

## Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en el Derecho penal (\*)

GÜNTER JAKOBS

Bonn

En el comentario de Lackner (1) se dice acerca de la causalidad: «La fórmula de la *conditio-sine-qua-non* tan sólo constituye un medio auxiliar metódico. Facilita la prueba de la conexión lógica... de la acción humana con el resultado, pero carece de un valor cognitivo inmediato en relación con la existencia de aquella vinculación». En lo tocante a la imputación objetiva y, de modo más específico, en lo referente a la cuestión de cuándo un resultado halla «precisamente su fundamento en la infracción del deber de cuidado», Lackner (2) señala que la relación falta «cuando también se hubiera producido el resultado observando el cuidado debido». Después de exponer que esta relación de riesgo no constituye un problema causal (y tras optar por la teoría del incremento del riesgo), Lackner, sin embargo concluye: «La problemática general aún no ha sido objeto de clarificación definitiva.» ¿Posee la fórmula hipotética, en el ámbito de la imputación objetiva, aquel «valor cognitivo» que se le niega en la causalidad o es, de nuevo, tan sólo un instrumento auxiliar metódico? Al comienzo del presente estudio, que pretende contribuir a reducir en algo la falta de claridad constatada por Lackner, se halla la distinción entre múltiples riesgos concurrentes y las condiciones de mera variación en el curso de un mismo riesgo (I). A continuación se aborda el tratamiento de riesgos concurrentes separables (II) y de riesgos no separables —en el momento de surtir efecto— (III); se

---

(\*) Traducción del artículo *Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht (Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlín, New York, 1987, pp. 53-75), realizada por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ (Prof. de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid) y Manuel CANCIO MELIA (Universidad Autónoma de Madrid). Los traductores desean expresar su agradecimiento al profesor Enrique Bacigalupo por el interés que ha puesto para que esta traducción se llevase a cabo.

(1) Strafgesetzbuch, 16 Auflage, 1985, anot. III la previa al § 13.

(2) (Nota 1) § 15, anot. III 1b aa hasta cc.

demostrará que la fórmula hipotética, en este ámbito, no es más que un instrumento auxiliar metódico. A la configuración de este instrumento auxiliar se dedica la última parte (IV).

## I

1. Todo curso lesivo que no puede obviarse como *quantité negligible*, desorienta mientras no sea explicado (3). La explicación que el Derecho penal puede presentar tiene lugar mediante la imputación del curso lesivo. En ella, el comportamiento de un autor o partícipe (o de varios partícipes) se define como causa determinante del curso lesivo. También la exclusión de la imputación jurídico penal contribuye siempre, de manera positiva, a la explicación de un curso lesivo: ya que, de una u otra manera, todo curso lesivo debe ser explicado, la exclusión de un haz explicativo refuerza las probabilidades de intentarlo con éxito por otra vía.

Dado que es necesario hallar una explicación plausible a todo curso lesivo, ninguna afirmación relativa a la imputación jurídico penal que haya sido obtenida sin tomar en consideración los demás modos explicativos, será válida. Si se lleva a cabo la imputación jurídico penal ello siempre significa, al mismo tiempo, que ni estamos en presencia de un acontecimiento fortuito ni la víctima es responsable, al menos de manera exclusiva, del curso lesivo, etc. Si no se imputa, ello sólo puede ser correcto si entre los demás modos explicativos hay, al menos, uno aplicable. Las operaciones de delimitación de la imputación jurídico penal no se desarrollan, por tanto, en «tierra de nadie»; no constituyen una cuestión unilateral, interna de la imputación, sino que siempre constituyen, al mismo tiempo, variaciones recíprocas de los límites de otros modos explicativos. Lo que también es válido en la medida en que los modos explicativos se solapan. Un solapamiento debilita la fuerza explicativa de los modos concurrentes, y la desaparición del solapamiento sólo es posible si el modo subsistente es suficiente como explicación única.

2. No todos los detalles de un curso lesivo se hallan necesitados de explicación, sino tan sólo aquéllos en los que la tendencia lesiva (*Schadensneigung*) se fundamenta. Los otros detalles, las meras circunstancias acompañantes, no constituyen objeto idóneo de expectativas jurídico-penalmente garantizables. La delimitación entre las circunstan-

---

(3) Explicar significa, por tanto: reconciliar el curso con la orientación; esto se produce mediante la designación de un escogido conjunto de condiciones de un riesgo que sea compatible con uno de los dos modos de mediación entre el curso lesivo y la orientación (modo explicativo; mejor sería modo de reorientación) (por ejemplo: culpabilidad del autor, autoreponsabilidad, accidente a causa de la propia predisposición o de incapacidad ajena). (N. T. sobre el sentido del término «orientación» —*Orientierung*— en JAKOBS, cfr. su manual, *Strafrecht AT*, Walter de Gruyter, Berlín, New York, 1983, pp. 4-5 n. m. 4).

cias generadoras de la tendencia lesiva y las meras circunstancias acompañantes es tan incierta como indeterminado es el círculo de las mencionadas expectativas. En cualquier caso, en el valor causal de una circunstancia en relación con el resultado no está determinado que aquella circunstancia no pueda constituir una circunstancia acompañante. Al contrario, es posible que en el transcurso de un curso lesivo se modifiquen detalles del desarrollo sin que por ello la tendencia lesiva se vea influenciada. Cuando esto sucede, entonces el curso causal se ve modificado en el marco de un riesgo (4) que sigue siendo idéntico. En estos casos,

---

(4) Un riesgo es un conjunto de condiciones del resultado que pertenecen a un contexto explicativo; los límites del concepto, por tanto, se hallan determinados por su finalidad: la explicación de cursos lesivos (*vid. supra nota 3*). No faltan intentos de desvincular el riesgo de las condiciones con efecto causal, partiendo en mayor medida, de una consideración *ex ante*. El intento más conocido es la teoría del incremento del riesgo, a la que el autor ya ha hecho referencia en otras ocasiones; por último en: *Strafrecht AT*, 1983, 7/98 y ss., con referencias. La bibliografía especializada aparecida desde comienzos de 1983, tanto a favor como en contra (BINDOKAT, *JuS* 1985, pp. 32 y ss., ARTHUR KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, 1985, pp. 273 y ss., RANFT, *NJW* 1984, pp. 1425 y ss.; el mismo, *GA* 1985, pp. 341 y ss., respecto de KRÜPELMANN, véase esta nota. —respecto de PUPPE, véase la nota 17; véanse también las referencias en la nota 25) ha permitido precisar numerosos aspectos puntuales, pero no ha aportado nada fundamentalmente nuevo. Hasta el momento el último y más sutil intento es obra de KRÜPELMANN, (*Jescheck-Festschrift*, 1985, pp. 313 y ss., el mismo, *GA* 1984, pp. 491 y ss., 503 y ss.; el mismo ya en *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 443 y ss., 447 y ss.). De modo muy sintético: según KRÜPELMANN, *ex ante* debe determinarse el «deber» del autor y la «pretensión» de la víctima correspondiente a aquél (*Jescheck-Festschrift*, p. 318). La base fáctica de la prognosis de «peligrosidad» (el riesgo del cual el autor es responsable) y de la «propia situación de peligro» (*Gefährdetheit*) (la subsidiariedad —¿determinada cómo?— de los riesgos aportados por la propia víctima) deben ser de obligada prueba en el proceso (p. 322). Respecto de la «propia situación de peligro» esto implica que debe ser probado el estado del paciente (por ejemplo, si ante un juicio de pronóstico en su conjunto dudoso pertenece al grupo de los pacientes de riesgo o de aquéllos con buenas posibilidades) (pp. 322 y ss.). Una vez determinada la existencia del «deber» y la correspondiente «pretensión», no deben ser relevantes ni la magnitud de la posibilidad de salvamento («una posibilidad cuantificable debe ser suficiente», p. 333) ni el curso hipotético en caso de alternativas de comportamiento no realizadas (pp. 326 y ss., 329). Esto, en los casos de omisión de auxilio médico, de los que fundamentalmente se ocupa KRÜPELMANN, implica: de darse el «deber» y la «pretensión» (no siendo, por tanto, el estado tan grave que elimine toda esperanza) sólo se valoran aquellas complicaciones que de hecho han tenido lugar (sin considerar cursos hipotéticos), aunque si se computan los errores cometidos. Partiendo de estos presupuestos, KRÜPELMANN, trata, por lo tanto, el curso lesivo que se habría desarrollado de no darse un comportamiento erróneo como un *aliud* no realizado con respecto al curso real en el que sí concurrió el comportamiento disfuncional. Con este punto de partida resulta irrelevante que el curso, de no ser disfuncional el comportamiento, también hubiera conducido a la lesión: las hipótesis no explican la realidad. El método de KRÜPELMANN, sin embargo, no garantiza que el comportamiento disfuncional influya (más que en meras circunstancias acompañantes) en el riesgo que se realiza, esto es, que con dicho comportamiento se realice un riesgo distinto del que se realizaría sin él. Si en el proceso no logra probarse la existencia de un «estado» que asegure la producción o la no producción de la lesión, dicho estado será entonces un estado general en el que nada se conoce acerca de los detalles. Simplemente por esta razón (¡nada se sabe!) no se puede garantizar que el comportamiento disfuncional modifique algo más que circunstancias acompañantes. Además, no es posible determinar de manera no arbitraria los parámetros por los que se delimi-

se causa el resultado, pero no el riesgo del resultado. Ejemplo (5): si en el interior de una casa en llamas se cambia de posición, girándola, una pieza del mobiliario, este comportamiento condicionará el discurrir futuro de la destrucción y, por tanto, también el resultado. El hecho que primero se queme el lado izquierdo y que el fuego avance desde allí hacia el derecho, es decir, lo que en realidad sucede, y no a la inversa, depende del cambio de ubicación del objeto. El que la pieza del mobiliario también se hubiera quemado, sólo que de otra manera, de no haberse dado la vuelta constituye una mera hipótesis y, por tanto, no conforma una explicación de lo que en realidad ha sucedido. Este acontecer real, sin embargo, no está plenamente necesitado de explicación: cuál sea la vía, de entre las varias equivalentes, por la cual un riesgo idéntico discorra hasta el resultado, no constituye objeto idóneo de expectativa en el ámbito de las normas que deben estar dirigidas a evitar comportamientos arriesgados.

La exención de responsabilidad en casos de meras variaciones en el curso sólo puede ser fundamentada tomando en consideración el curso hipotético: la reponsabilidad decae en atención, solamente, a que sin la variación se hubiese desarrollado un curso equivalente del mismo riesgo. Dada la necesidad, ya mencionada al principio, de explicar todos los cursos lesivos, cuando se toman en cuenta cursos hipotéticos frecuentemente surge el siguiente dilema: el decurso real no es tenido en cuenta en la explicación, y el discurrir hipotético no puede ser considerado por ser irreal; la efectiva producción de la lesión (*Schadenseintritt*) ya no re-

---

ta dicho estado (por ejemplo, antes de una operación: estado general de la salud o estado del corazón, estado de los pulmones, etc.). Bien es cierto que, en contra, podría argumentarse diciendo que no es necesario determinar con criterios naturalistas la identidad de los riesgos en base al conjunto de condiciones con efecto causal, sino que también es posible, de ser adecuado, declarar como elemento identificador una específica situación de deberes. Esta objeción, sin embargo, a pesar de su viabilidad, no resulta compatible con un derecho penal que se configure en función de los delitos de resultado: estos obligan, por la misma definición del resultado, a un mínimo de naturalismo. KRÜPELMANN tiene en cuenta esto en el juicio de pronóstico relativo al resultado, pero no en lo referente a la imputación del resultado *producido*: la búsqueda de la relación entre la infracción del deber y el resultado producido entrañaría según KRÜPELMANN, una «confusión de categorías», p. 319; con respecto a esto, también PUPPE, ZStW 95, pp. 287 y ss.; 290. La constatación de que la infracción de la norma ha tenido consecuencias no crea, sin embargo, confusión alguna. En realidad, a KRÜPELMANN le interesa otra cuestión (pues de no ser así, KRÜPELMANN también debería calificar de confusión de categorías la relación entre infracción de la norma y *juicio de pronóstico* del resultado): contrapone la tentativa a la consumación. La lógica del injusto de un delito de resultado, sin embargo, *no* admite limitación *alguna* de la consideración *ex post*; sólo en cierta medida resulta compatible con la lógica del injusto de la acción. En términos ejemplificativos: quien incrementa lo que es poco probable hasta convertirlo en seguro, no es en la práctica responsable del resultado mientras no se demuestre la realización del peligro específico del incremento, pero quien sustituye un riesgo por otro pequeño, pero reconocible como distinto, es en la práctica siempre responsable —a causa de la cognoscibilidad de la realización— del resultado: el naturalismo del delito de resultado se contrapone a las valoraciones de la situación de deberes.

(5) Siguiendo a SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, 1972, pp. 88 y ss.

sulta, entonces, de ninguna manera explicable. Este dilema será analizado más detalladamente al tratar la concurrencia de riesgos distintos; *aquí*, sin embargo (en el caso de una variación en el curso) el dilema no se presenta, dado que la valoración se desarrolla *dentro* de un riesgo idéntico que en todo caso se realiza (con o sin variación). Si en el ejemplo, el incendio es constitutivo de un delito de incendio, entonces al incendiario también debe imputársele la destrucción de la pieza mobiliario, con independencia de que el curso haya sido o no modificado. Si el riesgo permanece idéntico, la consideración de hipótesis no elimina ninguna posibilidad de explicación (6). La siguiente exposición debe poner de manifiesto que sólo es adecuado considerar hipótesis en el marco *de un mismo* riesgo, pero ello es incorrecto cuando concurren *varios* riesgos.

## II

1. La explicación de este modelo, hasta ahora simple, para la explicación de cursos lesivos se torna en parte complicada cuando concurren varias posibilidades de explicación. Lo que puede ocurrir de distintas maneras. No necesitan de ulteriores explicaciones aquellos casos en los que varias personas son responsables de *un mismo* riesgo que se realiza: se trata de los supuestos habituales de participación de varias personas. Pero también la víctima puede ser corresponsable sin que por ello deba desaparecer la imputación al autor; la responsabilidad del autor y de la víctima pueden, por tanto, solaparse. Ejemplo: quien caminando por la franja central de una carretera nacional resulta lesionado a causa de la falta de atención de un automovilista, debe también atribuirse la lesión a sí mismo —sin perjuicio de la responsabilidad del conductor por lesiones imprudentes— dada la vulneración de los deberes de autoprotección (*Obliegenheiten zum Selbstschutz*).

Menos obvia resulta la imputación en aquella constelación de casos en los que concurren *varios* riesgos (de los que siempre, solamente uno puede realizarse; *vid., infra III*). En su acepción común, la fórmula hipotética conduce aquí a resultados defectuosos. Ejemplo: en medio de una intensa niebla el conductor de una motocicleta es golpeado por detrás por un vehículo, saliendo despedido por el aire y resultando lesionado a causa del impacto contra el suelo; la colisión, con las consecuencias descritas, le salvó de chocar fracciones de segundo después contra un obstáculo y fallecer inmediatamente (con mayor precisión: momentos antes de la efectiva producción de las lesiones causadas por la colisión). La

---

(6) La cualidad de circunstancia acompañante no existe de manera absoluta, sino siempre en un determinado contexto de riesgo. Si bien, en el ejemplo, el desplazamiento de la pieza de mobiliario constituye en el ámbito del delito de daños una circunstancia acompañante, sin embargo, en caso, por ejemplo, de un intento de obstaculización del salvamento de personas, llevado a cabo por los bomberos, puede constituir un escalón esencial del curso.

aplicación de la fórmula hipotética lleva a la extraña conclusión de que el riesgo de la colisión no se ha realizado, dado que, también sin colisión, a fin de cuentas la integridad corporal del motociclista no hubiera permanecido incólume. Sin embargo, tampoco el riesgo de colisionar contra el obstáculo —independientemente de que sin aquel riesgo todo habría ocurrido exactamente igual a como en realidad sucedió— brinda explicación alguna por la sencilla razón de que de facto aquella colisión no se ha producido. El resultado se torna completamente incomprensible cuando tanto el riesgo de la colisión ajena como el riesgo de una colisión propia eran evitables: en consecuencia, nadie sería responsable del curso lesivo, aunque todos se han comportado de manera incorrecta y a pesar de que un comportamiento correcto por parte de todos habría hecho desaparecer el resultado, no tratándose, por tanto, de un accidente inevitable. La razón de esta errónea conclusión es evidente: en el ámbito de la realización de riesgos —al igual que en el problema paralelo de la diferenciación entre condiciones efectivas y no efectivas (7)— no es relevante lo que ocurriría de faltar los factores de riesgos a examinar sino los efectos que éstos han tenido (8). Si se desconocen los efectos que han ocasionado, tampoco es posible contestar a la pregunta relativa a qué ocurriría de no existir éstos; de conocerse los efectos que han surtido, no es necesario hacerse la pregunta. Incluso en el caso de resolverse correctamente la cuestión acerca del curso hipotético, ello en nada contribuye a la solución, dado que la realidad no está condicionada por lo que ocurriría de ser distinto alguno de sus elementos. Por supuesto que partiendo del conocimiento de la configuración de un mundo hipotético y del conocimiento de cuáles son las variaciones de la realidad con las que se elabora la hipótesis, es posible deducir cuál es la configuración de la realidad, aunque en este procedimiento complicado y susceptible de inducir a error no se aprecia ventaja alguna.

La fórmula hipotética no siempre produce resultados defectuosos, sino tan sólo en aquellos casos en los que se halla presente un riesgo de reser-

---

(7) ENGLISH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 16; el mismo, *Vom Weltbild des Juristen*, 2. Auflage, 1965, p. 130 y núm. 288; el mismo, v. *Weber-Festschrift*, 1963, pp. 247 y ss., 261; LACKNER (nota 1), anot. III 1c aa, previa al § 13, con ulteriores referencias.

(8) También últimamente en esta línea, de modo particular, RANFT, NJW, 1984, pp. 1425 y ss., 1427 y ss.; KRÜPELMANN, *Jescheck-Festschrift*, 1985, pp. 326 y s., 329 y s. Por lo general se reconoce que mediante la toma en consideración de hipótesis no debe privarse al bien de la garantía normativa, al menos, en lo referente a injustos hipotéticos (reconocimiento que no resulta tan claro en el caso de una hipotética infracción de los deberes de autotutela): BGH 30, pp. 228 y ss., 231; KAHRs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip un die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, 1968, pp. 75 y ss., 283; NIEWENHUIS, *Gefar und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, 1984, pp. 94 y ss.; OTTO, *Maurach-Festschrift*, 1972, pp. 91 y ss., 103; ROXIN, ZStW 74, pp. 411 y 435; SAMSON, (nota 5), pp. 125 y s., 141; PUPPE, JuS 1982, pp. 660 y ss., 664; *Leipziger Kommentar-Jescheck*, 10 Auflage, t. 1, 1984, n. m. 63 previa al § 13; *Systematischer Kommentar-Rudolphi*, 3. Auflage, t. 1, 1984, n. m. 60 previa al § 13; STRATENWERTH, *Strafrecht A. T.*, 3. Auflage, 1981, n. m. 227; con una solución probablemente abierta, ARTHUR KAUFMANN, (nota 4), p. 274.

va; la solución de los demás casos resulta, sin embargo, trivial. La amplia utilización de la fórmula hipotética hace sospechar si no desempeña, además, otra función que la de reproducir lo evidente en supuestos de hecho no complicados. Para confirmar esta sospecha se expondrá, sucintamente, cual es el alcance de esta fórmula. Si en un sistema se pueden controlar todos los factores de entrada (y, por tanto, también las eventuales condiciones de reserva) y todos los factores de salida, entonces es posible averiguar, mediante una variación de los factores de entrada y un control de los factores de salida cuál de los inputs es condición para cuál de los outputs. El resultado (en la simple configuración de una condición tanto necesaria como suficiente) es: siempre que y sólo cuando en el sistema S tuvo lugar el input «i» se produjo el output «o». Con ciertas cautelas que aquí carecen de mayor interés, de ello cabe deducir una relación que prácticamente ya no es susceptible de ser rebatida: en el sistema S, «i» condiciona de manera necesaria y suficiente a «o». El experimentador debe plantear la hipótesis bajo la forma de una suposición para que tan siquiera sea posible iniciar el experimento (por ejemplo: en el sistema S el input «i» podría condicionar un output determinable). El contenido real de la suposición es comprobado por el experimentador, configurando *la realidad* una vez con el factor «i» y otra vez sin el factor «i» y así sucesivamente. El experimentador aprende, por lo tanto, mediante la contraposición de alternativas, dato éste que, de modo exclusivo, debe constituir el objeto de referencia de las hipótesis jurídicas que se configuren en el ámbito de la concurrencia de condiciones. Para dejar claro cómo es posible aprehender la realización de ciertas condiciones o de un determinado riesgo, se formula una alternativa a lo realmente acaecido; esta alternativa, por supuesto, —al contrario de las variantes que utiliza el experimentador— nunca llega a realizarse y, por lo tanto, es formulada en el *casus irrealis*. La frase: «un riesgo se ha realizado si el resultado no se habría producido en caso de darse una situación sin los factores de riesgo», sólo puede, por ello (9) ser entendida del siguiente modo: «los factores de riesgo enunciados han condicionado el resultado; si se debe demostrar este dato de la experiencia, entonces, en el ámbito del mismo sistema deberán eliminarse, del input controlado en su conjunto, los factores determinados...» etc. Se trata, por lo tanto, de la cognoscibilidad por medio de la experiencia de las relaciones reales entre unas determinadas condiciones y un determinado resultado.

El núcleo básico de la información que puede ser obtenida mediante el uso de la fórmula hipotética no debe y probablemente no estribará en la mayoría de los casos en la aprehensión de la cognoscibilidad por medio de la experiencia de la realización afirmada, sino en la determinación de los factores que configuran el riesgo, y en

---

(9) Habiendo prescindido de la teoría basada en el balancé, es decir, en la diferencia en el desarrollo de los hechos; a este respecto *vid. infra* II 2.

la determinación del sistema de cuyo output se trate. De modo especial cuando los factores deben ser cuantificados (50 km. por hora en el lugar de 70 km. por hora), la determinación se lleva a cabo con una mayor facilidad mediante una contraposición de diferentes configuraciones del supuesto de hecho, que mediante una descripción aislada de la diferencia existente entre estas variaciones. En todo caso, no se trata de la *comprobación* de la realización de un riesgo, sino de la *designación* de un efecto ya comprobado.

La habitual formulación —también utilizada por Lackner (10)— de que en el ámbito de la realización del riesgo no se trata de un problema de causalidad, es correcta sólo en el sentido en que si se niega la realización del riesgo, no es necesario negar también el efecto causal de una acción para con el resultado, lo mismo que negar el efecto causal de una acción no implica vgr. negar el efecto causal de un espasmo o de la ubicación de un cuerpo humano. Pero de igual modo que la causalidad de una acción constituye una especificación de la circunstancia que una persona, de alguna manera, tuvo un efecto causal para con un resultado, también la realización del riesgo constituye una especificación de la causalidad: no son características cualesquiera de la acción antijurídica las que (entre otros factores) han condicionado el resultado, sino (entre otros factores) especialmente aquellas que fundamentan el juicio de antijuricidad. Es cierto que en caso de faltar la realización del riesgo falta también la relevancia jurídica de la causalidad existente; sin embargo, esta relevancia no puede ser aportada a un sistema de imputación sin variar la causalidad. *Si falta la realización del riesgo entonces también falta la causalidad relevante.*

2. Las explicaciones dadas hasta el momento descansan en la creencia de que el curso dirigido hacia el concreto resultado conforma la perturbación (*Störung*) necesitada de explicación. Posiblemente también los riesgos de reserva se hallen, a su vez, necesitados de explicación como tentativas o como puestas en peligro, si bien esto nada aporta a la explicación de un curso lesivo real. El sentido de una distinción entre riesgos efectivos y riesgos de reserva es, sin embargo, negada, señalándose que no es la realización de un riesgo lo que defrauda las expectativas, hallándose, por lo tanto, necesitada de explicación, sino ya la misma creación de una situación en la que un bien ya no puede ser salvado. En este sentido, por lo tanto, lo decisivo sería el saldo de las posibilidades de supervivencia de un bien jurídico (*Rechtsgutschancensaldo*) y este saldo no se vería empeorado por un riesgo que desplazase a otro riesgo que habría desplegado de manera inevitable sus efectos (11). Esta teoría, sin embargo, parece exponerse

(10) (Nota 1) § 15 anot. III 2b aa y bb.

(11) Esta teoría frecuentemente aparece formulada de forma más tácita que expresa. En el ámbito de la solución de concurrencias de riesgos toda operación en la que



al dilema ya resaltado que se plantea al tomar en consideración hipótesis. Ya que no cabe responder por hechos hipotéticos, dado que desde todo punto resulta imposible explicar mediante hipótesis la realidad, las posibilidades de explicación parecen diluirse: uno de los riesgos se excluye porque el otro está en reserva y éste desaparece dado que no se ha realizado. Por supuesto que la teoría basada en el saldo de posibilidades del bien jurídico aún no queda, por ello, desvirtuada. Según esta teoría, en modo alguno, se trataría de explicar el curso real dirigido al resultado, sino que sería la destrucción de la posibilidad de supervivencia del bien la que estaría necesitada de explicación; todo incremento del monto global de lesión se valora; todo lo que para ello es irrelevante no se toma en cuenta. En términos ejemplificativos: si un campo de trigo va a ser próximamente destruido por una tormenta que se avecina, resulta indiferente si un par de niños jugando en él, destruyen antes la cosecha.

El ejemplo, sin embargo, es reversible: si los niños destruyen la cosecha, resulta irrelevante si se avecina una tormenta de granizo. Tratándose de riesgos concurrentes sería, por lo tanto, necesario determinar cual es el riesgo anterior. La victoria en esta carrera de riesgos no puede hacerse depender del momento temporal de su génesis; ya que para todos los riesgos ésta —teóricamente— puede ser anticipada de modo discrecional. Subsisten tres posibilidades: bien cabe declarar anterior aquel riesgo que causa la destrucción del bien. Esta opción puede ser fundamentada de manera plausible —el riesgo que se realiza se anticipa a todos los demás en la medida en que aquéllos ya no pueden realizarse— pero abandona el saldo de posibilidades de supervivencia del bien y atiende de nuevo a cuál es el riesgo que se realiza en el resultado. También es factible considerar a todos los riesgos simultánea y cumulativamente relevantes; en este caso, sin embargo, tampoco será posible llegar a una solución sin tener en cuenta la realización del riesgo en el resultado porque la mera disminución de posibilidades —aunque exprese de manera correcta la infracción de la norma— no supone la realización de tipo alguno. Finalmente

---

se utilice la fórmula hipotética de manera tal que no constituya un mero medio heurístico de exposición del curso real, encuentra su base en esta teoría. La define expresamente ARTHUR KAUFMANN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, pp. 200 y ss. 229 (vid., sin embargo, el mismo, nota 4, pp. 273 y ss.); también es el criterio fundamental para SAMSON (nota 5), para quien lo decisivo es el «acortamiento» (del bien jurídico), p. 97 (el «principio del acortamiento» se ve, sin embargo, modificado por mecanismos de seguridad dirigidos a conservar las garantías normativa del bien, pp. 125 y ss.; el mismo, *Peters-Festschrift*, 1974, pp. 121 y ss., 132 y ss.). Si lo que se persigue es una protección del bien jurídico en sentido naturalista, entonces este punto de partida resulta consecuente (JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 24 y ss.: «Erfolgsrelevanz»). Esta concepción, sin embargo, deduce de manera demasiado unilateral el significado del comportamiento del balance de los efectos, descuidando la configuración de la acción. —En lo referente al texto que sigue, cfr. además, RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 110 y ss.; E. A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, pp. 19 y ss.

es posible conceptuar a todos los riesgos como simultánea y conjuntamente irrelevantes, pero en este caso ya no sólo no sería posible explicar el curso lesivo sino tampoco el mal balance del saldo de posibilidades.

Cabe, sin embargo, utilizar la teoría del empeoramiento del saldo de posibilidades de manera que la crítica anteriormente formulada no haga mella en ella. Para ello es necesario liberarla del cometido de regular las relaciones entre todos los riesgos posibles para un bien, debiendo limitarse a fijar las relaciones entre los riesgos derivados de la infracción de normas y de los riesgos no influenciados mediante la observancia de la norma. La prioridad de los riesgos sería entonces fácilmente determinable: todo hecho que no sea ya influenciable mediante normas constituye la base —previa— sobre la cual —posteriormente— pueden desplegar sus efectos las normas. Si en el ejemplo mencionado los niños pisan la cosecha, este riesgo explicará su pérdida, pero no es contrario a la norma, a causa del riesgo de tormenta. Esta solución aún puede ser precisada: para que el bien conserve todas las garantías normativas potencialmente efectivas, todas las futuras infracciones de la norma se excluirán del saldo de posibilidades; un comportamiento antijurídico futuro (o una infracción del deber de cuidado por parte de la víctima) ya no impide entonces que el comportamiento arriesgado que se está llevando a cabo sea contrario a la norma. Por ello, en el ejemplo, los niños no podrían invocar en su descargo que un día después, seguramente otras personas habrían destruido la cosecha, aunque sí podrían invocar la circunstancia que un granizo posterior habría demostrado que de todas maneras ya no era posible salvarla.

*Una teoría en esta línea resulta viable, si bien con resultados poco plausibles en ciertos ámbitos dado el derecho vigente. Si la causación del resultado en una situación en la que, a la vista de otro riesgo, ya no cabe salvación no conforma injusto alguno, entonces —si no se quiere debilitar la protección del bien— la creación de una tal situación debe conformar un injusto pleno. Sin embargo, según el derecho vigente esta causación —en cualquier caso en la medida en que los riesgos concurrentes existan de manera independiente (12)— solamente es captable como injusto de tentativa (y, por lo tanto de ninguna manera en caso de imprudencia). De ahí que con este proceder se pierdan parcelas de imputación: la exoneración de aquél que en una situación ya irreversible causa un resultado, no se ve correspondi-*

---

(12) Si el comportamiento posterior es llevado a cabo para limitar el daño del peligro primario, es el peligro primario el que se realiza. Ejemplo: si un agricultor le produce con un arma de fuego la muerte a su ganado porque no le es posible salvarlo de un incendio, queriendo así evitarle sufrimiento, ello constituye una realización del peligro del incendio, dando lugar, por tanto, en la medida en que el autor se represente, al menos, como posible la muerte del ganado a causa del fuego, a un delito doloso de daños.

da por una agravación para aquél que es responsable de la situación. Ejemplo: si se envenena el pienso de un rebaño y a continuación también el agua y el rebaño perece a causa del envenenamiento del agua, se excluye toda responsabilidad por consumación (y en efecto, ello incluso si fuese un único autor el que hubiese generado ambos riesgos, en el caso que *después* del primer hecho decidió llevar a cabo el segundo, ya que si no existiría una *actio libera in causa*).

En sus resultados, por lo tanto, una teoría que defina el injusto como empeoramiento del balance de posibilidades, armoniza mal con un derecho penal que configure delitos de lesión de resultado (13). La teoría presenta otros inconvenientes. Grava al delito de resultado con más elementos accidentales de los que le son estructuralmente propios: aunque un riesgo se realice, falta la consumación si el balance en su conjunto no se ha visto empeorado (solución que no es causal sólo en aquellos casos en los cuales el autor ya conocía el riesgo anteriormente existente y tenía una razón plausible para actuar). Mayor peso tiene el que, según esta teoría, un comportamiento arriesgado (al margen de las situaciones justificadas) ya no se halla prohibido *per se*, sino sólo en aquellas situaciones en las que empeora el balance de posibilidades. Esto no sólo debilita la univocidad de la prohibición; sugiere, además, que todos los bienes pueden ser ordenados cuantitativamente de una manera razonable. En el caso de un bien intercambiable esto podría ser admisible, pero tratándose de un bien personalísimo el respeto hacia el bien probablemente se vería mermado si se pudiese destruir sin razón plausible alguna, simplemente por no ser ya posible salvarlo. Ejemplo: si inexorablemente un barco naufraga con su tripulación, puede resultar dudoso si los boquetes que sin motivo alguien produce en el caso del barco siguen constituyendo un delito de daños; el carácter personalísimo de la vida, sustraído a cuantificaciones, no permitirá, sin embargo, que surjan este tipo de dudas en cuanto al homicidio en caso de disparos a la cabeza de los miembros de la tripulación (14). Finalmente, esta teoría acarrea consigo, como un atavismo, su vinculación a un mismo bien. Ya que se pregunta por las posibilidades que un bien brinda a su titular, forma parte de una contestación plena la valoración del montante global de bienes del titular (y ni siquiera resulta claro que deba limitarse a esto; también podría hacerse un cálculo del daño o provecho global

---

(13) Estos delitos, por supuesto, no se justifican *per se*. Pero es posible hallar su justificación no sólo en la protección efectiva de bienes sino también en el hecho de convertir en tabúes comportamientos con determinadas consecuencias para un bien. Debe admitirse que esta última concepción puede aproximar el delito de resultado a los delitos de peligro abstracto (o, si el autor no conoce el riesgo hipotético, a la tentativa); esto deberá tener consecuencias en la medición de la pena: a este respecto, más detenidamente Jakobs, (nota 4), 7/92 y ss.

(14) De manera paralela se diferencia en el ámbito del § 34 del StGB entre bienes comparables y no comparables entre sí.

supraindividual). En términos ejemplificativos: si es posible destruir una cosa que de todas maneras esta pérdida, también debería entonces ser atípica la destrucción de una cosa asegurada, si de no ser así se perdiese una cosa más valiosa del mismo titular (además, ¿por qué sólo del mismo titular?) o incluso su vida o integridad corporal. El hecho que el derecho vigente sólo tenga en cuenta este tipo de conflictos en el ámbito de la justificación (consentimiento presunto como subtipo del estado de necesidad justificante), muestra de nuevo que esta teoría no es adecuada.

### III

1. Varios riesgos no pueden realizarse conjuntamente dado que un resultado no puede ser condicionado más de una vez (15). Por supuesto que de un riesgo pueden ser responsables varias personas, y cuando esto ocurre en forma de coautoría puede crearse la impresión de que se trata de varios riesgos. Esta impresión, sin embargo, engaña. Hablando en términos ejemplificativos (16): el que un automóvil al adelantar a un ciclista deba guardar una distancia de seguridad se debe a varias razones. Por un lado una conducción completamente rectilínea de la bicicleta resulta imposible, por lo que ya se hace necesario respetar una distancia mínima, para cuyo cálculo también debe tenerse en cuenta que de un ciclista en condiciones de peligro de muerte no puede esperarse un comportamiento de precisión milimétrica. Además, y de ello se trata ahora, conforme a la experiencia incluso leves negligencias ubicuas (y otras causas) pueden llevar a importantes cambios de dirección, de ahí que la distancia mínima deba complementarse con un margen de seguridad. A su vez, los ciclistas deben procurar circular de la manera más rectilínea, no invadiendo, en cualquier caso, el espacio aquí definido como margen de seguridad, ya que, por diversas razones, es posible que los automovilistas invadan este margen. Ambos complejos de condiciones —el automóvil y también el ciclista invaden el margen— constituyen sólo partes de un mismo riesgo: sin la respectiva otra parte no existe peligro alguno de resultado. Un mismo riesgo puede ser dividido en varias

---

(15) La postura divergente, cfr., Jacobs (nota 4), 7/84, parte de una definición demasiado limitada de los riesgos idénticos; utilizando una definición correcta, se trata de un riesgo fragmentado (de cuyas partes pueden ser responsables distintas personas) o de una responsabilidad múltiple por un riesgo. Cfr. el texto.

(16) Con base en el BGH 11, pp. 1 y ss.; para adoptar una decisión en concordancia con los principios que se desarrollarán en el texto, será determinante si en caso de mantenerse la distancia reglamentaria, la colisión hubiese sido evitable, mientras que resulta irrelevante si el ciclista hubiese aprovechado la posibilidad de evitación (en caso de evitabilidad, siempre habrá responsabilidad del conductor del camión): la motivación para ejercitar los deberes de autotutela debe presuponerse hasta que de hecho no suceda lo contrario, *vid. infra IV 2.*

partes, bien en base a una mayor claridad (dos tormentas que se aproximan desde direcciones distintas configuran un riesgo de tornado) o bien por tratarse —como es aquí el caso— de ámbitos de responsabilidad distintos; de esta manera, tanto el ciclista como el automovilista son respectivamente responsables de no invadir la zona del margen de seguridad.

También es posible que varias personas —sin cocausarlo— puedan ser responsables, respectivamente, de la totalidad del riesgo y ello, precisamente, cuando constituye el cometido de una persona conjurar los riesgos que han sido creados por otros. Ejemplo: un padre debe evitar o repeler los ataques antijurídicos dirigidos contra su hijo. También en el caso de riesgos naturales puede existir una persona responsable de evitar bien su creación o bien su realización, así vgr., en el caso que sirve de ejemplo, si es una fiera la que ataca. De nuevo no se trata de varios riesgos; más bien un único riesgo (la lesión mediante un ataque) es designado y explicado una vez de manera positiva (mediante un comportamiento antijurídico o fortuitamente) y otra vez de manera negativa (mediante la no evitación).

Especiales dificultades se suscitan si se hallan dadas múltiples condiciones de un riesgo, resultando imposible verificar, ya a nivel teórico, cuáles son las eficaces: se trata de aquellos casos en los que fuerzas físicas o psíquicas (17) unidireccionales o contrapuestas se entremezclan, dependiendo la causación del resultado únicamente de una

---

(17) Así, probablemente, en el supuesto de hecho de la sentencia del BGH 13, pp. 13 y ss.; a este respecto cfr. LACKNER, *Leipziger Kommentar*, 10. Auflage 18 Lieferung 1979, § 263 n. m. 117 con amplias referencias; PUPPE, ZStW 95, pp. 287 y ss., 298 y ss. Las pretendidas características específicas de la habitualmente denominada causalidad psíquica han conducido a que se haya propuesto la sustitución de la explicación causal por una «explicación» en base a probabilidades y ello, además, con unas consecuencias que trascienden el ámbito de la causalidad psíquica; PUPPE, pp. 287 y ss., 293 y ss., 299 y ss.; la justificación resulta dudosa. Puppe trata, en primer término, supuestos de inducción, de proposición u otros tipos de instigación (pp. 294 y ss.). Para ello, sin embargo, no es relevante que el autor se encuentre «determinado» por la propuesta y la acepte; al contrario, basta con que una eventual aceptación se encuentre también condicionada por la propuesta (en la misma línea Puppe). Con esto, sin embargo, no es posible resolver aquellos casos en los que el autor no posibilita (por ejemplo, reteniendo una información) u obstaculiza (por ejemplo, obstruyendo una fuente de información) procesos psíquicos ajenos. Si en estos casos existe un deber jurídico del receptor de hacer uso de la información es necesario, para así mantenerle a la víctima la garantía normativa, partir de una motivación adecuada a la norma por parte de éste (en este sentido también PUPPE, p. 296). Restan aquellos supuestos en los que quien debe recibir la información no se halla vinculado ni por deberes (tampoco por aquellos derivados del § 323 c del StGB) ni por los deberes de autotutela. Puede, sin embargo, ser susceptible de verse influenciado por otros motivos racionales (por tanto, un constatable déficit en la determinación, entendida en sentido científico-naturalista, no significa necesariamente que el discurrir tenga lugar de manera desorganizada); en la confianza cognitiva en este tipo de vinculaciones se basa la realización de comportamientos cotidianos. Si por el contrario resulta dudosa la disposición a ser influenciado, entonces no se ha expuesto razón alguna, hasta el momento, para hacer responsable al autor más que por una tentativa, si es que se pretende mantener la distinción entre tentativa y consumación.

cantidad mínima o máxima. Ejemplo: un peatón invade velozmente y sin precauciones una calzada muy transitada, resultando arrollado y lesionado por un coche que circula a una velocidad superior a la permitida. La aplicación (también) de la fórmula hipotética como regla de experiencia fracasa aquí, porque la cognoscibilidad por medio de la experiencia encuentra una barrera. Aceptemos que la siguiente regla de la experiencia (simplificada) fuese válida: los peatones que de modo rápido y sin precauciones invaden una calzada también resultan arrollados por el automóvil que circula respetando las normas. Esto parece excluir la realización del riesgo «infracción del límite de velocidad por parte del automovilista», pero no constituye una solución adecuada, sino una enorme reducción de la problemática a tratar. Imaginemos que el conductor exige del peatón una indemnización por los daños ocasionados en la carrocería de su automóvil. Debería cuestionarse si existe una regla de la experiencia en el siguiente sentido: coches que conducen con tanta velocidad como en el caso presente, también arrollan a los peatones que invaden la calzada despacio y de modo precavido. Esto puede afirmarse sin contradicción con las premisas hasta ahora expuestas, de manera que también el riesgo de invadir velozmente y sin precauciones la calzada (\*) parece eliminarse. En la utilización aquí de la fórmula hipotética como regla de experiencia se presenta, por tanto, un dilema paralelo al que siempre se da en la fórmula hipotética en sentido habitual, de existir condiciones de reserva (*vid. supra I in fine, II 1*): a pesar del comportamiento incorrecto de todos y a pesar de la evitabilidad de la lesión de haberse comportado todos correctamente, no resulta posible describir las condiciones de realización del riesgo.

Si hicieramos uso de una regla de la experiencia acerca de lo que hubiera acaecido de haberse comportado *ambos* participantes de manera correcta, la conclusión parece ser evidente: el resultado en este caso no se hubiera producido, de ahí que ambos riesgos debieran haberse realizado conjuntamente. Esta solución, sin embargo, sería incorrecta; no se trata de dos riesgos sino tan sólo de uno: un vehículo y un peatón confluyen de tal modo que ya no son posibles reacciones evasivas. La justificación de la unión de ambos riesgos, «infracción del límite de velocidad» e «invasión descuidada de la calzada», en un riesgo general se halla, sin embargo, necesitado de explicación: los riesgos individuales no aparecen, en todo contexto, correctamente descritos; al contrario, la descripción sólo es correcta si por lo demás, las circunstancias no difieren de la situación adecuada a la norma. En el ejemplo: para aquellos peatones que invaden la calzada veloz-

---

(\*) Aunque en el texto alemán se dice que es el riesgo de infracción del límite de velocidad (*Geschwindigkeitserisiko*) el que en este caso queda excluido, obviamente se refiere aquí el autor, como el mismo ha reconocido, al riesgo de invadir velozmente y sin precauciones la calzada (N. T.).

mente y sin las precauciones debidas de forma tal que ya no exista posibilidad de salvación, la infracción del límite de velocidad por parte de un automóvil no aporta riesgo alguno sino, a lo sumo, una variación de las circunstancias acompañantes, y para los automóviles que de todas maneras circulan de forma incontrolable a causa de su velocidad, tiene validez lo análogo en el caso en que peatones invadan de manera veloz y sin precauciones la calzada. Una situación en la que la confluencia de vehículo y del peatón, sin posibilidad de esquivarse, sea a todas luces inevitable reduce alternativamente, a cada uno de los riesgos individuales mencionados a mera causa de variación de condiciones acompañantes. De ahí que, en el contexto del respectivo riesgo individual, ambos pierdan su fuerza explicativa. Como riesgo con fuerza explicativa subsiste el riesgo general configurado por ambos riesgos individuales: confluencia sin posibilidad de maniobra evasiva. Pero ¿quién responde por ello?

Antes de intentar dar una respuesta debe mostrarse, en base a un ulterior ejemplo, que la problemática puede suscitarse tanto sin la simultaneidad de los comportamientos generadores del riesgo como en caso de un comportamiento inevitable: al introducirse una carga en la cabina, el cable de un ascensor se rompe, desplomándose la cabina y lesionando a un hombre. Algunos cabos del cable estaban defectuosos; de ahí que solamente soportara una carga considerablemente inferior a la carga máxima autorizada. La carga introducida era, sin embargo, muy superior a la carga máxima autorizada. En relación con ambos defectos diferentes personas pudieron, en momentos distintos, haberse comportado sin el cuidado debido (dañando el cable en trabajos de mantenimiento; habiendo asesorado de manera incorrecta a los encargados de su manejo); bien para uno o bien para ambos, la tendencia lesiva pudo no ser cognoscible. Por lo tanto, puede tratarse la concurrencia de dos cursos evitables o de dos cursos inevitablemente accidentales o de un curso evitable junto con uno accidental. Bien es cierto que a primera vista, parece que la sobrecarga no desempeña papel alguno en la realización de la lesión; el eventualmente responsable de la carga podría argumentar que cuando se introdujo el peso en la cabina ésta, de acuerdo con la ley de la gravedad, tensó el cable, lo que sin embargo sólo sucedió hasta un nivel de peso inferior a la carga máxima autorizada (dado que en ese momento el cable se partió). La sobrecarga, por tanto, ha seguido siendo una condición de reserva. Sin embargo, esto configura un modo de explicación unilateral. En contra de esto, la persona eventualmente responsable del cable alegrará que a él se le reprocha haber disminuido un curso salvífico dañando algunos cabos del cable. Sin embargo, debido a la sobrecarga, este curso salvífico no hubiera tenido posibilidad alguna de éxito. Por lo tanto, la sobrecarga ofrece la explicación del percance y el daño al cable ha seguido constituyendo una condición de reserva. En abstracto: un plus de fuerza destructiva constitu-

ye el reverso de un minus de fuerza salvadora. Ambas argumentaciones son correctas en la medida en que cada uno de los riesgos, en el contexto del otro riesgo concurrente, solo modifica circunstancias acompañantes. Una superación del peso adecuado a la norma sólo es arriesgado si se alcanza la capacidad de carga adecuada a la norma y a la inversa. Pero ambas son incompletas en la medida en que se realiza el riesgo más general que ambos configuran: carga superior a la capacidad de carga efectiva.

En esta situación la experiencia no puede ayudar. El curso lesivo en caso de resultados «sobrecondicionados» es cognoscible por medio de la experiencia sólo de modo ambiguo. Si en un experimento relativo al ejemplo mencionado se incrementa la capacidad efectiva de carga hasta el nivel normativamente prescrito, entonces se obtiene el mismo resultado que cuando se disminuye la carga hasta el máximo autorizado.

Una decisión sólo puede deducirse atendiendo a la finalidad de la imputación jurídico penal. De acuerdo con ésta, la solución de no imputar a nadie se excluye en los supuestos de resultados «sobrecondicionados», ya que una tal solución privaría a los bienes de la garantía normativa respecto a aquellos riesgos que de todas maneras se hallan condicionados desde otro ámbito. En el ejemplo del ascensor que se precipita no respondería, en caso de una falta de cuidado, ni el responsable del cable ni el responsable del peso, siempre que la otra parte también se haya comportado negligentemente. Pero o tampoco la solución de hacer responsables a todos los participantes que se comportan imprudentemente se muestra practicable. Esto resulta claro en aquellas constelaciones de casos en las que estando ya el riesgo perfectamente condicionado (el cable está dañado de modo irreparable) se añade, a mayores, otra cantidad suficiente de condiciones (la cabina sobrecargada). En estas situaciones, una norma no puede seguir protegiendo bien alguno ni tampoco puede proteger ante un intercambio del riesgo un bien ya perdido, sino que tan sólo puede prohibir variaciones en el curso de un mismo riesgo —en los delitos de omisión imponerlas—. Aunque es posible conceptuar el segundo complejo de condiciones, de igual modo que el primero, como aquél que causa (18) en todo caso éste tan sólo reemplaza lo ya produci-

---

(18) La situación difiere en el caso de suministros de sustancias (veneno, etc.); en estos supuestos, es posible que se produzca una mezcla y consecuentemente una *realización conjunta*, pero la influencia de los distintos factores en el curso lesivo sigue siendo —al menos en el plano teórico— siempre individualizable. Por ejemplo: si por varias personas, de forma autónoma entre sí, se contamina de la misma manera el agua de una fuente, es probable que, en caso de enfermar aquellos que hayan bebido de ella, no sea posible determinar en la práctica cuál de los autores es responsable por los agentes bacteriológicos que de forma concreta causan la enfermedad; teóricamente, sin embargo, la asignación de responsabilidad es siempre clara. No se postula que esta consideración vincula a una sustancia o a un tipo de sustancia necesaria; no obstante, aunque no indiscutida es habitual: en favor de la causalidad de todos



do (\*). Cuando ya no resulta posible una diferenciación entre condiciones efectivas y no efectivas, tan sólo resta una ordenación cuantitativa, y en ésta el único criterio de ordenación adecuado a la materia lo constituye el paso de una cantidad no suficiente a una cantidad suficiente (19). De concurrir una cantidad suficiente, todo lo que a continuación se añade resulta irrelevante para la realización del riesgo. De acuerdo con esto, «sobrecondicionar» no es también equivalente a un condicionar en el sentido de la imputación objetiva o, en su formulación en los delitos de omisión como: la omisión de reducir, de una sobremedida a una medida que aún continúe siendo suficiente, un complejo de condiciones que ya a nivel teórico resultan inseparables, no puede fundamentar imputación objetiva alguna de la realización del resultado. En el ejemplo, implica lo siguiente: en un ascensor sobrecargado de modo perfecto (\*\*) no responde quien, a mayores, daña los ya defectuosos cables o —en la omisión— quién no los refuerza hasta el nivel debido que de todas maneras sería insuficiente; de modo correlativo acaece siendo perfectamente insuficientes los cables y siendo incrementado o no reducido el peso.

2. Queda por determinar cuando una cantidad de condición es perfecta. Ya que con la ayuda del mero análisis causal, los cortes efectuados en la red de las relaciones de génesis son arbitrarios, la solución debe de nuevo fundamentarse en la finalidad de la imputación jurídico-penal. Por lo tanto, afirmaciones con pleno sentido sólo pueden hacerse si un devenir es, al menos, imaginable de modo relevante a los efectos de la imputación, es decir, debe tratarse de un comportamiento evitable o de uno inevitable del tipo que pueda fundamentar una subsiguiente responsabilidad (ingerencia). El que, por ejemplo, en un salto suicida de una persona, desde una torre de 25 metros de altura a un suelo empedrado, sea el riesgo de la aceleración (que también con la mitad de altura hubiera conducido a una fractura craneal mortal) o el de la dureza del suelo (pero también un suelo de tierra blando, dada la altura, no hubiera impedido una lesión) el que explica la fractura craneal mortal, resulta una pregunta que jurídico penalmente no puede ser contestada con sentido.

Además, una solución atendiendo a la finalidad de la imputación significa que desde el momento en que el riesgo idéntico ya no es

---

los que administran sustancias, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Auflage, 1969, p. 9 II; TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, 1927, pp. 45 y ss. No se estudiará aquí la posibilidad de su sustitución (por ejemplo, por una concepción basada en la dirección del curso lesivo).

(\*) Se refiere el autor al reemplazo en la «designación del riesgo» que explica lo acontecido (N. T.).

(19) En lo tocante al desistimiento, ello entraña: quien reduce la cantidad global de condiciones en la cuantía de su aportación, ha paralizado su contribución al hecho, y ello aunque la cantidad residual siga siendo suficiente.

(\*\*) «Perfecto» tiene para JAKOBS el significado de «condición suficiente» (N. T.).

influenciable mediante la observancia de la norma, tampoco pueden existir deberes de evitación de ese riesgo (aunque sí deberes de evitación de peligros abstractos). Ejemplo: quien corta el cable, que es demasiado fino para soportar el peso de aquel que se cae o quien le da un empujón a quien ya se está precipitando, no responde por el curso lesivo venidero. Tratándose de riesgos que nunca son influenciados mediante la observancia de la norma, queda excluida toda responsabilidad jurídico-penal. En consecuencia, ningún arquitecto responde por el hundimiento, a causa de una sobrecarga extrema de nieve, de un tejado mal construido, sobrecarga que tampoco un tejado correctamente construido hubiera podido soportar. Comportamientos humanos inevitablemente arriesgados impiden, por las razones mencionadas, que se responda por el mismo bien si no surge una responsabilidad por ingerencia. Por ejemplo: quien a un vehículo estacionado, que debido a un defecto imprevisible en los frenos se desliza de repente por una calle, le da, a mayores, un empujón de aceleración, en ningún caso responde por el curso lesivo venidero si la persona obligada a controlarlo tampoco hubiera podido detener el vehículo.

Un riesgo puede no sólo ser perfecto —como en los casos hasta ahora mencionados— porque las fuerzas del hombre en la dominación de cursos arriesgados están limitados por la naturaleza, sino que es posible que su causante le asigne el significado de ser perfecto. Este es el caso cuando una persona hace salir, de manera inevitable, el riesgo de su círculo de organización sin organizar al mismo tiempo o sin haber organizado con anterioridad la revocación de dicho riesgo. Las peculiaridades, que no pueden desarrollarse aquí (20), pertenecen a la teoría de la terminación material de la tentativa. Con la salida de la organización se hace patente que el curso subsiguiente no debe ser tomado en cuenta. Si, por ejemplo, en el caso ya varias veces mencionado de un accidente con un ascensor de carga, el responsable del montaje de los cables de sujeción los monta defectuosamente y, subsiguientemente, autoriza el uso, el riesgo es perfecto aunque en cualquier momento pudiera y debiera cambiar de parecer deteniendo inmediatamente el uso; si, tras la autorización, el ascensor es sobrecargado, esto no constituye más que una variación de circunstancias acompañantes en el seno del riesgo ya perfecto (21). Si en

(20) Vid. JAKOBS, ZStW 97, pp. 751 y ss., 761 y ss.

(21) Esta solución también es válida en el ámbito de la causalidad que se manifiesta en la interrupción de cursos causales salvadores. Un curso es salvador sólo mientras su interrupción no se encuentre perfectamente condicionada. No resulta relevante que en algún momento, se paralice de hecho un impulso o algo análogo, considerado salvador, pero sí lo es si las condiciones del salvamento o las condiciones de la interrupción del salvamento se dan de manera perfecta. Ejemplo: quien —sin reservarse la revocación— tras un accidente de tráfico oculta de tal manera a un herido que el médico de la ambulancia no puede encontrarlo, crea un riesgo que no se realiza si de todas maneras el médico no podía hacer frente a la lesión (en el momento de los hechos, el curso ya no era salvífico), pero sí se realiza si después del ocultamiento el médico es retenido

última instancia, el primero desistiera (22), el «sobrecondicionamiento» se transmuta en «condicionamiento» en el sentido de la teoría de la imputación. Esto no constituye ninguna particularidad de las concurrencias de riesgos aquí manejadas; también quien genera otro riesgo como riesgo de *reserva* a un riesgo ya perfecto, se convierte en el causante del curso lesivo, en el caso en que desista el responsable del primer riesgo perfecto.

La aplicación de las mencionadas reglas frecuentemente fracasará en la práctica dada la imposibilidad de una prueba exacta, especialmente en materia de tráfico rodado donde se dan comportamientos de distintas personas prácticamente coetáneos. Ello tampoco constituye una peculiaridad de estas constelaciones de casos, sino que se presenta en toda concurrencia de riesgos.

---

antijurídicamente por un tercero (el tercero actúa cuando el curso ya ha dejado de ser salvador, por tanto, la pérdida de posibilidades de salvamento tan sólo ha sido «sobrecondicionada»). Cursos salvadores que deben ser impulsados por personas que no son garantes (en todo caso están obligadas en virtud de los §§ 323 c, y 138 del StGB) ocupan una posición equivalente a los cursos naturales: si el salvamento no va a ser culminado, entonces al curso tampoco podrá otorgársele el carácter de salvador en momento alguno anterior a su interrupción. Ejemplo: quien retiene a una persona dispuesta a prestar ayuda, aunque normativamente no obligada a ello, que de todas maneras hubiese olvidado sus propósitos de ayuda en el primer bar, no interrumpe un curso salvador (la situación difiere tratándose de garantes, antes de que estos hayan consumado la interrupción del salvamento)—. La interrupción perfecta, sólo explica el curso lesivo de no peramentecer como riesgo de reserva, es decir, si en base a las condiciones de interrupción (a) el hecho de que se define como bloqueo de una posibilidad de salvamento o de modo similar, realmente tiene lugar (b) y en aquel momento el curso salvífico sigue siendo necesario para la conservación del bien (c) (aunque de hecho ya haya sido detenido de otra manera en los estados (a) (b) (c)). (a) si en el «agudo» ejemplo de ENGISCH (*Kausalität*, nota 7, p. 15) el autor aparta violentamente al verdugo y *uno actu* hace descender la hoja de la guillotina interrumpiendo de esta manera la ¡salvadora! circulación sanguínea de la víctima, es posible que dicha interrupción ya estuviese perfectamente condicionada por el verdugo (si éste no podía detener su movimiento corporal), pero este complejo de condiciones se ve privado de la cualidad de poder interrumpir un curso salvador debido al empujón subsiguiente (no porque lo interrumpa realmente el autor, sino porque el impulso del verdugo ¡falla!). Si una persona ha sido envenenada de tal manera que ello entraña un condicionamiento que determina un próximo fallo funcional de los riñones (¡la función renal como curso salvador!), pero a continuación, resulta muerto a golpes, el riesgo de la interrupción de la función renal no se realiza, y ello porque (b) el veneno tras el golpe no es transportado a los riñones o en todo caso porque (c) en el momento de la destrucción del órgano la función renal ya no puede llevar a cabo el salvamento del bien. Si en el ámbito de los cursos salvíficos no se constatase si se realiza el riesgo de la interrupción, en la mayoría de los casos relevantes, se estaría suprepticamente introduciendo en la práctica el criterio del saldo de posibilidades de supervivencia del bien jurídico: de modo particular cambios en los organismos siempre pueden concepcuarse como interrupciones de cursos salvadores (circulación sanguínea, metabolismo). Toda función orgánica amenazada por un riesgo sin que (s. c. debido a este. N. T.) se produjese la imputación: la función, al estar su interrupción de todas formas condicionada, ya no sería salvífica.

(22) Respecto de los presupuestos del desistimiento en caso de resultados «sobrecondicionados», cfr. *supra* la nota 19.

## IV

1. Debe aun explicitarse bajo qué presupuestos se elegirá la relación cognoscible por medio de la experiencia de una relación de riesgo para cuya concreción debe servir la hipótesis. Para probar si un movimiento corporal condiciona un resultado se sustituye en la hipótesis el movimiento corporal por la inactividad corporal (esto es así en el experimento ofrecido para la demostración de una relación real, *vid.*, *supra II 1*). En la prueba de la realización del riesgo debe procesarse de una manera más diferenciada. Si en la hipótesis se introdujese en lugar del movimiento corporal inactividad corporal —o en el delito de omisión en vez de inactividad corporal un determinado movimiento— se soslayaría, entonces, que habitualmente son imaginables un gran número de otros módulos de comportamiento que tampoco contradicen el ordenamiento jurídico y en los que frecuentemente movimiento corporal y omisión del dominio de la organización, esto es, comisión y omisión, están estrechamente entrelazados. La alternativa ajustada a derecho de una conducción excesivamente veloz en la entrada de una población con la consecuencia de un accidente, está constituida, en todo caso, por la omisión de ese comportamiento; en sentido positivo esto puede entrañar varias cosas (23): frenar a tiempo; dejar a tiempo de acelerar el vehículo; parar; permanecer inmóvil, etc.; incluso girar previamente, a pesar de estar prohibido, constituye un injusto, pero no aquel injusto de sobrepasar la velocidad dentro del casco urbano. Ahora bien, cabría averiguar —al menos teóricamente— cuál o qué comportamiento habría sido realizado, esto es, hipotéticamente, en caso de una motivación dominante en favor de respetar la norma, y si en la hipótesis el curso lesivo hubiera sido evitado. En el ejemplo citado, quizás un conductor veloz estuviera decidido, poco antes de la entrada en la población, a girar por una carretera de circunvalación; entonces, el accidente no se hubiera producido. Un procedimiento de este tipo puede procurar resultados útiles, pero obvia la finalidad de la norma que ha sido infringida: aunque las carreteras de circunvalación también sirven, en ocasiones, para facilitar la marcha rápida, y su construcción también tiene, entonces, la finalidad de evitar accidentes generados dentro de las poblaciones por automovilistas veloces, de todas maneras las limitaciones de velocidad de una población solamente sirven —mientras no se abuse de ellas— para reducir el peligro de una conducción rápida a un peligro de conducción moderada, pero no para eliminar por completo el peligro de conducción. De ahí que en la construcción de la hipótesis deba introducirse, sin consideración de alternativas de comportamiento próximas al autor, aquel comportamiento que, de

---

(23) Sobre el particular, PUPPE, (nota 8), pp. 660 y ss., 662 y s., la misma (nota 17), pp. 290 y s., NIEWENHUIS (nota 8), pp. 57 y ss. y *passim*.

modo exclusivo, elimina el peligro contrario al fin de la norma. Por tanto, en la hipótesis el comportamiento del autor se ve, en parte, modificado. Qué es exactamente lo que debe modificarse no puede ser descrito con carácter general sino que se deriva de la finalidad de la correspondiente norma. Por ejemplo: si a través de una norma no pretende evitarse la ubicación en un determinado lugar, sino el sentido de un movimiento en ese lugar (en calles unidireccionales, en carriles de circulación al lado derecho o izquierdo, etc.), entonces, en la hipótesis, no debe imaginarse al autor como ausente sino como estático o como moviéndose en otra dirección (24); si se trata de la cantidad de un elemento, entonces, en la hipótesis éste debe ser incrementado (ejerciendo una presión de 7 kg. sobre un pedal de freno en lugar de 4 kg. —delito de omisión— o mediante no desconexión de un sistema automático de freno —delito comisivo—) o disminuido hasta lo permitido (50 km. por hora en vez de 70 km. por hora, mediante una presión menor del acelerador —delito comisivo— o mediante frenado —delito omisivo—).

2. De ahí que no sea relevante si, en la situación concreta, el autor podía haber llevado a cabo un tal comportamiento, sino únicamente si ello le estaba permitido; pues constituye finalidad de las normas excluir de manera planificable los cursos lesivos. Las evitaciones fortuitas son tan irrelevantes como lo son, en el caso inverso, los accidentes fortuitos. La situación, debe, por lo tanto, estandarizarse (25). De este modo se priva a la víctima de una posibilidad de

---

(24) De otra opinión, BGH 10, pp. 369 y ss.

(25) La jurisprudencia con su fórmula: «La pregunta acerca de qué comportamiento... habría sido adecuado al tráfico debe... ser contestada con base en aquel comportamiento contrario al tráfico que pueda considerarse como la causa inmediata del accidente, mientras que por lo demás debe partirse del acontecer real de los hechos»; BGH 24, pp. 32 y ss., 34, 33, pp. 61 y ss., 63; no es capaz de excluir soluciones fortuitas. En el «discurrir real de los hechos» pueden ocultarse los más extraños cursos lesivos y salvadores, que resultan liberados debido a la conversión de comportamientos contrarios al tráfico en comportamientos adecuados al tráfico, como por ejemplo ocurrió en el supuesto de hecho de la sentencia del BGH 33, pp. 61 y ss.: aunque el conductor de un automóvil no hubiese circulado a una velocidad excesiva, la distancia necesaria para frenar tampoco hubiese sido suficiente, pero el efecto retardador de la frenada hubiese sido más eficaz, pudiendo la víctima abandonar el lugar del accidente —de manera fortuita, no aprovechando una posibilidad de salvamento planificable— cuando hubiese sido alcanzada por el autor; de la misma manera (modificando ligeramente la velocidad de la víctima o el punto de partida), es posible que en caso de velocidad excesiva, la víctima solamente hubiese sido rozada, resultando, sin embargo, atropellada de haberse observado la velocidad adecuada. Crítica acertadamente la sentencia PUPPE, JZ 1985, pp. 295 y ss.; EBERT, JR 1985, pp. 356 y ss.; STRENG, NJW 1985, pp. 2808 y ss. Por supuesto que la jurisprudencia no puede mantener su fórmula de «por lo demás... discurrir real de los hechos» en caso de concurrir comportamientos disvaliosos de terceras personas, pues de lo contrario se perdería la garantía normativa del bien; BGH 30, pp. 228 y ss.; al respecto *vid. supra nota 8*. Sin embargo, el por qué de un tratamiento disfuncional de la víctima (*op. cit.*, p. 231), no halla fundamento, resultando además de imposible fundamentación, partiendo incluso de la teoría de la imputación del BGH. Mantiene una posición acertadamente crítica RANFT (nota 4), pp. 1425 y ss., 1426. Respecto de la inutilidad del principio de la jurisprudencia

suerte: si una calle es tan estrecha que un camión ancho no podría adelantar observando la distancia reglamentaria (aunque no tan estrecha como para no contar, en ningún caso, con un camión), entonces, a la hora de efectuar la prueba de si se ha realizado el riesgo de un adelantamiento a una distancia demasiado corta, en la hipótesis, de todas maneras, se introduce un camión que adelanta observando la distancia reglamentaria. Por otro lado, a la víctima también se le libra de la mala suerte: tampoco se tiene en cuenta el hecho que de haberse realmente observado la distancia mínima reglamentaria, vgr. en realidad una rama de un árbol de la avenida hubiese tirado a una parte de cargamento del camión que hubiese alcanzado a la víctima, etc. (26).

Si se pretenden eliminar los resultados fortuitos también debe entonces estandarizarse, en la hipótesis, el comportamiento de la víctima. Un comportamiento llevado a cabo por parte de la víctima que hubiese conducido al salvamento, sólo se tomará en consideración si hubiera conducido al salvamento de manera planificada (27). En compensación tampoco se introducirá un comportamiento fortuitamente conducente a una lesión. Ejemplo: un vehículo circulando a velocidad superior a la permitida, pisa en una curva una mancha de aceite, pierde el control y lesiona a un ciclista; en la hipótesis de una velocidad adecuada a la norma se reproduce el mismo caso pero con una pérdida de control más lenta del vehículo (o en otra dirección); en esta situación tan sólo será relevante que la colisión, a causa de la baja velocidad del movimiento descontrolado (o a causa de la distinta dirección en la que se dirige el vehículo descontrolado, etc.), no se hubiera producido si el tiempo ganado o el cambio de dirección hubiesen abierto posibilidades de salvamento por lo general utilizables de manera planificada. En compensación, la víctima se ve exenta del riesgo de que la colisión, de haberse observado la velocidad debida, hubiese podido tener consecuencias fortuitas peores.

A causa de la necesidad de una estandarización para evitar decisiones fortuitas, la existencia de capacidades especiales o —lo que es más importante— de especiales incapacidades de la víctima, tan sólo desempeñarán un papel cuando tratándose de capacidades exista por parte de la víctima la obligación de aportar unas especiales pres-

---

según el cual debe considerarse en la hipótesis, desde el punto de vista temporal, «la producción de una concreta situación en el tráfico» (*loc. cit.*) vid. PUPPE, (nota 8), pp. 662 y s.; NIEWENHUIS (nota 8), pp. 80 y ss.

(26) En caso de interrupción de cursos salvadores (vid. al respecto, *supra nota 21*) hay que tener en cuenta que quien lleva a cabo la interrupción, únicamente está vinculado con el curso lesivo por medio de la lesión del curso salvífico. Si de modo fortuito el curso no hubiese conducido al salvamento, falta la causación del resultado. Esto no debe superarse mediante estandarizaciones. Ejemplo: quien detiene una ambulancia que a causa de extrañas y desgraciadas circunstancias no hubiese alcanzado el lugar del accidente, no interrumpe curso salvífico alguno.

(27) De modo distinto en BGH 33, pp. 61 y ss.; vid. al respecto nota 25.

taciones (carreras profesionales de velocidad; cruzar despreocupado la calzada, confiando en la propia capacidad de carrera en caso de llegar un automóvil) o en el caso de incapacidades, obligación por parte del autor de tenerlas en cuenta —ante colegios y residencias de tercera edad— con otras palabras, cuando codeterminan el riesgo permitido. Por ejemplo, ante una residencia de ancianos es necesario conducir muy despacio dado que las personas mayores carecen de buena capacidad de visión y movilidad, de ahí que en la hipótesis de un comportamiento correcto por parte del automovilista (esto es en la hipótesis de una conducción especialmente lenta) a la víctima de un accidente de circulación (aunque no se trate de una persona mayor) solamente debe adjudicársele una capacidad limitada de salvarse (28). En el supuesto normal deben utilizarse capacidades normales: si la víctima, en el comportamiento hipotético ajustado a derecho del automovilista, solamente hubiera podido salvarse en virtud de una capacidad especial fortuitamente presente (esprinter profesional), ello no fundamenta realización alguna del riesgo, como a la inversa no impide ninguna realización el que una maniobra elusiva que habitualmente tiene éxito resulte inviable a causa de un calambre agudo.

Parece evidente que en el caso de capacidades especiales del autor que le permiten un comportamiento que de otra manera sería contrario a la norma, deba partirse del uso de las capacidades en la hipótesis. Especiales incapacidades sólo deben ser tenidas en cuenta cuando exista una posibilidad de comportarse con ellas dentro del riesgo permitido (29). Ejemplo básico: ningún automovilista puede argumentar que, a causa de la borrachera, incluso de haber observado la velocidad reglamentaria, no se hubiese encontrado en condición de evitar el accidente.

Tratándose de especiales capacidades del autor que no condicionan el riesgo permitido, esto es, de capacidades que *per se* rebasan lo debido (por ejemplo, un mecanismo especial para acortar la frenada de un vehículo) debe diferenciarse: si la *víctima es más responsable que el autor*, o a su mismo nivel, del curso lesivo, la especial

---

(28) Cuando se encuentra justificada la expectativa genérica de una «normalización del tráfico», sin que se haya comunicado o sea evidente la finalidad específica de la reducción de la velocidad permitida, debe modificarse la solución dado que el fin de la norma varía.

(29) Este es siempre el caso cuando no se sobrepasa el riesgo general de la vida. Quien, por ejemplo, conduce un automóvil con los neumáticos desgastados, a velocidad de paseo, por un camino poco transitado, no incrementará el riesgo general de la vida en tanto en cuanto no esté prohibido guiar un carro con unas ruedas en equivalente estado... Quien, sin embargo conduce un automóvil a velocidad de paseo estando muy ebrio, no respeta el riesgo general de la vida, si existe el peligro que mediante una reacción equivocada se realice el especial potencial de aceleración del automóvil. Vid. JAKOBS. Anexo a la ZStW 1974, pp. 6 y ss., 14 y s.; el mismo, (nota 4), 7/42 y ss.

capacidad no se considera en la hipótesis, ya que quien se autoexpone a un riesgo puede esperar una dominabilidad adecuada a las reglas del riesgo, pero de todo lo que de ello exceda es autorresponsable. Ejemplo: si un ebrio irrumpe tambaleándose en una autopista, y allí resulta arrollado por un vehículo que circula demasiado deprisa, para probar si el accidente tiene su causa en la excesiva velocidad no se introduce en la hipótesis el existente sistema auxiliar de reducción de frenada (30) (mientras que capacidades especiales de la víctima deben ser aquí introducidas). Si por el contrario el *autor es más responsable que la víctima*, imponiéndosele a ésta el riesgo, es responsabilidad del autor procurar los medios salvíficos; en la hipótesis, por tanto, debe introducirse lo que el autor puede alcanzar. Ejemplo: si un automovilista invade la acera y lesiona a un peatón, en la prueba para ver si ello se debe a su falta de diligencia, o a una velocidad excesiva, etc., debe conformarse la hipótesis, considerando todas sus capacidades especiales (mientras que aquí, las capacidades especiales de la víctima deben excluirse).

No es una coincidencia fortuita que el discurrir de la argumentación sea equivalente al de la fundamentación de una responsabilidad por ingerencia (y también al desarrollo de la solución de algunas constelaciones de casos de colisión de deberes): quien impone a otro riesgos especiales, debe evitar las consecuencias lesivas, o revocarlas a sus expensas, de igual modo que terceras personas pueden llevar a cabo la evitación o la revocación a costa suya (vgr. en el estado de necesidad defensivo o en la legítima defensa) (31). Cuál sea el comportamiento tanto del autor como de la víctima y también de terceros que debe ser introducido en la hipótesis es, por tanto, susceptible de contestarse de manera sucinta: aquel comportamiento del cual son garantes o del cual —en el caso de autolesión— les incumba (32). Por tanto, tratándose de una persona que ha reaccionado de forma errónea frente a un comportamiento también erróneo, claramente el comportamiento erróneo de la otra persona no debe, entonces, ser eliminado mediante hipótesis. Ejemplo: si un padre durante una agresión ilegítima prolongada en el tiempo, por parte de un tercero, sólo lleva a cabo un dudoso intento salvífico, para probar si otro comportamiento hubiese protegido mejor al hijo, en la hipótesis debe ser introducido el ataque en la forma en la que realmente tuvo lugar.

---

(30) Si realmente en una situación sin responsabilidad preferente del autor, se omite el uso de una capacidad especial, la responsabilidad se fundamentará en el § 323c del StGB.

(31) Vid. JAKOBS (nota 4), 15/12, 29/14, 29 y ss.

(32) Respecto de la solución divergente —en el cumplimiento de los deberes de autotutela— de la jurisprudencia, vid. *supra* nota 25; con respecto a las distintas soluciones doctrinales véase *supra* nota 8.



# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

## **A. PROPOSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 6 DE DICIEMBRE DE 1988**

**(Instrucción n.º 1/89, de 27 de febrero)**

A) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha pronunciado sentencia el 6 de diciembre de 1988 en asunto planteado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y por el Gobierno español. Su origen fueron tres demandas presentadas contra España por condenados en el «asunto Bultó», en las que solicitaron, entre otras cosas, que se declarara la existencia de una violación, cometida por España, del artículo 6, párrafo 1 del Convenio Europeo de los Derechos humanos y libertades públicas de 4-11-1950, al no haberse beneficiado de un proceso justo ante un Tribunal independiente e imparcial en el extremo relativo a que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída justa y públicamente por un Tribunal... que decidirá sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». El Gobierno español, por su parte, solicita del Tribunal «que examine el procedimiento en virtud del cual fueron condenados los demandantes, en su conjunto o separadamente, cada uno de los actos que en él figuran, y declare que las disposiciones del artículo (6, párrafos 1 y 2 del Convenio Europeo no habían sido violadas en este caso y que, consiguientemente, los hechos origen del litigio no revelaban por parte de España violación alguna de las obligaciones que le incumben en los términos del Convenio».

Sobre la alegada violación del artículo 6.1, en la sentencia se establece la siguiente conclusión: «Teniendo en cuenta el traslado en la composición del Tribunal inmediatamente antes de la apertura del juicio oral, la brevedad de éste, y, sobre todo, la circunstancia de que pruebas muy importantes no fueron presentadas y discutidas de manera adecuada durante la vida, en presencia de los acusados y bajo el control del público, el Tribunal concluye que el procedimiento en causa, considerado en su conjunto, no ha respondido a las exigencias de un proceso justo y público». Y en el fallo se «declara por diez votos contra ocho que ha habido violación del artículo 6, párrafo 1».

A este fallo han contribuido especialmente la conclusión irregular —para la estricta mayoría de los componentes del Tribunal— de determinadas conductas y actos procesales durante la celebración del juicio y en momentos previos al mismo, que exponemos en síntesis.

La demanda de los condenados se había instruido jurídicamente sobre varios puntos que no fueron atendidos por el Tribunal Europeo. Más existen algunas cuestiones que fueron tratadas con mayor o menor intensidad. Entre otras, las

siguientes: que los objetos intervenidos durante el proceso no podían tener el carácter de piezas de convicción, ya que no constaba formalmente la remisión por la Policía al Juez Instructor, ni su presencia ante el Tribunal para ser examinadas en el acto del juicio; que no fueron advertidos previamente a la sustitución de miembros del Tribunal con lo que se impedía la posibilidad de instar la recusación; que el Ministerio Fiscal había solicitado como prueba documental la lectura de la totalidad de los folios del sumario sin individualizar y precisar los que fundaban los hechos imputados, lo que, evidentemente, dificultaba la labor de la defensa; y que el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral tuvo «por reproducida» aquella prueba documental, lo que implica sustraer del control público la práctica de una gran parte de las pruebas.

En la fundamentación jurídica de la sentencia son de destacar los argumentos de los empleados bajo la rúbrica de «Sobre el derecho a un proceso justo», que tienen clara proyección sobre la conclusión y el fallo.

1. Fue alegado, en primer término, el traslado tardío al lugar del juicio solo unas seis horas antes del comienzo de las sesiones tras un largo viaje. Se declara a esta puntualización que a pesar de que los imputados estaban asistidos por sus defensores, que tuvieron ocasión de formular su protesta, este hecho, por sí mismo lamentable, debilitó sin duda alguna su posición en el momento crucial en que precisaban de todas sus fuerzas para defenderse, y especialmente para afrontar su interrogatorio durante el juicio oral.

2. Alegado que el mismo día de la celebración del juicio se cambió la composición del Tribunal sin notificación previa, se declara que tal hecho de dar lugar a investigar si ese cambio ha tenido consecuencias en el carácter justo del procedimiento y particularmente en el juicio oral. Los defensores de los demandantes podían temer que el nuevo Presidente conociera de forma imperfecta un asunto de gran complejidad, y en el que el sumario, de extrema importancia para el resultado de la causa, era muy voluminoso; no hubo un exámen completo de las pruebas durante el juicio y la deliberación tenía que producirse inmediatamente después del juicio o más tardar al día siguiente.

3. En sus conclusiones provisionales respectivas el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron la lectura de la totalidad del sumario y la defensa solo la de ciertas partes del mismo. Durante la vista las partes consintieron en prescindir de tal lectura. El empleo de la fórmula «por reproducida» tuvo como consecuencia sustraer del control público la práctica de una gran parte de las pruebas. El Gobierno resalta que nada impedía a los defensores de los demandantes exigir la lectura de ciertas partes o de la totalidad del sumario en el juicio oral, y al no haberlo hecho renunciaron a tal derecho. Según la jurisprudencia constante del Tribunal, la renuncia al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio —siempre y cuando sea lícita— debe hacerse de manera inequívoca; si el empleo de la fórmula «por reproducida» demostraba que la defensa aceptaba prescindir de la lectura pública de las actuaciones sumariales, no se puede deducir de ello que consintiera en no impugnarlas, especialmente cuando la acusación se basaba en ellas y de modo particular en las declaraciones de ciertos testigos. Por medio de la ya citada fórmula, todas las actuaciones del sumario fueron introducidas en el procedimiento en el acto de la vista.

4. Respecto de las armas y a los otros objetos o documentos descubiertos en las viviendas de los demandantes, no fueron presentadas durante el juicio oral

aunque la acusación las señaló como pruebas. Por tanto la defensa no pudo debatir de manera plenamente eficaz su autenticidad y pertinencia.

B) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, en líneas generales, clara y precisa. Importa destacar la que se refiere a la actividad específica que corresponde al Ministerio Fiscal en dos puntos concretos inobservados en el proceso cuya denuncia dio lugar a la sentencia de 6 de diciembre de 1988. En el futuro y en cumplimiento de la presente instrucción —que lo será al mismo tiempo del contenido de la sentencia— las irregularidades anotadas deben subsanarse. Básicamente nos situamos en algunos requisitos de la proposición y práctica de la prueba documental y a la necesidad de que los efectos e instrumentos se hallan a disposición del Tribunal en el acto de la celebración del juicio oral.

Es rechazable la fórmula, no por muy extendida en la práctica menos absolutamente improcedente, de que al articular la prueba documental en los escritos de calificación provisional o de acusación, se proponga la lectura de la totalidad o de buena parte de los folios que integran el sumario de modo genérico o sin especificación alguna. Del propio modo debe proscribirse el hecho de que una vez concluida la práctica correcta de otros tipos de prueba, respecto a la documental se manifieste, sin más, que se tenga por reproducida. Uno y otro supuesto son susceptibles de generar indefensión, dado que las demás partes no conocerán con exactitud que documentos constituyen la verdadera causa que justifique penalmente los hechos materiales imputados. Y de otra parte tal actitud sustrae al conocimiento público los hechos sobre los que se construye la definitiva acusación.

Por ello, y a fin de que los presupuestos esenciales de un proceso justo y público estén completos, se tendrán en cuenta para la prueba documental las siguientes previsiones:

1. Proposición concreta de la prueba documental sin invocación genérica a las diligencias del sumario. Traducido a la práctica, el Ministerio fiscal al proponer en el escrito de calificación provisional o en el de acusación la prueba documental, especificará detalladamente cada uno de los folios del sumario o de las diligencias previas imprescindibles para la fundamentación jurídica de los particulares hechos imputados. En consecuencia serán eliminadas las fórmulas abstractas o genéricas cualesquiera sea su forma de expresión, tales como «todos los folios del sumario», «todos los folios de las actuaciones» o «todos los folios del sumario útiles».

2. En particular, deberán proponerse específicamente aquellas pruebas sumariales en las que, por no haber participado el imputado, estuvo privado de la oportunidad de impugnar, para que de esta manera puedan ser sometidas a crítica en el juicio oral.

3. Eludir en lo posible durante el acto del juicio la también abstracta expresión de dar por reproducida la prueba documental. Esto sin embargo, exige alguna matización. Se interesará siempre la lectura de los folios de las actuaciones que se juzguen esenciales o sirvan de fundamento para la adecuada y definitiva configuración jurídica de los hechos penales. Puede darse por reproducido el resto de la prueba documental articulada, siempre que conste la conformidad expresada de la defensa, que deberá hacerse constar en el acta del juicio oral.

En su misión de velar porque la función jurisdiccional se ejerza eficazmente denunciando cualquier tipo de irregularidad procesal que pueda incidir negativa-

mente sobre la necesidad de un juicio público y justo, son también deberes del Ministerio Fiscal:

1. Cuidar que sean notificados a las partes los cambios que puedan producirse entre los componentes del Tribunal con la suficiente antelación al comienzo de las sesiones del juicio oral a fin de que, en su caso, puedan ejercitar su derecho de recusación.

2. Procurar que se cumplan las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre exámen de las piezas de convicción y su material puesta a disposición del Tribunal en el acto de celebrarse el juicio oral. Uno de los fines del acto de intervención durante el proceso penal de los efectos e instrumentos provenientes del delito, es el probatorio, lo que presupone que han de permanecer naturalmente durante su sustanciación a disposición del Juez o Tribunal. Y ello está previsto de modo expreso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en las siguientes normas. Si a la conclusión del sumario deben remitirse al Tribunal (arts. 622 y 626) a fin de que puedan ser examinadas por el Ministerio Fiscal y las partes al tiempo de la instrucción (art. 629) y de la calificación (art. 634), ya durante el juicio oral serán colocadas en el local en que se celebre (art. 688) para que puedan ser reconocidos por los testigos (art. 712) y examinadas por el propio Tribunal (art. 726). Atendidas estas disposiciones el Tribunal Supremo ha podido declarar de las sesiones del juicio oral es absolutamente preceptiva aún cuando las partes no lo soliciten como medio de prueba, y si las partes han solicitado en sus conclusiones la presencia de las piezas, bien como prueba directa que deba examinar el Tribunal sentenciador, bien como complemento de otras pruebas personales para cuyo normal desenvolvimiento se precise su exhibición, estas adquieren el rango de verdaderas pruebas, y si las Audiencias las admiten y no disponen y ordenan su traída a la vista durante las sesiones del juicio oral, o ante su ausencia no acuerdan tras breve interrupción que sean trasladadas ante el Tribunal o no suspenden las sesiones del juicio oral previa petición de parte, tal negativa es impugnabile por el cauce del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (sentencias de 1-2-1983 y 23-3-1984).

En virtud de esta doctrina, que se conforma con el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los Fiscales exigirán en sus escritos de calificación la presencia —si no fuere absolutamente imposible por razón de su peso o volumen— de las piezas de convicción en el local del Tribunal al tiempo del comienzo de las sesiones de juicio oral. Y si no lo estuvieren habrá de tenerse en cuenta si las partes lo han pedido expresamente como medio de prueba a fin de si procede o no suspender el acto del juicio oral.

**SOBRE LAS NORMAS TRANSITORIAS PARA LA APLICACION  
DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE LA LEY ORGANICA 7/1988,  
DE 28 DE DICIEMBRE**

**(Instrucción n.º 2/89, de 2 de marzo)**

Es principio del derecho transitorio en materia procesal el que tratándose de una actividad que se desarrolla en el tiempo, la entrada en vigor de una nueva Ley obliga a la aplicación a los actos procesales que se realizan bajo su vigencia, quedando consumados los ya realizados bajo la Ley anterior, que no deben ser reproducidos conforme a las normas de la Ley nueva, que no estaba vigente al producirse aquellos. Esa doctrina se matiza considerando que por actos procesales se entienden todos los comprendidos en una fase procesal, de modo que iniciada ésta bajo la vigencia de una Ley, debe culminarse conforme a ella, produciéndose en las fases sucesivas la acomodación al nuevo proceso.

La anterior doctrina debe tenerse presente para interpretar las normas de acomodación de los procesos en trámite conforme a la legislación derogada (L.O. 10/80 y arts. 789 a 803 LECr), al nuevo procedimiento abreviado establecido por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre.

Como reglas para resolver las cuestiones de derecho transitorio deben tener en cuenta los señores Fiscales, tanto las disposiciones de la citada Ley Orgánica 7/88 y las disposiciones adicionales de la Ley 38/88 de demarcación y planta judicial, como las establecidas por los Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del día 3 de febrero último, cuyo contenido conocen ya los señores Fiscales.

Como reglas deducibles de tales normas, podremos señalar:

1.ª A partir del 1 de marzo todos los procedimientos que se incoen por delitos comprendidos en el artículo 799 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se instruirán como diligencias previas.

2.ª A partir de la misma fecha, todos los sumarios ordinarios, los de urgencia, las diligencias preparatorias y los juicios orales de la Ley Orgánica 10/80 que se estén instruyendo por delitos de los que conforme al artículo 779 citado deban conocerse en el procedimiento abreviado, se transformarán en diligencias previas de tal procedimiento. Los autos de procesamiento que se hayan dictado en los sumarios que se transformen, se modificarán tan sólo en el sentido de no considerarse procesado a quien lo esté, pero manteniendo y ratificando las medidas cautelares personales y reales adoptadas (prisiones, fianzas, embargos, etc.).

3.ª Hasta el día 15 de septiembre, en que entren en vigor los Juzgados de lo penal, los actuales Juzgados de instrucción afectados por la disposición adicio-

nal primera de la Ley 38/88 que deban cesar en sus funciones como Juzgados de instrucción, serán únicamente los que expresamente se citan en el extremo 2.º del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial antes citado.

4.ª En tanto no entren en funciones los Juzgados de lo penal, harán sus funciones los Juzgados de instrucción de la demarcación, conforme a las normas de reparto que tengan establecidas actualmente, para evitar la coincidencia en un mismo Organismo de la instrucción y fallo de la causa.

5.ª En los procedimientos en trámite en los Juzgados de instrucción, la fase de calificación se realizará en el propio Juzgado, conforme a lo dispuesto en el Capítulo II del nuevo Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

6.ª Las Audiencias Provinciales conocerán todos los asuntos en trámite ante los Juzgados de instrucción o ante ellas que fueran de su competencia conforme a las normas derogadas, en tanto no entren en funcionamiento los Juzgados de lo penal, tal como dispone la disposición transitoria 3.ª de la Ley Orgánica 7/88 y el punto 3.º del Acuerdo del Consejo citado.

7.ª En los procedimientos en trámite en las Audiencias Provinciales, éstas continuarán conociendo de los mismos, conforme a la disposición transitoria 3.ª de la Ley Orgánica 7/88. Cuando entren en vigor el 15 de septiembre los Juzgados de lo penal, las Audiencias conservarán la competencia para el enjuiciamiento y fallo de todos los asuntos ante ellas pendientes, entendiéndose por tales todos los que hayan acusado asiento en los libros de la Secretaría (art. 53.4 de la Ley 38/88 y punto 3.º del Acuerdo del Consejo).

8.ª La acomodación que las Audiencias provinciales hagan al nuevo procedimiento se entenderá respecto a las fases iniciadas bajo la vigencia de la nueva Ley. Las ya iniciadas bajo las normas derogadas seguirán rigiéndose por éstas. En consecuencia se entenderá que debe seguir enjuiciándose por las normas del procedimiento ordinario (aunque por su pena debieran, en principio acomodarse al abreviado) o de urgencia las causas pendientes ante la Audiencia que hubieren entrado en la fase de calificación, considerándose que han entrado en dicha fase desde que se acuerde su iniciación con la providencia de pase para calificación (o instrucción y calificación, en el procedimiento de urgencia ante la Audiencia) al Ministerio Fiscal (Disposición transitoria 5.ª de la L.O. 7/88 y punto 4.º del Acuerdo del Consejo).

Los señores Fiscales tomarán las disposiciones precisas para acomodar el régimen interno de las Fiscalías a las prescripciones del nuevo procedimiento, de acuerdo con lo que en las Justas de Fiscalía se resuelva y las Instrucciones que pueda impartir esta Fiscalía General del Estado y, por su regulación, la Inspección Fiscal.

(Instrucción n.º 4/89, de 12 de julio)

La inminente entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal aconseja, sin perjuicio de que esta Fiscalía General del Estado pueda impartir una Circular en la que con más detenimiento se analicen las cuestiones que para la actuación del Ministerio Fiscal pueda plantear la interpretación y aplicación de la reforma, el llamar la atención inmediata de los señores Fiscales sobre el contenido de las Disposiciones Adicionales Cuarta y Quinta y al Disposición Transitoria Segunda de aquella Ley, en cuanto su cumplimiento obliga a una actuación específica del Ministerio Fiscal.

*Primero:* La Disposición Adicional Cuarta dispone que «cuando mediante denuncia o reclamación del perjudicado se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los artículos 563, párrafo segundo, 586 bis y 600 del Código Penal podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, aunque la cuantía de los daños que reclamen no exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio».

En consecuencia los señores Fiscales, en defensa de los derechos de los ciudadanos, deberán cuidar de que el derecho de comparecencia a «todos los implicados en los mismos hechos que *consideren perjudicados*» que se establece en esa disposición adicional sea reconocido en el procedimiento, apoyando cualquier petición de comparecencia y adoptando en los eventuales recursos que puedan producirse una posición favorable al ejercicio de su derecho y a la petición de tutela judicial de quien se estime perjudicado por el hecho que de origen al procedimiento penal —sea por delito, sea por falta— en que la comparecencia se interese.

*Segundo:* En todas aquellas faltas enumeradas en la Disposición Transitoria Quinta, párrafos primero y segundo (las hasta ahora previstas en los artículos 576, 2.º y 3.º; 577, 3.º, 4.º, 7.º y 8.º; 584, 7.º; 572, 1.º y 578 del CP), que continuarán vigentes con el carácter de infracciones administrativas, Los señores Fiscales, al interesar el archivo de las actuaciones por falta de tipicidad penal de los derechos, pedirán a la vez expresamente la remisión de un testimonio a la Autoridad administrativa competente por razón de la materia, a los efectos de la sanción gubernativa de los hechos.

Igual decisión adoptarán los señores Fiscales respecto a las faltas previstas en el párrafo 3.º de la citada Disposición Adicional Quinta (las de los arts. 568 y 570, 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del CP), que pasan a ser castigadas en los términos del procedimiento sancionador de los artículos 133 y 137 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

*Tercero:* Por último, y lo más importante, la Disposición Transitoria Segunda dispone que «la tramitación de los procesos iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa continuará hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.

Si continuare la tramitación, el Juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Los señores Fiscales instarán y vigilarán con todo celo el cumplimiento de esta Disposición Transitoria. A tal fin, habrá que distinguir:

a) Supuestos en los que el autor no sea conocido, en los que el Fiscal interesará el sobreseimiento provisional del número 2.º del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el archivo, también provisional, del juicio de faltas, en tanto no pueda determinarse el eventual autor de los hechos.

b) Supuesto en que los hechos no puedan ser tipificados como delito o falta, en cuyo caso procede igualmente interesar el sobreseimiento libre del número 2.º del artículo 637 o el provisional del número 1.º del artículo 641, así como, en su caso, el archivo del juicio de faltas.

c) Supuestos en que los hechos, teniendo autor conocido o determinable fueren inicialmente calificados como constitutivos de un delito o de falta, que hayan dejado de ser tal, por lo que proceda solicitar el sobreseimiento libre o retirar la acusación ya formulada. En tal caso, los señores Fiscales, junto con la petición correspondiente al aspecto penal del procedimiento, interesarán expresamente la continuación del proceso hasta su terminación por sentencia a los solos efectos del pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles, salvo que éstas hayan sido renunciadas o el perjudicado se haya reservado su ejercicio en la vía civil correspondiente.

Cuando la iniciativa del sobreseimiento o archivo parta del Juez, el Fiscal, antes de poner el «Visto» correspondiente, comprobará no hallarse ante un supuesto en que, en los términos de la Disposición Transitoria citada, procede continuar el proceso hasta su normal terminación, a efectos de pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, en cuyo caso, desistirá de la resolución judicial, interponiendo el correspondiente recurso.

*Cuarto:* Los señores Fiscales, al cumplir con su deber de velar por el cumplimiento de las ejecutorias, cuidarán con especial celo de que los pronunciamientos sobre responsabilidades civiles y costas, que se declaren al amparo del párrafo 3.º de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 3/1989, se ejecuten con rapidez y efectividad, a fin de que los derechos de los perjudicados se vean satisfechos. A tal fin, en los libros o fichas de ejecutorias que en las Fiscalías se lleven, se establecerá transitoriamente una sección o apartado específico que contemple el supuesto previsto en aquella Disposición Transitoria.

Los señores Fiscales acusarán recibo de esta Instrucción y cuidarán con el mayor celo de su cumplimiento.



## **EL MINISTERIO FISCAL Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

**(Instrucción n.º 5/89, de 17 de julio)**

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y la Ley 38/88 de Demarcación y Planta han diseñado y perfilado el modelo de organización judicial en nuestro país, que servirá para hacer frente al reto del próximo siglo, rompiendo el enorme déficit acumulado durante decenios por una organización judicial estructurada más en función de la presencia de que la eficacia; distribuida con criterios geográficos imperfectos y desequilibrado o infradotada en cuanto al número de sus titulares y sus órganos decisorios, con la consiguiente insuficiencia de los medios personales y económicos puestos a su servicio e inadecuación de las normas de procedimiento por las que se rige.

Si la configuración de los órganos judiciales ha sido diseñada plenamente, no ocurre lo mismo con el Ministerio Fiscal.

La Constitución Española de 1978, ha supuesto un cambio cualitativo en la configuración del Ministerio Fiscal y consecuencia de ello fue la necesidad de aprobar un nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que tuvo lugar mediante la Ley 50/81.

La disposición final primera del Estatuto, facultaba al Gobierno para que dictase, en el plazo de un año, un nuevo Reglamento que desarrollase el Estatuto, y en la disposición final segunda declaraba en vigor, entre tanto no se publicase el nuevo Reglamento, el de 1969, en cuanto no se opusiera a lo dispuesto en el Estatuto. El Real Decreto de 22 de diciembre de 1982, suspende el plazo para dictar el Reglamento señalando otro que comenzará a contarse de nuevo desde el día en que tenga lugar la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Desde la fecha de entrada en vigor del Estatuto de 1981, se han citado otras normas como son, el Real Decreto 473/83, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, el Real Decreto de 9 de febrero de 1983 que regula las categorías la integración de los Fiscales de Distrito y los concursos de provisión de vacantes; y la Ley 5/88, por la que se crea la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y en la que se introducen diversas modificaciones en el texto del Estatuto, tendentes a adecuar la estructura de la institución a la organización judicial diseñada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

Podríamos plantearnos si se debe modificar en su totalidad el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ya que sus preceptos pueden estar algo desfasados, hay normas en el mismo que requieren una aclaración legislativa. Téngase en

cuenta, también, la creciente intervención del Ministerio Fiscal en todos los órdenes del Derecho, así la Ley 21/87 de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de Adopción, o la Ley Orgánica 7/88 de los Juzgados de los Penal y en la que se modifican diversos preceptos de las Leyes que refuerzan la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal.

Lo cierto es, que se modifique o no, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, responsabilidad que corresponde a las Cortes Generales, sin embargo, no es posible seguir funcionando con el Reglamento Orgánico aprobado por Decreto 473/69, de 27 de febrero, norma preconstitucional, que no contempla la realidad del Ministerio Fiscal hoy, y es en muchos supuestos opuesto al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, lo que no crea problemas dado su rango reglamentario, pero sí origina lagunas, que deben ir siendo cubiertas por medio de Circulares e Instrucciones, como ya se hizo con la Instrucción número 1/87, que contemplaba la regulación de las Juntas de Fiscalía, las retiradas de acusación, los extractos, los visados, los informes y expedientes personales, y como se intenta hacer con esta Instrucción que quiere dar unas pautas sobre el funcionamiento de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y otros problemas urgentes.

Precisamente, una de las insuficiencias normativas que se vienen señalando, afecta a la regulación de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y al real alcance de las facultades de sus Jefes y su relación con las Fiscalías de las Audiencias Provinciales del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma. Ello no podía ser de otra manera por cuanto, aprobado nuestro Estatuto Orgánico antes de que existiera un diseño legal de lo que iban a ser los Tribunales Superiores de Justicia, no podía aquél entrar en un detalle que en el futuro chocara con lo que al respecto dispusiera la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sazón sólo en Proyecto. Ello no quiere decir, sin embargo, que en la legalidad vigente, tanto la estatutaria del Ministerio Fiscal, como la Orgánica del Poder Judicial no existan bases suficientes para llegar, a través de una interpretación sistemática y acomodada a la realidad social de nuestro tiempo, a unas conclusiones precisas en orden a cual sea la posición de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia en el organigrama jerárquico del Ministerio Fiscal.

Esa interpretación conduce a entender que los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia constituyen un escalón intermedio entre los Fiscales Jefes de las Audiencias Provinciales y el Fiscal General del Estado, naturalmente, sin merma de las potestades y prerrogativas de éste como Jefe Superior del Ministerio Fiscal y representante del mismo en todo el territorio español (art. 22.2 EOMF), y dentro de las facultades y limitaciones que en desarrollo de los principios de unidad y dependencia establece el Capítulo II del Título II del Estatuto.

A esta conclusión se llega a través del análisis de las siguientes normas:

1.<sup>a</sup> El artículo 70 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial, cuando dispone que «el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquella, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo». Ese carácter de órgano que culmina la organización judicial del territorio de la Comunidad Autónoma, aparece reforzado con las facultades de gobierno sobre todos los órganos y personal judicial del territorio que en el Título III, Capítulo I y los articu-

los 161 y 162 hacen residir en la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia y su Presidente.

Es obvio que, apareciendo constituido el organigrama del Ministerio Fiscal con carácter paralelo al de la organización judicial, aquella construcción piramidal debe trasladarse a la propia relación entre las Fiscalías adscritas a los respectivos órganos jurisdiccionales, viniendo, en consecuencia, a culminar las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia la organización del Ministerio Fiscal el ámbito territorial del mismo, sin perjuicio de las facultades y competencias de la Fiscalía General del Estado.

2.<sup>a</sup> Lo anterior parece venir confirmado por la redacción del artículo 12. Uno del Estatuto Orgánico, en cuanto parece establecer una enumeración de los Organos del Ministerio Fiscal en orden decreciente de categoría y jerarquía, situándose las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia inmediatamente antes de las Audiencias Provinciales y en el puesto que en la organización derogada ocupaban las Audiencias Territoriales, cuyo carácter de superioridad jerárquica sobre las Provinciales ha sido tradicional e indiscutido. Conviene, respecto a esto último recordar que, conforme a la Disposición Transitoria Séptima del Estatuto.—introducida por la Ley 5/1988, de 24 de marzo— las Fiscalías de las Audiencias Territoriales subsistían tan sólo en tanto no desaparecieren dichas Audiencias Territoriales al crearse los Tribunales Superiores de Justicia.

3.<sup>a</sup> En el artículo 22. Tres del Estatuto Orgánico al referirse a los Fiscales de cada órgano dispone que actuarán bajo la dependencia de «sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado», existencia de superiores interpuestos entre el Fiscal General del Estado y los Fiscales Jefes de Provincial, que aparece confirmada en el artículo 27. Uno en el que, al regularse el mecanismo a seguir en caso de una posible discrepancia por razones de legalidad respecto a la orden recibida de su Fiscal Jefe, se contempla la posibilidad de que tal orden proceda de un superior jerárquico, distinto al jefe de la Fiscalía y del Fiscal General del Estado (ver inciso último). Todo ello implica el reconocimiento de superiores jerárquicos intermedios entre los Fiscales Jefes de Provincial y la Fiscalía General del Estado, que no pueden ser otros que los antiguos Jefes de Fiscalías Territoriales y los actuales de los Tribunales Superiores de Justicia.

4.<sup>a</sup> El artículo 88 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 24 de marzo de 1969 —vigente en aquéllo que se oponga al Estatuto, según lo dispuesto en la Disposición Final Segunda del mismo— reconoce expresamente el carácter de los Fiscales de las Audiencias Territoriales como Jefes del Ministerio Fiscal de sus respectivos territorios, carácter que debe entenderse asumien los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia que hoy han sustituido a aquéllos.

5.<sup>a</sup> El mismo hecho de no constituirse Fiscalías de Audiencias Provinciales en las Provincias en que tiene su sede el Tribunal Superior y en las que existe al margen de éste, tal Audiencia Provincial, indica que el Fiscal del Tribunal Superior asume —como antes el de la Audiencia Territorial— todas las funciones del Ministerio Fiscal en el territorio, en virtud de aquella Jefatura que sobre los integrantes del mismo en todo el ámbito territorial ostenta.

6.<sup>a</sup> Se deben, por último, asumir también las conveniencias de una racional organización del Ministerio Fiscal en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Los aspectos concretos de la política criminal y las peculiaridades del componente social de cada territorio han de ser apreciados «in situ» y con una visión global

de cuales deben ser las condiciones de la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la Comunidad. El planteamiento y dirección de esa específica actuación, concurrente con la genérica del Ministerio Fiscal, sólo puede asumirse con términos de eficacia desde una dirección unitaria, congruente con una visión global de los elementos a tener en cuenta, y sólo el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia está en condiciones de poseer todos aquellos datos que permitan diseñar una actuación unitaria del Ministerio Fiscal en el ámbito y para las cuestiones que sean específicas de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Lo anterior aconseja también centralizar en los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia las Memorias que anualmente deben elevar los Fiscales Jefes Provinciales de su territorio, así como el que la Memoria redactada por el Fiscal del Tribunal Superior aborde los problemas de todo el ámbito de su Comunidad.

Llegadas a estas conclusiones, innecesario es decir que los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia pueden y deben ejercer sobre los miembros del Ministerio Fiscal de su territorio, las facultades funcionales y orgánicas que el Capítulo II del Título II del Estatuto Orgánico, y en especial sus artículos 23, 24, párrafo 3.º y 26 inciso último, otorga a los Fiscales Jefes, entre ellas la delegación y designación de un miembro del Ministerio Fiscal de los que de él dependen, para actuar en asuntos determinados ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en los que esté legitimado. Conviene recordar al respecto y para su ampliación analógica, las facultades de delegación que en el orden civil el artículo 103.2 del Reglamento citado concedía a los Fiscales de Audiencia Territorial respecto a la actuación del Ministerio Fiscal en los Juzgados de Primera Instancia de su territorio.

En consecuencia y nombrados los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia, por Real Decreto 400/1989, de 2 de junio, es necesario precisar por medio de esta Instrucción, cual es la competencia que corresponde a tales Fiscales. Por ello, y en tanto no se publique la norma reglamentaria, habrá que entender:

*Primero:* De conformidad con la disposición adicional segunda del Real Decreto 675/89, los Tenientes Fiscales y los Fiscales de las extinguidas Fiscalías de las Audiencias Territoriales, así como los de las Audiencias Provinciales de Santander, Logroño y Murcia han pasado a desempeñar automáticamente sus cargos en las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia.

*Segundo:* Corresponde a las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas intervenir en todos aquellos asuntos de carácter civil, penal, contencioso-administrativo, social, de vigilancia penitenciaria, de menores y de cualquier otro que las disposiciones vigentes atribuyen al Ministerio Fiscal y en el ámbito territorial de éste, así como de *los restantes órganos judiciales existentes en la provincia en que radique la Fiscalía.*

No obstante, los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia podrán delegar en los Fiscales de las Audiencias Provinciales de su territorio, las funciones que les corresponda ante las Salas del Tribunal Superior de Justicia que, conforme al artículo 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tengan su sede en la capital de la provincia a que corresponda dicha Fiscalía Provincial.

Como criterio a seguir, los excelentísimos señores Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia, deberán tener en cuenta que la fluidez del trámite y el mejor servicio aconsejan que esa delegación sea la norma general, sin perjuicio

de reservarse aquellos asuntos que por su trascendencia estimen oportuno sean asmidos por la propia Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia.

*Tercero:* Corresponde a las Fiscalías de las Audiencias Provinciales intervenir en todos aquellos asuntos de carácter civil, penal, contencioso-administrativo, social, de vigilancia penitenciaria, de menores y de cualquiera otros de que conozcan los órganos jurisdiccionales de la Provincia, así como en los que sean competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que extiendan su jurisdicción sólo a la provincia en que radique la Fiscalía, siempre que el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia haya hecho delegación en el de la Provincial de sus funciones ante tales órganos. En las Salas previstas en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 2 de la Ley 381/88, de Demarcación y Planta Judicial, que extienden su jurisdicción a varias provincias, pero no al ámbito de todo el territorio del Tribunal Superior de Justicia, intervendrán en los asuntos de que conozcan las mismas, la Fiscalía en que radique su Sede, siempre que tenga la delegación para ello del Fiscal del Tribunal Superior de Justicia.

*Cuarto:* 1. Para mantener la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal y contribuir a la formación por parte del Fiscal General del Estado de criterios unitarios de actuación, que permitan abordar las peculiaridades de los problemas que se plantean en las Fiscalías, así como para hacer llegar al Gobierno, por intermedio de aquel, las observaciones que estimen oportuno hacer, los titulares de las Fiscalías de ámbito provincial y los de los Tribunales Superiores de Justicia, elevarán anualmente a la Fiscalía General del Estado, antes del 31 de marzo de cada año, una Memoria expresiva de los temas que se establezcan en el número siguiente. A tal efecto, interesarán los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia de los Fiscales de las Audiencias Provinciales de su territorio, que les remitan con la debida antelación la realizada por ellos, para elaborar la Memoria de la Comunidad Autónoma respectiva.

2. Las Memorias comprenderán una parte expositiva y otra estadística, cuyo contenido será fijado mediante Instrucción por el Fiscal General del Estado.

Sin embargo, y aparte de las ampliaciones que puedan establecerse en esas Instrucciones las Memorias tratarán, como contenido mínimo los siguientes capítulos:

a) La actividad del Ministerio Fiscal, con especial atención a los problemas que se hayan presentado y los asuntos graves y de menor complejidad de que se haya debido ocupar la Fiscalía.

b) En las Fiscalías de la Audiencia Nacional, Fiscalía para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, la evolución de la criminalidad en su ámbito territorial, así como las medidas adoptadas o que se estimen de conveniente adopción para la prevención de los delitos.

c) El funcionamiento de los Juzgados y Tribunales ante los que la Fiscalía actue, con análisis, en su caso, de los problemas organizativos que planteen.

d) Las reformas que se estimen más convenientes introducir en las leyes sustantivas, procesales y orgánicas para la mayor eficacia de la justicia.

*Quinto:* El recurso para la unificación de doctrina, previsto en la base trigésimoquinta, de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de abril de 1989, precisa de las siguientes consideraciones:

Este recurso de casación que sustituye al recurso en interés de Ley —con la singularidad de que ha de producir efectos sobre situaciones jurídicas creadas en virtud de la sentencia recurrida— se regulará en el Texto articulado de la futura Ley de Procedimiento Laboral, que habrá de aprobarse en el plazo de un año conforme dispone el artículo 1 de la Ley de Bases.

En tanto se publique ese Texto articulado, si ciertamente no parece oportuno —al desconocerse las formalidades que han de regir ese recurso— impartir instrucciones a las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia, si se estima procedente recordar algunas de las cuestiones relacionadas con el recurso de interés de Ley.

*Medio tempore* —hasta la vigencia de aquel— ha de entenderse que el recurso en interés de Ley, contemplado en los artículos 185 a 187 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, sigue subsistiendo, no obstante haber desaparecido el Tribunal Central con fecha 23 de mayo de 1989. Es cierto que el artículo 185 lo prevé sólo contra las sentencias dictadas por el Tribunal Central, pero no lo es menos que tales sentencias eran pronunciadas en el recurso de suplicación, del que hoy conocen ya las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, de ahí que el único sistema de control jurisprudencial, hasta que entre en vigor el recurso para la unificación de doctrina, lo constituye el recurso en interés de Ley, y es, si bien, transitoriamente, el medio hábil para enjuiciar si la doctrina que emane de las Salas de lo Social es dañina o errónea.

Respecto del recurso de interés de Ley, la Fiscalía General del Estado considera necesario cursar las siguientes instrucciones especialmente dirigidas a los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia y a los de las Audiencias Provinciales en cuya sede exista Sala de lo Social.

1. Deberán interesar que todas las sentencias dictadas en recursos de suplicación por las Salas de lo Social, se le notifiquen, debiendo quedar constancia en la copia de la sentencia de la fecha de notificación. No parece obstáculo el hecho de que el artículo 185 de la Ley de Procedimiento Laboral, establezca que la notificación se haya de efectuar a la Fiscalía del Tribunal Supremo, pues el precepto esta pensado en la previsión de que la sentencia recurrida se dictase por el Tribunal Central, hoy suprimido, y que al poseer competencia nacional, estaba en relación con la Fiscalía del Tribunal Supremo, como órgano natural e inmediato de comunación.

En la actualidad las Salas de lo Social encuentran en la correspondiente Fiscalía, la legal representación del Ministerio Fiscal.

2. Deberán analizar con detenimiento las sentencias dictadas en suplicación por dichas Salas, y si en su contenido apreciaren doctrina dañosa o errónea, a la luz de los criterios plasmados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, deberán remitirlas, bien directamente, o a través de las Fiscalías del Tribunal Superior de Justicia, acompañando escrito con los razonamientos pertinentes, a la Fiscalía General del Estado y ello en el más breve plazo posible, habida cuenta de que el límite para interponer el recurso es de tres meses desde la notificación de la sentencia por aplicación del artículo 186 de la Ley de Procedimiento Laboral.

3. El hecho de que con anterioridad a la sentencia de suplicación, cuya doctrina se entienda dañosa o errónea, se hayan dictado una o varias sentencias del Tribunal Supremo, proclamando la doctrina acertada, no constituye obstáculo

para interponer recurso de interés de Ley, pese a que durante algunos años la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estimase no ser necesario dicho recurso cuando ella ya se había pronunciado sobre el tema, sentado definitivo criterio.

4. Todas las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que se notifiquen a las Fiscalías, deberán ser archivadas en sus oficinas, para el supuesto de que parte interesada se dirigiese a la Fiscalía General del Estado en solicitud de interposición de recurso de interés de Ley, y con objeto de poder recabarlas a dichas Fiscalías para su estudio. Si la parte interesada presentase su solicitud directamente ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, el Fiscal deberá remitir el escrito y la copia de la sentencia impugnada con expresión de la fecha de notificación, a la Fiscalía General del Estado.

Si las sentencias que dicten las Salas de lo Social en los recursos de suplicación, no recogiesen la transcripción de los hechos probados de la sentencia de instancia, el Fiscal deberá interesar se le entreguen simultáneamente a la notificación de la sentencia dictada en suplicación, una certificación de la de instancia, para así obtener un completo conocimiento en orden a la valoración de la doctrina de la Sala.

Encarezco a V.E./V.I. el cumplimiento de la presente instrucción, de la que deberá acusar recibo, así como comunicarla a los señores Fiscales que de V.E./V.I. dependan.