

# ¿Incidencia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal?

por Marcelo A. Sancinetti\*

*Nota preliminar:* El presente texto constituyó el “Plan de investigación” que en la versión alemana de Thomas Kliegel (Düsseldorf) fue presentado por el autor a comienzos de 2007 ante la Fundación Alexander von Humboldt, para realizar un trabajo sobre cursos causales hipotéticos en el Instituto de Derecho Penal y Teoría del Derecho de la Universidad de Freiburg, dirigido por Prof. Dr. *Wolfgang Frisch*. Fue concedida al efecto una beca de “reinvitación” de tres meses. Su publicación pretende señalar un camino a los jóvenes que se inician en el Derecho Penal y que deben estructurar planes de trabajo para ser presentados ante entidades que otorgan becas de investigación. El trabajo definitivo que resultó de este plan (“*Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia*”), que desarrolla las ideas aquí sugeridas, será publicado en el Libro de Homenaje al Prof. Dr. *Eberhard Struensee*, que prepara un grupo de discípulos y amigos de Buenos Aires. Dicho trabajo abarca la cuestión también desde la perspectiva del Derecho civil.

## I. Planteo del problema

La investigación versaría sobre una de las cuestiones “clásicas” de la teoría de la imputación, a saber: la pregunta de si la responsabilidad por una acción que causa un resultado adecuado al tipo de una ley penal (p. ej., la muerte de un hombre) puede quedar *excluida* por completo –y, si no, al menos *disminuida*–, 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 quedó reducido así a una hipótesis, curso hipotético éste 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.

Dicho a modo de ejemplo: En lugar del medicamento que A debe darle a su tío todas las mañanas, el día del hecho él le deja al lado de su vaso de agua, una pastilla similar en aspecto exterior y sabor al medicamento que realmente debería tomar, pero que en realidad contiene veneno. Poco después, el sobrino B se acerca a su tío y le dice que tiene razones fundadas para sospechar que la pastilla que le ha dejado A esa mañana sea

---

\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires.

venenosa, y que, por eso, es conveniente que tome otra pastilla directamente del frasco, frasco que, previamente, el propio *B* había llenado con pastillas de las mismas características tóxicas que las de la de *A*. El tío sigue el consejo de *B* y muere envenenado a los pocos minutos (por una pastilla “de *B*”). Por el momento, puede dejarse de lado la cuestión —que suele plantearse en los textos de estudio junto a problemas de esta índole— de si *B* sabía que la pastilla de *A* fuera venenosa o si actuó *ignorando* esto. Pues primeramente se debe indagar por la cuestión de imputación *objetiva*, de si la muerte del tío puede ser atribuida sin más a *B*, en razón de que el curso causal que él efectivamente genera ha anulado otro curso que ex ante tenía las mismas probabilidades de causar el resultado que el curso efectivamente realizado (causalidad anticipada).

Con ello queda presentado tan sólo el *núcleo* de la problemática, que en verdad abarca muchos supuestos diversos. Así, p. ej., el autor podría condicionar el resultado *junto* con una condición preexistente, es decir, *sin anularla*, sino *acompañándola*. La pregunta se transformaría así ligeramente en la de cómo se comportan las cosas si, tomando el mismo ejemplo, la acción del sujeto *B* condiciona el resultado, pero éste también sigue siendo condicionado por la acción previa de *A* —p. ej., porque el tío, por confusión, toma la pastilla de *A* y la de *B* simultáneamente, acaso sin notarlo—. Las variaciones a estos dos supuestos y muchos otros ejemplos que plantean problemas similares en el marco de lo que se conoce como “Cursos causales hipotéticos en Derecho penal”, son de lo más diversas, llegando a proyectar influencia en la teoría de la participación, especialmente en casos de complicidad. Ejemplo: *C* le da su bate de béisbol a *A*, para que éste cometa lesiones contra *D*, bate que es similar en capacidad de agresión al que *A* ya tenía de manos de *B* (variación a un caso de *Engisch*). El caso se agudiza si el segundo bate era más liviano que el primero (disminución del riesgo).

Sea por el momento limitada la presentación de la cuestión al contexto de estos ejemplos, dejando ahora de lado la variedad de matices que pueden presentarse en el marco total de la problemática.

## II. Estado de las opiniones

La opinión dominante se ha resistido siempre a la posibilidad de que los cursos causales hipotéticos puedan excluir la responsabilidad del actuante que es autor del curso real<sup>1</sup>. Existe una serie de autores que se han pronunciado en favor de la relevancia, bajo ciertas circunstancias, de los cursos causales hipotéticos, pero han quedado en minoría<sup>2</sup>.

La opinión dominante, sin embargo, convive con soluciones que no se llevan bien con el rechazo por principio a la incidencia de los cursos hipotéticos.

a) Así, en el ámbito de la responsabilidad por imprudencia se acepta que el autor que causa un resultado mediante una acción contraria al cuidado puede invocar en su descargo que el mismo resultado se habría producido en caso de que él se hubiera comportado cuidadosamente: el llamado “comportamiento alternativo conforme a derecho”; también: falta de “relación de antijuridicidad”. A esto se responde que en ese caso específico el autor se desgravaría no por la amenaza de otro curso causal independiente de él –fuese de un tercero o de causas naturales–, sino por el hecho de que aquí sería *su propio comportamiento* cuidadoso el que no podría evitar el resultado, mientras que en los casos en que la doctrina dominante niega la relevancia de los cursos hipotéticos, el autor *no* habría realizado el resultado *por su conducta*<sup>3</sup>. Es dudoso, sin embargo, que este argumento señale una diferencia valorativamente relevante. Si uno hace una ligera variación al caso resuelto en BGH 111, 1 (el conductor de un camión no guarda la distancia lateral de seguridad al sobrepasar a un ciclista que cae

---

<sup>1</sup> Cfr.. Jescheck / Weigend, AT<sup>5</sup>, pp. 281 ss.; Wessels / Beulke, AT<sup>36</sup>, n.º m. 161; Kühl, AT<sup>5</sup>, § 4, n.º m. 11 ss.; Schönke / Schröder / Lenckner, n.º m. 97 ss., previo a §§ 13 ss.; Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, 1933, pp. 161 ss., 200 ss.; Spindel, FS Eb. Schmidt, pp. 183 ss. Esta posición es representada también por autores que para muchos otros aspectos de la teoría de la imputación sostienen ideas o soluciones divergentes, como Jakobs, AT<sup>2</sup>, 7/74 ff; ídem, FS Lackner, S. 53 ff; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 562 ff; Puppe, ZStW 92 (1980), 863 ff, 888 ff.

<sup>2</sup> Característico de esta posición, Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, pp. 88 ss.; Art. Kaufmann, FS Eb. Schmidt, pp. 200 ss.; ídem, FS Jescheck, pp. 273 aa.; Rudolphi, SK, n.º m. 60 ss., previo al § 1. Fugazmente sostuvo también Jakobs (Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, p. 24 con nota 23) una posición similar, abandonada en su Lehrbuch (como en nota 1, 7/nota 144).

<sup>3</sup> Así, Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 567.

bajo el acoplado y muere, pero éste probablemente también habría muerto por su propia conducción deficiente, condicionada por el consumo de alcohol, si el conductor del camión hubiera respetado la distancia lateral de seguridad), se podría dar un cuadro similar, siendo que la hipótesis dañosa sería entonces el puro comportamiento del propio ciclista (en el curso real, el camión roza al ciclista que cae a un precipicio, pero éste también habría caído por su maniobra visiblemente incorrecta, ya encaminada hacia esa misma caída).

b) Por otro lado, la opinión dominante 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. Ejemplo: *B* aleja a la víctima *X* del autor *A* que está por disparar contra ella, pero *A* acierta de todos modos a esa mayor distancia. 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. En palabras de *Jakobs*: „Un suceso, que no convierte al mundo en más peligroso y que tampoco sustituye un complejo de condiciones del resultado (un riesgo) por otro no puede ser objeto razonable de una prohibición jurídica de producir el resultado”<sup>4</sup> Entonces, en tales casos las hipótesis *podrían* ser consideradas, porque no afectan la posibilidad de imputación, la cual, como en el caso del ejemplo del tirador a gran distancia, queda invariada: “Si un riesgo permanece idéntico, no se pierde ninguna posibilidad de explicación por el hecho de que sean consideradas hipótesis”<sup>5</sup>. Pero, ¿cómo se comportaría ese principio en casos como el ya dado de los “cómplices”, en que *C* le diera a *A* un bate de béisbol para golpear a su víctima, cuando *A* ya contaba con el bate que le había dado *B*, que era en verdad más pesado que el de *C*? Pues, en ese ejemplo, *C* habría *disminuido* el riesgo inicial que amenazaba a la víctima, al hacer que *A* dejara de lado el bate más contundente de *B*. Se podría pensar que si bien *C* no ha hecho al mundo más peligroso, sí ha cambiado un complejo de condiciones *por otro*: precisamente hizo cambiar el riesgo “bate de *B*” por el riesgo “bate de *C*”. Pero este cambio es, considerado *ex ante*, *beneficioso* para la víctima, por lo que el principio de disminución del riesgo

<sup>4</sup> *Jakobs*, AT<sup>2</sup>, 7/16.

<sup>5</sup> *Jakobs*, FS Lackner, p. 56.

debería conducir a negar la complicidad de *C*, mientras que, por otro lado, la complicidad de *B* fue cancelada antes del comienzo de la tentativa. ¿Debería perderse, en el caso de ese ejemplo, la posibilidad de imputar un acto de complicidad en el hecho finalmente cometido por *A*?<sup>6</sup>

c) Así como es firme la opinión dominante en negar la posibilidad de que el curso hipotético anule la imputación por el curso real, así también acepta –en forma poco compatible con la negación de principio de aquella incidencia– que, en ciertas ocasiones, la existencia de un curso hipotético que habría producido el mismo resultado pueda *atenuar* la responsabilidad<sup>7</sup>.

En particular es sorprendente la intensidad con la que *Jakobs* está dispuesto a reconocer tal *atenuación*, después de sostener en forma terminante el dogma de “la irrelevancia de las hipótesis”. Pues él quiere darle cabida subrepticamente a los cursos causales hipotéticos en el ámbito de la medición de la pena<sup>8</sup>, y, por cierto, llegando a proponer el tratamiento de un “delito de peligro abstracto” o de una “tentativa”, lo cual es indicio de que la consumación reconocida *no es aquí la misma* que en el caso normal: el curso lesivo no se carga *realmente* en la cuenta del autor (sólo “peligro abstracto” o “tentativa”). Esta solución desemboca en una falta de imputación del disvalor de resultado, muy similar, en las consecuencias, a la que propugnaba Arthur Kaufmann<sup>9</sup>.

### III. Metas e hipótesis de la investigación

1.– Las sucintas observaciones críticas a la opinión dominante precedentemente formuladas insinúan ya que, a mi juicio, la opinión minoritaria contiene un núcleo correcto, aunque nunca haya podido imponerse y por

<sup>6</sup> Podría discutirse si el ejemplo del texto no es en realidad un caso de *sustitución* de un riesgo *por otro*, en lugar de un caso de *disminución* de un *mismo* riesgo. Aquí no puedo agotar esta cuestión.

<sup>7</sup> Cfr. *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931, p. 18 nota 1; *Jakobs*, AT<sup>2</sup>, 7/90 ss., 92; *Spendel*, FS Engisch, pp. 509 ss., esp. 523 ss.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 568, nota 220.

<sup>8</sup> *Jakobs*, AT<sup>2</sup>, 7/92.

<sup>9</sup> *Art. Kaufmann*, FS Eb. Schmidt, S. 200 ff; *idem*, FS Jescheck, pp. 273 ss.

más que su aceptación, por cierto, generaría problemas de diferente índole en la teoría de la imputación, de difícil solución.

Por cierto, la cuestión se resuelve sin divergencias entre opinión dominante y opinión minoritaria, cuando el curso hipotético sería el comportamiento *antijurídico* de un tercero –me refiero ahora al comportamiento aún no ejecutado al momento de la acción del causante real (el así llamado: “autor de reemplazo”)–. *Samson* resume la posibilidad de imputar un resultado en el, así llamado por él, “principio de intensificación”<sup>10</sup>: en principio, el autor responde sólo si ha intensificado la lesión del bien jurídico; pero también respondería en los casos en que hubiera asumido el comportamiento ilícito que habría realizado un tercero si él no hubiera actuado (“principio de asunción”, como límite del “principio de intensificación”)<sup>11</sup>. Pues es evidente que nadie podría excusarse en que si él no hubiera hecho lo que hizo, de todos modos lo habría hecho otro (opinión unánime).

Por ello, los casos que interesan son los del comportamiento (hipotético) *lícito* de un tercero y los cursos (hipotéticos) producidos por fuerzas naturales. Bajo esta última categoría, sin embargo, hay que incluir también los casos de *comportamiento antijurídico de un tercero*, cuando, al momento de la acción que condicionó efectivamente el resultado, ya ha sido realizada por completo una primera acción, sin que le cupiera al primer actuante una posibilidad (ni siquiera insegura) de revocar el riesgo (pártase de la base de que, en el ejemplo inicial, el sobrino A había abandonado la vivienda del tío al momento de la acción del segundo actuante y se había embarcado en un vuelo transatlántico). En estos casos, la acción ilícita ha sido anterior a que intervenga el segundo actuante, que causó el resultado, por lo que, respecto del primer curso, anulado, sólo restaba el desenlace del curso causal según las leyes de la naturaleza o bien el comportamiento de la propia víctima.

La opinión minoritaria puede invocar en su favor el hecho de que no parece tener sentido restringir la libertad de acción mediante una prohibición, cuando el resultado a producirse de todos modos se produciría aunque la acción no fuera realizada –quedando a salvo, naturalmente, la vigencia del mandato de impedir el resultado, es decir, la responsabilidad por

---

<sup>10</sup> *Samson*, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, pp. 99 ss.

<sup>11</sup> *Samson*, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, pp. 129 ss.

omisión, sea que el autor se halle en posición de garante, sea que responda por el principio de la solidaridad mínima—. Contra el decaimiento de la norma prohibitiva *Frisch* objeta que la problemática de los cursos causales hipotéticos sólo afecta a la imputación del resultado ex post, sin que valga, entonces, una argumentación referida a la prohibición de la conducta ex ante<sup>12</sup>. Pero esto puede ser discutido. Si en el caso inicial de los dos sobrinos no se pudiera imputar el resultado al sobrino *B*, entonces, tampoco se le podría imputar a éste siquiera una tentativa, *si él supiese* que la pastilla de *A* tiene las mismas características que las que *B* ha puesto en el frasco. Si ya ex ante se reconoce que el riesgo no podría conducir, ex post, a la imputación del resultado, por más que sea este segundo riesgo el que cause el resultado, tampoco podrá ser prohibida ex ante la conducta que genera ese riesgo.

Aun así, puede haber razones que aboguen por la solución de la opinión dominante, aunque, hasta hoy, la cuestión nunca ha sido *agotada*, sino más bien resuelta predominantemente con *afirmaciones* —y acaso por el rechazo al “tabú de la sangre”—, no siempre *con reflexiones*<sup>13</sup>.

2.— En su argumentación en pos de la opinión dominante, *Frisch* invoca también los efectos psicológico-sociales que se derivarían, con carácter general, de no imputar el resultado al causante real, por la mera existencia del riesgo hipotético<sup>14</sup>.

Sin embargo, hay pocos dogmas de la dogmática jurídico-penal que le sean tan ajenos al “hombre de la calle” como el de la irrelevancia de los cursos hipotéticos, mientras que, en cambio, otros “dogmas” de la opinión dominante, como, dicho a modo de ejemplo, el de la relevancia del disvalor de resultado —según el cual no sería apropiado construir una dogmática jurídico-penal circunscripta al disvalor de acción—, cuentan, al menos por lo que parece, con el beneplácito del lego<sup>15</sup>. Pero el dogma de la no consi-

---

<sup>12</sup> *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 563, nota 196; p. 565, nota 207; pp. 567 s.

<sup>13</sup> En palabras de *Frisch* (Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 568): “sin demasiada reflexión”.

<sup>14</sup> *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, p. 568, v. también p. 567.

<sup>15</sup> A mi juicio, también este dogma es equivocado, y se funda en la idea de que los hechos negativos externos del mundo de la naturaleza marcan de por sí un disvalor normativo. Así, una gota de sangre, un vidrio roto hablan ya de culpabilidad. Este es el núcleo de mis investigaciones principales en teoría del ilícito (Teoría del delito y disvalor

deración de los cursos hipotéticos (salvo las excepciones admitidas, en verdad *contrarias* al dogma) no se corresponde con el sentir del lego, quien, para toda imputación de reprobación social en la vida cotidiana, computa también –en razonamiento paralelo a la concepción de la fórmula de la *conditio-sine-qua-non*– “lo que habría pasado si no hubiera pasado lo que pasó”. Así, si un hombre olvida en su oficina las flores que había comprado para halagar a su amiga, no se lo reprochará a sí mismo –al menos en lo que se refiere a un disvalor *de resultado*–, si al otro día se entera de que las flores, de todos modos, se habían marchitado a los pocos minutos de que él saliera en dirección a su cita. Como ejemplo del ámbito del deporte: en el juego del fútbol, no se reprocha en absoluto como “gol en contra” la acción del defensor que, cuando la pelota está por traspasar la línea de gol por el disparo de un delantero contrario, se arroja con esfuerzo hacia un costado para intentar desviar el balón al córner, con tal suerte que, de hecho, lo inserta en el ángulo del propio arco.

Se podría pensar que el caso del último ejemplo se corresponde, en verdad, llevado de nuevo al plano de la imputación jurídico-penal, con las situaciones en que es preciso crear un riesgo de menoscabo al bien jurídico *para intentar impedir*, como maniobra de salvamento, el grave riesgo que ya se cierne sobre el bien por otro curso. Así, innumerables acciones de salvamento de médicos que se ajustan, en su actuar, a la *lex artis*, generan un riesgo de producción del mismo resultado que excluye el ilícito de la acción del médico –sea dejada ahora de lado la cuestión de si lo que falta es la adecuación al tipo o la antijuridicidad– y que sigue permitiendo la imputación al causante del riesgo originario. La imputación al primer causante es posible incluso si el médico no obra completamente conforme a la *lex artis*, en tanto su falla sea meramente incidental<sup>16</sup>.

Asimismo, se podría argumentar que ello es así porque las maniobras *tendent* a limitar las consecuencias de un riesgo siguen siendo una forma posible de realización del riesgo inicial<sup>17</sup>, pero que ya *no* serían la realización de *ese* riesgo, sino la *de otro*, cuando el causante del segundo riesgo, que efectivamente se realiza, no ha actuado *para* conjurar el primer riesgo,

---

de acción, 1991; Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, 1995 [de esta segunda obra existe una traducción al alemán de Cancio Meliá y otros: *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995]).

<sup>16</sup> Cfr., en lugar de muchos, *Jakobs*, AT<sup>2</sup>, 7/55.

<sup>17</sup> Cfr. *Jakobs*, FS Lackner, p. 62 nota 12.

sino por su propia decisión, en pos de cualquier otro fin. En el primer caso (maniobras *tendientes* a impedir el resultado) se podría seguir hablando –dicho en términos convencionales de la “teoría de la causalidad”– de un nexo causal *psíquico*, incluso conforme a los requisitos de la teoría de la adecuación. En el otro caso (maniobras *desligadas* de una acción consciente de salvamento) ya no habría tal “relación de causalidad”. Llevado este caso nuevamente al ejemplo del fútbol, el defensor podría haberse arrojado al piso sin haber visto el balón, sino con cualquier otra intención –como la de pegarle a un adversario–, y, sin embargo, ocurrir las cosas, consideradas desde una perspectiva *objetiva*, exactamente del mismo modo –si, desde el punto de vista externo y ex ante, la maniobra hubiera podido despejar el peligro de gol, si bien “por casualidad”–. Sería sumamente extraño que para atribuirle el gol al delantero contrario hubiera que responder a la pregunta de si el defensor, al arrojarse al piso, *sabía* que el balón estaba “por entrar al arco”.

Trasladando una vez más esa situación del defensor de fútbol que no advierte el riesgo inminente de gol, a la imputación jurídico-penal, el caso sería similar a la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sin elemento subjetivo. Pues, en efecto, una acción que, al ser realizada con cualquier fin subjetivo, podría producir un salvamento por casualidad, se corresponde con un caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación, pero con presencia de los presupuestos objetivos, *aun cuando ex post no se produzca el salvamento*, es decir, aunque el riesgo generado por la segunda acción cause el resultado típico. Ello es así en razón de que los tipos permisivos con elementos fuertemente *prospectivos* –como los del estado de necesidad, el consentimiento presunto o la legítima defensa– no requieren el logro del *resultado de salvamento*, basta con que, ex ante, fuera razonable emprender la acción que podría evitar la lesión del objeto de bien jurídico (la así llamada “perspectiva ex ante”). Si se acepta que los casos de ausencia de elemento subjetivo de justificación, tal como sostiene la opinión dominante, deben ser tratados como una tentativa –es decir, lo correspondiente a *no imputar el disvalor de resultado*– en estos casos habría un resultado disvalioso y *ningún* responsable por él: el primer causante no respondería, porque la realización de su riesgo fue interrumpida por otro riesgo (causalidad anticipada), mientras que el segundo causante realizaría el disvalor propio de una (mera) tentativa.

3.– El dilema al que conduce, por ende, esa situación, no se puede evitar, por lo que parece, ni con la opinión dominante, ni con la opinión minoritaria, a no ser que, aceptando la perspectiva de ésta –no imputar el resultado cuando el curso real interrumpe un riesgo ya perfecto–, se añada además un principio de imputación que permita seguir imputando el resultado –no imputable al segundo actuante–, al responsable del primer riesgo, *si es* que hay en suma un responsable (algo así como una “responsabilidad por subrogación”).

Con ello estoy insinuando cuál sería la *hipótesis* de la investigación (uso la voz “hipótesis”, ahora, en el sentido de aquella *intuición básica que orienta la meta de una investigación en la ciencia jurídica*) que yo quisiera “testear” como *posible* “solución del problema”, de modo contrario a la opinión dominante, a saber: el desarrollar un principio de imputación según el cual el primer sujeto que configura un riesgo perfecto –que *uno actu* es anulado por otro riesgo que en sí mismo se presenta *ex ante* para la víctima como menos grave o incluso igual– siguiera siendo responsable del curso lesivo originado por el nuevo curso, precisamente en razón de que no se le puede imputar el resultado al segundo, dicho en lenguaje coloquial, “por culpa del primero”.

La cuestión de si un principio tal es defendible, no puede ser contestada de antemano. Precisamente el constatar esa posibilidad sería una de las *metas* de la investigación<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> He insinuado esta vía de solución en mi contribución a *Festschrift für Günther Jakobs: Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre*, en: FS Jakobs, Köln u. a., 2007, pp. 583 ss. nota 34. La hipótesis de una posible “responsabilidad por subrogación” (una “subrogación invertida”: por la causación del segundo, seguiría siendo responsable el primero) se inspira en una solución dada por el civilista *Heinrich Titze* (*Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschen bürgerlichen Recht*, 1900, S. 127) al caso, entonces muy tratado, en el que dos proveedores obligados a entregarle a un fabricante, en determinado plazo, cada uno una parte de una máquina, se demoran, por lo que el fabricante no puede hacer operar la máquina y sufre un daño. En este caso puede ser suprimido mentalmente el retraso de uno de los proveedores, sin que desaparezca la consecuencia dañosa concreta, de modo que, por tanto, según la fórmula de la *conditio s. q. n.*, el retraso de ninguno de los proveedores parecía estar en relación de condición con el resultado dañoso. *Titze* pretendía reconocer aquí, en favor del fabricante, un derecho de indemnización contra cada proveedor, en razón de que, debido a su retraso, aquél *no pudo demandar al otro proveedor* como causante de la pérdida de la ganancia (cfr. al respecto. *M. L. Müller*, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 16, quien señalaba

Si ese principio fuera realizable, quedaría resuelto el dilema que *Jakobs* ve configurado sólo en la opinión minoritaria: El curso originario es anulado y no puede explicar el curso lesivo, mientras que a su vez éste no puede ser imputado al nuevo actuante, de modo que el curso, así se piensa, queda sin explicación<sup>19</sup>. Así, ninguno de los dos sujetos respondería por delito consumado –lo que resultaría inadmisibles para una dogmática fijada a los resultados–. Sin embargo, tal como aquí se mostró, ese dilema se le presenta también a la opinión dominante, al menos en los casos en que el segundo curso habría valido externamente como maniobra de salvamento –por lo que el autor habría estado plenamente justificado, si hubiera reconocido la situación de peligro y la posibilidad de que su conducta neutralizara el primer riesgo ya existente–.

*Dicho ahora en forma sintética, ante todo, la investigación tendría la finalidad de poner a prueba si es factible admitir la relevancia de los cursos causales hipotéticos en el Derecho penal, y, en su caso, con qué intensidad; pero también tendría la finalidad de establecer si puede construirse un principio de imputación según el cual se pueda imputar a un primer causante el resultado producido por un segundo causante, al menos cuando sea “evidente”<sup>20</sup> que el causante real, con su acción, anuló el*

---

que en todo caso esa solución no podría valer para el Derecho penal). Si se limitara ese principio a la demanda contra aquel que hubiera incumplido primero, se estaría cerca de la intuición valorativa del texto. Por cierto, convertir ese antiguo intento de solución en un principio que permita imputar al causante de un riesgo que, al fin de cuentas, no se realizó efectivamente, crearía innumerables dificultades que, por lo que parece, sería difícil superar. Sin embargo, la solución del problema del llamado “*dolus generalis*” como delito doloso consumado, encierra este principio de “subrogación”, al menos cuando el autor ha generado con la primera acción (dolosa) un riesgo perfecto de consumación, sólo que él se subroga en ese caso a sí mismo, puesto que la acción imprudente, que realmente causa el resultado, interrumpe el curso del riesgo originario, creado dolosamente. Ésta es, precisamente, la solución de *Schröder* (LK-*Schröder*<sup>11</sup>, 1994, § 16 n.º m. 31) y *Eser / Burkhardt* (Strafrecht I, 1992, caso 8, n.º m. 45); en contra, *Sancinetti*, FS Roxin, pp. 349 ss., v. esp. III 3 b.

<sup>19</sup> *Jakobs*, FS Lackner, p. 56; *idem*, AT<sup>2</sup>, 7/74 s.

<sup>20</sup> Esta exigencia “incómoda” vincula este aspecto del tema con el conocido problema de la teoría del “incremento del riesgo”, que si bien llega a soluciones valorativamente razonables, genera el problema de la *inversión de la carga de la prueba*. Pues, ¿quién soportaría el riesgo de esclarecimiento de que el primer riesgo había generado una probabilidad de resultado igual o mayor que el segundo riesgo, o aun una “probabilidad lindante en la certeza”?

*curso que ya amenazaba de modo perfecto al objeto de bien jurídico, con una probabilidad de lesión ex ante igual o mayor a la del curso que finalmente produjo el resultado.*

4.– Es manifiesto, sin embargo, que ambas tomas de posición (reconocer el efecto desgravante para el causante real de un curso causal hipotético y a su vez cargar el resultado al autor del curso hipotético, que no lo ha causado efectivamente) presenta problemas de toda índole que la investigación debería resolver o, si no, confirmar la posición de la opinión dominante, a la vez que habría que analizar, si, entonces, es posible una atenuación de la pena del segundo causante, y, en su caso, sobre qué base (pues nadie, ni el primero ni el segundo causante, soportaría el costo de imputación que se pierde por la atenuación<sup>21</sup>).

#### **IV. Método de la investigación**

La investigación seguiría el método propio de la ciencia jurídica, en particular el aplicable a la teoría de la imputación. Se trata de recabar el máximo de información posible sobre la bibliografía a fin de establecer qué ideas prevalecen y qué otras alternativas de solución hay respecto de determinado problema. La razonabilidad de las soluciones es puesta a prueba, enfrentando las *hipótesis* con determinados *casos* –sean éstos contruidos o tomados de la jurisprudencia–, contrastando las soluciones posibles con intuiciones de justicia; es decir, que los casos operan, en el campo del Derecho, como *símil* de los “intentos de falsación” en las ciencias empíricas. De métodos científicamente más seguros, lamentablemente *no* dispone la ciencia jurídica.

#### **V. Tiempo programado**

La investigación que yo desearía desarrollar está programada en dos etapas.

---

<sup>21</sup> Ello sería especialmente así, en caso de que el primer riesgo hubiera sido creado por (mera) imprudencia, de modo que no se pudiese penar al responsable de ningún modo, mientras que en caso de actuación dolosa, al menos subsistiría la punición por tentativa, que, vistas las cosas desde los ojos de la víctima, compensaría en alguna medida la disminución de pena que recibiría el segundo actuante.

a) En una primera etapa, la estancia de tres meses de estipendio de investigación que se solicita estaría enderezada a hacer un relevamiento completo de la bibliografía, con el fin de redactar en un plazo relativamente breve un artículo, predominantemente informativo, sobre el estado de la discusión, los problemas que plantea cada postura y las posibles vías de superación de las dificultades respectivas. Para ello, yo contaría con la tutoría científica del Prof. Dr. *Wolfgang Frisch*, de la Universidad de Freiburg i.Br., quien es un extraordinario conocedor de la problemática teórica y de las fuentes bibliográficas pertinentes y quien, por lo demás, está básicamente en contra de la intuición que orienta mi investigación, lo que garantizaría un control eficiente de la argumentación.

b) En una segunda etapa, ya de regreso en mi país, yo intentaría profundizar en el material recolectado con el fin de llegar a una concepción más profunda de la problemática de los cursos causales hipotéticos, tanto en el Derecho penal como en el Derecho civil. En éste, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, la opinión predominante acepta la relevancia de los cursos causales hipotéticos para establecer *la responsabilidad por daños*. Para esto ayuda el hecho de que el Derecho civil cuenta con la noción de “cómputo del daño” a indemnizar –necesaria para una teoría general de la reparación de daños–, que ayuda a incluir la incidencia de los cursos hipotéticos en la determinación del monto de una posible indemnización<sup>22</sup>. Sin embargo, en ocasiones la incidencia del curso hipotético *reduce a cero* la indemnización por el daño causado. Este ámbito *no* sería investigado propiamente para elaborar una *teoría del Derecho de reparación de daños*, sino para contrastar con más elementos de juicio la razonabilidad de las soluciones en el campo propio del Derecho penal, que no puede estar frontalmente opuesto a las soluciones válidas en el Derecho civil, lo que, sin embargo, es la situación actual, en la doctrina alemana<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Una visión de conjunto relativamente actual de la cuestión en el Derecho civil, con referencias de doctrina y jurisprudencia alemana y suiza, se puede encontrar en *Studhalter*, Die Berufung des präsumtiven haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe - Hypothetische Kausalität und rechtmässiges alternativverhalten, Zürich, 1995.

<sup>23</sup> Es especialmente problemático el hecho de que en los países que cuentan con escalas penales de un mínimo punitivo demasiado alto, el mero afirmar que el curso causal hipotético puede atenuar el monto de la pena queda en una pura “declamación”, pues ya el mínimo legal impediría una consideración suficiente del menor grado de ilícito –si es que es correcto, en definitiva, que el ilícito se defina (también) por el disvalor de resultado–, mientras que en el Derecho civil de todos los países la indemnización por daños inicia en un punto neutro, con gradación exacta (0, 1, 2, 3, etc.).

## VI. La situación del problema en la doctrina argentina

En la doctrina argentina, el problema de los cursos causales hipotéticos no ha tenido ningún tratamiento científico propio –hasta donde sé, ni en el Derecho penal ni en el Derecho civil–. Por ello, hace pocos años encaré, junto con mi esposa, Prof. Dr. *Patricia S. Ziffer*, la traducción de la ya citada obra de *Samson*<sup>24</sup>, que ha sido publicada en Buenos Aires más de treinta años después de su aparición en su lengua original. Esto demuestra mi interés sostenido en esta problemática. Pero lo cierto es que no hay ninguna producción correspondiente de origen directamente argentino.

Por tales razones, la investigación podría producir un avance científico significativo en mi país, incluso si sólo se tradujera en la publicación de un breve artículo (v. *supra*, V, a).

## VII. La relación entre el objeto de la investigación y mis investigaciones anteriores

Mis dos investigaciones principales en teoría del ilícito giran en torno a negar la relevancia del disvalor de resultado en el concepto de ilícito penal<sup>25</sup>. La tesis central reza: no hay modo de poner en relación la producción efectiva del resultado *ex post*, con la infracción de un deber, el cual se circunscribe a la realización de la acción (delitos de comisión) o a la no realización de una acción posible (delitos de omisión). Esa idea básica ha sido puesta a prueba recientemente en mi contribución a la *Festschrift für Günther Jakobs*, en la cual he tratado precisamente un problema que relaciona el principio de disminución del riesgo con la relevancia del disvalor de resultado<sup>26</sup>. A su vez, con todo esto se pone en cuestión la función del concepto de “realización del riesgo”, base del concepto de consumación, aun de trabajos anteriores de mi autoría, como ocurre con mi contribución a la *Festschrift für Claus Roxin*<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> *Samson*, Cursos causales hipotéticos en derecho penal, trad. de Sancinetti / Ziffer, Buenos Aires, 2003.

<sup>25</sup> Cfr. Sancinetti (como en nota 15). La segunda obra allí citada es la consecuencia de la investigación que llevé a cabo como becario Humboldt en la Universidad de Bonn, bajo la tutoría científica del Prof. Dr. *Günther Jakobs* (1991-1993).

<sup>26</sup> Cfr. Sancinetti (como en nota 18 *ab initio*).

<sup>27</sup> Cfr. Sancinetti (como en nota 18, *in fine*).

El problema de la incidencia de los cursos causales hipotéticos es, básicamente, un problema de imputación *de resultados*, más que de *prohibición de la acción* –aunque a mi juicio, en contra de la opinión de *Frisch*, también ponga en cuestión la subsistencia de la prohibición como tal, cuando el autor del curso real conoce de antemano la existencia del riesgo preexistente–. Si los dilemas que se producen con cada una de las posiciones teóricas enfrentadas no tienen una solución valorativamente adecuada, ello podría ser un indicio de que la consideración de resultados dificulta el ejercicio de una dogmática racionalista, libre de contradicciones, es decir, un argumento más en favor de que sólo una dogmática desligada de la rémora del disvalor de resultado puede gozar de “pura racionalidad”. Que aun así el tema de los cursos causales hipotéticos representaría un problema lo demuestra el hecho de que cuando el segundo actuante conociera que el bien está “irremediabilmente perdido” no actuaría siquiera con “disvalor de acción”, al causar el mismo resultado ya inevitable. Para que esta respuesta, sin embargo, sea correcta, es preciso agotar la cuestión de los cursos causales hipotéticos aun en una dogmática jurídico-penal que prescindiera (tal como yo creo deseable) del disvalor de resultado.