

¿«ATRIBUCIÓN OBJETIVA» EN EL DELITO DOLOSO?^{1(*)}

ARMIN KAUFMANN²

UNIVERSIDAD DE BONN - ALEMANIA

RESUMEN:

El pasado 20 de marzo 1985 falleció ARMIN KAUFMANN, a la edad de sesenta y dos años. Este ha sido su penúltimo trabajo realizado. De lo que pierde, con ello, la Ciencia del Derecho penal puede dar cuenta su especial capacidad para sintetizar, criticar y predecir lo que cabe esperar de los conceptos fundamentales, viejos y nuevos, de nuestra disciplina. Afortunadamente, los discípulos alemanes de Armin Kaufmann: Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee y Diethart Zielinski, tuvieron la feliz idea de regalarle, con motivo de su sexagésimo aniversario, una edición de las

¹ Artículo publicado en Anuario de Derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-30001, Tomo 38, Fasc/Mes 3, 1985, pp. 807-927.

(*) Traducción de Joaquín CUELLO. El original alemán, con el título «*Objektive Zurechnung*» beim Vorsatzdelikt?, ha sido escrito para el Libro-homenaje a Hans-Heinrich JESCHECK.

² Fue jurista alemán y profesor en la *Rheinische Friedrich-Wilhelms-University of Bonn*
orcid.org/0000-0001-6220-949X.

investigaciones realizadas por el maestro a lo largo de más de treinta años (*Strafrechtsdogmatik zwischen Sein and Wert Gesammelte Aufsätze and Vorträge 1982*), lo que ha permitido que vean la luz algunos trabajos que nunca publicó KAUFMANN y que, de no ser por ellos, jamás habríamos podido disfrutar . En castellano han aparecido ya su disertación (*Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, traducción de ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, 1977) y un buen número de artículos de revista y libros-homenajes. Actualmente se están preparando la traducción de su habilitación sobre la Dogmática de la omisión y sendos libros que recogerán, respectivamente, los artículos ya traducidos y los que aún no lo habían sido. (*El traductor*).

PALABRAS CLAVE:

Omisión, atribución, imputación, hechos dolosos, riesgo, causalidad.

ABSTRACT:

On March 20, 1985, ARMIN KAUFMANN died at the age of sixty-two. This has been his penultimate job. What it loses, with it, the Science of Criminal Law can account for its special capacity to synthesize, criticize, and predict what can be expected from the fundamental concepts, old and new, of our discipline. Fortunately, the German disciples of ARMIN KAUFMANN, Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee y Diethart Zielinski, had the happy idea of giving him, on the occasion of his 60th anniversary, an edition of the research carried out by the master over more than thirty years (*Strafrechtsdogmatik zwischen Sein and Wert Gesammelte*

Aufsätze und Vorträge 1982), which has allowed some works to see the light that KAUFMANN never published and that, if it were not for them, we would never have been able to enjoy. His dissertation has already appeared in Spanish (*Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, trad. de ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, 1977) and a good number of magazine articles and tribute books. The translation of his qualification on the Dogmatics of Omission and two books are currently being prepared which will include, respectively, the articles that have already been translated and those that have not yet been translated (*The translator*).

KEYWORDS:

Omission, attribution, imputation, fraudulent acts, risk, causality.

A. CONSIDERACIÓN PREVIA

I. *Doctrinas teleológicas de la imputación*

a) *Imputativitas e imputatio*, estos dos conceptos se los debe el Derecho penal a PUFENDORF. Al menos durante un siglo, hasta el final del pasado, ha dominado la «doctrina de la atribución» en la Ciencia del Derecho penal. La disputa entre los hegelianos sobre las imputaciones y la irrupción del injusto no culpable condujeron al descrédito de los viejos conceptos. En el lenguaje especializado (capacidad de atribución) y en la Ley (parágrafo 16) se han mantenido hasta hoy. De las doctrinas modernas de la atribución, por lo demás, no podemos esperar sin más que vuelvan a las antiguas «imputaciones».

b) Sobre la *teleología* de un sistema o de una doctrina de la atribución se habla en la actualidad con mucha frecuencia. Ello no debe llevar a la falsa conclusión de que la teleología misma sea algo nuevo en el Derecho penal. No conozco ningún concepto de sistema serio en los últimos doscientos años que no haya sido designado como «teleológico», en el sentido de que al Derecho penal le concierne una tarea sobre la cual, o en cuyo marco, haya de desarrollarse la Dogmática. Que así no haya ocurrido casi nunca sin fricciones -al menos si se concebía «*de lege lata*»- es otra cuestión.

Tampoco las metas que vienen en consideración, son tan variadas. A comienzos del siglo XIX se concibieron en su mayoría los posibles «fines de la pena»,

y en parte ya o muy pronto fueron codificados: la doble vía en la Ordenación territorial general de los Estados prusianos, y la prevención general intimidatoria en el Código penal bávaro. La misma «función ético-social» del Derecho penal de WELZEL «el aspecto positivo de la prevención general»³, que solo mucho después -si prescindimos de los antecedentes- surgió como novedad, tiene precursores antiguos. La teleología del concepto es evidente en FEUERBACH o en VON LISZT, como asimismo en STÜBEL o BINDING; no faltando tampoco en otros muchos sistemas.

Con ello, evidentemente, no debe negarse que en los dos últimos siglos se ha dado un paso decisivo tanto en la doctrina sobre los fines de la pena como en la Dogmática, y mucho menos que de los nuevos conceptos pueda esperarse un conocimiento mayor. Solo que la misma teleología no es lo nuevo.

c) De «atribución objetiva» ya se habló hace mucho tiempo ocasional y abiertamente. El uso moderno del concepto hoy, tal como se ha configurado en la «doctrina de la atribución objetiva», conduce -si observo bien- de vuelta a HEGEL, a través de dos líneas de evolución que, sin embargo, no tienen en su filosofía un punto de partida sólido. No obstante, desarrolló LARENZ, desde el pensamiento de HEGEL, una «atribución objetiva» para el Derecho civil⁴. Esta doctrina «finalidad objetiva» fue

³ Sobre esto, Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*. p. 288.

⁴ LARENZ, K. *Hegels Zurechnungslehre and der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

tomada por HONIG⁵ en el Derecho penal, con la clara pretensión de completar la teoría causal de la acción. De ahí ha sido recibida la «atribución objetiva» en la Dogmática como «doctrina moderna de la atribución» (¿o como parte de ella?), sobre todo por ROXIN y RUDOLPHI⁶. La otra línea conduce directamente desde los hegelianos hasta HELMUTH MAYER, quien titula el apartado fundamental de su tipo (objetivo): «La atribución objetiva (*imputatio facti*) o la doctrina de la relación causal»⁷. Esta equiparación entre «atribución objetiva» e «*imputatio facti*» es, por lo demás, muy confusa histórico-dogmáticamente⁸. Por tanto, si en lo sucesivo se designa también a la «atribución objetiva» moderna como «*imputatio obiectiva*», no se hará debido a la antigua dignidad del concepto sino para asegurar la novedad del contenido frente a confusiones.

Una tercera línea, representada por JESCHECK, continúa desarrollando el pensamiento fundamental de la teoría de la adecuación (*vid. infra* III).

⁵ FESTGABE, Frank. p. 174 y ss.

⁶ Véanse las indicaciones de RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 3.º ed., prefacio al § 1, N.º marginal 57; ROXIN, *Grundlagenprobleme*, p. 145 y ss.

⁷ Parte general, 1953, p. 131; GRUNDRISS, 1967, p. 72. H. MAYER está influido por la «doctrina del hecho» de LARENZ y BINDING. Por lo demás, BINDING sólo conoce un típico concepto de atribución, la atribución a título de acción culpable.

⁸ Cfr., p. ej., FEUERBACH, Revisión, I, p. 156; VON BUENOFF (*Handlungsbegriff*, p. 43 y ss.) entiende bajo la «atribución objetiva» en el sentido de HEGEL la atribución a título de acción, es decir, realización final de la voluntad libre (de un capaz de atribución). Esta es la «*imputatio facti*» de la mayoría de los hegelianos; cfr. KÖSTLIN, *System*, § 57.

Si -como ocurre con JAKOBS- se denomina «doctrina de la atribución» a toda la Dogmática de la Parte general, será quizá más exacto designar a la doctrina del tipo objetivo como «atribución objetiva»; frente a la «*imputatio obiectiva*», a desarrollar en lo sucesivo, la terminología es diferente y equívoca⁹. Una confrontación con la concepción de JAKOBS debería recoger algo más de lo que a continuación es posible. Por tanto, de la crítica a la imputación objetiva, cuya fórmula él no ha adoptado en su doctrina de la «responsabilidad por la causalidad» («*Zuständigkeit für die Kausalität*») («*imputativitas obiectiva?*») solo se verá alcanzado JAKOBS marginal o indirectamente.

II. *Premisas y límites de la investigación*

a) La limitación a los hechos *dolosos* resulta posible porque su diferencia típica frente al delito imprudente es reconocida hoy de forma casi general, pese a que por lo que respecta a una supuesta coincidencia en parte del tipo objetivo existen todavía frecuentes representaciones erróneas.

b) Se parte de la doctrina del *tipo* construida en «tres escalones», como se desarrolló desde BINDING hasta WELZEL. Tal como corresponde con la doctrina dominante entre los seguidores de la «atribución objetiva»; aun la inclusión de las causas de justificación en un «tipo total de injusto» no parece influir sobre la problemática. No

⁹ Ver, sobre esto, al mismo JAKOBS, *Parte general*. 7/5.

se considera la distinción entre tipo de delito y tipo de crimen, en el sentido de BINDING, aunque también su relevancia se muestre marginalmente.

c) La *imputatio obiectiva* se ordena a sí misma en el tipo (objetivo). Su afinidad con la *teoría de la acción* -no solo en HONIG y en H. MAYER-, por tanto, puede ser dejada de lado. Su traslado al concepto de acción solo llevaría a una doctrina supratípica¹⁰.

d) No es posible distinguir (tampoco necesario) entre *tentativa* idónea e inidónea. Tal como corresponde a la doctrina absolutamente dominante, llámese teoría subjetiva o teoría de la impresión¹¹. Sin embargo, quien crea poder distinguir según la peligrosidad, se verá llevado probablemente a la consecuencia de que también debe haber tentativas no peligrosas que, sin embargo, producen el resultado, que -en ese caso- no será atribuido. Sobre tales consideraciones no se podrá entrar en lo sucesivo.

III. *La fórmula de la imputatio obiectiva*

La idea fundamental fue formulada tempranamente por JESCHECK: «Bajo atribución objetiva (responsabilidad) debe

¹⁰ Sobre la función del concepto de acción, ver. Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 21 y ss.

¹¹ Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.^a ed., p. 429. Naturalmente que queda intacta la posibilidad de renunciar a la pena si se dan los presupuestos del § 23, 111, StGB. Sobre la terminología, cfr. SCHMIDHÄUSER, *Parte General*, 3.^a ed., 11/21; KOHL, *Juristische Schulung*, 80, p. 506 y s.

entenderse el juicio sobre la cuestión acerca de si un resultado debe ser tenido como el ‘hecho’ de una persona determinada...»¹². «La sustancia del pensamiento de la adecuación reside en que solo la creación de un riesgo jurídicamente desvalorado puede corresponderse con el sentido de la norma de prohibición, no debiéndose atribuir sino resultados en los cuales se realizó este riesgo»¹³. De aquí el desarrollo de la fórmula: «Objetivamente atribuible solo puede serlo un resultado causado mediante una acción humana (en el sentido de la teoría de la equivalencia), cuando la acción ha creado un peligro desvalorado jurídicamente y este peligro se realizó en el resultado típico»¹⁴. Frente a otras descripciones, presenta esta concepción dos ventajas decisivas.

1. Aclara que se ha debido tratar de un resultado típico, respecto al cual plantear la cuestión sobre la atribución.
2. Presupone que existe *causalidad*, en el sentido de la teoría de la equivalencia.

Ambas, sin embargo, son cuestionadas en parte por los defensores de la atribución objetiva, en que esto, a su vez, debe ser un problema de imputación objetiva. Por eso, hay que entrar inmediatamente en la cuestión.

¹² *Lehrbuch*, 2.^a ed., p. 207; de forma muy semejante ya en la 1.^a ed., p. 188.

¹³ *Lehrbuch*, 2.^a ed., p. 213 (= 3.^a ed., p. 229); coincidiendo, sobre todo, RUDOLPHI (SK, 1.^a ed., 1975, prefacio al § 1, N.º marginal 57), y ROXIN (recientemente, en *Klug-Festschrift*, p. 311).

¹⁴ *Lehrbuch*, 3.^a ed., p. 231.

B) LA TIPICIDAD DEL RESULTADO, ¿UN PROBLEMA DE SU ATRIBUCION?

I. *Acortamiento de la vida y disminución del riesgo*

De que se trata es conocido. Los intérpretes de la teoría de la equivalencia tuvieron aquí, a veces, graves dificultades de comprensión, conceptuales; que una doctrina moderna de la atribución quiere presentar mejor. Y, sin embargo, se trata de una simple cuestión de interpretación: «Matar a otro hombre» puede definirse (también) como «acortamiento de la vida» de un hombre. Se trata ya de una interpretación casi trivial, porque aquí la Axiología-excepcionalmente- no permite otra alternativa¹⁵.

Consiste, por tanto, en la determinación genérica, por vía de *interpretación*, de qué es un resultado típico. Solo si se ha producido un resultado típico, en el sentido de la interpretación correcta, puedo preguntar por su «atribución objetiva» (o conformarse -como antes- con la causalidad y el dolo). Formulado de otro modo: Aquí no se trata de la imputación objetiva del resultado, sino de la cuestión de si ya existe un resultado típico; solo si se ha producido el resultado determinado correctamente, puede formularse la siguiente pregunta, la que realmente tiene ante sus ojos la atribución objetiva: si este resultado típico debe atribuírsele al autor.

¹⁵ Cabe plantear la pregunta sobre cómo debe decidirse la -apenas imaginable- coincidencia de la muerte frente al discurrir restante o sólo bajo un pequeño acortamiento de la vida. Pero también estas son consideraciones normativas que afectan a la interpretación del resultado típico y a la doctrina del bien jurídico. Vid., sobre todo esto -todavía decisivamente-, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, pp. 86 y ss., 142 y s.

Que la problemática del acortamiento de la vida no tiene nada que ver con la fórmula de la «imputatio obiectiva» arriba tratada, resulta claro. También la idea de acortamiento del riesgo discurre aquí en el vacío. Decir a quien salva la vida (el cirujano, el guía de montaña, la madre) que ha disminuido el riesgo de muerte, por lo que la muerte posterior del salvado «no le será objetivamente atribuida», sería menos una consideración teleológica que una consideración teológica sobre la mortalidad del hombre.

II. *¿Disminución del riesgo para la salud como defecto de atribución?*

El caso es conocido: A desvía el golpe, que si no habría lesionado gravemente en la cabeza a X, sobre su hombro. Puesto que esta lesión dolosa del hombro ha afectado a la salud de X en una medida (bastante) menor que la, en otro caso, lesión en la cabeza, faltara la «*imputatio obiectiva*» y, con ello, la tipicidad. El caso está pensado de tal manera que el desvío del golpe sobre el hombro es *necesario* para salvar la cabeza de X. De esta forma, la justificación aparece claramente en el fondo, y la problemática se reduce.

Interesante y clarificador sólo lo es el ejemplo si A tuvo la posibilidad de desviar *completamente* el golpe, pero opinó que X debía recibir un escarmiento. Aquí se puede argumentar que la expectativa de salud no fue disminuida sino aumentada. (El parágrafo 323 c -omisión del deber de socorro-, además, vendría aquí en consideración).

Si modifico el caso aún más, de tal forma que el golpe desviado sobre la cabeza habría llevado a la muerte de X, entonces

quizá se podría todavía decir que la vida, es decir, la base de la salud, ha aumentado.

Si modifico todavía más el caso, de tal forma que el golpe no se ha desviado sobre el hombro sino sobre un jarrón muy valioso (siempre a manera de escarmiento), resultara más dificultoso: Pero siempre se podrá considerar que el derecho de propiedad es una emanación de la libertad humana, cuyo bien jurídico, de nuevo, se basa en la existencia del hombre, etc., etc.

Puedo interrumpir aquí; no puedo resolver este caso sino solo ordenar metodológicamente los esfuerzos de solución: Se trata de la doctrina del bien jurídico que, a su vez, constituye el fundamento para determinar correctamente el *resultado típico*, p. ej., en el sentido de los parágrafos 223 (lesiones) y 303 (daños). Lo que aquí es más difícil que en el acortamiento de la vida del párrafo anterior. El resultado, sin embargo, permanecerá inalterado: Solo cuando se haya obtenido, mediante la interpretación, la tipicidad del resultado, puede surgir la cuestión, completamente distinta, sobre cuándo el resultado producido típicamente puede serle «atribuido» al autor.

C. ¿LA ATRIBUCIÓN OBJETIVA COMO SUSTITUTIVO DE LA CAUSALIDAD?

Algunos defensores de la «*imputatio obiectiva*» dan la impresión de que las reflexiones sobre la atribución hayan ocupado ya el lugar del nexo causal. Puesto que para su desarrollo y estado de la discusión no hay espacio, deberá resolverse la problemática de mano de dos casos.

I. *¿Procesos causales hipotéticos (?) en el delito doloso de acción?*

El médico da a su paciente, que sufre una enfermedad infecciosa, un medicamento (en otro caso ineficaz) cuyos efectos secundarios, conocidos por el médico, consisten -en el 50 por 100 de los casos- en hacer disminuir sensiblemente las fuerzas defensivas del cuerpo. Tras la muerte del paciente, no se puede constatar que la enfermedad, también sin el medicamento, hubiese llevado a la muerte, porque en lo fundamental no se puede hacer ninguna consideración sobre la «respuesta» a este medicamento.

La prognosis subjetivo-anterior de un hombre *ex-ante*, como la prognosis objetivo-posterior del juez, conducen -se presente la diferencia entre ambos como se quiera- al mismo resultado, que el suministro del medicamento significaba un «aumento del riesgo» considerable. Ahora bien, en tanto que queda sin resolver si ha tenido realmente eficacia, no podrá constatarse nexo causal alguno. (Por lo demás, «*in dubio pro reo*», es decir, tentativa).

El resultado se corresponde, si observo bien, con la que todavía es doctrina dominante. Y es de resaltar que los peritos consultados deberán intentar «reconstruir» (es decir, ponerse en ello) el transcurso de la enfermedad sin el medicamento.

II. *Procesos causales hipotéticos en el delito (cuasi-) doloso de omisión*

El médico A, que desea la muerte de su paciente (P), quien sufre una grave infección, omite proporcionarle un medicamento que -como también A sabe- aumenta, en un 50 por 100 de los

casos, las defensas y actúa manteniendo la vida. También aquí, aclaran los informes que no puede constatarse si el medicamento, en el caso de P, habría actuado manteniéndole la vida o, incluso, solo alargándosela. Aquellos reflejan además que, según el estado de la Ciencia, resulta imposible constatar genéricamente si un determinado paciente «respondería» a este medicamento, a no ser que se le suministre y se observe su eficacia.

Que la conexión aquí cuestionada -en el delito de omisión- se designe como «cuasi-causalidad» o de otra forma, puede dejarse de lado. Hasta hace poco, había unanimidad sobre la aplicabilidad -como ya hizo el Tribunal del Reich en anteriores aplicaciones del principio de la inversión- de la fórmula de la teoría de la condición, invirtiendo sus caracteres: En lugar de «dejar de pensar algo», se coloca el «pensar algo»; aquí, el medicamento. Si el examen del hipotético transcurrir no lleva a resultado alguno, la suerte estará echada de parte de A.

Ciertamente puede decirse aquí que la acción omitida habría disminuido el peligro para la vida¹⁶, y además en un 50 por 100. Pero, de una parte, el pensamiento del aumento del riesgo sirve, en el lugar de su procedencia dogmática -el delito de comisión imprudente-, solo para la elección entre los casos de causalidad demostrada; de otra, la distinción entre la falta de clarificación del discurrir hipotético principal y situacional no es realizable. Pero, sobre todo: El caso de la omisión resulta imposible resolverlo de forma distinta al caso de la comisión. Mientras que el Derecho material distinga, también en el delito de omisión, entre tentativa y consumación, exigirá el Derecho

¹⁶ STRATENWERTH, *Parte general*, 3.ª ed., N.º marginal 1028; RUDOLPHI; S. K. prefacio al § 13, N.º marginal 16.

formal que se respete el hecho de que la consumación no ha sido constatada¹⁷.

D. LA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LA ATRIBUCIÓN

I. *La fórmula como elemento general del tipo*

Para los tipos de prohibición estructurados simplemente de los parágrafos 212 (homicidio) y 223 (lesiones), sobre los que gira fundamentalmente la discusión, habría que exigir en el tipo objetivo: a) la producción del resultado típico; b) la causalidad como «elemento general» de todos los tipos (ENGISCH); c) la atribución objetiva, en el sentido de la formula anterior. Que su aplicación, entonces, aparece también como exigencia general, «elemento general del tipo», está claro. Atribución objetiva significa, en ese caso, que la causación del resultado típico no realiza todavía el tipo, sino junto con la concurrencia de los criterios de la «imputatio obiectiva».

Según la formula, tres cosas deben quedar constatadas positivamente: 1. La acción del actor -antes de la producción del resultado- ha «creado un peligro», 2. Este peligro debe estar «desvalorado jurídicamente», 3. Precisamente «este peligro» debe haberse realizado en el resultado típico. Por tanto, de los dos elementos típicos (producción del resultado y causación) resultan cinco.

¹⁷ Coincidiendo: JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.^a ed. p. 503; JAKOBS, *Parte general*, 20/20 (con consideraciones sobre el estado de la discusión).

Pero esta es solo la menor objeción. Más grave resulta que esta fórmula lleva grabada en la frente su procedencia del delito imprudente. Allí contempla ella don conjuntos de problemas; de una parte, la infracción del cuidado objetivo debido en el tráfico, es decir, la genuina problemática de la construcción del tipo en el delito imprudente; y, después, el círculo de problemas al que, desde ENGISCH, nos habíamos acostumbrado a designar como «conexión de antijuricidad» entre la lesión del cuidado y la producción del resultado. ¿Deben trasladarse estos conjuntos de problemas desde el delito imprudente al tipo del delito doloso? ¿Es ello siquiera posible? La valoración como «jurídicamente desaprobada» va en el tipo objetivo especialmente, ¿es conciliable con que solo de la realización total del tipo resulta una valoración que -por hablar con M. E. MAYER- «indicia» la antijuricidad? (Por eso se comprende que STRATENWERTH¹⁸ traslade esta valoración al escalón de la antijuricidad).

Tras todo lo cual, persiste la duda de si se hace justicia a la «pretensión» de la «imputatio» objetiva cuando se le considera elemento general del tipo objetivo. Y esto, sobre todo, si se piensa en cómo lo objetivamente atribuido, por su parte, haya de atribuirse al dolo; un problema sobre el que solo se ha comenzado a reflexionar¹⁹. ¿Qué ocurre, por último, con delitos en los que no existe el paralelo delito imprudente de resultado, p ej., falsedades o estafa?

¹⁸ Parte general, 3.ª ed., N.º marginal 230.

¹⁹ Ver WOLTER, *Objektive and personale Zurechnung*, 1981, pp. 350 y ss. especialmente p. 354; aplicación directa de los § 16 y 17.

II. *La subsunción*

Puede ser clarificador si intentamos aplicar el tipo objetivo del párrafo 212 completándolo con la fórmula anterior. En un caso concreto, habría bastado hasta ahora, para la afirmación del tipo objetivo, que el autor T haya disparado su pistola y X haya fallecido debido a la lesión ocasionada con el disparo. Son necesarias, sin embargo, ulteriores informaciones y valoraciones para constatar los tres elementos típicos incorporados al tipo objetivo mediante la fórmula.

1. La creación del peligro puede afirmarse en todo caso, sin más, si se considera suficiente la causación eficaz de la muerte. Pero, como es sabido, esto resulta muy discutido y ampliamente rechazado, al menos en nuestro caso; el concepto de peligro desarrollado por HORN, falsamente denominado por otros «científico-natural, solo pretende tener validez para los delitos de peligro concreto, y aun para estos de *«lege lata»*. Se trata -desde la mayoría de las posiciones- de la prognosis de un «juzgador objetivo», cuyas propiedades tomamos de la retorta de nuestra Ciencia. (Los ingredientes de saber «nomológico» y conocimiento «ontológico» o capacidad de conocer que introducimos en esta retorta se determinan conforme a lo que esperamos como resultados «justos» o «representativos» para la valoración). Construyamos el caso de tal forma que T, al sacar la pistola, la dirija hacia X, en cuyo caso habría que afirmar la «creación del peligro», conforme a cualquier construcción de nuestro *homunculus* (por lo demás, solo si el juzgador -¡o T!- conocía la presencia de X). Esta problemática de la prognosis no necesita ser profundizada aquí. La

normatividad encubierta -independientemente de que el concepto de peligro se contenga ya en el texto legal o se introduzca en el mediante la interpretación- hace del concepto de peligro un peligro para la determinación del tipo.

2. Afirmar la desvalorización jurídica de este peligro es algo inmediato; y, sin embargo, la manipulación con una pistola cargada en dirección a un hombre vale *«per se»* como *«contraria a cuidado»*. (¡Con ello, la tipicidad, en el sentido de un delito imprudente, se convierte explícitamente en elemento típico del delito doloso!). De forma distinta respecto a la «desvalorización jurídica» parecería si el disparo procede de una pistola que ya está siendo disparada y X, de forma irregular, se introduce en la trayectoria del disparo. (¡Lo que, a su vez, es distinto si T hubiese sabido esto antes de sacar la pistola!).

3. El tercer elemento típico por añadir, al tipo objetivo del delito doloso, según la fórmula de la atribución objetiva, es la realización precisamente de este peligro, que resulta jurídicamente desvalorado, en la producción del resultado típico. Supongamos, por tanto, que nuestro X murió en el Hospital. Entonces, como es sabido, habrá que construir, aunque sigamos caminos discutidos, si en la no evitación de la muerte han jugado su papel un error técnico craso o pequeño, la ausencia de un médico anestesista o solo una anestesia defectuosa, la mayor o normal resistencia constitucional frente a los antibióticos, etcétera, etcétera. Todo esto lo debe valorar también el «observador objetivo», en este caso alguien que ya conocemos por el juicio de adecuación. Si él,

por lo que respecta a sus conocimientos y capacidades, es tan completo como el juzgador de peligros arriba configurado, no puedo decidirlo. En cualquier caso, también este *homunculus* debe proporcionar un juicio normativo en el que, según antiguo uso, se incluye el saber del actor (¡Pero solo el adecuado!) para, también aquí, «evitar resultados injustos»; con lo que se descubre claramente la normatividad de esta valoración.

Se muestra, por tanto, que, en todos estos elementos, que han sido desarrollados desde la fórmula de la «*imputatio obiectiva*», resulta claramente imprescindible el saber del actor como fundamento de la valoración; así, ya para la «creación del peligro» v, sobre todo, para la «desvaloración jurídica» que, de otra forma, más que sin ella, se volatizaría. Si el autor, descuidadamente, pensando que el arma está asegurada, o si, intencionalmente, ha realizado el disparo, o conocía la proximidad de X, pero creyó alcanzar antes el blanco, o si utilizó la oportunidad de acabar con X, más todavía: si sabía algo sobre el estado del Hospital todo esto no es solo esencial sino decisivo para la cuestión sobre si se puede hablar de un entendimiento correcto de aquella fórmula de la «creación de un peligro jurídicamente desvalorado» y de la realización, precisamente, de este peligro²⁰.

III. *El papel decisivo del dolo*

a) Ahora estamos ante el núcleo del problema, delimitar el tipo del delito doloso mediante la imputación

²⁰ Acertadamente resalta WESSELS (13.^a ed., § 6, 11, 3) que la comprobación de la atribución objetiva puede fallar generalmente.

objetiva: A la luz del dolo, se funde la completa problemática como la nieve de abril en el Sol. Existen dos alternativas:

1. O bien el dolo -según las reglas generales- abarca la causación del resultado típico, incluidos aquellos momentos fácticos que pueden dar motivo para reflexionar en el sentido de la atribución objetiva ; en cuyo caso, la problemática, por así decirlo, se resuelve por sí misma: La acción es precisamente «peligrosa» porque es medio conocido (y eficaz) para realizar este resultado; y, además, es la producción del resultado típico precisamente la realización del abarcado por el plan del actor con el medio «peligroso» para su consecución. La «desvaloración jurídica» resulta por sí misma, puesto que con la dolosidad de la realización del tipo objetivo existe ya toda la tipicidad, en el sentido del parágrafo 212. El dolo no puede incluir sin más la «desvalorización jurídica» de la acción «creadora de peligro» abarcada por el dolo, si no se quiere tirar por la borda la distinción con el conocimiento de la antijuricidad. Ciertamente que hoy, en el marco de las doctrinas modernas de la atribución, se base, a veces, del conocimiento de la antijuricidad parte del dolo, deviniendo con ello el conocimiento de la antijuricidad su presupuesto. Pero, con este lapsus no se pretende ni el abandono consciente del injusto no culpable ni una vuelta a la Dogmática de los hegelianos.

2. La segunda alternativa es que, precisamente, lo que falta es el dolo. también, entonces, toda la especulación anterior, dentro del tipo objetivo, sobre si existe «*imputatio obiectiva*», sería ya superflua de una forma lastimosa.

Contra esta conclusión provisional, que decide la ausencia o presencia del dolo y que, por lo demás, no lleva a considerar los criterios de la imputación objetiva, caben objeciones.

b. La primera objeción consiste en que las alternativas acabadas de ponderar -presencia o ausencia del dolo- no son tales. ¿No existe todavía una tercera posibilidad?, ¿la del desvío causal representado (incluido el «*dolus generalis*»), donde la aplicación del juicio de adecuación -inherente a la atribución objetiva- se plantea frecuentemente desde hace tiempo, y ha llegado a set lugar común? No sorprende, por ello, que la doctrina de la atribución objetiva haya creído encontrar en este ámbito un punto solido de apoyo²¹.

Ciertamente que entramos con esta diferencia entre proceso real y representado en un terreno conocido desde hace tiempo, aunque realmente resbaladizo. Ello hace necesario -precisamente en conexión con nuestro asunto- algunas consideraciones previas:

1. No se trata ahora de aquellos desvíos donde el autor, por su falta de conocimiento causal preciso,

²¹ Ver, sobre todo, WOLTER, *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 89. p. 649 y ss.

desconoció la clase exacta de efecto del medio empleado -el efecto del veneno o el funcionamiento de la pistola que se dispara- o el preciso momento y las circunstancias concomitantes de producción de la muerte, sino de aquellos casos en los que solo con la ayuda del juicio de adecuación u otra forma de valoración, también normativa en última instancia, resulta la «atribución a título de dolo»²².

2. Sin clarificar parece la cuestión acerca de por qué esta constelación puede ser abarcada como delito doloso consumado, pese a que «realmente» interviene la regla de «no atribución» conforme al parágrafo 16 («Quien, al realizar el hecho, desconoce alguna circunstancia perteneciente al tipo legal, no actúa dolosamente»).

3. Debería estar claro que aquí se trata de una ampliación del ámbito del delito consumado. La atribución objetiva persigue, precisamente en el tipo objetivo, una limitación que -consecuentemente debe alcanzar también a la tentativa.

²² Así se manifiesta HERZBERG (en ZStW 85, p. 884; de forma, por lo demás, limitativa, ahora, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, pp. 369 y ss., 374) «en la delimitación del dolo sin restricciones», «que un concreto acontecimiento imprevisto no puede ser dolosamente ejecutado» («solución de la tentativa»). Partiendo del punto objetivo («solución de la consumación»), plantea WOLTER (ZStW 89, p. 650), en «la concepción dogmáticamente moderna», la «cuestión directriz»: «¿Con que amplitud se pueden atribuir objetivamente al autor procesos causales puestos en marcha por él también como dolosamente ejecutados, si su dolo no los alcanzó ya precisamente?».

4. La fundamentación para incluir los casos de desvío adecuadamente causado reside y depende de la ponderación de si el autor poseía sin más el dolo total, este ha llegado hasta la tentativa acabada y, por ello, al menos no contradice a la justicia si solo con el resultado adecuadamente producido es castigado como corresponde a este²³.

Ya de estas indicaciones resulta:

1. La problemática de los casos de desvío no puede resolverse «*in toto*» «ya» en el tipo objetivo mediante la «atribución objetiva»²⁴. Pues la valoración, aquí, si se quiere mantener la dirección seguida hasta ahora para su solución, debe conectar con aquello que el autor, dolosamente, ha realizado de hecho, es decir, con el plan del hecho. En lugar de la supuesta simplificación resulta, por tanto, una complicación.: Primero, se debe atribuir «objetivamente» en el tipo objetivo: después, se debe atribuir algo «subjetivamente» (?) al dolo (¡existente!) en la parte subjetiva del tipo, para lo cual -como muestran JESCHECK y JAKOBS- los principios de la atribución objetiva habrán de aplicarse como corresponden.

²³ Cfr. , sobre esto, NOLL, ZSfW 77. p. 5.

²⁴ JESCHECK. *Lehrbuch*, 3.^a ed., pp. 250 y s., especialmente nota 74 a. Coincidiendo, en parte, JAKOBS, *Parte general*, 8/64 y ss. (especialmente 65 y 67).

2. Una objeción contra el resultado actual -papel decisivo del dolo- no surge de los casos de desvío. Pero la doctrina de la atribución objetiva ha redescubierto en este ámbito otro problema: Si tranquilamente partimos del caso común (?), de que la aplicación de los criterios de imputación conduciría al mismo resultado en el tipo objetivo y en el tipo subjetivo, o sea, la atribución al tipo objetivo y al dolo. Así: tras el disparo, la muerte se ha producido a consecuencia de una infección en el hospital. En el dolo se constata que el autor nunca pensó en el hospital, sino sólo que el disparo produce inmediatamente la muerte de la víctima. ¿Por qué no exijo ahora realmente que el dolo alcance al fundamento (fáctico) de la atribución objetiva? Esta es la pregunta fundamental que para la doctrina de la atribución objetiva se plantea más agudamente que hasta ahora²⁵.

Una punición por consumación, aunque el dolo no abarca precisamente esta forma de consumación, necesita una fundamentación en el Derecho penal de la culpabilidad. Esta justificación solo puede encontrarse en la ponderación ya reproducida de que -a causa de la, en cualquier caso existente, tentativa acabada- la totalidad del dolo y de la culpabilidad existen sin más. Esta fundamentación decae para la inclusión de los casos de desvío irrelevante si se piensa que en los casos de producción del resultado

²⁵ *Vid. supra* y en relación con 1a nota sobre HERBERG.

existe una culpabilidad más grave, en cualidad y cantidad. Esta es, sin embargo, exagerando en parte polémicamente, la concepción que hoy domina por completo. Para este punto de vista, debe extrañar -dicho suavemente- que el acontecimiento decisivo para la cantidad de culpabilidad en el delito doloso -la producción del resultado- solo sea atribuida al hecho, al dolo y a la culpabilidad por vía de una consideración normativo-objetiva, cuyos criterios para ello todavía discute la doctrina.

Si, conforme a esta concepción, la total culpabilidad depende necesariamente de la producción real del resultado concreto, deberá dirigirse, consecuentemente, el dolo también a la producción de este resultado; es decir, más allá del parágrafo 16, no está permitida la inclusión de procesos fácticos, de tal forma que habría de seguirse la «solución de la tentativa».

Distinto es desde el punto de vista según el cual ya con la tentativa acabada (el antiguo «*delictum perfectum*») se da la total culpabilidad por dolo; este pensamiento era ya dominante -frecuentemente de forma tácita- con anterioridad²⁶. Y no tiene ningún problema en

²⁶ Así, p. ej., RADBRUCH, *Vergleichende Darstellung, Parte general*, t. II (1908), p. 227; ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 331; KADECKA, *Monatsschrift für Kriminologie*, 1931, pp. 65 y ss., 67 y ss.; WELZEL, *Parte general*, 1.º ed., 1940, p. 93; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen*

los casos de desvío. Este puede defender tanto la «solución de la tentativa» como la «solución de la consumación»; en definitiva, se trata entonces solo de establecer un haz de procesos causales desviados con sentido (quizá también «racionalmente final») que puede darse con el juicio de adecuación²⁷.

3. Si se sigue la «solución de la consumación», y se aplica al proceso causal desviado del plan del autor el criterio de la

Strafrecht, 1942, pp. 19 y 42; SEUFFERT, *Ein neues StrGB für Deutschland*, 1902, pp. 53 y s.; cfr. también, MERKEL, *Lehrbuch*, 1.ª ed., 1889, pp. 125 y s.; DOHNA, *ZStW*, 32, pp. 337 y s.; HOLD VON FERNECK, *ZStW* 32, pp. 256 y s.; FRANK, *VD PG*, t. V (1908), pp. 225 y s.

²⁷ Este es también, p. ej., el punto de partida de WOLTER para desarrollar su doctrina de la atribución objetiva (*Objektive and personale Zurechnung*, pp. 26 y ss., especialmente p. 27). En las conclusiones de WOLTER (pp. 356 y ss.) esto ya no resulta sin más claro. Sin embargo, ni la misma aguda discusión con el tachado de «subjetivista» ZIELINSKI puede ocultar que WOLTER comparte con él la misma posición de partida. Todo resulta oscurecido en WOLTER en cuanto que después se desarrolla un concepto de culpabilidad teleológico-general-preventivo.

Precursor, no obstante, fue SCHMIDHÄUSER, para quien «*da lesión de la exigencia de respeto que surge del bien jurídico*», es decir, la tentativa, constituye la total medida del injusto y la culpabilidad, mientras «*da producción de un resultado nocivo*» «*en cambio solo resulta significativa bajo el punto de vista de lo merecedor de pena*»; con ello, en la concepción de SCHMIDHÄUSER, incluye lo «*merecedor de pena*» la cuestión de la necesidad de pena y, con ello, consideraciones teleológicas ajenas a la culpabilidad (*Parte general*, 1.º ed., 8/pp. 89 y ss.; cfr. 2.ª ed., 8/pp. 79 y ss.). Si SCHMIDHÄUSER habla ahora también de «*atribución objetiva*» en conexión con la producción del resultado así entendida, entonces no le alcanza la crítica a la «*imputatio obiectiva*».

adecuación causal, queda por resolver la cuestión dogmática sobre cómo se ha de clasificar este criterio. La respuesta la dio ENGISCH hace más de cincuenta años²⁸: La inclusión en el tipo de error queda descartada; de no ser así, la representación del autor debería referirse al proceso causal no representado. Lo que queda es una «condición objetiva de punibilidad», que puede permanecer en el tipo de crimen («*Verbrechenstatbestand*») (en el sentido de BINDING). En cualquier caso, se ha de insertar detrás del dolo, pues su desvío del mismo es precisamente el objetivo de la valoración. Esto significa: La problemática puede y debe, como hasta ahora, permanecer agregada al dolo.

Con ello, está decidida la problemática del desvío: Este no tiene nada que ver con la doctrina de la imputación objetiva ni con su fórmula²⁹.

²⁸ ENGISCH. *Untersuchungen*. p. 80.

²⁹ La «solución de la consumación» no puede ser fundamentada desde ningún punto de vista en los siguientes casos: El autor desconoce que ya en el estadio de la preparación, o durante el tiempo de la tentativa inacabada, ha desencadenado la causación de la producción del resultado (perseguido). Si no se ha llegado a una tentativa acabada en correspondencia con el plan del hecho, sólo viene en consideración una punición por tentativa (inacabada) que, en su caso, decaerá por el desistimiento. Así, JAKOBS, *Parte general*, 8/p. 76; HRUSCHKA, *Parte general*. p. 34; SCHROEDER. *Leipziger Kommentar*, § 16, N.º marginal 34. El precursor fue Horst SCHRÖDER, mediante la solución de que el desistimiento del autor conduce a la impunidad a través del distanciamiento del plan (JuS 1962. p. 82).

c) Una segunda objeción contra el papel dominante del dolo podría llevar a considerar necesaria la inclusión del conocimiento del autor en la atribución objetiva. A los dos juzgadores objetivos, que deben valorar de una parte el peligro y de otra la realización de este peligro, precisamente, en el resultado, se les deberá imputar el conocimiento del autor; lo que, de esta forma, se decide ya aquí, y no en el dolo.

Prescindiendo por completo de que en este punto la discusión es muy grande, no sirve en absoluto esta contabilidad. Pero, sobre todo: Entonces, al menos toda la componente intelectual del dolo debería desplazarse al tipo objetivo. Con ello no se puede dar por satisfecha. Si se hubiera de producir una construcción dogmática clara para ordenar los elementos del delito, habría que trasladar todo el dolo. En última instancia, y para evitar cualquier fricción, debería aparecer el dolo en el primer puesto.

Contra tal construcción, como ocurre en la tentativa, no hay en puridad objeción alguna. Ahora bien, ¿se habría ganado algo con ello? Claramente no; el papel dominante del dolo sólo resultaría confirmado, ahora también externamente. De esta forma, podemos continuar, por su practicabilidad y tradición, comenzando con la comprobación que nos es familiar del tipo objetivo, además sin intentar allí una imputación objetiva.

IV. *¿Aplicación de la fórmula al hecho doloso?*

Los problemas de la determinación del resultado típico, del «aumento del riesgo» como sustitutivo de la causalidad y el desvío del proceso causal representado, han sido excluidos definitivamente del ámbito de la imputación objetiva. Sin embargo, en favor de la «doctrina moderna de la imputación», queda por considerar si podría ser puesta en relación con el hecho doloso total.

¿Se podría aplicar quizá la fórmula a la causación dolosa del resultado, es decir, prescindiendo de la fórmula, a la acción típica en el sentido del párrafo 212? La respuesta debe desarrollarse partiendo del siguiente caso:

a) A pone a su mujer en un autobús «en marcha» hacia la casa de vacaciones que tienen en el Sur, donde ya espera la botella con el brandy envenenado a su degustadora. Si A sabía todo esto, es claro el resultado de la subsunción. Y ello, aunque el riesgo del viaje en autobús creado por A, con toda seguridad, no es uno «jurídicamente desvalorado» (y no se ha realizado en el resultado). El caso muestra que mediante una única y la misma acción pueden crearse varios resultados típicos equiparables. Que entonces, por así decirlo, decide el dolo, resulta evidente. De otra parte, sin embargo, muestra el caso que algo no funciona con la concepción de nuestra fórmula: La cuestión sobre si la creación dolosa de un peligro de envenenamiento resulta «jurídicamente desvalorada» es superflua, porque ya está respondida por el tipo del párrafo 212. Por contra, podría ser mucho más acertado preguntar, exactamente al

contrario, si la creación de un peligro excepcionalmente no está desvalorado; lo que se muestra con la siguiente valoración de nuestro caso: Si A, que no sabe nada sobre el brandy envenenado, solo hubiera pensado que su mujer moriría mediante un accidente del autobús, entonces si es acertado preguntar si la creación de este riesgo no deberá ser valorado como jurídicamente no desvalorado (como permitido, como adecuado socialmente).

De esta forma, se puede resolver ahora, en la subsunción, el intrincado problema ya tratado sobre de donde debe derivarse, en el tipo objetivo de un delito doloso, la «desvalorización jurídica» de una acción: No se trata de esta en absoluto sino («excepcionalmente») de la «aprobación jurídica» de riesgos (realizados dolosamente). Y, sin embargo, se circunscribe el ámbito de aplicación de la formula -incluso aunque se relacione con 1: producción dolosa del resultado- a un grupo de casos que solo afecta a pocos delitos. Se trata, por lo demás, de un auténtico problema del tipo; ¡Por eso afecta también a la tentativa!

b) Pero, también en este grupo de casos debe comprobarse si el dolo «interviene», en la medida en que estos casos se resuelven con la doctrina del dolo: Si A convence a su mujer para que realice el viaje en autobús, sabiendo que sus frenos no funcionan, entonces existe ciertamente dolo, pero -y esto no se discute- no un caso de riesgo «aprobado jurídicamente». Si, por contra, contra su esperanza solo en los riesgos generales del tráfico, habrá que negar ya los presupuestos mínimos del dolo; así FRANK, al que siguen BOCKELMANN y H. J. HIRSCH,

«si la representación de la posibilidad es una simplemente general, es decir, si se basa en que con acciones de este tipo puede producirse un determinado resultado (muerte en un viaje automovilístico)»³⁰. WELZEL³¹ niega la voluntad de realización; ENGISCH, a quien he seguido, exige que debe «realizarse psicológicamente un juicio objetivo de adecuación»³². también JESCHECK rechaza en tales casos «por falta de dominio del proceso causal una acción dolosa de homicidio»³³.

Así, parece que ya la teoría del dolo proporciona la solución correcta. Sin embargo, de la misma forma que la nieve de abril no se evapora totalmente por el Sol sino que una parte penetra en el suelo, fundida en agua, quedan aquí constelaciones que todavía no se resuelven con la doctrina del dolo:

³⁰ FRANK. *Strafgesetzbuch*, 18.º ed., § 59, anotaciones V y IX; HIRSCH, L.K., 9.º ed., prefacio al § 51, N.º marginal 25; BOCKELMANN, Parte general. § 14, IV, 2, a.

³¹ *Strafrecht*, 11.º ed., p. 66.

³² Armin KAUFMANN, *ZStW*, 70, p. 81 (*Strafrechtsdogmatik*, pp. 73 y s.). ENGISCH (*Untersuchungen*, pp. 200; 157 y ss.) piensa aquí en la «adecuación en sentido amplio» (en contraposición con la más arriba tratada, en relación con los casos de desvío, adecuación en sentido estricto; ver p. 80). Se debe coincidir con él también en que esta delimitación del dolo es «un resultado de puntos de vista valorativos» (*Untersuchungen*, p. 167; cfr. también SCHRÖDER-LENCKNER, *StGB*, prefacio al § 12, N.º marginal 40). Naturalmente que esta valoración no tiene nada que ver con la valoración positiva del riesgo.

³³ *Lehrbuch*, 3.ª ed., p. 231.

E. EL ACTUAR ARRIESGADO PERMITIDO

I. Si el automovilista K inicia el adelantamiento de una motocicleta y de otro automóvil, podrá reconocer el peligro de que el motociclista X «de pronto» -sin cerciorarse y sin avisarlo a tiempo- inicie, por su parte, el adelantamiento. La posibilidad del accidente mortal de X, que K se representa, no es tan «general» o tan «ajena» como para que no pueda bastar para el dolo; máxime si K sabe que durante el adelantamiento no tendrá ya más influencia sobre los acontecimientos³⁴.

Pese a la estimación, en lo principal, del dolo en el sentido del parágrafo 212 (incluso intencionalidad puede haber), no existe, sin embargo, duda alguna sobre el resultado de la valoración, independientemente de que se eche mano del «riesgo permitido» de BINDING, de la «relevancia» en el sentido de MEZGER v BLEI, de la «adecuación social» de WELZEL, del «principio de la confianza» o de la «moderna doctrina de la atribución»; incluso la más exacta fijación dogmática, como exclusión de la tipicidad, podría prevalecer hoy. (De otra forma recae la valoración si K reconoce muestras de que X quiere adelantar)³⁵.

³⁴ Cfr. sobre esto y sobre todo el apartado: STRATENWERTH, *Parte general*, 3.º ed., N.º marginal 337 y ss., especialmente 346; JAKOBS, *Parte general*, 7/p 39 y ss.; PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, 1974, pp. 194 y ss.

³⁵ Seguramente que ROXIN va demasiado lejos con la formulación (*Klug- Festschrift*, p. 305): «La causación del resultado muerte que se produce con la participación en el tráfico moderno no es una acción homicida en el sentido del parágrafo 212 y ss., cualquiera que haya sido la

II. Era, por ello, importante que ROXIN haya confrontado su concepto de atribución con el pensamiento de WELZEL sobre la adecuación social e, indirectamente, con otros intentos de solución. Aquél critica el concepto de adecuación social, entre otras cosas, por ser un «criterio manipulable, convertido en cláusula general», que «puede emplearse para las finalidades más variadas»³⁶. Casi todavía más aguda ha sido la crítica sobrevenida del discípulo de WELZEL, H. J. HIRSCH³⁷. No tengo reparos en darle la razón, sobre todo por el desarrollo que el empleo del concepto ha encontrado incluso fuera del Derecho penal. Acertadamente, afirma ROXIN, «resumiendo», «que el principio de la adecuación social persigue una meta correcta si se le usa para delimitar el tipo a comportamientos típicos delictivos, generalmente prohibidos»³⁸. también WELZEL³⁹ entendió la adecuación social como «principio general de la interpretación». Por ello, es correcto el camino iniciado por HIRSCH, seguido también por ROXIN, de considerar el pensamiento de la adecuación social mediante la interpretación de los tipos particulares y, al mismo tiempo, resolverla⁴⁰.

voluntad del causante». ¡Aquí deberían conducir a una formulación más exacta los «métodos más exactos de delimitación de la tipicidad» que la moderna doctrina de la atribución cree tener a su disposición!

³⁶ ROXIN. *Klug-Fest*, pp. 305 y 310.

³⁷ LK, 9.º ed., prefacio al § 51, N.º. marginal 22.

³⁸ *Klug-Fest*. p. 310.

³⁹ *Strafrecht*. 11.ª ed., p. 58.

⁴⁰ HIRSCH, *ZStW*, 74, pp. 87 y ss., LK, 9.ª ed., prefacio al § 51, N.º marginal 22; ROXIN, *Klug-Festschrift*, pp. 312 y s. La orientación de ROXIN hacia «el ámbito de protección del tipo afectado» coloca, por lo demás, en el lugar del pensamiento de la adecuación social,

También nosotros, con nuestras reflexiones, nos encontramos dentro de la Parte especial, es decir, en el tipo del parágrafo 212 (o del parágrafo 223). Cuando ROXIN quiere explicar, mediante la aplicación de la fórmula de la «*imputatio obiectiva*», el antiguo y conocido caso del sobrino que convence a su acaudalado do para que viaje en tren, dado que la «doctrina moderna de la atribución» posibilita «en tales casos reglas mucho más exactas sobre delimitación de la responsabilidad», no puede satisfacer todavía. Mas interesante sería la modificación: El padrastro que acaba de saber casualmente que el vigilante de la próxima estación esta embriagado, coloca rápidamente a su ahijado de dote años en el tren accidentado. La conclusión -no exclusión de la tipicidad- supone para la formula no solo las conocidas dificultades respecto a la inclusión del conocimiento, decisivo, del autor; aquí se trata de la procedencia de los criterios de valoración que hacen aparecer al conductor del automóvil que adelanta con dolo de matar actuando de forma no típica, y sí en cambio al padrastro.

Estos criterios, sin embargo, no resultan todavía de los conceptos de «irrelevancia jurídica» (ROXIN) o de «adecuación social» (WELZEL), de no prohibición o autorización. No se aprecia una mayor exactitud. En cualquier caso, el empleo -ciertamente no nuevo- del concepto «riesgo» sirve mejor para marcar estas pocas constelaciones de casos en el delito doloso⁴¹.

un concepto que, por su parte, vuelve a estar muy necesitado de contenido.

⁴¹ Que el riesgo no prohibido, delimitativo de la tipicidad, pueda

También aquí se trata de «corregir la tipicidad» en los tipos particulares (¿«riesgo permitido» en el falso testimonio?). También aquí es imprescindible la doctrina del bien jurídico.

F. CONCLUSIÓN METODOLÓGICA

I. *Parte general y Parte especial*

a) A la Parte general pertenecen, genuinamente, solo dos de los problemas que han sido abarcados por la doctrina de la imputación objetiva: la causalidad y el desvío irrelevante del proceso causal representado.

1. Como ha reconocido JESCHECK, el «*nexus*» causal permanece sin modificar; ha de ser concebido en el sentido de la teoría de la condición, rectamente entendida. La atribución objetiva (aumento del riesgo) no puede sustituirla.

2. La polémica sobre la inclusión de los casos de desvío en la atribución objetiva tiene

ser incluido en el tipo del § 212 (o en el del 223) como «*elemento objetivo normativo concebido negativamente*» o deba configurarse como una «*descripción de la acción contraria*» (Armin KAUFMANN, *Klug-Festschrift*, pp. 28 y s. -ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1984, pp. 9 y s.) puede dejarse ahora de lado; en cualquier caso, se trata de una «*reducción teleológica*» del tipo en el sentido de ROXIN (*Klug-Festschrift*, p. 312).

el mérito de haber vuelto a destacar el antiguo parecer de ENGISCH: Quien -como la llamada «solución de la consumación»- incluye los procesos causales desviados del plan del actor en el ámbito de la consumación dolosa, puede hacerlo mediante el añadido de una condición objetiva de punibilidad; esto es irreprochable (caso de que no resulte contradictorio, inmanentemente, al sistema). Con ello, no se ha decidido todavía sobre la adecuada medida de la extensión.

Esta inclusión del desvío adecuado no puede resultar ordenada en el tipo objetivo, ni siquiera como condición objetiva de punibilidad, sino que debe -como hasta ahora- permanecer añadida al dolo.

b. Todos los demás problemas y casos pertenecen a la Parte especial. Las investigaciones de los grupos particulares de casos aclaran que, dentro de la «*imputatio obiectiva*», existe una tendencia al desplazamiento del concepto más allá de sus fronteras: Introducido con la finalidad de predecir de forma más inmediata y mejor que la teoría de la equivalencia el nexo entre el resultado y el actor, podemos decir que se convierte en nexo doloso; transformándose en un conjunto de problemas interpretativos de diversa clase, que residen en terrenos totalmente distintos. Lo que resulta adecuado a los resultados típicos debe ser correcto para otros elementos del tipo. Y, desde el punto de partida de muchos defensores de la «*imputatio obiectiva*» -los delitos imprudentes de resultado- de hecho, consiste la

tarea en obtener los criterios de la tipicidad no contenidos en la ley. Por este camino no hay ningún límite. Al final de la doctrina moderna de la atribución, así entendida, desaparecerían no solo los «principios de interpretación» de la tipicidad, sino los mismos tipos.

Esta no es, por cierto, la meta de la atribución objetiva. Sin embargo, su afinidad con la Parte especial no es nueva, y sale claramente a la luz. RUDOLPHI⁴² ha insistido expresamente en que se trata de problemas de la Parte especial. No obstante, de ahí deben extraerse consecuencias metodológicas. La teoría de la relevancia (MEZGER, BLEI) remitió desde el principio a los tipos en especial.

Prescindiendo de la causalidad, alcanza ahora también esta problemática a la atribución objetiva tal como la entiende JAKOBS: Para el «riesgo permitido» ya se ha evidenciado; habrá que cuestionar de delito doloso en delito doloso si es, sin más, relevante, y caso de serlo, de qué forma. Lo propio vale para el consentimiento excluyente de la tipicidad, cuyos criterios han de desarrollarse desde la peculiaridad del tipo en cuestión. También las posiciones de garante son, en los delitos de omisión, un problema de la Parte especial que, solo por las razones conocidas, de historia dogmática y legislativa, deben ser tratadas en la Parte general. La transferencia de la doctrina de la garantía al delito de comisión no introduce modificación alguna en esto. La sugestiva

⁴² SK, 38.^a ed., prefacio al § 1, N.º marginal 62; de forma semejante ROXIN. *Klug-Festchrift*, p. 312.

frase de que «nadie puede ocuparse de todo»⁴³ no es, con toda seguridad, tampoco en la concepción de JAKOBS, un principio general. Ya en el ámbito de las omisiones, habría que oponerle que todo accidente si es cosa de cualquiera, v en el ámbito de la prohibición de matar vale plenamente: A todo aquel que mata dolosamente si le importa su víctima algo. Brevemente, en todo esto la cuestión es si no se trata solo de un problema de interpretación del tipo considerado.

Con la «atribución objetiva» solo se desemboca en la Parte general si permite mostrar estructuras generales sobre las que la normatividad se puede «consolidar».

II. *¿Criterios de interpretación?*

¿Qué queda de la imputación objetiva? Un «*nexus*» especial entre el resultado típico y el autor, que pudiese designarse como «atribución objetiva», no es posible. Lo que queda es un conjunto de topoi, útil para la interpretación de este tipo o aquel, a veces para grupos de tipos.

Parece que el destino histórico de las cosas es el de avanzar en esta dirección. H. MAYER ha llamado, justamente, la atención sobre el hecho de que la doctrina del hecho de BINDING no fue otra cosa sino el intento de desarrollar una doctrina de la atribución objetiva. Persiguiendo tal finalidad en la Parte general, fracaso BINDING; y, sin embargo, reside aquí la razón de la elaboración magistral de BINDING de la Parte especial, cuya vitalidad hemos de agradecer.

⁴³ JAKOBS, *ZStW*, 89, p. 30.

También WELZEL fracasó en el intento pasajero de elevar la doctrina de la adecuación social a causa de justificación general, por vía consuetudinaria. Su doctrina, convertida por él mismo, dando marcha atrás, en «principio de interpretación» para la delimitación de los tipos de la Parte especial, resulta todavía hoy imprescindible.

No sería lo peor que los períodos de la imputación objetiva acabaran en tal fructificación de la Parte especial.