

TENTATIVAS, RIESGOS Y RESULTADOS

SANTIAGO LÓPEZ WARRINER *

Resumen: En el derecho penal la doctrina mayoritaria sostiene que no debe otorgarse relevancia alguna a los cursos causales hipotéticos. El presente artículo se propone esbozar algunos considerandos objetando esta postura, para así efectuar algunas observaciones sobre el principio de imputación concebido por Marcelo Sancinetti para resolver estos supuestos, denominado “principio de subrogación”. Se pone de manifiesto que la argumentación elaborada en este sentido por Sancinetti importa reconocer al disvalor de resultado como determinante, lo que se manifiesta como contrario al pensamiento medular del propio doctrinario. Finalmente, se propone una solución al problema expuesto acorde a una teoría subjetivista del derecho penal sobre la base de una autoría mediata imprudente.

Abstract: The prevailing view among Criminal Law scholars is that hypothetical causal courses should not be acknowledged any significance at all. This article is aimed at presenting some statements against such view, so as to make some remarks concerning the principle of attribution developed by Marcelo Sancinetti to solve such cases, called “principle of subrogation”. It is stated that the line of reasoning developed in that respect by Sancinetti implies considering the negative result as decisive, which appears to be in contradiction to the central idea of the author. Finally, a solution to the problem in question is suggested, in accordance with a subjective theory of Criminal Law and on the basis of a reckless indirect liability.

Palabras clave: Cursos causales hipotéticos - Principio de subrogación - Disvalor de resultado - Imputación objetiva.

Keywords: Hypothetical causal courses - Principle of Subrogation - Negative result - Objective attribution.

* Estudiante de Abogacía (UBA). Este trabajo obtuvo el Segundo Premio en el VII Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Penal.

I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo con la saludable costumbre de acercar literatura jurídica alemana a nuestra lengua sudamericana, los Profs. Dres. Patricia S. Ziffer y Marcelo A. Sancinetti nos han brindado la posibilidad de conocer el pensamiento de Erich Samson en su texto *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, publicado por la editorial Hammurabi. Libro de comienzos de los años setenta, aborda con claridad uno de los temas medulares de la teoría de la imputación: si debe otorgarse alguna relevancia a aquellos cursos que si bien no se realizan en el resultado, ya se encontraban en marcha al momento de darse la acción que produce el curso real.

Para tratarlo con las propias palabras del autor: “Cuando, siguiendo la fórmula de la *conditio*, se debe preguntar si el resultado no habría ocurrido en caso de que no se hubiera producido la circunstancia cuyo carácter causal se investiga, pueden ser problemáticos, para este interrogante, los casos en los cuales la circunstancia, por cierto, fue necesaria para la producción del resultado, pero otra circunstancia, en caso de que faltara aquélla, habría ocurrido en su lugar y producido el resultado igualmente”¹.

En la actualidad, estos problemas parecen abordarse de manera tangencial, sin ser tratados decididamente. Con la propuesta formulada por Engisch de resolver los problemas de causalidad con su *condición ajustada a una ley de la naturaleza*, lo decisivo no es lo que habría sucedido, sino lo que ha sucedido realmente. De esta manera, “una conducta se manifestará como causal de un resultado cuando a aquella conducta le han seguido modificaciones en el mundo exterior temporalmente sucesivas, que estaban ligadas a la conducta y entre sí en una secuencia, según una ley (de la naturaleza), y que han desembocado en alguna parte integrante de la situación de hecho concreta que está delimitada como resultado conforme a la ley penal”².

Sin abrir juicio, por el momento, sobre la postura a adoptar, es cierto que la doctrina dominante no deja mucho espacio a los cursos hipotéticos³. Suele mencionarse que importa la causalidad de un curso causal

¹ SAMSON, Erich, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 23.

² ENGISCH, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 49.

³ Más allá del mencionado Samson, el núcleo central de la doctrina alemana, Jescheck, Wessels, Schönke/Schröder/Lenckner y las decisiones del Tribunal Supremo, no le otorgan ninguna relevancia a los cursos hipotéticos. Incluso Jakobs, quien suele tomar posiciones que buscan poner en crisis las estructuras clásicas del derecho penal, acompaña en este aspecto a la mayoría (p. 232 de su *Tratado*).

concreto, por lo que un curso hipotético no puede eliminar la causalidad ni disminuirla; al no ser parte de la realidad, no pueden imputarse jurídicamente y, por tanto, el curso relevante para el resultado es aquel que se ha realizado. Como se verá, esta afirmación es parcialmente cierta.

No sólo intentaré esbozar algunos considerandos objetando esta postura, sino que desde allí se realizarán algunas observaciones sobre el principio de imputación que Sancinetti ha denominado “principio de subrogación”⁴, mediante el cual se pretenden resolver los casos donde un curso causal ya perfecto es reemplazado por otro, no llegando a realizarse ese primer riesgo en el resultado, a pesar de lo cual Sancinetti entiende que debe responder por consumación el primer autor por una especie de subrogación invertida. En opinión de este autor, debe existir un criterio de imputación que le “reste a la responsabilidad”, en compensación, todo lo que habría ocurrido si no se hubiera realizado la acción de reemplazo.

Creo pertinente, previo a ingresar en el núcleo de la discusión, a fin de refrescar algunos conceptos importantes, repasar el camino que ha recorrido la doctrina causal hasta la actualidad.

II. BREVE HISTORIA DE LA CAUSALIDAD

Teoría de la condición. Han sido múltiples las respuestas que se han dado a la pregunta: ¿Cuándo está causado por la conducta humana un resultado que debe ser sujeto a un tipo penal? Los esfuerzos en este sentido se han orientado a reducir los ámbitos de prohibición que surgen del tipo objetivo; situación que, como veremos, no estuvo exenta de complicaciones.

La primera respuesta la podemos obtener al consultar la teoría de la condición propuesta por Von Buri, para quien un resultado está causado por una acción humana, “cuando esta conducta no puede ser suprimida mentalmente sin que también el resultado desaparezca, cuando, sin la conducta, el resultado no se habría producido”⁵. Se inauguraba de este modo

⁴ Extraído de los trabajos del Prof. Sancinetti “¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal?” *elDial.com*, Suplemento de Derecho Penal, 12/5/2008, y “Reflexiones sobre la obra de Karl Engisch: la causalidad como elemento de los tipos penales” *elDial.com*, Suplemento de Derecho Penal, 14/7/2008, publicados ambos en <http://www.eldial.com>. Allí se menciona la publicación, por parte del autor, de los trabajos ¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para el Derecho penal?, para el homenaje a Gimbernat Ordeig y “Cursos causales hipotéticos y ‘teoría de la diferencia’”, para el homenaje a Struensee, los que con seguridad serán de interesante lectura.

⁵ ENGISCH, Karl, *La causalidad...*, cit., p. 30. Si bien Von Buri fue su defensor más reconocido, algunos postulan a Glaser (1858) como su primer introductor: “Hay (...) un punto de apoyo seguro para examinar el nexa causal; si se intenta suprimir mentalmente el supuesto

la teoría de la *conditio sine qua non* en materia penal, donde no se renuncia a ninguna causa que explique el resultado.

Más allá de algunos esfuerzos por considerar el resultado abstrayente, lo que observo como el primer intento, aunque muy débil, de acercar hipótesis a la imputación penal⁶, el estudio realizado por Max L. Müller terminó por imponerse en la época. Aquí se sustenta el resultado concreto, pues no puede analizarse el carácter de condición de la conducta con relación a un resultado definido en abstracto, sino que más bien debe uno preguntarse por lo que ha sucedido en el resultado concreto.

Esta formulación de Müller domina, aunque con ciertos matices, la escena del derecho penal actual, y se debe sobre todo a Engisch su imposición⁷, admitiendo una delimitación de lo jurídicamente relevante sólo al campo de lo que realmente sucede, fuera de la órbita de lo moral. Según este autor, deben tenerse en cuenta las modificaciones sucesivas en el mundo exterior que, ligadas a la conducta, pueden explicarse según una ley de la naturaleza.

Resulta complejo poder determinar las causas del apego histórico a estos conceptos, y de la estrecha vinculación que ha tenido, y aún tiene, nuestro derecho penal con el dogma de la causación. El naturalismo positivista, quizá, haya sido quien trasladó sus conceptos hacia el derecho, y desde allí se fueron incorporando sus mecanismos, permitiendo que diversos institutos de la ciencia jurídica admitan sus fundamentos⁸.

Delimitaciones a la teoría de la condición. Como se había anticipado en el texto de Engisch, si bien la teoría de la condición intentó racionalizar

originante de la suma de los acontecimientos, y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, que a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reconducirse a la eficacia de esa persona. Si por el contrario se ve que, si se suprime mentalmente a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se podría producir en absoluto o que hubiera tenido que producirse por otra vía totalmente distinta; entonces está justificado con toda seguridad considerarlo como efecto de su actividad” (citado a través de ROXIN, Claus, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997).

⁶ Entre otros autores, Thyrén, Traeger, Tarnowski, Hönig y Mezger.

⁷ Se puede ver, a modo de ejemplo, los pensamientos de Welzel, Jescheck, Baumann, entre otros. Recién con la incorporación de la teoría funcionalista, y a través de sus máximos expositores Roxin y Jakobs, si bien no admiten la incorporación de los cursos hipotéticos, sí los utilizan para resolver problemas de imputación. Ya volveremos sobre eso.

⁸ En este sentido, conforme la influencia del naturalismo en la prohibición de regreso, NAUCKE, Wolfgang (*Über das Regressverbot im Strafrecht*, ZStW, t. 76 [1964]), *Sobre la prohibición de regreso en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 1998, ps. 17 y ss. Desde la óptica filosófica, véanse los textos de Kant y Mill quienes proponen un concepto causal ajustado al naturalismo.

el concepto de imputación de resultados, sus consecuencias iban demasiado lejos, y era necesario recurrir a elementos propios de la tipicidad subjetiva a fin de delimitar su influencia.

El primer intento corrector fue fundado por Von Kries (1889) mediante la teoría de la adecuación, soltando de sus brazos el elemento naturalista. Una acción será causal de un resultado, en el sentido jurídico-penal, cuando posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado deben ser consideradas irrelevantes⁹.

Esta teoría intentaba considerar qué acciones desde la experiencia general son jurídicamente relevantes y, por tanto, imputables al universo de autores posibles. Quizá de este modo se exceptuaba de consideración a aquellas conductas que “desde el ojo del lego” ya eran causaciones extraordinarias con el hecho principal. Sin embargo, bajo esta fórmula, cursos causales *anormales* pueden ser típicamente relevantes y, por tanto, pueden traspasar la barrera de la tipicidad objetiva¹⁰.

Antes de la llegada de la imputación objetiva, fue Mezger quien propuso corregir la causalidad natural por intermedio de la teoría de la relevancia típica. Existiendo causalidad natural entre acción y resultado, es preciso verificar la relevancia típica del nexo causal a través de la interpretación del tipo penal. “Cuando causalidad y relevancia están corroboradas, cuando consta la tipicidad de la acción, puede plantearse la cuestión referida a la culpabilidad por el resultado”¹¹.

A pesar de ser correcta la intención de la teoría, en el sentido de delimitar la imputación a aquellas conductas que se verifiquen como causales basadas en criterios de imputación sobre el tipo penal, lo cierto es que a nuestro entender su principal virtud es haber construido las bases (*Grund*) para el nacimiento de la imputación objetiva, incorporando tímidamente criterios normativos a la relación causal¹².

⁹ KRIES, VON Johannes, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, citado por ROXIN, Claus, en *Tratado...*, cit., Civitas, Madrid, 1997, p. 359.

¹⁰ En un ejemplo de Jakobs: “Si un veneno común, en una persona que se droga con un medicamento sumamente raro, a causa de una constitución modificada a través de esa adicción, no surte efecto en el estómago, como suele suceder, sino en el esófago, a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar ninguna razón para no imputar el resultado; pues la consecuencia constituye la realización del peligro causado por el autor en las condiciones del caso concreto”.

¹¹ MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio*, trad. de Conrado Finzi, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, ps. 122 y ss.

¹² No es parte de este trabajo pronunciarme sobre el tiempo de la causalidad posterior al finalismo, pero sí quisiera aclarar lo que entiendo un error conceptual de aquellos críticos

Teoría de la imputación objetiva. Si bien su evolución se remonta a la teoría de la imputación de Puffendorf, en los años treinta fue Hönig, revisando la teoría hegeliana de Larenz, quien extrajo la idea de “perseguidibilidad objetiva de una finalidad” (*objektive Bezweckbarkeit*)¹³, eliminando cursos causales naturales e inadecuados, y tomando como criterio decisivo un juicio de imputación autónomo.

De este modo, lo relevante pasó a ser si el resultado podía verse como conducta humana adecuada y, por ende, imputable. Es desde esta idea donde parte Roxin para explicar que lo decisivo será si el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, o si, por el contrario, se trata de una conducta que conlleva un riesgo general de la vida y, por tanto, aceptable socialmente.

Con esto, Roxin coloca en el centro de la discusión el ámbito de protección de la norma, es decir, cuáles son las conductas que la norma busca impedir y cuáles, por el contrario, si bien son cercanas a ésta, se encuentran fuera de su ámbito de resguardo. Habrá que preguntarse qué busca impedir la norma, y para ello tendrá especial relevancia cuál es el sentido de la pena en nuestro sistema: si se busca reafirmar la vigencia de la norma, darle un sentido retributivo o resocializante al castigo, o si se pretende lograr cierta influencia sobre el conjunto social, los límites de injerencia de la imputación objetiva irán variando.

Más allá de estos considerandos, debe resaltarse la importancia de la estructura social en la actualidad. La industrialización moderna y las costumbres sociales han modificado la frontera de lo punible, y con ello han permitido absorber al riesgo permitido campos que eran antiguamente punibles. La sociedad de riesgo en la que vivimos ha acrecentado los peligros potenciales, ha hecho más complicada la interacción entre los seres humanos y ha vuelto más complejas las relaciones económicas, creando

de la teoría del puro disvalor de acción, idea que apoyo. No es cierto que en su afán por sostener a la tentativa acabada como modelo de ilícito, el subjetivismo deba considerar absurdas anticipaciones punitivas, incluso tentativas inidóneas (Zaffaroni). Se sostiene a la decisión de voluntad como núcleo del ilícito, pero siempre limitada por el ámbito de aplicación de la norma; es decir que la cabeza del autor puede estar dispuesta a la realización del hecho, incluso haber librado fuera de su competencia cualquier posibilidad de revocación (tentativa acabada), pero si objetivamente dicha acción se encuentra fuera del ámbito alcanzado por la norma, su conducta será impune. A modo de ejemplo, no será responsable penalmente quien pretenda matar a otro dándole a su víctima un vaso con agua, pues cree que ello resultará mortal.

¹³ Si bien puede ser un matiz, el término *Zweck* en el sentido idealista está referido a la finalidad de una conducta, a una acción conforme a un fin determinado. Véanse, entre otros, los textos de filosofía de García Morente y Carpio.

un sentimiento de inseguridad, todo ello a costa de mantener en funcionamiento a la sociedad industrial¹⁴, que posee como estandarte al tiempo como objeto de valor.

La teoría de la imputación objetiva ha sido el último y más serio intento por limitar el poder penal del Estado, tratando de llevar a la realidad el concepto de *ultima ratio*. Si bien, como se mostrará más adelante, no es ajena a ciertas incongruencias, es cierto que ha racionalizado un aspecto de la teoría del delito que hasta su aparición era propio de la pura valoración intelectual, y ello se debe en gran medida a los desarrollos de Roxin y Jakobs con sus respectivas teorías del riesgo y de los roles¹⁵.

III. INCORPORACIÓN TÁCITA DE LOS CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS

La inserción de los cursos hipotéticos en el derecho penal ha sido siempre resistida por parte de la opinión dominante, siendo tan sólo un puñado de autores quienes los han aceptado bajo ciertas circunstancias¹⁶. No obstante ello, como bien observa Sancinetti, a pesar de mostrarse en desacuerdo con incluir algún curso hipotético, esta doctrina acepta algunas soluciones donde su incidencia resulta evidente.

Tomemos uno de los correctivos dados por Roxin a la imputación objetiva. Según el principio de *disminución del riesgo*, no sería relevante el curso que causa el resultado si éste, en comparación con el curso que reemplaza, *ex ante*, mejora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, por cuanto beneficia al bien jurídico.

¹⁴ Sobre un estudio de la sociedad de riesgo, MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, Civitas, Madrid, ps. 23 y ss. No es el lugar para desarrollarlo, pero esta restricción de ámbitos punibles no se ha dado de manera equivalente en todos los bienes jurídicos, sino que, por el contrario, este sentimiento de inseguridad ha hecho que el legislador expenda en otros ámbitos la injerencia del derecho penal, creando en muchos casos bienes jurídicos difícilmente compatibles con principios constitucionales elementales.

¹⁵ Sobre sus cimientos teóricos, en relación con los cursos hipotéticos, se hablará seguidamente. Cabe aclarar que no resulta unánime la aprobación de la teoría de la imputación objetiva. Algunos la creen innecesaria, pues la dogmática posee el instrumental suficiente para resolver los conflictos (Hirsch y Küpper), otros observan que la excesiva normativización del derecho penal deja las puertas abiertas a la inseguridad jurídica (A. Kaufmann), o se le cuestiona dejar por fuera conductas que deberían tener alguna relevancia (Kindhäuser), mientras que una última objeción soslaya que no se trata en verdad de una teoría, sino más bien de ciertos tópicos ciertamente inútiles (Frisch).

¹⁶ El intento más serio en este sentido, SAMSON, Erich, *Cursos...*, cit. En nuestro país, los trabajos recientes e introductorios de SANCINETTI, Marcelo, “¿Incidencia...?”, cit., y “Reflexiones...”, cit., publicados ambos en <http://www.eldial.com> del 12/5/2008 y 14/7/2008, respectivamente.

Sin discutir la eficacia de este principio, no caben dudas de que para arribar a una solución de este tipo es necesario considerar un curso causal que no se realiza en concreto, sino que más bien es una hipótesis (A arroja una enorme piedra a B, y previo al impacto en el rostro de éste, C lo empuja, evitando el golpe, pero provocando una caída que le ocasiona algunas heridas leves: de acuerdo con este principio, C no resulta imputable pues la acción de salvamento mejora la situación de A). Esta fórmula para resolver problemas de imputación requiere, sin excepción, de un curso hipotético. Tan sólo podemos considerar atípica la conducta de C si inferimos, de acuerdo con las leyes de la naturaleza, tal el pensamiento de Engisch, ya no en el plano concreto, sino en el plano de las hipótesis, que la primera acción será *más lesiva* para el sujeto pasivo¹⁷.

“Se reconoce que falta ya la tipicidad de una acción, cuando ella, según una perspectiva *ex ante*, disminuye un riesgo preexistente, incluso en caso de que *ex post* haya influido en el curso causal *concreto*, efectivamente realizado. La opinión dominante se conforma aquí con la explicación de que si el riesgo sigue siendo *el mismo*, se da una mera variación irrelevante dentro de un riesgo ya existente y *por eso* no habría de responder aquel que ha causado esa mera variación”¹⁸.

La consecuencia es negarle todo efecto a los cursos hipotéticos: la pregunta *por qué habría sucedido* resulta irrelevante. De modo consecuente con este pensamiento, pero igualmente contradictorio, se excluye la imputación si la conducta alternativa conforme a derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado, en razón de no haberse realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento¹⁹. Misma directriz de pensamiento y equivocación. Según este principio, “debe enjuiciarse el incremento del riesgo conforme a criterios normativos, es decir que hay que ‘examinar si la norma formulada *ex ante*, operando también sobre la base del conocimiento *ex post*, puede seguir siendo reconocida

¹⁷ En los supuestos de homicidio, Roxin sostiene una posición contradictoria, pues cuando el autor de reemplazo no empeora la situación del bien jurídico también se lo debe responsabilizar, reafirmando el valor del bien jurídico en discusión. No hay modificación del bien jurídico vida, el peligro no se intensifica ni empeora su situación jurídica, pero, no obstante, el *segundo autor* es imputable. Similar resulta la argumentación de Frisch, quien apoya a la opinión dominante en razón de los efectos psicológico-sociales que conllevaría no imputar el resultado al causante real por existir un riesgo hipotético.

¹⁸ SANCINETTI, Marcelo A., ¿Incidencia...?, cit. Apoyando esta solución, JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, p. 274.

¹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de la 2ª ed. de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Reseñal, Civitas, Madrid, 2006, p. 379.

como una prohibición con sentido y que reduce el riesgo del resultado, o si partiendo del nuevo estado de los conocimientos, la misma parece en concreto inidónea o al menos impracticable”²⁰.

Volvemos sobre lo mismo. Todos estos conocimientos previos y posteriores al hecho que me servirán para imputar o desgravar una conducta deben ir unidos en algún momento a juicios hipotéticos. Los conocimientos *ex ante* y *ex post* son lo único certero del juicio imputativo, es decir, la ejecución y el resultado; el resto es vacío. Determinar si la conducta incrementó o, como vimos, disminuyó el riesgo, no es posible con la certeza que se pretende. Ello se infiere de la experiencia general, donde en *condiciones normales* la acción A es correspondida por el resultado B, pero ello siempre requiere trabajar en el ámbito de las hipótesis.

Esto parece reconocerlo en algún punto parte de la doctrina, al aceptar que este tipo de casos están muy cercanos a las constelaciones en las que los cursos causales hipotéticos resultan relevantes para la imputación, en palabras del propio Roxin. Sin embargo, la doctrina camina de espaldas a esta idea.

También el propio Jakobs desprecie de la utilidad de los cursos hipotéticos. “Importa la causalidad del curso causal concreto, de manera que, frente a la fórmula de la *conditio sine qua non*, un resultado hipotéticamente igual no elimina el resultado. Como los cursos hipotéticos, por falta de realidad, no son imputables, la imputación depende de cuál, de entre los diversos cursos relevantes para el resultado, se ha realizado”²¹. A modo de ejemplo: una noche de intensa niebla, el conductor de una motocicleta es golpeado por detrás por un vehículo, saliendo despedido por el aire y resultando lesionado a causa del impacto contra el suelo; la colisión los salvó de chocar, segundos después, contra un obstáculo y fallecer inmediatamente²². Aquí sostiene que la solución del caso por medio de cursos hipotéticos nos haría arribar a la absurda conclusión de que el riesgo no se realizó, nadie sería responsable por el curso lesivo, y todo ello a pesar del comportamiento incorrecto.

De este modo se niega la posibilidad de que el curso hipotético anule la imputación por el curso real. En contraste, Jakobs le otorga incidencia a los cursos hipotéticos al momento de medir la pena, buscando atenuar la responsabilidad del autor. Esto parece irracional, pues, como observa con

²⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 381.

²¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 232.

²² JAKOBS, Günther, *Estudios...*, cit.

agudeza Sancinetti, al curso lesivo se le *resta* algún *quantum* de reprochabilidad; por tanto, los hechos son diferentes: la consumación de un curso de acción normal será tratada de modo diferenciada en relación con la conducta a la que pueda endilgársele algún curso hipotético.

Desentenderse de los cursos hipotéticos al momento de la tipicidad objetiva, para terminar arrojándolos al ámbito más irracional de las ciencias penales, carece de sentido, pues no existe lógica que permita demostrar la utilidad del traslado de un problema propio de la tipicidad a la punibilidad²³.

Es cierto que en la actualidad se apoya el *dogma causal*, otorgándole al resultado una importancia vital. El quebrantamiento perfecto de la norma no se realiza con la última posibilidad de revocación de la acción por parte del autor, sino que se considera la identidad, a veces azarosa, de la conducta en el resultado. Más allá de las objeciones que pudieran sostenerse, como se planteara párrafos atrás, el creer que quien realiza el resultado lo hace mediante un curso concreto y real, sin sesgos hipotéticos, me resulta aún más sorprendente. Todo curso concreto no es más que el resultado de la experiencia general, que fue tomando forma con el correr del tiempo, y por ello se lo considera *real*. Pero esto no inhibe de alguna modificación a futuro, y ello por el contenido hipotético del nexa. Como se dijo, ejecución y resultado son reales, el resto...

IV. PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN

Hasta aquí hemos podido observar que, sobre la base del criterio de causalidad de Engisch y su fórmula de *condición ajustada a una ley de la naturaleza*, sólo interesa subsumir la acción en atención a una ley de la naturaleza, y desde allí concluir si la conducta determinó el resultado. De este modo se elimina la pregunta por lo que habría sucedido suprimiendo el curso causal natural; no obstante, como hemos podido ver, ello no se cumple en diversos supuestos.

²³ Para una lectura acabada del problema mencionado, ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 120 y ss. Jakobs también considera adecuada la utilización de hipótesis cuando se trata de simples variaciones dentro de un riesgo idéntico, pero no cuando concurren varios riesgos diferenciados. Sobre este punto, el viejo caso de la vivienda en llamas donde se gira la posición de un sillón, modificando el discurrir futuro de su destrucción (*Estudios...*, cit., p. 273). Esta mera variación para Jakobs resulta irrelevante debido a que el riesgo es el mismo. Esta conclusión es gracias a utilizar cursos hipotéticos en la imputación.

Para la doctrina dominante sólo interesa lo que sucedió efectivamente. No se reconoce la propuesta de la minoría sobre la carencia de sentido de proteger un bien jurídico que ya está perdido, sino que las acciones anti-jurídicas de terceros no pueden ser consideradas. “Quien comete un hecho punible no puede desgravarse invocando que, si no, lo habría cometido otro. La concepción contraria anula la prohibición de agredir al afectado; ello lo dejaría sin protección jurídica”²⁴.

La relevancia de los cursos hipotéticos es defendida en Argentina por el Prof. Marcelo Sancinetti. A partir de esta postura, ha incorporado un nuevo principio que intenta resolver los casos de participación de doble neutralización²⁵, donde resulta complejo atribuir la consumación. A modo de ejemplo: A coloca una acción de reemplazo que no agrava la situación de B, a quien ya se dirigía una acción puesta por C. De esta manera, A argumentaría que su conducta no empeora el bien jurídico protegido, no existe incremento del riesgo; por otro lado, C podría responder que su riesgo no se ha realizado en el resultado, sino que ha sido reemplazado por otro.

“¿Por qué no puede haber, junto a la causalidad, un criterio de imputación que le ‘reste a la responsabilidad’, en compensación, todo lo que habría ocurrido si no se hubiera realizado la acción en cuestión? Mi propuesta consiste en que responda el primero, a pesar de que su acción quede como causa de reserva, por haber generado la irrelevancia ulterior del curso real: respondería por una suerte de subrogación o representación”²⁶.

“La pregunta de si la responsabilidad por una acción que causa un resultado adecuado al tipo de una ley penal puede quedar *excluida* por completo, por la circunstancia de que, al momento de la realización de la acción, ya existiera un curso causal que habría causado el mismo resultado, si no hubiera sido por la acción del autor, la cual, al poner la condición que produjo el resultado, anuló simultáneamente el primer curso causal que

²⁴ STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I*, “El hecho punible”, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 161.

²⁵ Como nos cuenta el autor, la *responsabilidad por subrogación* se inspira en una solución dada por el civilista Heinrich Titze (*Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschen bürgerlichen Recht*, 1900, S. 127): dos proveedores están obligados a entregarle a un fabricante, en determinado plazo, cada uno, una parte de una máquina. Debido a la demora de los fabricantes, la máquina no puede comenzar a operar y sufre el consecuente daño. Como el lector puede advertir, utilizando la fórmula de la *conditio*, ambos autores podrían argumentar que ninguna de sus acciones por separado es causa en el resultado, pues éste, aun actuando conforme a derecho, se habría producido. Titze pretendía reconocer en favor del fabricante un derecho de indemnización contra cada proveedor, en razón de que, debido a su retraso, aquél no podía demandar al otro fabricante.

²⁶ SANCINETTI, Marcelo A., “Reflexiones sobre la obra de Karl Engisch...”, cit.

quedó reducido así a una hipótesis, curso hipotético este que, según una prognosis razonable, habría podido producir el mismo resultado con una probabilidad de realización *ex ante* igual o mayor a la que generaba la acción que realmente terminó causando el resultado o bien que habría podido producirlo incluso con una probabilidad rayana en la certeza”²⁷.

Esta forma de modificación de la realización del riesgo propuesta por el autor entiendo es contraria a su pensamiento medular. Como bien explicara, se trata de una argumentación que considera al disvalor de resultado como determinante, algo que no va de la mano con su producción bibliográfica²⁸.

Considero razonable dividir los planos de análisis según se trate de conductas imprudentes o dolosas.

Traslademos este pensamiento al hecho doloso de ambos autores. El problema que plantea este tipo de casos no obtiene solución mediante la opinión dominante, debido a no poder imputar el resultado cuando el primer curso ya perfecto (tentativa acabada) es interrumpido por otro que se realiza en el resultado, excepto que uno tome la construcción de Jakobs de sostener que sólo se trata de una mera variación y, por tanto, el riesgo resulta el mismo que al inicio. Se trata de dos cursos diferentes y, en consecuencia, sus realizaciones también deben diferenciarse.

Sostener el principio de subrogación permite responsabilizar por el resultado, pero no resulta necesario. Para una teoría subjetiva del ilícito, que sostiene a la decisión de voluntad del autor como el núcleo de aquel, no existe problema. Ambos autores responderían por tentativa acabada y fin del conflicto. Si bien el curso originario es anulado por otro, esto queda sin explicación para una doctrina de resultados, ya que ninguno de los autores respondería por la consumación, y ello conlleva una enorme ventaja. Sin embargo, desde la óptica subjetiva, la consumación no cumple ningún papel, sino sólo el disvalor de acción, con lo cual este aparente conflicto posee una simple solución.

²⁷ SANCINETTI, Marcelo A., “Reflexiones sobre la obra de Karl Engisch...”, cit.

²⁸ Sancinetti es un fuerte crítico de la teoría del bien jurídico, pues cree errada la misión que se pretende anudar al derecho penal de protegerlos. Según cree, la ley penal no es un “escudo protector” que busca la desaparición del delito, por la simple razón de que ello no es posible. Más allá de la corrección de esta afirmación, cierto es que nuestro derecho positivo no la apoya, y la lesión del bien jurídico ocupa un papel central en la teoría de la imputación: el ejemplo más claro en este sentido lo puede otorgar la figura del art. 43, CPen., que otorga una doble vía al autor de eximirse de la pena desistiendo de su conducta delictiva (en forma pasiva y activa), todo ello en busca de no lesionar el bien jurídico.

Similar camino podría aplicarse al caso de un primer autor doloso y un autor de reemplazo imprudente, con la sola variante de las consecuencias de punibilidad que responden a la acción culposa.

No me es ajeno el conflicto que esta solución tiene con nuestro derecho positivo, como tampoco me son extrañas las complejas relaciones entre una teoría de resultados y este tipo de casos. De ello no escapa el principio de subrogación: o en las malas acciones decide la voluntad del autor (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*), en cuyo caso no será necesario este principio; o la realización del riesgo deberá concretarse en el resultado y el autor deberá responder únicamente por su acción (*cogitationis poenam nemo patitur*), con lo cual cobrará vigencia el principio de acto constitucional (art. 19); y todo aquello que no forme parte de la exteriorización del individuo no le podrá ser imputado, abarcando un resultado que efectivamente no concreta. Por ser innecesario o contrario a mandatos constitucionales, el principio de subrogación no es aconsejable como criterio de imputación en un hecho doloso.

Otro punto, de solución no muy compleja, sería tratar el supuesto de un primer actuante imprudente seguido por otro que neutraliza su actuar mediante una conducta dolosa. Aquí pareciera ser razonable que la segunda conducta desplazara a la imprudente, quedando esta última sin pena. Esto pareciera aconsejable, sin mayor discusión, desde una óptica político-criminal racional no punitiva.

Pensemos ahora en el problema de dos autores imprudentes. En el caso de que la conducta de los autores se neutralice y éstos actúen sin dolo, ello nos llevaría a la impunidad, pues el hecho quedaría en el estadio de la tentativa y, por tanto, no serían punibles.

Una solución de este tipo no parece ser llevadera, pues a pesar de su actuar antijurídico y no realizar comportamientos positivos en busca del desistimiento, los autores se verían beneficiados por el hecho del otro. En este punto pareciera interesante la propuesta de solución dada por Sancinetti, pues se cubriría una laguna de punibilidad que de otro modo resultaría intolerable, incluso para aquellos que no sostienen una fundamentación subjetiva del ilícito.

Sin embargo, propongo aquí otro ángulo de solución. No haría falta recurrir a esta modificación de realización del riesgo, que como se ha visto presenta algunos reparos. Uno podría solucionar el conflicto, *de lege lata*, recurriendo a una *autoría mediata imprudente*: podría responsabilizarse al primer actuante imprudente por *cometer el hecho por medio de otro*, pues su actuar se completa a través de la acción de otro autor, ya no realizando la acción de propia mano, sino a través de un instrumento que posee un claro

defecto de conocimiento, no con relación a su acción, sino con respecto a la acción del primer actuante.

La raíz de la figura de autor mediato, que a mi entender se desprende del concepto natural de causalidad buscando su arista normativa, pretende solucionar fisuras de punibilidad, y su versión imprudente no tiene mayores aspiraciones. Esta posibilidad vendría a responder la pregunta sobre cómo hacer responder a un autor imprudente que origina la conducta punible pero que, sin esfuerzo de su parte, su porción causal es reemplazada y su riesgo introducido queda sin realizarse. Admitir la impunidad no parece la mejor solución, y creo que la autoría mediata imprudente puede cubrir ese espacio.

El hecho del autor, que finalmente no se realiza, es realizado por medio de otro. Tanto la posición de inferioridad del instrumento como la realización en su persona de los elementos característicos del ilícito se encuentran presentes, así como el aprovechamiento del autor principal del defecto de conocimiento que posee el *hombre de adelante*: este defecto no se presenta en su propia acción, sino en relación con la conducta precedente que desconoce y afecta de igual forma al sujeto pasivo. Hablamos aquí de un *error sobre las consecuencias de la acción*, debiendo reconocerse autoría mediata, pues el hecho del interviniente no es relevante en el hecho concreto, sino que tan sólo viene a completar una acción que se encontraba determinada con antelación.

Ésta es mi propuesta de solución.