el peligro concreto ya dejó de tener correspondencia (normativa) con la finalidad del deber de cuidado por parte de dicho conductor. En efecto, ese deber originario solo tenía la misión de soslayar aquel peligro que, por regla general, suele ir asociado al adelantamiento de un ciclista, para lo cual, en definitiva, habría bastado una distancia de seguridad de entre 1 y 1,5 metros. Así pues, sostiene Krümpelmann, el resultado de muerte no puede ser imputado al conductor del camión, y ello incluso aunque se llegara a saber que tal resultado no se habría producido de haber conducido él conforme a su deber, pues en ese caso la evitación del accidente habría sido solo un efecto reflejo de haber obedecido la norma, pero ese efecto reflejo, como tal, no puede fundamentar imputación alguna. Roxin (*Derecho Penal...*, cit., p. 385 y marginal 83) comenta igualmente el punto de vista de Krümpelmann, indicando que este criterio y otros parecidos han de *complementar* (y no *sustituir*) su teoría del incremento del riesgo.

¹⁵² Vid. Puppe, *La imputación...*, cit., pp. 66 y 67. En este pasaje, Puppe reconoce asimismo que la concreción del riesgo en el resultado, en general, supone que el *riesgo prohibido derivado de la infracción de la norma se realiza en el curso causal*. En consecuencia, concreción del riesgo y curso causal son exactamente lo mismo.

¹⁵³ Roxin (en *Derecho Penal...*, cit., p. 378, marginal 71) comenta precisamente en relación con este argumento que, en realidad, en todos aquellos grupos de casos en los que el riesgo no permitido no se concreta en el resultado se puede decir que esto ocurre porque la forma específica en que se ha producido dicho resultado no viene incluida, abarcada por el fin de protección de la norma cuya infracción ha supuesto la aparición de ese riesgo desaprobado. Por ejemplo, cuando en el caso de “los pelos de cabra” se afirma que en el resultado de las muertes no se ha concretado el riesgo introducido por el empresario al no desinfectar el tejido, también podría explicarse esa solución apuntando que el fin de protección de la norma de desinfección que dicho empresario desatendió no incluía la prevención de posibles muertes por el bacilo del ántrax, que era un riesgo de infección desconocido en esos momentos.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

determinado porcentaje de riesgo de causación del resultado, quedando por debajo del riesgo preponderante o eficiente. En todo caso, por tanto, se está determinando el nexa causal.

Asimismo, preciso es señalar lo que admite Puppe en otro pasaje de su obra: a saber, que existe una estrecha conexión entre lo normativo y lo fáctico, entre los aparentemente bien delimitados planos de la causalidad y de la imputación objetiva. En esa línea, sostiene Puppe que “en realidad, también los requisitos de la imputación objetiva en sentido estricto están referidos a lo fáctico, aun cuando deben fundamentarse normativamente al igual que todos los presupuestos de punibilidad —incluida la causalidad misma—”, pues “las normas y las valoraciones carecen de sentido sin un contenido fáctico”. En consecuencia, concluye esta autora, “los requisitos de la imputación objetiva, especialmente la *realización del riesgo prohibido* y la vinculación con el fin de protección, no pueden ser otra cosa que peculiaridades precisamente del nexa causal”.¹⁵⁴

Por mi parte, sin embargo, y después de lo que ya he analizado hasta ahora, pretendo dar un paso más y efectuar una propuesta que resulte innovadora. En ese sentido, formulo las siguientes:

6. Conclusiones y propuestas finales

A fin de clarificar el esquema de la teoría de la imputación y, asimismo, de simplificar los diversos niveles de análisis que han de aplicarse a la hora de apreciar la tipicidad de una conducta en relación con un delito de resultado cualquiera, me gustaría plantear la conveniencia de:

1. Eliminar el paso, previo al examen de la imputación objetiva, de evaluar aisladamente el nexa de causalidad entre la acción y el resultado, paso que

usualmente se ha realizado mediante la teoría de la equivalencia de las condiciones y su fórmula hipotética de la *conditio sine qua non*. Esta resulta superflua y no aporta conocimiento adicional alguno al análisis del nexa causal.

De acuerdo con Koriath, hace mucho tiempo que en la doctrina se conoce el carácter falso —desde el punto de vista lógico—, trivial y totalmente prescindible de la *conditio sine qua non*.¹⁵⁵ Esta no sirve en absoluto para resolver problema alguno de imputación, y de hecho, el principio de la equivalencia de las condiciones trivializa de forma indebida tal cuestión. En particular, a veces el caso concreto que haya que resolver planteará *un verdadero problema de imputación*, como en el consabido ejemplo del ciclista (BGHSt 11, 1) y otros de cursos causales alternativos, cumulativos, hipotéticos, probabilísticos, etc., del estilo de los que se han analizado; tales supuestos generalmente solo se van a poder resolver mediante una *ponderación* entre las distintas condiciones causales para el resultado (como por mi parte también sostengo).¹⁵⁶ Pues bien, en esos contextos, señala Koriath, la teoría de la equivalencia de las condiciones y su trivial experimento intelectual del “eliminar mentalmente” solo consiguen ocultar y disimular burdamente tales complicados supuestos de hecho que se plantean, sin solucionarlos. Precisamente lo conveniente sería clarificar, en primer lugar, qué papel han de cumplir cursos causales hipotéticos en contextos de imputación, en lugar de aplicar directamente esa fórmula inútil de la *CSQN*¹⁵⁷ (que también se basa en un criterio hipotético, al comparar el resultado efectivo, real, con el que teóricamente se habría producido de eliminarse la acción).¹⁵⁸

Por otro lado, comenta Puppe, asimismo en relación con el caso del ciclista (BGHSt 11, 1), que la aplicación al mismo de la *CSQN*, pese a ser muy *cómoda*, *conduce al resultado de que uno se deja llevar por su intuición, previa a cualquier método*, lo cual en casos tan complicados como ese no funciona, sino que arrastra hacia

¹⁵⁴ Vid. Puppe, *La imputación...*, cit., pp. 11 y 12 (el subrayado en la cita es mío).

¹⁵⁵ Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 111. En el mismo sentido, Hoyer, “*Die traditionelle...*”, cit., p. 162, así como en “*Kausalität...*”, cit., pp. 96 y 97; Engisch, K., *Vom Weltbild des Juristen*, edit. Winter, Heidelberg, 1950, pp. 132 y ss.; asimismo muy crítico Maiwald, *Kausalität...*, cit. (1980), pp. 3 a 6: la teoría de la equivalencia y su fórmula no dicen nada acerca de la existencia del nexa causal en un caso concreto.

¹⁵⁶ Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., pp. 95 y 96, 119.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 119. A propósito de esto, considera en cambio Toepel, *Kausalität...*, cit., pp. 62 y 63, que quizás sea útil y adecuado hacer uso de cursos causales *hipotéticos* (por ejemplo, dice él, aplicando la *CSQN*) al hablar de causalidad, pues éstos pueden ser relevantes para determinar dicho nexa.

¹⁵⁸ Sobre el carácter hipotético de la *CSQN*, vid. Jäger, “*Die notwendige Bedingung...*”, cit., p. 348 y 349.

conclusiones erróneas que quedan sin corregir.¹⁵⁹ De ese modo, manifiesta Puppe, si bien en aquellos contextos en los que no se pueda hallar la ley general que explique el curso causal el recurso a la CSQN para justificar ese nexo causal proporcionaría “una gran ventaja práctica” y cierta “comodidad intelectual” (como en ejemplos de causalidad probabilística: *v.gr.*, el caso *Contergan*),¹⁶⁰ en realidad dicha fórmula no tiene validez empírica alguna, sino que solo se basa en la intuición. De ese modo, apunta Puppe con ironía: “Ay de ti, si se atreves a preguntar qué significa pues esa frase, (...), (o) cómo se llega en el caso concreto a la conclusión de que el resultado desaparecería si uno eliminara mentalmente la acción. Entonces la fórmula (de la CSQN) pierde su fuerza, la bella imagen de la seguridad y la unidad de la causalidad se disipa y aparecen otra vez todos los problemas”.¹⁶¹

2. También considero conveniente señalar que tal cuestión sobre la causalidad de una acción (o una omisión) con respecto a un resultado se resuelve, dentro del marco general de la teoría de la imputación

objetiva, en el examen del 2º requisito de la misma, relativo a “la concreción o materialización del riesgo causado por el autor en el resultado”. A este respecto, dicho elemento de “la concreción” no constituye algo distinto de la causalidad material de esa acción con respecto al resultado: se trata, en efecto, de identificar, entre todos los factores de riesgo concurrentes en la situación (expresados como porcentajes, como probabilidades de que acontezca el resultado), aquel que resulta preponderante, aquel que actúa como causa eficiente, más relevante fácticamente (además de jurídicamente, por extensión).¹⁶²

Siguiendo de nuevo a Koriath, este ha propuesto que, *al menos, se intente hacer depender la imputación del resultado de un verdadero nexo causal*. Con ello se devolvería la cuestión de la causalidad jurídica al ámbito de la causalidad científico-natural y filosófica: es decir, se trataría la cuestión de la causalidad como una relación empírica y regular (generalmente ajustada a una ley) entre dos acontecimientos, entre la conducta y el

¹⁵⁹ En “*Brauchen wir...*”, *cit.*, p. 290. De esa forma, dice Puppe, *uno no llega a darse cuenta de que se trata* (en el caso del ciclista) *de un ejemplo de causalidad múltiple*. La única posibilidad de que esto no ocurra es que se haya reconocido ya intuitivamente que se trata de tal supuesto de causalidad doble y que se sepa cuáles son los factores concurrentes y cómo se pueden sustituir entre sí en cuanto a su eficacia a la hora de producir el resultado. Por tanto, la utilidad de la CSQN en casos como los estudiados es nula y, además, su empleo puede inducir a confusión. En contra, sobre la utilidad de la CSQN, véase Mir Puig, *derecho penal...*, *cit.*, p. 251, marginales 23 (“*la fórmula de la CSQN sirve para aclarar que el concepto de condición abarca a todo factor causal que no pudiera eliminarse sin suprimir el resultado. Para decidir cuándo ocurrirá esto último es para lo que es preciso el conocimiento de las leyes de la naturaleza. Este conocimiento no basta, pues, por sí solo, sino como medio auxiliar para llenar de contenido el concepto de causa que ofrece la teoría de la equivalencia y que permite comprobar la fórmula lógica de la CSQN*”) y 24; también Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 26 a 28: pese a sus limitaciones metodológicas evidentes cuando no se sepa lo que realmente haya ocurrido a nivel causal, es decir, cuando se desconozca científicamente la ley causal general que explique los hechos concretos, *en la gran mayoría de los casos penales ese problema no se plantea, ni tiene relevancia alguna y, por tanto, la fórmula de la CSQN puede ser allí eficaz, a pesar de esta limitación implícita* (!); asimismo Frisch, W., “*Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht*”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 239 a 261 (253 y 254); del mismo modo, Toepel, *Kausalität...*, *cit.*, pp. 56 a 58, 61 a 63: según este autor, a la CSQN no se le puede oponer ninguna objeción decisiva; además, presenta una ventaja sobre otros criterios para hallar la causalidad, y es que, “*en consonancia con el uso cotidiano del lenguaje, permite hablar de causalidad también en ámbitos no totalmente determinados*” (p. 93) -por ejemplo, en casos como “el del ciclista”-. A su vez, esta fórmula no solo posee un valor de “adquisición de conocimientos” o de “descubrimiento”, sino que representa también “*un adecuado reflejo del significado de juicios de causalidad*”, que “*no necesita avergonzarse ni siquiera frente a una evaluación por parte de la moderna teoría de la ciencia*” (pp. 95 y 96). Como se puede deducir de mi argumentación, no estoy de acuerdo con este punto de vista.

¹⁶⁰ *Vid.* Puppe, “*Lob...*”, *cit.*, pp. 564 y 565, 569 y *passim*; en el mismo sentido, Gómez Benítez, *Causalidad...*, *cit.*, pp. 26 a 28.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 565 *in fine*, 569 y 570. Sobre esta cuestión acerca de la validez y significado de la CSQN, véase asimismo Esquinas Valverde, P., “*Probabilistischer Kausalbegriff und richterliche Wertungsentscheidung*”, en *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag* (edit. por Zöller, M., Hilger, H., Küper, W. y Roxin, C.), edit. Duncker & Humblot, 2013, pp. 333 a 348 (342 a 344).

¹⁶² Por el contrario, Roxin ha defendido que su principio del riesgo representa un criterio de imputación que no sirve para fundamentar el nexo causal, sino que debe ser aplicado una vez que ya se haya determinado la causalidad, como por otro lado ha de suceder siempre con la imputación objetiva (*vid.* Roxin, C., “*Was ist Beihilfe*”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa* (editado por Kühne, H.-H.), Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 501 a 516 (510). Quizá quien lleve más razón sea Knauer, C., *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, *Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, edit. Beck, Múnich, 2001, p. 115, cuando afirma que los límites entre la causalidad y la imputación objetiva no están fijos, sino que *fluyen*, de tal modo que no es posible separar la causalidad puramente naturalista de la imputación objetiva puramente valorativa. Así pues, según Knauer el concepto de causalidad difícilmente va a estar anclado o basado solo en lo natural, ya que a la causalidad en sentido “pre-jurídico-penal” no se la puede desproveer de una valoración *normativa*.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

resultado.¹⁶³ Con parecido tenor, ha señalado Puppe que “el pecado original de la teoría de la imputación objetiva se ha encontrado en su desacoplamiento de la causalidad”, y que para corregir este fallo debe llevarse a cabo “una adecuada determinación de la causalidad en ‘sentido jurídico’ en el plano de la causalidad”. A continuación, una vez determinado ese nexo causal, todas las afirmaciones que se hacen en los niveles superiores de la teoría de la imputación objetiva, tanto empíricas como normativas, se refieren a dicho nexo. Por consiguiente, uno de los objetivos científicos perseguidos por Puppe es el de “reconducir la teoría de la imputación objetiva al terreno de los hechos ‘duros’, del que se ha despegado con demasiada rapidez y facilidad hacia el cielo de las ideas de valor”.¹⁶⁴

Ahora bien, tanto Koriath como Puppe, como ya se indicó (al igual que Maiwald,¹⁶⁵ Rolinski,¹⁶⁶ Knauer¹⁶⁷...), consideran que ese nexo causal puede determinarse en derecho penal no solo mediante leyes o normas causales deterministas y evidentes, o sea, naturales (es decir, certeras al 100%); por el contrario, con buen criterio entienden que, *en una imputación que se base en la causalidad*, también es posible resolver dicha causalidad mediante reglas *de probabilidad o estadísticas*¹⁶⁸ (siempre y cuando, añade Koriath, se basen en una probabilidad muy elevada; de lo contrario, se perdería el concepto de un nexo causal...)¹⁶⁹

3. Por consiguiente, con objeto de no repetir niveles innecesarios de análisis, propongo la sustitución del tradicional examen del nexo causal, previo a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, por la utilización simplemente de esta última, teniendo en cuenta que su segundo requisito encierra la indagación sobre la causalidad fáctica, natural, material, eficiente.¹⁷⁰

4. En un buen número de casos, además, la determinación de esa relación de causalidad eficiente tendrá lugar considerando reglas probabilísticas, estadísticas. Y en última instancia, a la hora de decidirse como causa determinante por un factor de riesgo (es decir, por un tanto por ciento de probabilidad de causalización del resultado) o por otro, será posible orientarse también por la razón práctica, por el sentido común o de justicia material y experiencia de la vida, en definitiva. Y ello no tiene por qué ser perjudicial ni erróneo, sino probablemente hasta necesario.¹⁷¹

7. Bibliografía

Ambos, K., “Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso”, *Revista Penal*, n° 37, enero 2016, pp. 5 a 22.

¹⁶³ Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 149. Por tanto, Koriath, al igual que Puppe o Jakobs, se inclina por efectuar un análisis del nexo causal *real*, sin prestar atención a criterios hipotéticos (*ibidem*, pp. 90 y 91). Por eso mismo pretende una vuelta de la imputación a la causalidad material, empírica.

¹⁶⁴ Vid. Puppe, *Die Erfolgsszurechnung...*, cit., pp. 6 a 8.

¹⁶⁵ Vid. Maiwald, *Kausalität...*, cit. pp. 102 y ss., 105; así como en “*Risikoerhöhung...*”, cit., pp. 339 y 345.

¹⁶⁶ Vid. Rolinski, “*Statistische...*”, cit., pp. 493 y ss., 497 y 498, 500.

¹⁶⁷ Vid. Knauer, *Die Kollegialentscheidungen...*, cit., pp. 111 y ss., 115 y ss.; asimismo Toepel, *Kausalität...*, cit., p. 93.

¹⁶⁸ Sobre ello, ampliamente, Esquinas Valverde, “*Probabilistischer Kausalbegriff...*”, cit., pp. 337 a 342, 344 a 348.

¹⁶⁹ Vid. Koriath, *Kausalität...*, cit., p. 149. Por otro lado (en pp. 147 a 151), este autor propone el siguiente principio para la imputación de resultados: a una determinada conducta (entendiendo ésta como un movimiento corporal guiado por una voluntad) se le podrá imputar objetivamente un resultado cuando la misma constituya una condición *suficiente* para dicho resultado, o lo que él denomina una “*conditio per quam*”. En tal sentido, será una *condición suficiente* aquella conducta mediante cuya realización una persona pueda producir el resultado. Pero, además, partiendo de la teoría finalista de Welzel, Koriath afirma que tendrá también que existir una *relación teleológica* entre dicha conducta y el resultado (lo que identifico, según se desprende de su argumentación, con el dolo o la imprudencia, con una especie de previsibilidad objetivo/subjetiva y *ex ante* del resultado o una “capacidad de causalidad” de la acción en cuestión). En conclusión, siguiendo a Honig, Koriath (p. 154) considera que la imputación empieza y acaba en la conducta y debe basarse en el *nexo teleológico*, el cual incluye dentro de sí la relación de causalidad; por ello, también dicha relación causal es un criterio de imputación.

¹⁷⁰ Como muy bien ha señalado Pérez Alonso (en “*Notas...*”, cit. pp. 81 y 82), citando a Struensee: la teoría de la imputación objetiva se ha convertido en un tornado teórico que cada vez va atrayendo más aspectos de la teoría jurídica del delito hacia sí. Acerca de esto, *vid.* también Esquinas Valverde, “*Sirve todavía...*”, cit., pp. 185 a 236; igualmente *vid.* Martínez Escamilla, “*Relevanz...*”, cit., p. 46: la teoría roxiniana de la imputación objetiva, que ha modificado profundamente la categoría de la tipicidad necesitaría aún una precisión de sus relaciones sistemáticas y de su capacidad explicativa.

¹⁷¹ En tal sentido, por todos, *vid.* Frisch, “*Defzite...*”, cit., pp. 257 y 258; Rolinski, “*Statistische...*”, cit., p. 496; Hilgendorf, E., “*Der <gesetzmässige Zusammenhang> im Sinne der modernen Kausallehre*”, en revista *Jura*, n° 10/1995, pp. 514 a 522 (521 y 522). Más extensamente sobre ello, *vid.* Esquinas Valverde, “*Probabilistischer Kausalbegriff...*”, cit., pp. 333 a 348.

- Engisch, K., *Vom Weltbild des Juristen*, edit. Winter, Heidelberg, 1950.
- Esquinas Valverde, P., “Probabilistischer Kausalbegriff und richterliche Wertungsentscheidung”, en *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag* (edit. por Zöller, M., Hilger, H., Küper, W. y Roxin, C.), edit. Duncker & Humblot, 2013, pp. 333 a 348.
- Esquinas Valverde, P., “¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva? Hacia una nueva estructura del tipo penal”, en *CPC*, n° 118, 2016, pp. 185 a 236.
- Frisch, W., “Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 239 a 261.
- Gimbernat Ordeig, E., “Cursos causales irregulares e imputación objetiva”, en *ADPCP*, Vol. LXIII, 2010, pp. 16 a 94.
- Gimbernat Ordeig, E., “Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo”, en *Derecho Penal para un estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (coord. por Maqueda Abreu, M.L., Martín Lorenzo, M., Ventura Püschel, A.), Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 111 a 136.
- Gómez Benítez, J.M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, edit. por el Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- Hilgendorf, E., “Der <gesetzmässige Zusammenhang> im Sinne der modernen Kausallehre”, en revista *Jura*, n° 10/1995, pp. 514 a 522.
- Hoyer, A., “Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 160 a 178.
- Hoyer, A., “Kausalität und/oder Risikoerhöhung”, en *Festschrift für H.-J. Rudolphi zum 70. Geburtstag*, edit. Luchterhand (edit. por Rogall, K., Puppe, I., Stein, U. y Wolter, J.), Múnich, 2004, pp. 95 a 105.
- Jäger, C., “Die notwendige Bedingung als ereignisbezogener Kausalfaktor”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (edit. por Bloy, R., Böse, M., Hillenkamp, T. y otros), edit. Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 345 a 364.
- Jäger, C., *Examens-Repetitorium, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., edit. C.F. Müller, Múnich, 2011.
- Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, edit. De Gruyter, 2ª ed., Berlín, 1993.
- Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal* (traducción de Cancio Meliá, M.), edit. Grijley, Lima, 1998.
- Jescheck, H.-H. y Weigend, T., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, 2002, Edit. Comares (traducción al castellano de Olmedo Cardenete, M.).
- Kaufmann, A., “Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht”, en *Festschrift für Eberhard Schmidt* (edit. por Bockelmann, P. y Gallas, W.), edit. Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1961, pp. 200 a 231.
- Kindhäuser, U., “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, en *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios* (trad. de Mañalich, J.P.), edit. Grijley, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2007.
- Knauer, C., *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, edit. Beck, Múnich, 2001.
- Koriath, H., *Kausalität und objektive Zurechnung*, edit. Nomos, Baden-Baden, 2007.
- Krümpelmann, J., “Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (edit. por Vogler, T./ Herrmann, J. y otros), Duncker & Humblot, 1985, pp. 313 a 335.
- Küper, W., “Überlegungen zum sogenannten Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt”, en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, edit. De Gruyter, 1987, p. 247 a 288.
- Maiwald, M., “Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit? Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Kausalität des Unterlassens”, en *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag* (edit. por Hettinger, M., Hillenkamp, T., etc.), edit. C.F. Müller, 2007, Heidelberg, pp. 329 a 345.

Conditio sine qua non y concreción del riesgo en el resultado

- Maiwald, M., *Kausalität und Strafrecht: Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, edit. Schwartz, Gotinga, 1980.
- Maqueda Abreu, M.L. y Lorenzo Copello, P., *El Derecho Penal en casos. Parte General*, edit. Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2016.
- Martínez Escamilla, M., “Relevanz des rechtmässigen Alternativverhaltens bei der objektiven Erfolgszurechnung?”, en *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein Spanisch-Deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin* (edit. por Gimbernat, E., Schünemann, B. y Wolter, J.), VVAA, edit. Müller, 1995, pp. 37 a 46.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Edit. Repertor, 10ª ed., 2016 (2ª reimpresión).
- Pérez Alonso, E., “Delitos de acción. La tipicidad (II)”, en *Derecho Penal, Parte General* (dirigido por Zugaldía Espinar, J.M.), edit. Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2004, pp. 433 a 464.
- Pérez Alonso, E., “Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 93, 2007, pp. 79 a 112.
- Pérez Alonso, E., “Tema 13: Delitos de acción. La tipicidad (II)”, en *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General*, (dirigido por Zugaldía Espinar, J.M.), edit. Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2010, pp. 237 a 254.
- Puppe, I., “Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung- Teil I”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS, www.zjs-online.com), Strafrecht*, 5/2008 (consultado el 10/12/2016).
- Puppe, I., “Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (edit. por Schünemann, B., Achenbach, H. y otros), edit. De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 287 a 306.
- Puppe, I., *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 2000, edit. Nomos, Baden-Baden.
- Puppe, I., *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales* -traducción de García Cavero, P.-, edit. Comares, Granada, 2001.
- Puppe, I., “Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 2010, pp. 551 a 570.
- Ranft, O., “Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt? Zugleich eine Kritik der Formel vom <rechtmässigen Alternativverhalten>”, *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 25/1984, pp. 1425 a 1443.
- Röh, L., *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, edit. Lang, Fráncfort, 1995.
- Rolinski, K., “<Statistische Kausalität> im Strafrecht?”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa* (editado por Kühne, H.-H.), Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 483 a 500.
- Roxin, C., “Streitfragen bei der objektiven Zurechnung”, en *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (edit. por Bloy, R., Böse, M., Hillenkamp, T. y otros), edit. Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 715 a 733.
- Roxin, C., “Was ist Beihilfe”, en *Festschrift für Koichi Miyazawa* (editado por Kühne, H.-H.), Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 501 a 516.
- Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J.), edit. Civitas, Madrid, 1997.
- Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen — Der Aufbau der Verbrechenslehre*, edit. C. H. Beck, 4ª edición, 2006.
- Schünemann, B., “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1975, pp. 647 a 656.
- Toepel, F., *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992.
- Ulsenheimer, K., “Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte”, *Juristen Zeitung*, nº 11/12, 1969, pp. 364 a 369.
- Volk, K., “Kausalität im Strafrecht. Zur Holzschutzmittel-Entscheidung des BGH vom 2.8.1995”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, nº 3/1996, pp. 105 a 110.
- Zugaldía Espinar, J.M., “La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo”, *ADPCD*, 1984, pp. 321 a 332.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES