

La causalidad en Derecho penal ^(*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Prof. Ayudante de la Facultad de Derecho

Con la alusión a la causalidad pretendemos agrupar una serie de problemas que tradicionalmente se estudian en Derecho penal al exponer las teorías causales. Nuestro estudio está dedicado a investigar: primero, si tales problemas pertenecen, realmente, al dominio de la causalidad, y, segundo, qué otros criterios podrían ser utilizados para hallar respuesta a estas cuestiones, en el caso de que se demostrase necesario su tratamiento fuera del campo de la causalidad.

No es posible entrar aquí en una exposición sobre la evolución del problema causal—tan unido al desarrollo del concepto del tipo— (1); baste indicar a este respecto que hoy—como efecto de la crítica al dogma causal— están de acuerdo todas las escuelas sobre el limitado número de delitos en los que pueden surgir problemas causales, a saber: en los delitos de resultado (por ejemplo, homicidio, lesiones, incendio) (2).

(*) En el presente trabajo se consideran algunos de los puntos tratados en mi tesis doctoral: Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht, presentada en la Universidad de Hamburgo en septiembre de 1962. Escrita bajo la dirección del profesor Heinrich Henkel, ha podido ser llevada a cabo con una beca de la Fundación Juan March. Se tiene en cuenta exclusivamente la doctrina alemana.

(1) Sobre ambos puntos, con detalle, en mi tesis. Sobre la tipicidad, entre las obras recientes, véase, sobre todo, Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Karlsruhe 1957.

(2) Así WELZEL, *Studien zum des Strafrechts*, en: «ZStW 58» (1939), pág. 492; *Das deutsche Strafrecht*, 7.^a ed., Berlín 1960, pág. 40; MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín-Munich 1950, págs. 25/26; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.^a ed., Berlín 1955, págs. 66. 83; MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, 2.^a ed., Karlsruhe 1958, págs. 152/153; SCHÖNKE-SCHRÖDER, «StGB», 10.^a ed., Munich-Berlín 1961, pág. 23. MAURACH, *Grundriss des Strafrechts AT*, Wolienbüttel-Hannover 1948, pág. 49, especula incluso un momento con la idea de excluir la teoría de la causalidad de la Parte General, para—siguiendo así a la antigua doctrina— estudiarla sólo en relación con los delitos de ocasionamiento de muerte y de lesiones.

A. *El verdadero sentido del problema causal*

Dentro del problema causal en Derecho penal se tratan, en primer lugar, dos cuestiones (3) que conviene considerar separadamente:

— Primera cuestión. Se afirma que matar quiere decir lo mismo que colocar la causa de una muerte, incendiar lo mismo que colocar la causa de un incendio (4). Parece, pues, imprescindible, si deseamos saber qué es lo que el legislador ha entendido bajo tales expresiones, determinar cuál ha sido la causa del resultado. Así diremos, cuando se ha producido la muerte de un hombre, que todos los que han sido causa de ella han “matado” (en un estado posterior de la teoría del delito: que “han realizado el tipo objetivo del parágrafo 211” (5). Las teorías causales están llamadas a decidir cuál es el comportamiento prohibido por la ley; la causalidad aparece como el criterio decisivo para delimitar la acción típica de la atípica.

— Segunda cuestión. Aquí interesa comprobar la existencia de una relación material: el agente responde por delito consumado sólo cuando su comportamiento ha tenido una influencia material sobre el resultado.

Mientras que en la primera cuestión, por consiguiente, tenemos que dedicar nuestros esfuerzos a hallar la *línea divisoria entre causa y condiciones*, se ocupa la segunda cuestión de la constatación del *enlace material entre comportamiento y resultado*. Dicho de otro modo: Si llamamos A a la acción típica, R al resultado y U a la unión material entre ambos, tendremos que las teorías de la causalidad persiguen un doble objetivo: determinar A —primera cuestión—, y comprobar la existencia de U —segunda cuestión—.

Sobre el segundo punto no existe discrepancia. Tanto la teoría de la causalidad adecuada, como las individualizantes y la de la condición, afirman que toda condición del resultado se encuentra en relación material con ésta (6). En la distinta postura ante la primera cuestión re-

(3) Las teorías causales pretenden, además, hallar solución para un determinado grupo de casos (principalmente: procesos causales irregulares en los delitos dolosos, autoría accesoria, delitos cualificados por el resultado); sobre esto, más adelante.

(4) Véase, en lugar de muchos, BINDING, *Die Normen und ihre Überleitung I*, 1.^a ed., Leipzig 1872, pág. 41: «... las prohibiciones (del orden jurídico) se pueden expresar, de un modo más práctico, así: 'No originaréis la causa de una muerte, de este o aquel cambio» (paréntesis añadidos).

(5) EBERHARD SCHMIDT, *Die mittelbare Täterschaft, Festgabe f. Frank II*, Tübingen 1930, pág. 119, nota 1. Véase, además, por ejemplo, von WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Bonn 1948, pág. 55: «Autor es aquel cuyo comportamiento es causal para el resultado» (refiriéndose a los tipos con palabras de actividad causal); en el mismo sentido, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena 1935, pág. 8.

(6) La teoría de la condición no se rechaza, por tanto, de modo absoluto, por los representantes de las dos primeras direcciones; se rechaza

side su diferencia, pues como matar es sinónimo de colocar la causa de una muerte, sólo tiene sentido investigar la existencia de una relación material respecto de las acciones que se consideran causas del resultado. Las restantes condiciones quedan descartadas desde el primer momento ya que: aunque hayan influido objetivamente, en el resultado, no podrán encajar—por no ser causas—dentro de la acción prohibida por la ley. En consecuencia, y de acuerdo con su concepción, examina la teoría de la causalidad adecuada la existencia de esta relación objetiva, sólo entre el resultado y aquellos comportamientos que son, en general, apropiados para producir un resultado de la clase del que se ha originado. Las teorías individualizantes se ocuparán de U exclusivamente cuando estén en presencia de un comportamiento que, en su opinión, pueda calificarse de causa (estas teorías acuden preferentemente a métodos científico-naturales para fijar la línea divisoria entre causa y condición) (7). La teoría de la condición (llamada también de la equivalencia) no distingue entre ambos procesos: de que una acción sea condición del resultado se derivan dos consecuencias: primero, el acto ha contribuido materialmente al resultado, y, segundo, es causa de él.

Causa tiene en el lenguaje corriente un sentido individualizador: con ella se designa siempre la condición más importante de un evento. A la introducción de este concepto se debe la extraordinaria importancia alcanzada por el problema causal en Derecho penal, pues, paralelamente, se creyó que, con la ayuda de él, sería posible determi-

únicamente que ella agote el problema causal, cuando —se dice— debería de constituir sólo el punto de partida. Comp. RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht*, en «AcP 90» (1900), pág. 282 («... así hay que investigar siempre, en primer lugar, si el acontecimiento del que se trata es *conditio sine qua non* del suceso en cuestión»); TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburg 1929 (reimpresión), pág. 38 («El reconocimiento —que cada vez encuentra más aceptación— de que toda teoría de la causalidad debe de partir de la *conditio sine qua non*, ha de considerarse como una no despreciable conquista para la comprensión del problema de la causalidad en Derecho»). Véase, además, en el mismo sentido, entre los representantes de las distintas teorías: BIRKMEYER, *Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht*, en «GS 37» (1885), pág. 331, nota 10; von KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte*, en «ZStW 9» (1889), pág. 531; TYRÉN, *Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien*, Lund 1894, pág. 13; von HIPPEL, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwurfsen*, en «ZStW 42» (1921), pág. 142, nota 41; «Deutsches Strafrecht II», Berlín 1930, pá. 143; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen 1931, pág. 35; Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg 1950, pág. 136, nota 299; NAGLER, *Leipziger Kommentar I*, 6.^a ed., Berlín 1944, pág. 50; MAURACH,

(6) *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 163.

(7) Exposición y crítica de estas teorías en TRAEGER, *Kausalbegriff*, reimp. 1929, págs. 80 ss.; THON, *Von dem Begriffe der Verursachung in Lehre und Rechtsprechung*, en «Blätter f. Rechtspf. in Thü. u Anhalt 42» (1895), págs. 24 ss.; v. BAR, *Gestz und Schuld im Strafrecht II*, Berlín 1907, págs. 170 ss.

nar la condición jurídicamente más importante, es decir: la acción típica la acción prohibida. Lo que llama la atención es que en los textos legales no se habla para nada de causa, sino sólo de matar, incendiar, causar, por consecuencia, a consecuencia, producir, por el efecto, de resultas, provocar, realizar, ocasionar, etc. (8). Es la doctrina la que interpreta este género de expresiones como equivalente a: ser causal, para el resultado colocar una causa de él, causarle; o: existencia de causalidad, de relación de causalidad, de relación causal (9). Todas estas expresiones—creaciones de la dogmática—derivan de causa; por ello se piensa que en su concepto se halla la clave del problema. Se desconoce que de todas esas palabras únicamente causar es utilizada por el legislador; pero causar no quiere decir sólo ser causa de algo, sino que también puede ser interpretada como equivalente a producir, originar; en este segundo caso, no hay ninguna alusión al concepto de causa. En los escritos jurídicos, sin embargo, se prescinde de este segundo sentido; con la frase: "El que ha causado la muerte de un hombre, ha matado a un hombre" (parágrafos 211, 212) (10), no se quiere decir otra cosa que: El que pone la causa de la muerte de un hombre, ha matado a un hombre. Sólo para evitar repeticiones se alude a causar o causa, ya que ambos conceptos se consideran sinónimos (11).

Parece que hay que partir de otras bases. Cuando en los textos legales se habla de matar, producir, a consecuencia, etc., no se está aludiendo para nada a una relación causa-efecto, sino sólo a una relación puramente material. Este es el verdadero sentido que el legislador confiere, por ejemplo, al verbo incendiar: no que el autor tenga que ser causa del resultado, sino que el delito ha de ser consumado. No hay otra posibilidad: causar, producir un incendio, hay que utilizar alguna palabra de este tipo si se quiere describir el delito consumado.

Dentro de estos reducidos límites—de comprobación de la existencia de una relación material—no hay nada que oponer a la teoría de la condición: allí donde haya una relación condicional (12), habrá una

(8) Palabras similares en textos jurídicos alemanes: herbeiführen, bewirken, töten, verursachen, zerstören, beschädigen, zur Folge haben, in Brand setzen, etc.

(9) En Alemania se habla igualmente de Ursache, kausal, verursachen, Kausalzusammenhang, ursächlicher Zusammenhang, es decir, todas expresiones que provienen, o bien de la palabra alemana Ursache (causa), o bien de la latina causa.

(10) Von WEBER, *Grundriss*, ed. 1948, pág. 56 (paréntesis en el texto original).

(11) Así A. MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1889, pág. 109, habla de la cuestión «de la causa o causación de un suceso dado»; y TRAEGER, *Kausalbegriff*, reimpr. 1929, pág. 4, se refiere a «la expresión 'causar' o 'causa'». No son necesarias más indicaciones, pues basta una ojeada a cualquier estudio sobre la causalidad para convencerse de que no se distingue entre ambos conceptos.

(12) Aunque no es posible entrar aquí en esta cuestión, queremos señalar que la fórmula de la *conditio sine qua non*—la que se emplea

influencia material sobre el resultado. Por el contrario, contra su identificación de causa y condición, hay que objetar: primero, que con la afirmación de que el concepto de causa de la teoría de la equivalencia es *indiscutiblemente* el único correcto, se está tratando “uno de los problemas primarios del conocimiento humano” (13) como si fuese totalmente claro y sin complicaciones; segundo—y esto es más importante—, que se supone haber encontrado respuesta a la cuestión de la determinación de A, es decir, de la *acción típica*, desconociendo que ninguna teoría causal puede orientarnos sobre este punto (14). Sin duda, que es urgente hallar un método del que podamos servirnos para llegar a A; a este respecto, es un primer paso saber que su determinación no tiene que ver lo más mínimo con el concepto de causa.

Resumimos: De las dos cuestiones atribuidas a la causalidad, sólo la segunda—la constatación de la existencia de U—ha de ser decidida en el marco del problema causal. No es correcto, por tanto, que todas las condiciones de una muerte realicen el tipo del homicidio; más bien hay que elegir, *de algún modo*, una acción (15), y entonces—cuando ello se consiga—habrá que examinar (aquí empieza la causalidad a jugar un papel) si esta acción ha producido el resultado o no; con otras palabras: Únicamente la cuestión de averiguar si la acción típica *ha causado* (16) el resultado—entonces estamos en presencia de un delito consumado—o no—entonces sólo se puede hablar de tentativa—, cae dentro de la competencia de la causalidad. Con ello desaparece el concepto de causa del Derecho penal y se impide la intromisión de ciencias extrajurídicas (a esta intromisión hay que achacar, en gran parte, la desproporcionada importancia alcanzada por el problema causal en nuestra disciplina: las teorías que se suceden buscan apoyo en otras ramas del saber, mientras que la ciencia del Derecho—la propiamente llamada a dilucidar la cuestión—asiste a la polémica como espectadora.

nórmalmente para comprobar si un comportamiento ha sido o no condición del resultado—no parece el medio más apropiado para llegar a conclusiones seguras; sobre el tema—aunque los resultados no convienen— SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, Heidelberg 1947 (tesis doctoral publicada).

(13) M. L. MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Strafrecht und Schadensersatzrecht*, Tübingen 1912, pág. 140.

(14) Por qué ello no es factible, será discutido más adelante.

(15) Sobre cómo se puede llevar esto a cabo, más adelante.

(16) No parece aconsejable modificar la terminología tradicional de la dogmática; únicamente hay que tener presente que cuando se hable de causar o de relación causal, no se está aludiendo, en ningún sentido, al concepto de la causa.

B. *Acción y disvalor de la acción*1. *Crítica a las teorías de la acción*

Los ataques contra el dogma causal (17) determinan un cambio de rumbo. Un buen número de autores se fijan en un concepto que, hasta entonces, apenas tenía trascendencia, pretendiendo con él dar respuesta a las cuestiones que las teorías causales no habían logrado dilucidar de modo satisfactorio: el concepto de acción. Si el contenido de las teorías de la acción fuese correcto, habría motivos para pensar que habíamos dado con un punto de apoyo firme: la delimitación de la acción típica no habría que buscarla en el concepto de causa, sino en el de acción. Pero esta confianza es infundada. Las teorías de la acción cometen exactamente *los mismos errores* que las de la causalidad: lo que no debe sorprender: los dos grupos de teorías descansan sobre la misma idea inexacta: allí donde ya ha fracasado un concepto ontológico (el de la causalidad), no puede dar resultados positivos otro de la misma naturaleza (el de la acción), ya que: centro de gravedad del tipo, que presupone una valoración, puede ser solamente un concepto normativo. Pero el análisis de las teorías de la acción nos indica el camino a seguir, pues éstas son en realidad —allí donde expresan puntos de vista convincentes— teorías disfrazadas del disvalor de la acción.

a. *Crítica a la teoría final de la acción*

El error sobre el que descansa el finalismo fué encubierto al principio con una ficción; hoy se prefiere acudir a equívocos. Parece, por ello, aconsejable ocuparse, en primer lugar, de la concepción originaria —actualmente abandonada (18)— de esta teoría.

En los comienzos del finalismo, el elemento de la acción de las acciones en sentido amplio (comportamientos culposos) consistía “no en una relación final real, sino en una posible: en virtud de su posible previsión final, el autor había podido evitar el resultado” (19). “Acción en sentido amplio” —escribía Welzel (20)— “es la causación final evitable. Ejemplo: Si el autor, con ocasión de estar limpiando un fusil —que, por descuido, no había sido descargado—, se le dispara un tiro matando a un tercero, estamos en presencia de una con-

(17) No podemos entrar en detalles sobre la crítica al dogma causal; véase, sobre todo, el § 19 de *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart 1926, de HELLMUTH MAYER; más recientemente, el mismo *Strafrecht AT*, Stuttgart 1953, págs. 124 y ss.; HARDWIG, *Die Zurechnung*, Hamburgo 1957, págs. 90 ss.

(18) No obstante, la finalidad potencial no ha desaparecido por completo de los dos escritos finalistas: Insinuaciones sobre su readmisión, por ejemplo, en ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, págs. 3, 8, 20, 40.

(19) WELZEL, “ZStW 58” (1930), pág. 559.

(20) *Strafrecht*, 2.^a ed. (1949), págs. 22/23 (subrayados añadidos); véase también pág. 85; *Um die finale Handlungslehre*, pág. 17.

secuencia ciega (no querida) del manipular imprudente. *El acontecimiento no está dirigido*, como en el matar doloso, *a la muerte como meta*, sino que es causal-ciego. *Pero se diferencia de un mero proceso natural en que era evitable por medio de la finalidad posible de su causante.*" Estos párrafos muestran claramente que se ha olvidado que la acción de matar *no es más que el ejemplo* de una acción, que la muerte es sólo una de las muchas metas que el hombre puede perseguir con su comportamiento. *Porque* la limpieza del fusil *no estaba dirigida a la muerte como meta*, deberíamos considerar esta actividad como un mero proceso natural; excepcionalmente ("pero") no lo es, porque el ocasionamiento de la muerte había sido finalmente evitable. Es decir: si la acción de limpiar el arma hubiese sido ejecutada cuidadosamente, la muerte no habría sido finalmente evitable, y, en consecuencia, sólo se podría hablar de un proceso natural (fundamento: porque entonces el autor no habría dirigido su acción, ni real ni potencialmente, a la muerte de una persona). La proposición: "La peculiaridad de la autoría humana consiste en anticipar fines mentalmente" (21), se ha sustituido por: anticipar muertes mentalmente (22). Partiendo de estos presupuestos es, sin duda, consecuente que Welzel afirme que "la acción culposa no está dirigida a una meta, no es final actual" (23); claro, porque para Welzel dirigido a una meta = dirigido a la muerte. Bailar, encender la luz, escribir, viajar, todas estas actividades no son, por tanto, para la teoría final de la acción, más que puros procesos de la Naturaleza; si condicionan una muerte no habrá habido tipicidad por faltar la acción. Welzel divisó en la finalidad potencial una solución para el callejón sin salida en que él mismo se había metido; pues si sólo existe una acción cuando se persigue una muerte, entonces no puede haber acción en los delitos culposos, a no ser que se ponga en relación, de algún modo, la voluntad del autor y la muerte. Con la finalidad potencial, y para salvar la existencia de una acción en la imprudencia, se pasa de largo ante el fin (limpieza del arma) que el autor en realidad perseguía —no basta en la opinión de Welzel para fundamentar una acción—, y se recurre a una meta (la muerte) a la que no estaba encaminada, en absoluto, la actividad del agente. Si se prescinde de esta rara construcción, parece que, dentro del finalismo, sólo queda otra alternativa: negar que los delitos culposos sean acciones (24). Del siguiente modo pode-

(21) WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1949, pág. 22.

(22) Seguiremos con el ejemplo de la acción de matar por ser el que WELZEL utiliza en su exposición del concepto de la acción. El mismo error se repite con cada tipo individual: respecto del parágrafo 242 del Código penal alemán, se confundirá acción con acción de sustraer, respecto del 240, acción y acción de coaccionar.

(23) *Un die finale Handlungslehre*, Tübingen 1949, pág. 17.

(24) Esta es la opinión de zu DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.^a ed., Bonn 1947, págs. 14/15. Véase también NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen 1951, pág. 65: "En el aspecto terminológico habría que considerar, si deberíamos hablar de 'acciones dolosas y no dolosas' o de 'acciones' y 'causaciones de resultado'. Las dos

mos ilustrar la situación ante la que el finalismo se encontraba: Bajo el concepto de la acción (A) caen, en realidad, una serie infinita de acciones de las más distintas clases: acciones de matar (A₁), limpiezas de armas (A₂), correr (A₃), etc. Pero si se supone, con el finalismo, que sólo A₁ = A (esto es: que sólo acción de matar = acción), entonces no hay respecto de A₂ más que tres posibilidades: o se demuestra que A₂ = A₁ y, por tanto, = A (procedimiento seguido por Welzel al convertir la limpieza del arma, con ayuda de la ficción de la finalidad potencial, en una acción de matar); o se reconoce que A₂ ≠ A₁ y, por tanto, ≠ A (opinión de zu Dohna al negar el carácter de acción a la limpieza del arma) (25).

El principio que desencadenó la disyuntiva —sólo las acciones de matar son acciones— es falso; ahí se halla la tercera posibilidad, a saber: la de abandonar el principio. Esta es la que Welzel eligió posteriormente, en vista de la poca aceptación que encontraba la finalidad potencial. La teoría del finalismo explica hoy de otra manera la cualidad de acción de la imprudencia (26). La sustitución de meta por muerte ya no se lleva a cabo; ahora es acción toda manifestación de voluntad dirigida finalmente a un resultado cualquiera (27). Esto no es otra cosa que la plena aceptación del concepto causal de la acción (28); ciertamente que el finalismo sigue apareciendo como una teoría de la acción discrepante de las demás; pero ello es debido a que su exposición del concepto de acción está preñada de equívocos, que apenas se puede distinguir dónde se está hablando de acción y

cosas son posibles; sólo se necesita tener presente que la primera alternativa está contemplada desde el plano de la tipicidad, mientras que la segunda pertenece al terreno ontológico».

(25) Esta es, sin duda, la posición más consecuente. La finalidad potencial fué enseguida calificada de ficción y el finalismo rechazado argumentando que, si se siguiese su doctrina, no sería posible hacer valer el acontecimiento culposo como acción auténtica. En este sentido: EB. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig 1939, pág. 76, nota 29; NAGLER, *Leipziger Kommentar*, ed. 1944, págs. 24/25; SCHÖNKE, *StGB*, 3.^a ed. (1947), pág. 17; H. MAYER, *Strafrecht AT*, 1953, pág. 44; BAUMANN, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., Bielefeld 1961, pág. 173.

(26) Véase sobre esto sólo MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, págs. 143/144, 422.

(27) Contra esta concepción del finalismo se opone, que no parece encajar con sus presupuestos el que la finalidad del delito culposo carezca de importancia para el Derecho; así, por ejemplo, NOWAKOWSKI, *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, en «JZ 1958», págs. 336/337; JESCHECK, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs*, etc., en «ZStW 73» (1961), pág. 205, nota 148 a; el mismo, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, «Festschr. f. Eb. Schmidt», Göttingen 1961, pág. 149.

(28) Sobre esto ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1961, pág. 173: «Con ello la teoría final de la acción arriba otra vez al punto, por lo menos en los delitos culposos, donde la hoy tan mal vista teoría causal de la acción se encontraba desde un principio». En el mismo sentido EB. SCHMIDT, MAURACH *Deutsches Strafrecht* (recensión), en «JZ», 1956, página 190.

dónde de acción de matar (29). Welzel (30) concede ahora —por supuesto que a disgusto— que no es porque no haya acción, sino por no existir acción típica (acción de matar), por lo que no realiza ni el tipo del homicidio, ni el del asesinato, la enfermera que, sin saberlo —el médico le ha hecho creer que es inofensiva—, aplica una inyección conteniendo un veneno. “Actividad final es un obrar dirigido conscientemente desde el objetivo” (31); por ello es la acción de poner una inyección ejercicio de la finalidad. Acción es, pues —según la teoría finalista—, toda manifestación de voluntad dirigida a una meta indiferente (cualquiera). Las teorías causal y final de la acción coinciden, por consiguiente, en lo referente a los requisitos necesarios para que exista una acción humana (32): no es imaginable que una actividad sea acción para la teoría causal y proceso natural para el finalismo.

Si, no obstante, cada una de estas concepciones, *teniendo como base el mismo concepto de acción*, conduce a resultados diferentes, ello se debe al planteamiento fundamentalmente distinto del problema en ambas doctrinas: la teoría causal de la acción excluye del tipo de los delitos dolosos todo aquello que sea proceso natural; la teoría final de la acción separa del tipo de los delitos dolosos, además de los procesos naturales, todas aquellas *acciones* que no están dirigidas al resultado típico (33). Las consecuencias concuerdan con los distintos

(29) Con razón ha prevenido MEZGER contra esta confusión finalista de conceptos: «Se trata del 'concepto de acción'..., no del concepto de 'acción dolosa'» (*Moderne Wege*, pág. 15, nota 4). La misión de la acción no es la de «delimitar acciones de matar, de sustraer, de coaccionar, de engañar, etc.» (*Die Handlung im Strafrecht*, Festschr. f. Rittler, Innsbruck 1957, pág. 124).—Comp. como muestra ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pág. 47: después de que uno cree que la discusión está centrada sobre el concepto de acción, resulta, de pronto, que se está tratando una clase de acción (la acción de salvamento).

(30) Comp. WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 30/31; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.^a ed., Göttingen 1961, pág. 3.

(31) WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 28; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 1.

(32) Sobre esto llaman la atención, acertadamente, BOCKELMANN (*Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Göttingen 1949, pág. 25, nota 45) y GALLAS (*Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en «ZStW 67» (1955), págs. 7/8).

(33) Exacta, por tanto, la caracterización del finalismo como teoría de la acción típica (así GALLAS, *ZStW 67* (1955), págs. 7, 8, 14 y ss.). En contra NIESE, *Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht*, en «JZ 1956», pág. 459: «La controversia entre las teorías final y causal de la acción no es sobre la acción típica, sino sobre la acción en general» (subrayado en el texto original). Sobre ello véase también ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1953, págs. 119/120: «También WELZEL se fija en su diferenciación entre dolo y culpa sólo en determinadas estructuras lógico-reales (sachlogische Strukturen), sin tomar en consideración otras que, indudablemente, también existen. ¿Por qué y cómo? Porque él diferencia, en base a puntos de vista valorativos, las previamente dadas estructuras esenciales de las no esenciales».

presupuestos de ambos sistemas: la teoría causal de la acción excluye —como no acción— *todos los procesos naturales*; el finalismo, *todos los procesos naturales y ciertas acciones* consideradas no típicas (34).

No habiendo diversidad de opiniones entre las doctrinas finalista y causalista de la acción sobre la estructura ontológica de ésta (35), no parece que pueda deducirse de tal estructura la pertenencia del dolo al tipo. El desplazamiento del dolo, que el finalismo lleva a cabo, podría justificarse, a lo sumo, con el principio defendido por la escuela, desde sus comienzos, según el cual el disvalor de la acción es un elemento más de la tipicidad (36). Pero no es ésta la opinión de la teoría de la acción finalista. Se dice: el puesto del dolo en el sistema deriva, ciertamente, de consideraciones axiológicas, pero, al mismo

(34) La mayor parte de la doctrina supone, sin embargo (y el finalismo no hace nada para aclarar este extremo), que la teoría finalista se ocupa también de la delimitación entre acción y no acción. Esto es, en efecto, lo que la teoría finalista pretendía originariamente realizar y donde —como se ha mostrado— fracasó. En la primera concepción del finalismo, la acción de la enfermera no habría sido —como no lo era la limpieza del arma— acción (en ninguno de los dos casos se persigue la causación de una muerte), a no ser que se hubiese utilizado la finalidad potencial. La confusión sobre la doctrina presente del finalismo, surge, principalmente, porque los temas se siguen exponiendo como si no hubiese sucedido nada; por ejemplo, al finalismo se le sigue llamando teoría de la acción; en el campo finalista no se ha confesado nunca, de modo explícito, que el abandono de la finalidad potencial no sólo implica que en las acciones culposas será ahora acción toda manifestación de voluntad dirigida a un resultado cualquiera, sino también que lo mismo es válido para los comportamientos dolosos (por ello se tiene la impresión que el giro del finalismo sólo tiene significado para los hechos imprudentes); a la exposición de la doctrina finalista sigue la crítica a la teoría causal de la acción, sin indicar que esta sólo se ocupa de señalar el límite entre acción y no acción.

(35) WELZEL intenta, de otro modo, fijar límites entre ambas concepciones. «No hay, por consiguiente —escribe— acciones finales 'en sí' o 'absolutas', sino sólo en relación a las consecuencias determinadas por la voluntad de realización» (*Strafrecht*, ed. 1960, pág. 31; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 4). Con esto parece querer decirse que mientras que la teoría causal de la acción es una teoría de la acción en sí (algo querido), el finalismo constituye una teoría de la acción individual (una muerte, una lesión queridas). A WELZEL hay que darle la razón, si con esto se quiere decir que el hombre sólo puede ejecutar acciones determinadas (correr, beber); pero que la ley hace seguir consecuencias de la existencia o de la falta de una acción en sí, es un hecho que ni el finalismo discute: cuando WELZEL dice: en los hechos culposos las normas se refieren «a la clase de elección y de aplicación de los medios de la acción, independientemente de los fines que el autor quiera realizar con ellos» (*Strafrecht*, ed. 1960, pág. 32; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 5), se está diciendo precisamente que tales normas se refieren a acciones finales, absolutas. No es fácil de entender, por qué en los delitos culposos sí, pero no en los dolosos, ha de ser lícita la aplicación del concepto de acción absoluta.

(36) Véase, por ejemplo, WELZEL, *ZStW* 58 (1939), pág. 513, nota 30; *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 57; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 30; NIESER, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, pág. 55/56; MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 152, 169, 236.

tiempo, de consideraciones ontológicas (37). Es más: como reacción ante las opiniones que abogan, fuera del finalismo, por la inclusión del dolo en el tipo (38), se caracteriza ahora, con propósitos diferenciadores, a la teoría finalista como aquella que "infiere el puesto del dolo *forzadamente* de los principios mantenidos en su doctrina de la acción" (39). ¿Cómo se explica esto? ¿Cómo es posible que, del mismo concepto de acción, la teoría causalista no deduzca ninguna consecuencia para el dolo, mientras que el finalismo determina, en base a él, *forzosamente*, el lugar del dolo en la teoría del delito? La respuesta no hay que ir a buscarla muy lejos: el supuesto apoyo que la teoría finalista encuentra en el terreno ontológico, no es más que otra manifestación de la confusión entre acción y acción de matar.

Todas las exposiciones sistemáticas de la teoría del delito comienzan afirmando que el primer presupuesto para que se dé la realización de un tipo es que el agente haya ejecutado una acción. Hay acción cuando el sujeto ha querido algo. Por ello, el durmiente que causa un resultado típico no realiza ningún tipo (al no perseguir ningún fin)

La argumentación del finalismo es paralela, pero: donde los restantes sistemas se ocupan de la acción, aparece en la teoría finalista la acción de matar. Por tanto: primer presupuesto para la existencia del tipo de homicidio doloso es la ejecución de una acción de matar. Como se afirma que ontológicamente acción de matar es aquella manifestación de voluntad encaminada a una muerte, resultará que no realiza el tipo de homicidio doloso un hombre que tira a un árbol, sin percibir que detrás se encuentra una persona que muere a consecuencia del disparo. Aquí se está presuponiendo aquello que había que demostrar; el que no haya realización del tipo del homicidio doloso sin acción de matar, no es un principio fuera de discusión: es precisamente el objeto de ella. Es obvio que sin acción no hay tipicidad posible; pero que el tipo del homicidio doloso necesite de una acción de matar, no es algo que se entienda por sí mismo; sin duda, pudiera ser así; sin embargo, la prueba de ello no puede encontrarse, de ningún modo, en el concepto ontológico de la acción; éste nos dice que prender una cerilla está dirigido a encender un cigarrillo, o que la acción de matar está encaminada a la causación de una muerte, pero no que esta o aquella acción pertenece al grupo de las prohibidas por la ley. Esta es una cuestión puramente normativa, cuyo objeto es averiguar cuáles son los comportamientos reprobables que la ley ha tenido presentes al crear un tipo determinado. A este respecto pueden proporcionar valiosos elementos de juicio las teorías del error, de la

(37) Comp. FUKUDA, *Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente*, en "ZStW 71" (1959), pág. 42.

(38) Así por ejemplo, GALLAS, *ZStW 67* (1955), págs. 28, 31 y ss.; SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre*, 1957, págs. 123 y ss., 150/151. Más indicaciones en MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 133.

(39) MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 133 (subrayado en el texto original).

tentativa y de la participación delictiva (39); el concepto de la acción, por el contrario, no juega ningún papel en este proceso de averiguación de la acción prohibida.

b. *Crítica de la teoría objetivo-final (social) de la acción*

La confusión entre acción y disvalor de la acción caracteriza también a esta teoría. "Actuar es provocar consecuencias intencionables (bezweckbare Folgen) por medio de un acto ejecutado voluntariamente." Así, Engisch (40). Intencionable quiere decir, para esta teoría, adecuado (41). Con esta definición pretende Engisch excluir del

(39) La cuestión de si es posible, de este modo, llegar a resultados coincidentes con la doctrina finalista en lo que se refiere al puesto sistemático del dolo, no puede ser tratada aquí.

(40) *Der finale Handlungsbegriff, Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlín 1944, pág. 161.

(41) Sobre la teoría social de la acción y la de la adecuación —ambas (sobre todo esta última) tratadas ampliamente en mi tesis doctoral— solamente unas indicaciones.—La primera, que no es más que la continuación de la teoría de imputación objetiva, niega la existencia de una acción, cuando el hecho no es objetivamente imputable (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig 1927, pág. 51; HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Festg. f. Frank I, Tübingen 1930, pág. 183; ENGISCH, *Probleme der Strafrechtserneuerung*, 1944, págs. 161/162; H. MAYER, *Strafrecht AT*, 1953, pág. 42), e identifica la imputabilidad objetiva con la adecuación (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, págs. VII/VIII, 84; Honig, *Festg. f. Frank I*, págs. 182, 187/188; H. MAYER, *Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, pág. 219; ENGISCH, *Probleme*, pág. 161; *Vom Weltbild des Juristen*, 1950, pág. 38; Maihofer, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, en «ZStW 70» (1958), págs. 187/188). La teoría objetivo-final de la acción ha ganado muchos adeptos en Alemania; con ella se intenta construir un concepto de acción apto para ser opuesto al del finalismo. Además de los ya citados, defienden esta teoría: EB. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, págs. 75/76 (sobre todo, véase la nota 29); BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, pág. 32, nota 69; WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe 1957, págs. 53 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, págs. 165, nota 216 y 181/182; *Festschr. f. Eb. Schmidt*, 1961, pág. 214, nota 50; SCHÖNKE-SCHRÖDER; *StGB*, ed. 1961, pág. 16, también se declara a favor de un concepto similar de la acción, pero no es claro hasta qué punto saca consecuencias de él.—Entre adecuación y previsibilidad objetiva no existe ninguna diferencia (así, expresamente, RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Berlín 1902, pág. 24; JESCHECK, *Niederschriften ü. d. Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, tomo 2.º, AT, pág. 249; MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 452; *Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?*, en «GA 1906», pág. 103/104; MAIHOFFER, *ZStW 70* (1958), págs. 187/188; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburgo 1959, pág. 172; WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 44, 114; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 32); que ambos conceptos tienen el mismo contenido se deduce de las medidas empleadas para determinar lo que sea adecuación. La teoría de la causalidad adecuada introduce un elemento extraño a la causación: ésta no se puede hacer depender de que el hecho fuese o no fuese previsible. Imaginemos, por una parte, que A induce a su hijo a llevar a cabo un viaje, a pesar de haberse enterado casualmente que B ha colocado una bomba en el tren; y, por otra parte, que A induce

tipo, por falta de acción, la causación de consecuencias inadecuadas; pero ello no es factible con el concepto que él propone. Todo acto voluntario causa tanto consecuencias adecuadas como inadecuadas —la energía desatada por la acción está influyendo acontecimientos hasta el infinito—. Si A invita a B a comer y éste es atropellado por un automóvil, al regresar a su casa, no podríamos absolver a A por estimar que no había ejecutado ninguna acción; pues éste ha provocado una consecuencia intencionable (a saber: la visita de B) y, por tanto, ha actuado. Si se opusiese que es la muerte a consecuencia del accidente la que no ha sido intencionable (= la que ha sido causada inadecuadamente), había que contestar: entonces no estamos hablando de la existencia de una acción, sino de la de una acción *determinada*; y cuál sea esta acción concreta no ha podido ser averiguado partiendo del concepto de acción, sino del conocimiento de la clase de comportamiento prohibido por la ley.

Para Maihofer, acción es “todo comportamiento objetivamente dominable dirigido a un resultado social objetivamente previsible” (42); “‘acción’ es comportamiento humano que está dirigido a provocar la lesión de bienes protegidos por el Derecho penal; más brevemente: ‘acción’ es el comportamiento dirigido a la provocación de lesiones de bienes sociales; o, simplemente, teniendo presente la dirección del efecto: ‘acción’ es el comportamiento dirigido a la lesión de bienes sociales” (43). Como la mayoría de los comportamientos no están

a su hijo a hacer lo mismo, sin tener conocimiento de la acción de B. En este último caso—al contrario que en el primero—la muerte del hijo a consecuencia de la explosión, sería una consecuencia inadecuada de la acción del padre (un hombre prudente, colocado en el lugar del padre, y que tenga además en cuenta las circunstancias conocidas y conocibles a este último, no puede prever que alguien va a colocar la bomba que ocasionará la muerte de la víctima). Pero en ambos casos el acontecimiento objetivo es el mismo. Por qué, a pesar de ello, en el primero —donde al agente le era conocida la circunstancia del atentado— se afirma la causalidad y en el segundo se niega su existencia, es difícil de entender. Que el resultado no fuese previsible no tiene nada que ver con la relación real de causalidad que es idéntica en ambos casos. Otro ejemplo: En el famoso caso de WELZEL de la enfermera que, sin tener idea del contenido de la inyección, inyecta el veneno que le ha dado el médico, la acción de ella sería inadecuada: el observador prudente no podría tampoco prever que el médico fuese un asesino. Pero, ¿cómo se puede construir entonces una cadena causal? Esta va del autor al resultado pasando por la enfermera, y: o bien ésta no es causal (como afirmaría la teoría de la causalidad adecuada) y, con ello, tampoco el médico —por tanto, la acción de éste no es punible—; o bien la acción de la enfermera es causal (lo que pone de manifiesto la falta de solidez de la causación adecuada) y entonces es lícito castigar al médico como lo que es (es decir: como autor).

(42) *Der soziale Handlungsbegriff, Festschr. f. Eb. Schmidt*, 1961, pág. 178.

(43) *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen 1953, pág. 72. Véase también el mismo, *ZStW* 70 (1958), pág. 186: «Acción, es decir: ‘un provocar objetivamente previsible y dominable de consecuencias sociales por medio de un comportamiento humano’».

dirigidos objetivo-finalmente (44) a la lesión de un bien jurídico, resultaría que habría que considerar a la acción —según este concepto— como un acontecimiento excepcional de la vida humana. Pero es que, además, el concepto de acción de Maihofer tampoco consigue excluir, como se pretende, todas las acciones inadecuadas. Pues si alguien roba una cosa a su propietario, y éste, por tal motivo, pierde el barco, perdiendo al tenerse que embarcar en otro que sufre un naufragio, el agente ha realizado una acción (el comportamiento estaba dirigido objetivo-finalmente a la lesión de la propiedad ajena, es decir, a la lesión de un bien social) en sentido de la teoría social de la acción. Por ello, esta teoría se ve obligada, para alcanzar la deseada negación de la cualidad de acción en los comportamientos inadecuados, a aplicar con el mismo significado —al igual que el finalismo— los conceptos de acción y acción de matar, de acción y acción de lesionar la integridad física de otra persona (45). Según ello, sería acción en el homicidio doloso, sólo aquel comportamiento dirigido objetivo-finalmente a la consecución de una muerte. Lo que se opuso al finalismo, conserva también validez contra el concepto social de la acción: de nuevo, hay que dar la razón a Gallas (46): no se trata de una teoría de la acción, sino de una teoría de la acción típica (es decir, del disvalor de la acción) (47).

c. Resultados

El finalismo (48) y la teoría social de la acción (49) descansan sobre la misma idea común: la causalidad, como punto central de la teoría del tipo, ha de ser sustituida por el concepto de acción. Con esto se continúa la consideración del problema bajo otro aspecto que tampoco puede satisfacer; del mismo modo que, bajo el imperio del dogma causal, la atribución a la causalidad del papel decisivo, conduce

(44) La teoría social denomina al finalismo teoría subjetivo-final de la acción. Para ésta hay acción, si el autor dirige su voluntad al resultado; para aquella, si el comportamiento está dirigido *objetivamente* al resultado: un observador prudente decide, independientemente de la voluntad que haya tenido el autor, si la acción está dirigida a la consecuencia, si ésta es objetivamente previsible.

(45) Comp. MAIHOFFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, págs. 45/46.

(46) Véase ZStW 67 (1955), pág. 14, nota 40 a.

(47) Lo que, en definitiva, reconocen ENGISCH (*Probleme der Strafrechtserneuerung*, 1944, pág. 165) y BOCKELMANN (*Über das Verhältnis*, etc., 1949, pág. 32).

(48) WELZEL indicaba ya en el primer escrito sobre el finalismo (*Kausalität und Handlung*, en «ZStW 51» (1931), págs. 703-720), que aquello que satisfacía de la teoría de la causalidad adecuada —doctrina que, según él, no tenía justificación teórica en el campo de la causación (comp. pág. 703)—, a saber: su esfuerzo «por aprehender la relación específica del ser real, sobre la que es posible llevar a cabo una valoración jurídico-penal» (pág. 707), era, ni más ni menos, lo que intentaba alcanzar, con otra justificación teórica, la intencionalidad (así denominaba entonces a la finalidad): la intencionalidad «separa del acontecimiento causal aquel sector que es capaz de una valoración jurídico-penal» (pág. 719/720). Véase, en el mismo sentido, WELZEL, ZStW 58 (1939), págs. 491/492 («Los

—asi, por ejemplo, en la teoría de la causación adecuada— a negar la relación de causalidad (aún siendo obvio que existe) entre el resultado y todos los comportamientos que, intuitivamente, parecen no prohibidos por la ley, es muy natural que se niegue el carácter de acción a todas las actividades (a pesar de que —como se ha indicado— no puede haber duda sobre la existencia de una acción), en las que la sensibilidad jurídica aprecia con claridad que no hay reprobabilidad de ninguna clase, si se ha presupuesto que la existencia de una acción condicionante del resultado típico, implica, de modo casi definitivo, que hay realización de un tipo. Con otras palabras: sólo hay dos posibilidades de explicar la atipicidad de comportamientos que, evidentemente, no han sido prohibidos por la ley, si se supone que los llamados tipos causales se realizan siempre que una acción cause el resultado. O negamos la existencia de una causación (primera posibilidad); o negamos la de una acción (segunda posibilidad). Mientras que el dogma causal poseyó validez, los esfuerzos de la ciencia del Derecho penal se dirigieron a delimitar los comportamientos prohibidos de los no prohibidos, con teorías causales discrepantes de la de la condición. La impugnación de este dogma abrió paso a la segunda posibilidad: ahora se intenta demostrar, con la falta de la cualidad de acción, la atipicidad de aquellos comportamientos de los que sería absurdo afirmar que son antijurídicos. Un intento vano; ¿cómo puede ser aquello que constituye el destino del hombre, aquello que éste tiene que hacer indefectiblemente en todo momento de su vida consciente, es decir: actuar, servir de deslinde entre no realizaciones y realizaciones de tipos, es decir: entre lo que el hombre debe y no debe de hacer? El finalismo y la teoría social de la acción se ven, por tanto, obligados a poner la voluntad de acción del agente en relación con un resultado determinado, a saber: uno típico —relación que será, según las opiniones, final o potencial-final u objetivo-final—, a fin de poder trabajar con un concepto de acción utilizable para la diferenciación entre comportamientos antijurídicos y comportamientos adecuados a Derecho. No se percibe que de ello sólo puede salir el concepto de una acción determinada no el de acción con validez general.

En nuestra crítica de las teorías de la acción y a la doctrina de la causación adecuada (50), nos hemos servido de métodos paralelos: sus principios se han aplicado a ciertos comportamientos o procesos

estudios de los últimos años deberían de haber puesto en claro que fué un pensamiento causal-naturalista extremo, el que nos ha cerrado el acceso a la verdadera acción») y MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, págs. 151/152.

(49) Véase LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 61: La ciencia del Derecho «ha colocado a la causalidad en el lugar de la imputación por el hecho». H. MAYER, *Strafrecht AT*, 1953, págs. 131 y ss., estudia los problemas que tradicionalmente se tratan en la causalidad, bajo la imputación objetiva. También MAIHOFER, *Festschr. f. Eb. Schmidt*, pág. 179, espera que el concepto de acción sea capaz de ofrecer soluciones para los problemas que las teorías causales resolvían deficientemente.

(50) Sobre esta doctrina, *supra* nota, 41.

en los cuales estaba claro desde el comienzo que había acciones auténticas o que existía una relación causal. Y, sin embargo, si aceptamos las tesis de las teorías de la acción, no habría acción; si aceptamos las de la teoría de la adecuación, no habría causalidad. Estas afirmaciones insostenibles, se hacen inteligibles, adquieren un *sentido*, si lo que se pone en duda no es la existencia de acción o causación, sino de acciones o causaciones *prohibidas*. Pues discutir la presencia de una causación *prohibida*—acudimos a ejemplos ya controvertidos— en la acción del padre que induce a su hijo a tomar el tren, sin sospechar que en él se ha colocado una bomba (teoría de la adecuación), o de una acción *prohibida* en la limpieza cuidadosa de un arma (finalismo), o en una invitación a comer (teoría social de la acción), no es un absurdo, sino una postura perfectamente defendible. Pero, como no se puede poner en duda que en estos ejemplos la acción ha *producido* el resultado, parece ineludible la introducción de un nuevo elemento en la tipicidad, a saber:

2. El disvalor de la acción (51)

La tipificación (52) de acciones tiene lugar en base a una valoración: el legislador dirige su mirada a la vida de la sociedad humana

(51) La opinión que se defiende coincide, en el resultado, total o parcialmente, con la de SAUER, *Grundlage des Strafrechts, nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin-Leipzig 1921, págs. 283, 380, 443; HENKEL, *Comentario a una sentencia del OLG Stuttgart de 17-II-56*, en «NJW 1956», pág. 1451; GALLAS, *ZStW* 67 (1955), págs. 26, 29, 42; *Dt. Beiträge z. VII. Intern. StrRKongress*, Berlín 1957, pág. 29; *Materialien zur Strafrechtsreform I*, Bonn 1954, pág. 123; SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre*, 1957, págs. 123/124, 145, 149, 151; ROXIN, *Offene Tatbestände*, 1959, pág. 171/172; HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957, pág. 153; KOLRAUSCH-LANGE, *StGB*, 43.^a ed., Berlín 1961, págs. 158/159, 225. También con la de WELZEL, pero sólo en referencia a los delitos culposos, según su última concepción en lo que se refiere a la estructura de esta clase de delitos. Sorprendentemente pretende ahora el finalismo (véase WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe 1961, pág. 10; *Strafrecht*, ed. 1960, pág. VI; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. XII; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pág. 145, nota 131.; HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, en «ZStW 74» (1962), pág. 94) atribuirse, como conquista propia, el desplazamiento del cuidado objetivo exigido por el Derecho al injusto. Con razón señalan lo infundado de esta pretensión ARTHUR KAUFMANN (*Das Schuldprinzip*, pág. 227, nota 51) y NOWAKOWSKI («JZ 1958», pág. 390). No es posible exponer aquí el desarrollo de esta doctrina que exige, para la fundamentación de la anti-juridicidad, algo más que la mera causación de un resultado por una acción; sus antecedentes se encuentran en TORP (1903), MIRICKA (1903), RADBRUCH (1904) y M. L. MÜLLER (1912); la aceptación que ha encontrado tal tesis en la dogmática es, sobre todo, obra de ENGISCH (comp., por ejemplo *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlín 1930, pág. 344; *Die Kausalität*, etc., 1931, pág. 53).

(52) En nuestra exposición, siempre que se habla de acción típica, se entiende la acción prohibida, o sea: la típicamente antijurídica. Este es el presupuesto normal; la excepción es que concurra una causa de exclusión del injusto; en tal caso hay una valoración posterior que convierte a la acción típica en adecuada a Derecho.

y selecciona —prohibiéndoles— aquellos hechos reprobables (53) que amenazan la paz pública de modo insoportable.

En la época del pensamiento naturalista, en la que “el afortunado desarrollo de las ciencias naturales seducía a trasladar métodos de conocimiento, que sólo eran adecuados a objetos de la Naturaleza, a situaciones de hecho históricas, sociales y jurídicas” (54), se entiende esta valoración de un modo muy notable: la ley valora renunciando a toda valoración *propia*. Los tipos se conciben como leyes en blanco. Señalan sólo el objeto del delito y establecen una cierta pena; pero la determinación de las acciones que han de ser puestas en relación con el resultado típico, no se encuentra en los tipos: se delega en ciencias extrajurídicas. Es decir: las ciencias naturales (teorías individualizantes de la causalidad) o la Ontología (teoría de la condición) son las que están llamadas *propriamente* a seleccionar qué acciones son las que deben ser amenazadas con una pena; pues ellas son las que determinan lo que sea causación; y toda causación humana del resultado tipificado es un comportamiento prohibido. De tal punto de partida no pueden derivarse más que resultados insostenibles, aún más: ridículos —regresión infinita (55)—; lo que se está defendiendo es que la determinación de acciones que, *en realidad*, ha sido consecuencia de consideraciones axiológicas (56), puede ser llevada a cabo

(53) Empleamos reprobabilidad (objetiva) en vez de reprochabilidad, para distinguirla de la personal contenida en el juicio de culpabilidad.

(54) WOLF, *Gustav Radbruchs Leben und Werk* (introducción del editor en la 5.^a ed. (Stuttgart 1956) de la *Rechtsphilosophie de Radbruch*, publicada después de la muerte de éste), pág. 18.

(55) Esta conocida objeción que se opone a la teoría de la equivalencia, está perfectamente justificada cuando se defiende, además una concepción causalista del injusto.

(56) Aplicar criterios normativos en la culpabilidad y limitarse a conceptos científicos-naturales u ontológicos en la teoría del injusto, es un método que no corresponde al seguido por la ley. Las acciones no se tipifican —es decir, en el caso normal, no se prohíben— al azar. El legislador no determina las acciones antijurídicas (dentro de las cuales habrá culpables y no culpables) guiándose por tales conceptos, sino valorando la realidad y separando aquellas que le parecen, de algún modo, socialmente reprobables. Esto es evidente; la violación cometida por un loco, el incendio ejecutado por un menor (comportamientos antijurídicos no culpables), no son acciones indiferentes: son acciones que la comunidad desaprueba, que le parecen mal. Esto no quiere decir que se confunda antijuridicidad y culpabilidad: «La antijuridicidad es... una relación entre acción y orden jurídico, que expresa el desequilibrio entre la primera y el segundo: la realización de la voluntad no ha sido la que el Derecho espera objetivamente de las acciones en el terreno social. La culpabilidad no se contenta con esta relación de un desequilibrio objetivo entre acción y orden jurídico, sino que hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica, a pesar, de haber podido omitirla» (WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 120; *Das neue Bild.*, ed. 1961, pág. 39). Si, por consiguiente, la antijuridicidad implica ya una valoración, entonces sería una verdadera causalidad que pudiésemos llegar a la acción antijurídica utilizando criterios no valorativos: «sería un milagro entre todos los milagros, una inesperada armonía preestablecida de dos modos de ver las cosas fundamentalmente distintos, si un concepto formado por medio de una relación de valor, pu-

con la casi exclusiva intervención de ciencias ciegas al valor y al disvalor (las naturales) o que se encuentran por fuera de toda relación valorativa (la Ontología).

El problema de cómo se puede determinar la reprobabilidad que ha de concurrir en la acción, para que ésta pueda ser considerada antijurídica en el sentido de un tipo determinado, no es posible tratarlo en este lugar. Se trata de una cuestión interpretativa; a la interpretación (histórica, gramatical lógicossistemática y teleológica) habrá que acudir, por ejemplo, para decidir el problema de si en el dolo reside la reprobabilidad de los tipos dolosos —y, por tanto, es un elemento subjetivo del injusto de todos ellos— o no. Aquí nos limitaremos a señalar el límite de la reprobabilidad (57): éste se halla allí donde el ciudadano cuidadoso donde el hombre prudente, no haya podido prever las consecuencias originadas por un comportamiento determinado. El hecho de que el cartero que lleva mi carta a su destinatario se rompa la columna vertebral al resbalar, con ocasión de cumplir su función, no implica que el tirar la carta sea una acción reprobable. Mi acción ha condicionado (producido), sin duda, el accidente; pero es intachable. El Derecho se dirige a hombres, no a adivinos. Las normas jurídicas se configuran teniendo en cuenta el hombre tal como es (“tipo real”), o tal como debe ser (“tipo ideal”) (58); pero no deben de estar referidas a un hombre que no existe (es decir: como éste no puede ser). La persona humana está caracterizada por poder prever los acontecimientos futuros sólo limitadamente: no todas las consecuencias de sus acciones, sino únicamente un determinado número de ellas, es susceptible de previsibilidad. La reprobabilidad es reprobabilidad de algo, presupone un objeto: no haber hecho uso de una capacidad conferida al hombre; ¿dónde está ese algo, qué es lo que se puede reprobar, cuando no se hace uso de una capacidad que nadie posee, (59). Las acciones que provocan consecuencias inadecuadas (60) (objetivamente imprevisibles), el no ser reprobable,

diera hacerse coincidir con un concepto de la Naturaleza obtenido por medio de una consideración ciega ante los valores» (RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5.^a ed. (1956), pág. 95).

(57) Sobre el disvalor de la acción en las acciones peligrosas permitidas se harán algunas indicaciones (*infra* II, A).

(58) Sobre estos conceptos HENKEL, *Der Mensch im Recht*, en *Studium Generale* 1960, págs. 230/231.

(59) El juicio de reprobabilidad es objetivo; no se pregunta por tanto, todavía, si el agente en concreto era capaz de prevenir el resultado.

(60) Los ataques que se dirigen frecuentemente al pensamiento de la adecuación (así, últimamente, OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlín 1959, pág. 71; *Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit*, *Festschr. f. EB. SCHMIDT*, 1961, págs. 234-235), afirmando que el tomar como medida de la previsibilidad al hombre prudente, conduce a absoluciones inadmisibles, en el caso de que la previsibilidad del autor concreto —por su conocimiento casual de circunstancias o por disponer de una inteligencia superior que le permite descubrir leyes de la Naturaleza, que todavía no se conocen— es superior a la del hombre prudente, no pueden convencer. Esta objeción atribuye a

carecen de la condición indispensable para ser típicas (61). Precisamente ahí se encuentra la fuerza de atracción de la teoría de la causalidad adecuada, y ello explica que, cuando se rechaza como teoría de la causación, la doctrina intente de nuevo, con otros argumentos, excluir las acciones inadecuadas en el terreno de la tipicidad: la frontera de la adecuación es, al mismo tiempo, la de la responsabilidad jurídico-penal posible (62).

II. EXAMEN DE ALGUNOS GRUPOS DE CASOS (63) CUYA SOLUCIÓN —POR CREERSE QUE PRESENTAN PROBLEMAS DE TIPO CAUSAL— SE ATRIBUYE A LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD

Las teorías de la causalidad han tenido, desde siempre, junto a este cometido ya estudiado de delimitación de los comportamientos relevantes para el Derecho, otra misión que cumplir: resolver los problemas presentados por un cierto número de grupos de casos. De algunos de ellos nos vamos a ocupar ahora; pero se puede adelantar ya que tampoco aquí se trata de cuestiones que puedan ser aclaradas con la ayuda de tales teorías.

A. Los procesos irregulares en los delitos dolosos (64).

Diversas teorías se esfuerzan en fundamentar la impunidad del autor en estos casos (65).

La teoría de la causación adecuada niega la existencia de una re-

la teoría que se intenta rebatir, una concepción que nadie defiende. Desde Traeger (1904) se forma el juicio de adecuación, teniendo en cuenta la previsibilidad del hombre prudente y, además —cuando la del agente exceda esta medida—, también la de éste.

(61) Con esto no se quiere decir que toda acción adecuada al resultado, haya de ser considerada como prohibida, sino que sólo ellas son aptas de ser tipificadas. La ley puede exigir otras características, a más de la adecuación, para fundamentar la reprobabilidad objetiva de un tipo determinado.

(62) Esto es válido para los tipos dolosos y culposos; la admisión del principio *versari in re illicita* crea problemas que habrá que tratar separadamente (*infra* II, C).

(63) Lo que se va a exponer tiene validez para el Derecho español. La razón por la cual las acciones que estudiamos no constituyen delitos dolosos consumados, va a ser tratada inmediatamente. Tales comportamientos no son tampoco subsumibles en tipos contruidos sobre el *versari*: la ley pretende comprender otra clase de comportamientos, dando entrada a la responsabilidad por el resultado (sobre esto, *infra* II, C).

(64) Este grupo ofrece, además, interés, porque de su estudio se pueden deducir criterios de diferenciación entre el delito imposible (punible) y el delito putativo (no punible).

(65) En contra de la opinión dominante exigen plena responsabilidad von BURI —pero sólo en determinadas circunstancias—, *Über Causalität und deren Verantwortung* Leipzig 18737, pág. 16, y BACHMANN, *Der Unterschied der adäquaten Kausalität in Strafrecht und Zivilrecht*, tesis doctoral Göttingen 1952 (inérita), pág. 50/51 («No castigando en los casos de producción intencionada de un resultado improbable, daríamos facilidades precisamente al delincuente hábil, para que pudiese exponer a su víctima.

lación causal entre comportamiento y resultado. A no puede, por tanto, ser considerado causa del evento si, con dolo de matar, envía a B a un bosque para que le aniquile un rayo y su propósito se realiza (66).

Los que rechazan esta teoría de la causalidad tienen que acudir a otros criterios. Una segunda concepción, que cuenta con numerosos partidarios (67), cree que el fundamento de la absolución del agente se halla en que éste únicamente desea, pero no quiere el resultado (no hay, por consiguiente, dolo). Si A induce a B a tomar un avión, porque confía—guiado por presentimientos—que éste se estrellará y el resultado se produce, no habrá responsabilidad de A por no haber actuado dolosamente: no ha querido la muerte, la ha deseado tan sólo.

Gallas (68), Hirsch (69) y Lange ven la solución del problema en la teoría del dominio sobre el hecho (70). Así opina este último, que en los procesos causales irregulares “el punto de vista de la falta de dominio sobre el hecho excluye el carácter de acción; es decir, el concepto final de autor, como base de la teoría final de la acción de Welzel, da aquí el criterio decisivo” (71).

En realidad, todas estas concepciones sólo sirven para fundamentar, valiéndose de distintos argumentos (falta de causalidad, de dolo

repetidas veces, a peligros pequeños, en el curso de lo cual el peligro podría realizarse y el criminal lograría sus fines, sin tener que temer el más mínimo castigo»).

(66) Más ejemplos de este grupo en el curso de la exposición.

(67) Fundamentación del proyecto de Código penal de 1960 (Deutscher Bundestag. 3. Wahlperiode. Drucksache 2150), pág. 121; LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, etc., Leipzig 1895, pág. 6; E. HARTMANN, *Das Kausalproblem im Strafrecht*, etc., Breslau 1900, págs. 112/113; RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pág. 39; ZU DOHNA, *Beitrag zur Lehre von der adäquaten Verursachung*, en «Mon-KrimPsych 2» (1906), págs. 431/432; POMP, *Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, Breslau 1911, pág. 71; FRANK, *StGB*, 18.^a ed., Tübingen 1931, pág. 197; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 8.^a y 9.^a ed., Tübingen 1925, pág. 49; HEIMBERGER, *Strafrecht*, Berlín-Viena 1931, pág. 59; von LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch I*, 26.^a ed., Berlín-Leipzig 1932, pág. 254; MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., Munich-Leipzig 1933, pág. 127; *Leipziger Kommentar I*, 8.^a ed., Berlín 1957, pág. 515; *Strafrecht I. Ein Studienbuch*, 9.^a ed., Munich-Berlín 1960, pág. 165; WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 61; SCHWARZ-DREHER, *StGB*, 23.^a ed., Munich-Berlín 1961, pág. 207.

(68) Comp. *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, «Dt. Beiträge z. VII. Intern. StrRKongress», 1957, pág. 17.

(69) Véase ZStW 74 (1962), págs. 98, 101.

(70) *Tatherrschaft* Con esta teoría procedente del campo finalista, pero que ha encontrado también gran aceptación en autores que no pertenecen a dicha escuela, se intenta establecer medidas para delimitar la autoría de la complicidad (BEIHILFE): autor es el que domina el hecho, el que puede decidir—por tenerlo en sus manos—que el resultado se produzca o no. Véase sobre todo ello el extensísimo escrito de habilitación que el Privatdozent de la Universidad de Hamburgo Dr. ROXIN ha dedicado a la teoría del dominio sobre el hecho de próxima publicación).

(71) LANGE, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, ed. 1949 (revisión), en «ZStW 63» (1951), pág. 471. Comp., además, en el mismo sentido, KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, ed. 1961, pág. 159.

de dominio sobre el hecho), que el autor no sea castigado por delito consumado. Pero no explican por qué hay que excluir toda clase de responsabilidad, pues: que el resultado *producido* no pueda ser imputado al agente, no impide que éste *haya intentado* producir la lesión de un bien jurídico. Frank (72) afirmaba, con razón, que la teoría de la adecuación podía negar la relación de causalidad, pero tenía que admitir la presencia de tentativa. Lo mismo se puede hacer valer ante Gallas, Lange y Hirsch; si el autor cree que posee el dominio sobre el hecho, existe tentativa, y su conducta es, por consiguiente, punible. Si se alega que el motivo por el que hay que absolver al autor es la falta de dolo—el resultado ha sido solamente deseado—, basta este argumento, a diferencia de las dos teorías anteriores, para probar que tampoco es posible castigar por tentativa de delito; el que, sin embargo, también esta tesis haga uso de una aclaración adicional, para explicar por qué no sería lícito penar por tentativa, hace sospechar que no se está demasiado seguro sobre la solidez de los propios argumentos. Sobre los motivos por los cuales el autor que ha producido el resultado no responde tampoco por tentativa, reina unanimidad: todos estos casos caen dentro de la no punible tentativa irreal (o supersticiosa). Tanto más estaremos ante esta clase de tentativa cuando el resultado no haya tenido lugar; a este respecto hay que destacar que la fundamentación de la exclusión de responsabilidad en los casos en que no haya habido lesión de un bien jurídico es la de más importancia práctica: es casi imposible que una acción inadecuada pueda llegar a producir el resultado antijurídico.

Por tanto: la tentativa irreal, de cuya existencia en estos casos nadie duda, se utiliza por *todas* las concepciones—independentemente de lo que se discrepe en la argumentación respecto al delito consumado—, para evitar también el castigo por tentativa del agente que, para la consecución de un resultado, coloca dolosamente una condición inadecuada. Esto es, sin embargo, un salida no demasiado feliz para solucionar casos incómodos: después de que en la construcción de la tentativa se ha rechazado toda idea de peligrosidad objetiva de la conducta externa (74) y la existencia de delito intentado se ha hecho

(72) StGB, ed. 1931, pág. 197.

(73) Comp., en lugar de muchos, por los que niegan la responsabilidad por falta de causación: MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 407; por falta de dolo: WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, págs. 171/172; por falta de dominio sobre el hecho: KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, ed. 1961, pág. 147.

(74) Las teorías objetivas que acuden a criterios objetivos (peligrosidad), para distinguir la tentativa punible de la no punible, cuentan hoy en Alemania con muy pocos partidarios. Estas teorías se enfrentan con el inconveniente, difícil de salvar, de encontrar medidas seguras para determinar en el caso concreto, si ha habido peligrosidad—por tanto, tentativa punible— o no. ¿Hay tentativa de incesto en la conducta del padre que cohabita con una mujer, creyendo equivocadamente que es su hija; de hurto, en la acción de meter la mano en un bolsillo vacío; de homicidio, si se dispara contra una persona protegida por una cota de malla? La

depender exclusivamente de que se dé la voluntad de rebelión (Auf-lehnungswille) contra el orden jurídico, se acuerdan los autores de las teorías objetivas, introduciendo de nuevo el concepto de peligro. Busch (75) habla, con razón, de “inconsecuencia”; inconsecuencia que Maurach (76) cree poder suprimir del mapa, aceptando, como fórmulas que expresan de modo exacto el pensamiento contenido en la opinión dominante, las expresiones “teoría mixta objetivo-subjetiva” (Mezger) y “teoría subjetiva de la tentativa con agregación de una característica objetiva” (Schönke-Schröder). Pero estas denominaciones, más que nada, desorientan: no se trata de una teoría que unifique los dos puntos de vista, sino de dos teorías extremas.

La primera—una teoría subjetiva absoluta—se aplica siempre que el hecho sea calificado como tentativa inidónea. La peligrosidad de la acción es entonces completa y totalmente irrelevante. De acuerdo con ello es punible la tentativa de aborto llevada a cabo con una mujer que no estaba embarazada, la tentativa de defraudación de derechos aduaneros con mercancías no sujetas en realidad a pago de Aduanas, pero que el autor equivocadamente suponía que sí lo estaban, la tentativa de asesinar un cadáver, etc. Lo decisivo es que la voluntad del autor esté dirigida a un fin antijurídico (voluntad de rebelión).

Si de lo que se trata es de la tentativa irreal, entonces sólo es vigente una segunda teoría—esta vez una objetiva extrema—. Si el agente quería matar, si estaba seguro de que los medios empleados alcanzarían su fin, todo ello carece de importancia. Lo único que ahora cuenta, y por lo que no hay responsabilidad, es que su acción no era peligrosa.

Como se puede compatibilizar que dentro del mismo problema (la tentativa), unas veces se tenga exclusivamente en cuenta la voluntad de rebelión, y otras exclusivamente el peligro representado por el comportamiento, es un enigma. Pues, si se concede a la intención del autor un papel tan destacado que ella sola es capaz, sin cooperación de factores adicionales, de fundamentar la punibilidad, entonces es difícil de comprender que se elimine totalmente su significado en determinadas acciones inofensivas, a saber: aquellas que he atribuyen a la tentativa irreal. Y viceversa, si la no peligrosidad de la acción—independientemente de lo fuerte que sea la voluntad de rebelión— es el motivo de la exclusión de responsabilidad en la tentativa irreal, en

teoría subjetiva —la dominante hoy en la jurisprudencia y en la doctrina científica alemana— decidiría en estos tres casos la punibilidad del agente: hay tentativa punible —independientemente de los medios empleados— siempre que el autor quiera cometer un hecho penado por la ley (o sea: que se rebele contra el orden jurídico), y realice, con este fin, actos de ejecución; la teoría dominante introduce, de toda formas, como veremos enseguida, algunas excepciones a este principio

(75) *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, Tübingen 1949, pág. 16.

(76) *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 407.

tonces no es posible que, de buenas a primeras, se convierta en algo intrascendente.

Tan poco convincentes como la solución de la tentativa irreal para justificar la no procedencia de una pena, son las ideas de que el autor sólo ha deseado el resultado o que no ha dominado el acontecimiento. Con razón se ha llamado a la primera una "construcción un tanto dudosa" (77); el desear y el querer dependen únicamente de la representación subjetiva que tenga el autor sobre la posibilidad de la producción del resultado (representación que puede discrepar totalmente de la realidad objetiva). Si una mujer quiere matar a su marido, dándole para cenar un plato de setas que ha comprado en una tienda de comestibles, en la opinión de que son venenosas—por haberlo soñado la noche anterior—, es perfectamente imaginable, a pesar de que su acción es inadecuada, que la esposa piense que su comportamiento es plenamente apropiado para alcanzar su propósito. Las noticias que, de cuando en cuando, aparecen en los periódicos sobre personas que dejan todos sus bienes, para prepararse a un supuesto próximo fin del mundo, muestra hasta qué punto se puede prestar crédito a la superstición; estos hombres no están menos seguros del inmediato fin del mundo—lo prueban sus hechos—que un astrónomo que se hubiese llegado a las mismas conclusiones por medios científicos (78).

Todavía mayores reparos despierta el hecho de que, al no percibirse la desigual naturaleza de las acciones peligrosas y de las inadecuadas (79), se haga uso, para explicar la impunidad de las pri-

(87) BAUMANN, *Strafrecht*, ed. 1961, pág. 184. Compárase también contra esta concepción LIEPMANN, *Zur Lehre von der «adäquaten Verursachung»*, en «GA 52» (1905), pág. 328; TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie*, etc., Berlín-Leipzig 1927, págs. 165/166; WAIBLINER, *ZStW* 69 (1957), pág. 218, nota 105.

(78) Con parecidos argumentos rechaza ENGISCH esta concepción que sostiene la falta de dolo (comp. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, págs. 157 y ss.; *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pág. 50). Si el autor que cree en supersticiones, tiene conciencia de la posibilidad de la producción del resultado, entonces «existe, desde un punto de vista psicológico, intención de ocasionar una muerte; pues para el agente su comportamiento es un medio suficientemente idóneo para la producción del resultado; cuenta con la producción del resultado con tal probabilidad subjetiva, que no se puede hablar de un mero desear» (*Untersuchungen*, págs. 167/168). Los autores que niegan en estos procesos causales la existencia de dolo, no se han tomado nunca la molestia de ocuparse de las objeciones que ENGISCH levantaba hace treinta años. Este silencio no significa que a los reparos les falte fuerza de convicción, sino más bien que hasta ahora no se ha encontrado el modo de refutarlos.

(79) Las acciones inadecuadas son, por definición, acciones no peligrosas en sentido jurídico-penal. Una acción que no es apropiada para causar un determinado resultado, es una acción que no encierra peligro para la producción del mismo; una acción apropiada para originar la lesión de un bien jurídico, representará siempre un riesgo para éste. En este sentido, HANS HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*. Breslau 1930, pág. 19, nota 56; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, ed. 1955, pág. 84; ENGISCH,

meras, de consideraciones que, en el mejor de los casos, sólo podrían aplicarse para explicar la de las acciones inadecuadas. Si el autor origina que su víctima haga un viaje en avión o escale una montaña, con la esperanza de que ésta muera a consecuencia de ello, estamos ante actividades que, sin duda, representan un riesgo para el resultado mortal; se ha superado la frontera de la adecuación y la probabilidad de la producción del resultado se encuentra ahora no sólo en la imaginación del autor: existe objetivamente. A los intentos de hacer, otra vez, válidos los mismos argumentos (el resultado se ha deseado solamente, el agente no ha tenido el evento en su mano), hay que responder: únicamente porque el peligro está *permitido*, estaría en contradicción con nuestro sentido del Derecho el castigo del autor; si el sujeto hubiese ejecutado su acción existiendo un riesgo parecido, pero esta vez *prohibido*, no se podría pensar, de ningún modo, en la absolución. La diferencia entre riesgo permitido y prohibido no consiste en la diversa magnitud del peligro, sino sólo en que unas veces es lícito y otras no. El riesgo (permitido) para la vida de los espectadores que se encuentran, durante unas carreras de automóviles, en una curva peligrosa —en la que ya han tenido lugar varios accidentes—, no es menor que aquel (prohibido) al que está expuesto un hombre al que le dispara con un arma un tirador muy poco experto, desde una distancia tan grande, que incluso un campeón de tiro acertaría muy pocas veces. No es sostenible fundamentar la absolución de autores que se sirven de procesos peligrosos para provocar lesiones de bienes jurídicos —supongamos que el padre manda a su hijo, con la intención de matarle, a aquella curva peligrosa— con el argumento de que falta el dolo o el dominio sobre el hecho; pues entonces, y con el mismo derecho, podría aducir el mal tirador que, con el propósito de matar, acierta, que él había deseado solamente el resultado o que no había dirigido el acontecimiento. Como lo único que separa a estos dos casos es un momento normativo, que deja invariable la situación real de hecho, no habría modo de evitar la no responsabilidad del tirador. Estos resultados no satisfacen: parece evidente que el padre no debe, en efecto, responder ni siquiera por tentativa, mientras que el mal tirador ha de ser condenado por delito consumado (80).

Von Weltbild des Juristen, 1950, pág. 137; WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 44.

(80) Todavía se propone otra solución. RUTKOWSKY, *Die psychisch vermittelte Kausalität. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Sozialadäquanz*, en «*NJK* 1952», pág. 608, escribe: Si A le dice a B: 'mátate', y B —por este motivo— lo hace, ¿es A un asesino? 'No', se dice, 'eso es una no punible inducción al suicidio'. Incluso si A le da la pistola a B, no se cambia nada, pues tampoco se castiga la complicidad en el suicidio (en Alemania, como en España, el suicidio es un hecho atípico; al no existir ningún tipo especial que castigue la participación en el suicidio, ésta no es tampoco punible). Nadie duda.—¿Cómo puede entonces ser castigado aquel que ni siquiera provoca la decisión de matarse, sino sólo la de colocarse en un peligro? Este argumento *a majore ad minus* debería de mostrar la imposibilidad jurídica de la punibilidad» (paréntesis añadidos). Re-

Si en los procesos causales irregulares se ventilasen sólo cuestiones que tuviesen que ver con comportamientos inadecuados, no sería necesario volver a ocuparse de la estructura del tipo; los principios establecidos bastarían para encontrar una solución satisfactoria. Sin embargo, en el curso de nuestra exposición ha podido apreciarse que la doctrina estudia también, al tratar de este grupo, acciones que son peligrosas.

Un comportamiento peligroso es sólo típico cuando en su ejecución se ha dejado de observar el cuidado objetivo exigido por el Derecho: pues no sólo no existe ninguna reprobabilidad en los comportamientos inadecuados: ésta falta también en aquellos comportamientos *adecuados* que se realizan sin lesionar las medidas objetivas de prudencia. ¿Cómo puede ser reprobable la conducta del cirujano que lleva a cabo una operación arriesgada sujetándose a las reglas de la ciencia médica, o la del propietario de una empresa peligrosa que observa todas las medidas de prudencia para evitar accidentes? Estas acciones no lesionan ningún mandato jurídico; al contrario, precisamente se inclinan ante el Derecho y observan la diligencia que éste exige. Si, por una parte, pues, el Derecho impone unos ciertos deberes para eje-

cientemente vuelve RUTKOWSKY a defender la misma tesis (véase BAUMANN, *Strafrecht* (recensión), en «NJW 1961», pág. 1153).—Que la similitud con la participación en el suicidio sea tal, como para que pueda admitirse sin reparos la deducción hecha por RUTKOWSKY, parece discutible. Pero esto lo podemos dejar a un lado; pues aun cuando no hubiese nada que objetar, se habría conseguido una respuesta satisfactoria sólo para un limitado número de casos.—En primer lugar, no se ha resuelto, por qué hay que absolver al autor que, para ocasionar la muerte de un tercero, convence a éste para que realice una acción inadecuada: al no colocarse la víctima en ningún peligro; desaparece todo paralelismo con el suicidio. El hombre que se come un plato de setas compradas por su mujer en una tienda de comestibles, no ha decidido exponerse a una situación peligrosa; ésta es inexistente; riesgo hay sólo en la imaginación de la mujer.—Tampoco en las acciones peligrosas consigue RUTKOWSKY resolver el problema sin lagunas. De la participación en el suicidio no se puede inferir ninguna conclusión válida, cuando el autor opina que el peligro es mayor que el existente en la realidad, si es este último el que capta la víctima. Si el autor supersticioso cree que el accidente de avión es casi seguro, hay una diferencia esencial entre el riesgo real —al que el pasajero está de acuerdo en exponerse— y el que el autor considera existente. En estos casos fracasa también la explicación de RUTKOWSKY; pues si el peligro aceptado por el pasajero bastase para fundamentar la impunidad del autor, entonces nada se opondría a la absolución de éste, en el caso de que un agente provocador (sobre el agente provocador, más adelante) le hubiese comunicado la existencia de una bomba en el aparato —aquí también habría discrepancia entre el peligro objetivo, captado por la víctima, y el imaginado por el delincuente— y, por este motivo, hubiese convencido a su víctima a emprender el viaje aéreo. No creemos, sin embargo, que en este último caso RUTKOWSKY se atreviese a dejar sin castigo al autor.—La fundamentación es inaplicable, cuando se induce a ejecutar la acción peligrosa a personas en estado inconsciente o a inimputables.—Por último: los casos a los que se refiere RUTKOWSKY no parecen tampoco punibles en ordenamientos jurídicos que, o bien castigan el suicidio, o bien, como el español, han creado un tipo especial para la inducción y el auxilio al suicidio.

cutar una determinada acción, y, por otra, el autor cumple con estos deberes al llevarla a cabo, sería contradictorio afirmar que tal comportamiento va contra el Derecho (que es antijurídico) (81).

El cuidado exigido por el Derecho (dentro de este concepto se incluyen las acciones inadecuadas—al no representar riesgo para el resultado, son siempre acciones prudentes—y las peligrosas permitidas) se suele considerar sólo en relación con los delitos culposos. Algunos autores se oponen a esta opinión (82) y exigen su examen también en los delitos dolosos. Con razón; hay ciertas empresas peligrosas cuyas estadísticas muestran que los accidentes son inevitables (83); conociendo estos datos, las muertes y lesiones que tengan lugar, se causan con dolo directo de segundo grado (se sabe que a la explotación de la industria están unidos necesariamente los accidentes); en consecuencia si el cuidado objetivo tuviese trascendencia sólo dentro de los delitos culposos (a estos efectos es indiferente que con su observancia se considere excluida la tipicidad, la antijuridicidad o la reprochabilidad), habría que llegar al absurdo resultado de que siempre que tuviese lugar un accidente mortal habría que castigar a los responsables del funcionamiento de la industria —aun cuando hubiesen observado todas las precauciones— por homicidio doloso. A la solución contraria se llega siguiendo la tesis correcta; según ella, la observancia del cuidado objetivo excluye también la tipicidad de las acciones dolosas.

Estos principios hay que aplicarlos ahora a ciertos casos de procesos irregulares. En primer lugar, habrá que distinguir:

— A, que se propone causar la muerte de B, persuade a éste para que entre a trabajar en una mina de carbón; A es consciente de que no existen muchas probabilidades de que se realicen sus deseos, pero confía en que, como de vez en vez sucede, B tenga la mala suerte de ser víctima de un accidente de trabajo.

— A convence a B para que entre a prestar sus servicios en una mina de carbón, al recibir de un agente provocador (84) la noticia de

(81) Entre los autores que desplazan el cuidado objetivo al injusto, compárese, por ejemplo, recientemente ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschr. z. 100jähr. Best. d. dt. Juristentages I*, Karlsruhe 1960, págs. 117 ss.

(82) Así HELLMUTH MAYER, *Strafrecht AT*, 1953, pág. 187; NOWAKOWSKY, *JZ* 1958, pág. 390; SCHAFFSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandstheorie*, en «ZStW 72» (1960), pág. 373, nota 11; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, ed. 1961, pág. 373.

(83) En la República Federal de Alemania (sin incluir el territorio del Sarre), han muerto, entre 1945 y el 30 de septiembre de 1961, a causa de accidentes en minas de carbón, 9.404 personas (*Die Welt*, 10-III-1962, pág. 16). En una noticia en el mismo periódico de 12-II-1962, se recoge una comunicación del Sindicato industrial de minas y de energía en la que se indica que, prescindiendo de las grandes catástrofes, mueren en Alemania occidental anualmente, a consecuencia de pequeños accidentes, aproximadamente 500 mineros.

(84) Agente provocador, es decir: «cuando el inductor no quiere la consumación del hecho, sino sólo su tentativa» (SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*,

que, debido a un fallo en la instalación, va a ocurrir una catástrofe.

En ambos casos existe el mismo grado objetivo de probabilidad; en ambos el autor tiene el propósito de producir el resultado. En el segundo ejemplo hay tentativa punible, pues si el accidente hubiese tenido lugar en la forma *que el autor se había imaginado*, estaríamos ante un resultado típico causado *por una acción típica* —A no habría observado la diligencia debida—. En el primer caso, por el contrario, sólo se puede admitir un delito putativo (85) —, por tanto, no punible—, pues si el accidente se hubiese producido en la forma *que el autor se había imaginado*, habría causado la muerte *por medio de una acción atípica* —se ha observado la diligencia debida—.

La teoría tradicional del delito fracasa en encontrar una explicación convincente para los procesos causales irregulares, porque no sabe dónde hallar la diferencia entre los dos casos expuestos; en ambos quiere el agente causar un resultado típico (la muerte), es decir, para esta concepción, realizar un tipo. A éste pertenece, sin embargo, además de la lesión de un bien jurídico, el *cómo* de su provocación: el autor que tenga el propósito de producir un resultado típico, queriendo observar y observando la diligencia debida, está suponiendo, equivocadamente, que el evento está prohibido (delito putativo).

Todavía ha quedado sin resolver la cuestión del agente supersticioso. Aquí parece que nada se opone a la punibilidad de su conducta: quiere producir el resultado antijurídico por medio de una acción típica (si el peligro que él supone existente fuese el real, lesionaría el cuidado exigido por el Derecho). La imposición de una pena no es, sin embargo, posible, por no haber un comportamiento doloso. Pero no porque falte el elemento emocional (el autor sólo ha deseado el resultado), sino el elemento intelectual (el autor no conoce las circunstancias del hecho) del dolo. Saber, en sentido estricto, significa “un conocimiento *fundamentado*” (86); el saber se caracteriza por ser una “convicción sobre la existencia real, de objetos, acontecimientos o situaciones de hecho que se basa en motivos subjetivos y objetivos *suficientes*. La fundamentación del saber puede tomarse, bien de la experiencia, de informes examinados críticamente, de documentos, de testimonios, de monumentos (saber histórico), bien de la penetración en la esencia de

ed. 1961, pág. 264). Así el policía que, para sorprender al delincuente *in fraganti*, engaña a un sospechoso, comunicándole la clave de la caja fuerte que está vacía, o incitándole a disparar contra un tercero para lo cual le facilita una pistola descargada.

(85) En el delito putativo el agente se propone realizar un hecho atípico, creyendo que está prohibido; por ejemplo: el agente considera, equivocadamente, que el comercio carnal con la prometida de un tercero es punible. «El delito imaginario (delito putativo) no es nunca punible, pues el autor no tiene el poder de fundamentar la punibilidad por medio de su error. Este poder pertenece sólo a la Ley» (MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, ed. 1933, pág. 381, paréntesis en el texto original).

(86) *Philosophisches Wörterbuch*, editado por WALTER BRUGGER, S. J., 3.ª ed., Freiburg 1950, pág. 423 (subrayado añadido).

objetos ideales (Lógica, Matemática, Ética)" (87). Lo decisivo es, por consiguiente, en qué forma el agente adquiere su representación: si las bases que han conducido al convencimiento de que el resultado se produciría eran sólidas, estaremos ante un auténtico saber; si la representación ha sido adquirida por medio de sueños, presentimientos, supersticiones, etc., entonces no ha habido conocimiento de las circunstancias del hecho. Supongamos, por un lado, que el vendedor ha asegurado a la mujer —sabiendo que no lo son— que las setas de 30 pesetas son venenosas; por otro, que la autora ha llegado al mismo resultado, porque la noche anterior había soñado que las setas de ese precio tendrían efectos mortales. La teoría del querer-desear pretende hacernos creer, ignorando la fuerza que sobre determinadas personalidades pueden ejercer bases irracionales, que en el segundo caso siempre habrá una perfecta conciencia de lo infundado de los motivos y que, por tanto, el sujeto podrá desear, pero nunca querer el resultado. Nosotros también opinamos que hay dolo en el primer caso y negamos su existencia en el segundo. Pero con otro fundamento: Si la autora cree al vendedor, ha alcanzado su convencimiento por medio de fuentes que ofrecen solidez: la declaración de un tercero que es de suponer que está informado sobre las peculiaridades de los artículos que vende; por tanto: hay conocimiento; por el contrario no se puede hablar de solidez de fuentes y, por tanto, tampoco de conocimiento, si han entrado en juego supersticiones u otros sentimientos infundados.

Que nos encontramos en el camino acertado, lo muestra uno de los presupuestos en la formación del juicio de adecuación. La teoría de la causalidad adecuada negaría la existencia de una relación causal entre la acción de la esposa supersticiosa y la muerte del marido, en el caso de que, por casualidad, las setas fuesen, en efecto, venenosas. A tal concepción se le opone que la causalidad no puede hacerse depender de la adecuación, pero, entre los detractores de esta teoría, nadie ha acudido hasta ahora con la objeción de que, siguiendo los principios de esta doctrina, habría de admitir en este caso adecuación pues en las bases del juicio de adecuación se incluyen las circunstancias *conocidas* al agente. Que nadie haya tenido la idea de aducir que condiciones como la soñada venenosidad deberían de ser tenidas en cuenta al formar el juicio de adecuación, manifiesta que, con razón, tales circunstancias no han sido consideradas nunca como pertenecientes a las *conocidas*.

Durante nuestra exposición se ha podido apreciar que dentro de este grupo de casos se estudian diversas clases de comportamientos, dentro de los cuales hay varias posibilidades. Es recomendable que, para conseguir una visión de conjunto, resumamos la cuestión a grandes rasgos:

(87) *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, editado por JOHANNES HOFFMEISTER, 2.^a ed., Hamburgo 1955. págs. 672/673 (subrayado añadido: paréntesis en el texto original).

Hay tres clases de acciones:

a) *Acciones inadecuadas*.—Un hombre prudente no prevé como posible que tales comportamientos puedan provocar un resultado típico.

b) *Acciones peligrosas permitidas*.—Se encuentran por encima de la frontera de la adecuación; su ejecución encierra, por tanto, un riesgo para la producción del resultado.

c) *Acciones peligrosas no permitidas*.—Como en b), se ha sobrepasado el límite de la adecuación; pero la producción del riesgo que estas acciones representan está prohibido. Aquí adquiere significación jurídica la diferenciación entre adecuación e inadecuación; la realización de una acción inadecuada para originar la lesión de un bien jurídico es *siempre*—si el autor se da cuenta correctamente de la situación objetiva—, por faltar la acción típica, un delito putativo. En las acciones peligrosas habrá que examinar el carácter del riesgo; si éste está prohibido, la acción será típica, y su ejecución, a consecuencia de la voluntad de rebelión contra el orden jurídico que implica, punible.

Dentro de estos tres tipos de acciones hay que considerar las siguientes posibilidades:

- Acciones inadecuadas... {
- a) El autor *percibe* la situación objetiva *correctamente*, pero comete la acción para ocasionar un resultado dañoso. Como se pretende alcanzar el resultado por medio de una acción atípica: delito putativo. Ejemplo: A manda a B a un cine determinado con la esperanza de que éste muera allí a consecuencia de un incendio.
 - b) El autor *no percibe correctamente* la situación objetiva, porque confía, movido por supersticiones o sentimientos sin fundamento, que el resultado se produzca. No hay conocimiento y, por tanto, tampoco dolo.
 - c) El autor *no percibe correctamente* la situación objetiva, pero confía, con fundamentos sólidos, poder ocasionar el resultado. Por ejemplo: Un agente provocador comunica a A que un incendiario quiere prender fuego al cine; a raíz de ello A envía allí a su víctima. Estamos ante una tentativa punible.

Acciones peligrosas	}	permitidas	a) El autor <i>percibe</i> la situación objetiva <i>correctamente</i> ; el fin de su acción —en la que observa la diligencia debida— es causar la lesión de un bien jurídico. La acción debe ser considerada como un delito putativo. b) Como en las acciones inadecuadas. c) Como en las acciones inadecuadas.
		prohibidas	Si el autor percibe correctamente la situación peligrosa, ha causado —o intentado causar— por medio de una acción típica un resultado típico. A esta clase de acciones pertenece el famoso ejemplo de Thyren (Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien, 1894, pág. 126), que tanta confusión ha causado entre los partidarios de la teoría de la adecuación, del tirador inexperto en el manejo de las armas, que, con dolo de matar, dispara contra un tercero desde una distancia tal que incluso a un buen tirador le sería muy difícil acertar.

B. La autoría accesoria. (*Nebentäterschaft*)

El ejemplo que siempre aparece, al incluir este grupo en la discusión del problema causal, es: dos autores, sin tener ninguno de ellos idea de la acción del otro, envenenan la comida de un tercero; uno de ellos vierte seis gotas y el otro cuatro; ninguna de estas cantidades, por sí sola, habría bastado para producir la muerte; pero la suma de las dos dosis —es decir, 10 gotas— tiene efectos mortales (88).

Los representantes de la teoría de la condición creen que existe causalidad y culpabilidad y castigan por delito consumado (89). La

(88) Otro caso: A y B, sin sospechar ninguno de ellos de la acción del otro, proporcionan a una mujer embarazada medios abortivos. El aborto —para el que no habría sido suficiente ninguno de los dos medios aisladamente— se produce a consecuencia de la acción conjunta de ambos productos (el ejemplo procede de H. MÜLLER, *Die Nebentäterschaft, unter besonderen Berücksichtigung des Problems der sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs* (tesis doctoral inédita), Francfort a. M. 1935, pág. 12).

(89) Así, por ejemplo, FRANK, *StGB*, ed. 1931, pág. 15; von LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch I*, ed. 1932, pág. 337; H. MÜLLER, *Die Nebentäterschaft*, 1935, págs. 15/16; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie* (tesis doctoral publicada), Heidelberg 1947, págs. 27/28; MEZGER, *Studien-*

teoría de la adecuación no considera a ninguno de los dos autores causa del resultado y los hace responsables sólo de tentativa (90).

Para llegar a una solución correcta, hay que abandonar la tesis de que estamos ante un problema que tenga algo que ver con la causalidad. En el caso del envenenamiento hay un error sobre el tipo: a saber: un error sobre el proceso causal, que tiene efectos favorables para los dos autores. Es difícil imaginarse un ejemplo más claro de error esencial sobre el proceso causal que éste: cada uno de los autores quiere matar sin intervención de nadie; pero la muerte se produce porque otro sujeto ha tenido la idea de envenenar, al mismo tiempo, a la misma persona y, además, con el mismo veneno; y, además, con la cantidad requerida para transformar un veneno que no era mortal en mortal. Este error hace imposible imputar a ninguno de los dos agentes el resultado concreto; responden sólo por tentativa.

La cuestión ha de ser excluida, por tanto, de la causalidad. Habrá que examinar tan sólo si el proceso causal representado difiere esencialmente del que ha tenido lugar en la realidad (entonces habría tentativa) o no (entonces delito consumado).

C. Los delitos cualificados por el resultado

Las teorías causales han creído que también este grupo pertenecía a su dominio; sin embargo, tampoco aquí parece que posean la importancia que se les ha concedido.

Hasta la Novelle de 4-VIII-1953 (91) la culpabilidad del autor

buch AT, ed. 1960, pág. 235; BAUMANN, *Strafrecht*, ed. 1961, págs. 436/437, 452; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StBG*, ed. 1961, pág. 262.

(90) Comp., por todos, MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, págs. 164, 521. KOHLER constituye una excepción, pues representando la teoría de la causación adecuada acepta la solución que propone la doctrina de la equivalencia (véase *Deutsches Strafrecht AT*, Leipzig 1917, pág. 203). De acuerdo con el espíritu del naturalismo, dominante en aquella época, defiende BINDING la concepción, notable en su fundamentación, de que «hay que distinguir terminantemente entre causación plena, causación parcial y colocación de condiciones individuales»; el autor accesorio es un causante parcial y no puede, por ello, «ser declarado nunca un causante pleno» (*Normen IV*, Leipzig 1919, pág. 589).

(91) La Novelle, de 4-VIII-1953, ha suprimido en Alemania la responsabilidad por el resultado; el parágrafo 56 del Código penal determina ahora: «Si la ley vincula a una consecuencia especial del hecho una pena superior, ésta se le impondrá al autor únicamente cuando produzca la consecuencia, por lo menos, culposamente». Sorprendentemente, es de apreciar en algún sector de la doctrina científica alemana, un movimiento de crítica contra esta reforma. Tal crítica carece de base; está originada por la equivocidad del concepto 'azar' y ha de ser considerada como una manifestación —esta vez inadmisibile— del subjetivismo en Derecho penal. La cuestión —tratada en mi tesis doctoral— no puede ser examinada aquí; comp. en contra de la supresión de la responsabilidad por el resultado: BAUMANN, *Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte*, en «ZStW 70» (1958), págs. 227 y ss.; *Probleme der Fahrlässigkeit bei Strassenverkehrsunfällen*, en «Kriminalbiologische Gegenwartsfragen X» (1960), pág. 105; expresamente en contra de la dirección representada por

no necesitaba estar referida al resultado calificante. El comportamiento era punible cuando el hecho base (por ejemplo: violación, lesiones, incendio) había sido cometido culpablemente, y la segunda consecuencia (por ejemplo: muerte, pérdida de un miembro importante del cuerpo), aun cuando no fuese previsible, se producía (92): la mera existencia de una relación causal entre la acción y el segundo resultado, bastaba para basar la responsabilidad.

La teoría de la causación adecuada que, ciertamente, no puede ofrecer una solución completamente satisfactoria desde el punto de vista del principio de culpabilidad, consigue, de todas formas, atenuar la lesión de este principio: el autor es causal para el resultado más grave, cuando su producción sea *objetivamente* previsible. La teoría de la condición se enfrenta con dificultades mayores; pues, de acuerdo con sus principios, la previsibilidad sólo puede ser considerada cuando la imposición de la pena se haya hecho depender de la culpabilidad; los delitos cualificados por el resultado, sin embargo, se caracterizan precisamente por ser necesario, respecto del segundo resultado, nada más que la causación (incluso sin culpabilidad). Si es suficiente la existencia de una relación condicional entre la conducta y la calificación, entonces habrá que castigar al autor por lesiones con resultado de muerte, cuando la persona a la que se ha lesionado muere ahogada en el mar Mediterráneo, a donde se había dirigido para reponerse del quebranto en su salud originado por las lesiones. Según los mismos principios, responde el agente por incendio culposo con resultado de muerte, si imprudentemente incendia un bosque y el propietario de éste muere de un ataque al corazón, al recibir la noticia de los daños causados a su propiedad.

A la vista de estos disparatados resultados —inevitables si se considera suficiente la mera causación de la calificación—, introducen la mayoría de los adeptos a la teoría de la "conditio sine qua non" una excepción (93) en este grupo de delitos: exigen para la imposición

BAUMANN, WIMMER, *Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt*, en «NJK 1958», págs. 521 y ss.; LANG-HINRICHSEN, *Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht*, en «ZStW 73» (1961), págs. 224 y ss.

(92) Indicaciones sobre los parágrafos del StGB y de las leyes penales accesorias que contenían delitos cualificados por el resultado, en MEZGER, *Lehrbuch*, ed. 1933, pág. 316.

(93) BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, pág. 43, nota 1; *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen 1930, págs. 4 y ss.; POMP, *Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, Breslau 1911, pág. 75; y WEGNER, *Strafrecht*, Göttingen 1951, pág. 107, rechazan, sin embargo, la introducción de correctivos; según ellos, por tanto, basta la presencia de una relación condicional. Vacilante sobre esta cuestión M. E. MAYER (comp. *Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, Strassburg 1899, pág. 88, nota 1; *Bemerkungen zu Liepmanns Erörterungen*, etc., en ZStW 20» (1900), pág. 551; *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Heidelberg 1923, págs. 142/143).

de la pena la existencia de una relación adecuada entre el comportamiento y el resultado más grave (94).

La admisión de la adecuación en estos delitos, que son una cristalización del principio "versari in re illicita" (95), no significa, sin embargo, que los partidarios de la teoría de la condición abandonen el concepto causal que defienden: se acude más bien a consideraciones que no tiene nada que ver con la cuestión de la causalidad. A von Kries hay que atribuir el mérito de haber resaltado por primera vez que en todos los delitos cualificados por el resultado la acción base posee una cierta tendencia hacia el resultado calificante. "La causación de la muerte, por ejemplo, aparece en la ley como circunstancia agravante en las lesiones, el envenenamiento, el abandono de niños, el incendio y hechos similares, es decir: en delitos que claramente representan una cierta posibilidad para la muerte, que pueden causar adecuadamente una muerte. Si el legislador hubiese tenido aquí presentes los casos de causación fortuita, sería incomprensible por qué no se cita la causación de una muerte, como circunstancia agravante, en el hurto, el chantaje, la estafa y hechos similares; pues estos pueden ocasionar, asimismo, muy bien una muerte de modo fortuito. En efecto, sería una extraña injusticia, si hubiese que imputar la muerte al autor de una lesión de poca importancia, en el caso de que el lesionado sufriese un accidente mortal al ir a denunciar el hecho, y no al autor del hurto, si aquel a quien se ha robado pierde su vida

(94) Así von LISZT, *Lehrbuch*, 7.^a ed. (1896), págs. 109, 112 —posteriormente, sin embargo, adoptó von LISZT la posición de los autores citados en la nota anterior (comp. *Lehrbuch*, 18.^a ed. (1911), pág. 136)—; von BRÜNNECK, *Die herrschende Kausalitätstheorie* etc., Halle a/S. 1897, pág. 68; zu DOHNA, *MonKrimPsych* 2 (1906), pág. 430; *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, ed. 1947, pág. 20; THOMSEN, *Das deutsche Strafrecht AT*, Berlín 1906, pág. 72; RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, en «Vergl. Darstellung AT», tomo II, Berlín 1908, págs. 234/235; P. MERKEL, *Grundriss des Strafrechts AT*, Bonn 1927, pág. 58; von WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed. (1948), pág. 62; WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1949, págs. 28/29; NAGLER-SCHAEFER, *Leipziger Kommentar II*, 6.^a y 7.^a (1951), pág. 238. SCHÖNKE, *StGB*, ed. 1947, pág. 20, limita la responsabilidad aún más; en su opinión sólo puede imponerse al autor la pena del delito cualificado, cuando la consecuencia haya sido *subjetivamente* previsible. En este sentido también, parece que MEZGER (véase *Lehrbuch*, ed. 1933, págs. 124/125; *Studienbuch AT*, ed. 1960, págs. 71/72).

(95) Según una tesis (ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Leipzig 1895, pág. 211; HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957, pág. 25), este principio es consecuencia de reflexiones de orden religioso: los casos fortuitos producidos con ocasión de una acción prohibida, eran considerados como un castigo de Dios; según otra opinión (KOLLMANN, *Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus juris canonici*, en «ZStW 35» (1914), págs. 62, 69; BINDING, *Normen IV*, pág. 115; BOLDT, *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht*, en «ZStW 55» (1936), pág. 46), el propósito perseguido con el *versari* era el de atenuar la responsabilidad por el resultado: no la causación de un resultado imprevisible por medio de una acción *cualquiera*, sino sólo por medio de una acción *prohibida*, puede fundamentar la punibilidad. Las dos concepciones son, sin duda, compatibles.

al ir a denunciar el delito" (96). A esta fundamentación, que von Kries deduce de la ratio de los delitos cualificados, se adhieren tanto los representantes de la teoría de la causalidad adecuada (97) como sus oponentes (98). Pero las consecuencias que de ello se deducen para la cuestión causal en Derecho penal difieren según cual sea la doctrina defendida. Los partidarios de la adecuación afirman que la ley no puede establecer un concepto de causa en los delitos cualificados por el resultado y otro distinto en otras clases de delitos: el concepto de causa de los cualificados (es decir: la condición adecuada) es, por consiguiente, al mismo tiempo, el del Código penal. Para sus detractores la no imputación de los resultados inadecuados al autor no se deriva de que éste haya sido causa del resultado, sino que las acciones inadecuadas, *de acuerdo con una interpretación correcta*, no pueden realizar los tipos de los delitos cualificados por el resultado; y esto, se dice, no tiene nada que ver con el problema de la causalidad jurídico penal.

Si fuese, sin más, evidente que el sujeto, por ser éste el sentido de los delitos cualificados, sólo responde por las consecuencias adecuadas a la acción base, habría que adherirse —de acuerdo con la opinión aquí defendida— a la tesis de los que conciben la adecuación no como teoría causal, sino como característica de la acción tipificada en esta clase de delitos. Pero el hecho indiscutible de que el comportamiento base contiene siempre una determinada tendencia hacia el resultado y, por tanto, sólo hay acción punible cuando la calificación se manifiesta como realización de esta tendencia —correcto por ello: no hay responsabilidad por la calificación de muerte cuando la víctima se ahoga durante su viaje de convalecencia o muere a consecuencia de un ataque al corazón provocado por la noticia del incendio—, no significa que "el peligro para la producción del resultado es precisamente aquí (en los cualificados) *extraordinariamente elevado*, en cualquier caso, comparado con todos los delitos restantes, intensificado y ha de ser considerado por ello como *fácilmente perceptible al autor*" (99),

(96) VON KRIES, *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, en "Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888), págs. 226/227. Todo esto es, sin duda, válido para los delitos cualificados por el resultado en el Derecho penal español y para la atenuante del número 4.º del artículo 9.º que se aplica a las lesiones con resultado de muerte (homicidio preterintencional).

(97) Véase LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlín 1900, pág. 74; LITTEN, *Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, etc., Berlín 1905, pág. 105; TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung*, etc., 1927, págs. 59 y ss.

(98) Véase RADBRUCH, ZU DOHNA (*Aufbau der Verbrechenslehre*) y WELZEL en los lugares indicados en la nota 94. Comp., además, en el mismo sentido, ENGISCH, *Die Kausalität*, etc., 1931, pág. 70; GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2.ª ed., Berlín-Leipzig 1932, págs. 115/116; OEHLER, *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährungsdelikt*, en "ZStW 69" (1957), págs. 512 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, págs. 243/244.

(99) OEHLER, ZStW 69 (1957), pág. 513 (paréntesis y subrayados añadidos).

ni quiere decir tampoco que sólo pueda darse un delito de esta clase cuando existe “una *relación adecuada* entre la ejecución del delito base y el resultado grave” (100).

Esta dirección doctrinal que, apoyándose en von Kries, considera a los delitos cualificados por el resultado como comprensivos únicamente de relaciones adecuadas, no tiene en cuenta la relatividad del concepto de peligro. Irrefutablemente ha demostrado von Kries que en los cualificados la acción base representa para la producción del resultado *un peligro mayor que el de los restantes comportamientos tipificados*. Pero este peligro *mayor* no tiene que coincidir forzosamente con el concepto de adecuación. La comunicación de una buena o mala noticia es, en general, más peligrosa que una simple charla sobre el tiempo; sin embargo, esto no quiere decir que hayamos causado adecuadamente la muerte de nuestro compañero de conversación, si éste muere a consecuencia de la excitación causada por la noticia. Por tanto: la constatación de que el comportamiento base de los delitos cualificados por el resultado es más peligroso que otras acciones, no permite sacar conclusiones de ningún género sobre si es o no imprescindible que exista una relación adecuada. Más bien podremos llegar a una conclusión sobre este extremo cuando comparemos el concepto de adecuación y el peligro contenido en los comportamientos que nos ocupan.

No nos es posible exponer aquí la construcción del juicio de adecuación, ni la determinación de sus medidas; ello supondría tener que estudiar las distintas concepciones mantenidas sobre la doctrina de la causación adecuada y su evolución histórica. En este lugar nos limitaremos a señalar —y sobre esto se han hecho ya algunas indicaciones— que la adecuación —según la opinión dominante— coincide con otros dos conceptos: con el de peligro en sentido jurídico-penal y con el de previsibilidad objetiva.

El concepto de peligro es relativo. La acción más inofensiva encierra un riesgo para la lesión de un bien jurídico cualquiera, pues alguna vez una de ellas, entre millones, conducirá al resultado: según la medida que se aplique, tendremos uno u otro concepto de peligrosidad. El Derecho penal determina, por regla general, la peligrosidad —y en este punto los cualificados han de ser considerados como una excepción—, teniendo en cuenta aquello que es previsible a un hombre prudente: la medida del peligro (de adecuación) se fija de acuerdo con lo que éste pueda prever como posible (101).

(100) ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pág. 244 (subrayados en el texto original).

(101) Previsible no es imaginable. Podemos imaginar el resultado más absurdo como consecuencia de nuestra acción; previsible es sólo aquel resultado previsto *como posible*. La adecuación no es un concepto exacto, pues no cabe exactitud en la determinación del grado de posibilidad que ha de representar la acción. Esto no implica que, por ello, haya de rechazarse el concepto; de la larga polémica sobre la adecuación ha resultado una concepción sobre el grado de posibilidad que ofrece pautas seguras,

La tendencia contenida en el comportamiento base de los cualificados se halla por bajo del límite de la adecuación. Pensamos, sobre todo, en las lesiones que, debido a la predisposición especial del agredido, producen la muerte de éste. La jurisprudencia española y la alemana—antes de 1953—castigan estas acciones como lesiones con resultado de muerte (homicidio preterintencional). Con razón; tales comportamientos no pueden ser excluidos en base a la ratio del versari: la muerte a consecuencia de un accidente de tráfico (al dirigirse el lesionado al médico o aquel a quien han hurtado a denunciar el hecho) la favorece de igual modo—como von Kries acertadamente señala—una lesión que un hurto; pero la muerte a causa de la especial constitución orgánica de la víctima tiene más probabilidades de producirse cuando en vez de cometerse un hurto se comete una lesión. Los argumentos de von Kries no se oponen, por consiguiente, a que acciones inadecuadas sean subsumidas bajo delitos basados en la responsabilidad por el resultado. Nadie piensa, al agredir a un individuo—“todo el mundo ha propinado alguna vez en su vida una bofetada” (102)—, que se encuentra delante de un hemofílico o de una persona con una predisposición especial para la formación de embolias. La ley, sin embargo, se deja guiar por otras consideraciones al admitir el principio del versari: los casos, muy poco frecuentes, en que la muerte resulta a consecuencia de la especial disposición de la víctima, no pasan, debido a la gravedad del resultado, desapercibidos y ocupan, por ello, el primer plano; se olvida que no representan más que un porcentaje insignificante en comparación con el número de lesiones perpetradas con hombres normales. Dicho de otro modo: La gravedad de las consecuencias causadas en los delitos cualificados por el resultado hace que el legislador, ignorando la excepcionalidad extrema de la producción de la calificación, establezca un concepto de peligro que no corresponde al criterio de la adecuación (la previsibilidad del hombre cuidadoso).

Resumiendo, se puede decir: para la fundamentación de la punibilidad no basta la existencia de una relación condicional cualquiera entre acción base y resultado calificado, pues del sentido de estos tipos se infiere que la tendencia contenida en el comportamiento tiene que haberse realizado; esta tendencia no coincide, sin embargo, como se supone generalmente, con la adecuación: las consideraciones sobre las que se basa el concepto de adecuación son de otra índole que las que han conducido a la punibilidad de los delitos cualificados por el resultado (103).

hasta donde es factible, para constatar si en el caso concreto se ha alcanzado o no el grado de posibilidad requerido.

(102) ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pág. 162.

(103) Como aquí—en el sentido de una limitación de la relación condicional que no coincide, sin embargo, con la adecuación—, RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pág. 65: «Si el legislador vió el peligro específico de las lesiones en el hecho de que *aliqui alii mortiferum esse*, entonces hay que presuponer la constitución física del

La tesis de von Kries nos muestra el camino a seguir en este grupo de delitos. Las vacilaciones de la doctrina hay que achacarlas, de nuevo, a la intromisión de las teorías de la causalidad en un terreno que no les corresponde. No se trata de averiguar lo que sea causa: el legislador no ha pensado en este concepto al tipificar estos delitos. La investigación dogmática ha de dirigir sus esfuerzos, más bien, a determinar qué tipo de acciones es el que se quiere prohibir, cuando la ley admite la responsabilidad por el resultado. La interpretación lógica y teleológica pueden ofrecer—como demuestran los argumentos de von Kries— puntos de apoyo firmes. En este sentido, parece conveniente profundizar más en lo que se entiende por realización del comportamiento base y fijar los límites de este concepto. La investigación histórica—pues los delitos cualificados se caracterizan por ser una continuación del principio del *versari*— puede ser también decisiva en esta función de asumir el papel desempeñado hasta ahora por las teorías causales (104). La doctrina científica tiene aquí una importante misión que cumplir: la de establecer principios generales, en base al estudio histórico de los casos concretos a los que la práctica de los tribunales, la legislación y la doctrina de los autores aplicaban el principio de la responsabilidad por el resultado. Si la abstracción es fundamental para el progreso de cualquier ciencia, lo es aún más para el de la ciencia del Derecho. Justicia es tratar a lo igual de igual modo, a lo distinto distintamente. Sólo por medio de la abstracción es posible—determinado dónde están los rasgos esenciales y dónde los accidentales de los supuestos de hecho concretos— identificar los acontecimientos jurídicamente iguales que exigen un tratamiento igual. La falta de abstracción, por el contrario, implica la imposibilidad de distinguir dónde se hallan las características comunes que permiten subsumir bajo un concepto general toda una serie de casos concretos; su consecuencia es una jurisprudencia contradictoria que trata desigualmente supuestos de hecho jurídicamente iguales.

lesionado *por anormal e. incalculable que sea para el autor* (subrayados añadidos). Comp., sin embargo, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, pág. 66, y *Vergl. Darstellung AT*, tomo II, págs. 234/235, donde RADBRUCH, adoptando la tesis de la opinión dominante, exige la existencia de una acción adecuada.

(104) Así, para dar un ejemplo, de la doctrina de la letalidad de la herida—que, sin duda, es una limitación más de la relación condicional— pueden inferirse datos que nos ayuden en la determinación de la acción tipificada en los cualificados.