

Cursos causales irregulares y delitos calificados por el resultado

Luis Emilio Rojas A.
Universidad de Chile

Sumario

A partir de una recopilación de casos selectos de la jurisprudencia chilena, que bien pueden agruparse bajo las etiquetas de los «cursos causales irregulares» y de los «delitos calificados por el resultado», el presente trabajo regresa al origen del concepto de causalidad adecuada, categoría formulada, a fines del siglo XIX, por el fisiólogo y filósofo Johannes von Kries con el objeto de aproximarse al deslinde entre responsabilidad y acaso. En este largo trayecto, además de recuperar el principio de los ámbitos de juego acuñado por von Kries, el paper rescata la distinción entre dos filtros sucesivos de adecuación –uno relativo a la conducta del agente y otro concerniente al vínculo causal–, que surgieron al calor de la discusión que los juristas de la época sostuvieron en torno a esos grupos de casos y que, por diversas circunstancias, los fundadores de la teoría de la imputación objetiva perdieron por completo de vista. Sobre la base de esa distinción, el paper cierra con una propuesta de solución también diferenciada de ambos grupos de casos.

Abstract

Based on a compilation of selected cases from Chilean jurisprudence, which can be grouped under the labels of «irregular causal courses» and «result-qualified crimes», this paper returns to the origin of the concept of adequate causation, a category formulated in the late 19th century by the physiologist and philosopher Johannes von Kries, with the aim of approaching the boundary between liability and chance. Along this extended trajectory, in addition to recovering von Kries' principle of the «play of ranges», the paper revives the distinction between two successive adequacy filters –one related to the agent's conduct and the other concerning the causal link. These filters emerged amid the debates held by jurists of the time around these groups of cases and were, for various reasons, entirely overlooked by the founders of the theory of objective imputation. On the basis of this distinction, the paper concludes by proposing a differentiated solution for each of the two groups of cases.

Zusammenfassung

Ausgehend von einer Zusammenstellung ausgewählter Fälle aus der chilenischen Rechtsprechung, die sich unter den Begriffen «abenteurliche Kausalverläufe» und «erfolgsqualifizierte Delikte» einordnen lassen, kehrt der vorliegende Beitrag zum Ursprung des Konzepts der adäquaten Kausalität zurück, einer Kategorie, die Ende des 19. Jahrhunderts von dem Physiologen und Philosophen Johannes von Kries formuliert wurde, um sich der Abgrenzung zwischen Haftung und Zufall anzunähern. Auf diesem langen Weg wird nicht nur das von Kries geprägte Prinzip der Spielräume wiedergewonnen, sondern auch die Unterscheidung zwischen zwei aufeinanderfolgenden Adäquanzfiltern – einem, der sich auf das Verhalten des Handelnden bezieht, und einem, der den Kausalzusammenhang betrifft –, die in der lebhaften Diskussion der damaligen Juristen um diese Fallgruppen entstanden ist und die die Begründer der Theorie der objektiven Zurechnung aus verschiedenen Gründen völlig aus dem Blick verloren haben. Auf der Grundlage dieser Unterscheidung schließt der Beitrag mit einem Vorschlag für eine differenzierte Lösung beider Konstellationen.

Title: Irregular causal courses and crimes qualified by the result
Titel: Abenteurliche Kausalverläufe und erfolgsqualifizierte Delikte

-
Palabras clave: causalidad adecuada, responsabilidad, azar

Keywords: *adequate causation, liability, chance*

Stichwörter: *adäquate Kausalität, Verantwortung, Zufall*

-
DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.08

Recepción
03/01/2025

Aceptación
10/04/2025

Índice

- 1. Introducción: el «parecido de familia» de dos grupos de casos diversos**
- 2. El grupo de casos de los «cursos causales irregulares»: ubicado en el borde externo de la responsabilidad por culpa**
 - 2.1. El «caso de la ampolleta»
 - 2.2. El caso del «militar hemofílico»
 - 2.3. El caso del «abrazo de huasos»
 - 2.4. Síntesis y comentario general
- 3. Casos ventilados por la jurisprudencia bajo algunas normas de sanción agravada por el resultado**
 - 3.1. Un «caso terrible» de abandono de niño con resultado de muerte
 - 3.2. Un caso de incendio calificado por el resultado de muerte, históricamente premonitorio y previo a la reforma legal pertinente
 - 3.3. Jurisprudencia selecta sobre el delito de manejo en estado de ebriedad, calificado por el resultado de muerte o lesiones graves
 - 3.4. Comentario general a modo de cierre de la «parte casuística»
- 4. La formulación de la teoría de la causalidad adecuada para el deslinde entre responsabilidad y acaso**
 - 4.1. Síntesis del concepto de causalidad en John Stuart Mill
 - 4.2. Formulación del concepto de causalidad adecuada por obra de Johannes von Kries: filósofo de la indeterminación
- 5. El paulatino proceso de reformulación conceptual de la causalidad adecuada en los términos de la «imputación objetiva»**
 - 5.1. Recepción de la así llamada teoría de la causalidad adecuada en el umbral del siglo XX: demasiada indeterminación para la mente de juristas
 - 5.2. El proceso de desglose interno de la adecuación y la paulatina diferenciación de perspectivas ex ante y ex post
 - 5.3. Excuso: la inflexión filosófica de Larenz y el nacimiento del concepto de «imputación objetiva»
 - 5.4. El desglose de la adecuación como elemento y su recodificación en los términos de la «imputación objetiva»
 - 5.5. Comentario general a modo de cierre de la «sección histórico-dogmática»
- 6. Propuesta de solución diferenciada para cada grupo de casos y generalización de criterios**
 - 6.1. El elemento del riesgo relevante, ex ante, para la delimitación de la responsabilidad en el grupo de casos de los «cursos causales irregulares»
 - 6.2. La relación de riesgo, constatada ex post, como criterio único de delimitación de la responsabilidad por los delitos calificados por el resultado
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

«(...) y las causas lo fueron cercando, cotidianas, invisibles, y el azar se le iba enredando, poderoso, invencible (...).»

Causas y azares, *Silvio Rodríguez*

1. Introducción: el «parecido de familia» de dos grupos de casos diversos*

En su formulación originaria, el principio de culpabilidad abriga la pretensión de impedir la aplicación de una pena sin que exista al menos culpa en la persona del agente –*nulla poena sine culpa*. A la luz de este principio básico del Derecho penal, tanto la doctrina como la jurisprudencia han ventilado tradicionalmente una serie de casos que se ubican en los confines de la responsabilidad jurídica. No solamente, pero los casos que resultan altamente problemáticos bajo ese baremo son aquellos que suelen discutirse con la nomenclatura de los «cursos causales irregulares», que se llaman así porque la conducta del agente da origen a una conexión tan *singular* de las circunstancias concomitantes que se produce un resultado difícilmente previsible para cualquiera en su lugar¹. Asimismo, en nuestra tradición jurídica, desde la memoria de grado de ARMANDO URIBE (1957)², tanto doctrina como jurisprudencia tildan a los delitos calificados por el resultado como una categoría legislativa incompatible con dicho principio, a pesar de que suponen la concurrencia no sólo de culpa sino incluso de dolo en la realización del tipo base³.

Pues bien, asumiendo que plantean un problema similar a la luz del principio de culpabilidad, que bien podría graficarse con la imagen del poderoso e invencible azar que enreda al agente, el presente trabajo ofrece no obstante un contraste entre ambos grupos de casos, que a su vez justifica la aplicación diferenciada de criterios limitadores de la responsabilidad por el resultado. De ahí que este se divida en cinco partes o secciones. En el segundo y tercer acápite, la parte casuística, se exponen algunos casos extraídos de la jurisprudencia nacional y luego se identifican los criterios usados por ésta para abordar los problemas que plantean. Además de invocar el principio de culpabilidad y, por ende, el concepto de culpa o imprudencia como límite, alguna jurisprudencia todavía recurre a la antigua idea de la causalidad adecuada y la más reciente derechamente aplica diversos criterios de imputación objetiva, sin que resulte para nada claro cómo estos se relacionan sistemáticamente entre sí⁴. Pero, construir sistemas no es tarea de la jurisprudencia, sino que precisamente de la ciencia del Derecho penal, de la doctrina. Es por eso que, en la cuarta parte del trabajo, se vuelve al momento originario de formulación del concepto de causalidad adecuada, a fines del siglo XIX, por obra de ese científico y filósofo que

* Autor de contacto: Dr. iur. Luis Emilio Rojas A. (lrojas@derecho.uchile.cl). El presente trabajo fue escrito en el marco del proyecto Fondecyt núm. 1211369 sobre «Causalidad e imputación objetiva en los delitos calificados por el resultado: hacia una solución diferenciada»; el autor expresa sus agradecimientos al Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez por haberle permitido la exposición de un primer esbozo del trabajo en el seminario permanente de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra; asimismo, agradece al Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich por los comentarios, por cierto críticos, formulados a un borrador aún incompleto del artículo; por último, el autor agradece a Daiane Ayumi Kassada, flamante doctora por la Universidade de São Paulo, por la revisión final del texto. Si se me permite el gesto, dedico el presente *paper* a mi querida e inoclaudicable madre, Bernardita Aguirre Valdivieso.

¹ Cfr., en general, GIMBERNAT ORDEIG, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, 2011, pp. 19 ss.

² URIBE, *De los delitos calificados por el resultado*, 1957, pp. 41 ss.

³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2^a ed., 2007, pp. 188 ss., 244 ss.

⁴ Según TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (39-1), 1986, pp. 38 ss., existe una relación dialéctica entre causalidad, adecuación e imputación objetiva.

fue Johannes VON KRIES. En la quinta sección, que es propiamente histórico-dogmática, se expone el largo proceso de reformulación de dicho concepto en los términos de la teoría de la adecuación, que luego se replantearía en clave de imputación objetiva; el trabajo cierra con una propuesta de solución diferenciada para cada grupo de casos, de lege lata, en el sexto acápite.

2. El grupo de casos de los «cursos causales irregulares»: ubicado en el borde externo de la responsabilidad por culpa

2.1. El «caso de la ampolla»

El primer caso que se trae a colación es uno bien antiguo, fallado por la Corte Suprema el 31 de agosto de 1953, y que probablemente hoy se ventilaría a título de femicidio. Se trataba de un sujeto que, luego de una disputa verbal con su mujer, motivada por el retiro de una ampolla que alumbraba el comedor diario, le había arrojado a ésta un vaso –de 12 centímetros de largo por 7 de diámetro– a una distancia de tres o cuatro metros desde el lugar donde él se encontraba, vaso que la golpeó en la sien derecha, ocasionándose así, tres horas después, la muerte de la víctima. El informe de autopsia arrojó como conclusión que el impacto se produjo en la sien derecha, zona frágil por constitución anatómica, y que el cráneo tenía «paredes de grosor menor que lo corriente», de modo que «la lesión no era necesariamente mortal». Pues bien, ante el castigo a título de parricidio, elevado por el tribunal de instancia y confirmado por la Corte de Apelaciones, la Suprema aborda la cuestión de si hubo dolo o culpa, concibiendo el primero en los términos de «un acto consciente en el que existe un nexo causal entre el querer o deseo y el resultado que se propone el sujeto activo de la infracción punitiva»⁵, elemento que, considerando una serie de factores sociológicos –el oficio de zapatero del sujeto– y psicológicos, pero también por las circunstancias del caso –v.gr., el medio empleado, el estado de embriaguez del reo, la distancia, la herida en la sien derecha y el grosor de la pared craneana de la mujer–, termina por descartar⁶. Respecto de la culpa, la Corte Suprema sostiene que su requisito esencial es la previsibilidad y luego la define como «un acto voluntario, en el que hay falta de previsión del efecto dañino y posibilidad de preverlo»⁷. Pues bien, en el caso concreto, la Excma. Corte afirma que, innegablemente, la conducta del sujeto «se halla encuadrada en el hecho culpable o imprudencia temeraria»:

«Porque, en primer lugar, no previó el efecto que aquí fue la muerte de la persona protegida por el Derecho Penal; y en seguida, porque *pudo aquél preverlo si no hubiera sido negligente, descuidado o imprudente*»⁸.

La Corte Suprema se inclina por la calificación del hecho a título de culpa con base en un argumento circular, cuya formulación queda a la vista: la *culpa* se define por la posibilidad de prever el efecto dañino y esta posibilidad concurre porque el sujeto fue negligente, descuidado o imprudente, es decir, porque hay *culpa*⁹.

⁵ CS, 31.08.1953, RDJyGT, t. L, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 139-144, considerando 4°.

⁶ CS, 31.08.1953, RDJyGT, t. L, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 139-144, considerando 7°.

⁷ CS, 31.08.1953, RDJyGT, t. L, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 139-144, considerando 5°.

⁸ CS, 31.08.1953, RDJyGT, t. L, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 139-144, considerando 6° (destacado en el presente texto).

⁹ Crítico también BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, 1995, p. 44 nota 29.

2.2. El caso del «militar hemofílico»

En un caso de características muy similares al precedente, la Corte Marcial –12.05.1955– emprendió el mismo análisis, pero llegó a una conclusión diversa. Se trataba esta vez de un caso en que dos sujetos se habían trenzado a golpes y, en ese contexto, uno le había pegado una bofetada en la boca del otro, provocándole una lesión en el labio inferior, lesión que a su turno le causó la muerte. En el informe de autopsia se concluyó que la lesión sufrida por la víctima no era «necesariamente mortal, a no mediar la complicación de su enfermedad hemofílica», pudiendo estimarse que en un individuo normal habría revestido el carácter de leve. La Corte sostiene, en primer término, que existió relación de causalidad y que, físicamente, el golpe recibido por la víctima, de parte del reo, «tuvo intrínsecamente el poder de producir la muerte y de por sí fue apto para conseguir ese resultado», es decir, «en el terreno meramente objetivo y de simple dependencia física, la acción del reo fue de suyo capaz de producir el proceso que originó la muerte (...)»¹⁰. En cuanto a la enfermedad hemofílica que sufría la víctima, la Corte Marcial afirma que esta «no puede calificarse lógicamente sino como una condición *sine qua non* del resultado (...)»¹¹, pero que la pregunta es si es dable atribuir «responsabilidad en el resultado en referencia», lo que se reduce a determinar la existencia del dolo o culpa por parte del reo, en su sentido más genérico¹².

En este orden de consideraciones, la Corte Marcial concluye que el sujeto no tuvo la intención de causar el resultado y, debido al desconocimiento de la enfermedad de la víctima, no tuvo conciencia de que su acto debía producirlo necesariamente¹³. Además, a diferencia de la Corte Suprema en el caso precedente, la Corte Marcial afirma que tampoco hay un «cuasidelito» o delito culposo, ya que no es dable dar por acreditada la concurrencia de culpa pues la esencia de esta radica esencialmente en la previsibilidad del resultado no deseado que, aunque el sujeto no lo había previsto, «podía y debía haberlo previsto»¹⁴.

En definitiva, y en ausencia tanto de homicidio doloso como de homicidio imprudente, la Corte Marcial estima que los hechos, no obstante, son constitutivos del delito de lesiones leves –art. 494 núm. 5 CP¹⁵.

2.3. El caso del «abrazo de huasos»

A modo de corolario, no puede dejar de mencionarse la sentencia de la Corte Suprema –24.10.1963–, redactada por Rafael Fontecilla, y que recayó en un caso bien peculiar, que rememora los casos de homicidio *casual* ocurrido en el contexto de los «juegos de monjes medievales», ventilados por los canonistas hace ocho siglos, pero en una versión secularizada¹⁶. El suceso ocurrió en la noche del 8 de marzo de 1959, en un restaurante de la comuna de Santa Cruz, lugar donde un sujeto, que portaba una pistola, fue sorpresivamente abrazado por otro, momento en el cual ambos cayeron al suelo, occasionándose así un disparo que hirió al segundo

¹⁰ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 2º y 3º.

¹¹ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 2º y 3º.

¹² CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 4º.

¹³ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 6º.

¹⁴ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 7º.

¹⁵ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 8º.

¹⁶ Cfr. QUINTANA/ROJAS, «Aproximación a la responsabilidad estricta en el Derecho penal chileno: una reinterpretación del art. 71 en relación con el art. 10 N.º 8 del Código Penal chileno», en OLIVER CALDERÓN/MAYER LUX/VERA VEGA (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Collao*, 2023, pp. 463 ss.

en la cabeza, con la consecuencia posterior de la muerte. El tribunal de instancia, si bien había reconocido que se trataba de un hecho *casual*, puesto que era obvio que el sujeto no había estado en situación de prever el abrazo y la posterior caída, le había no obstante atribuido carácter delictivo al hecho, en atención a la circunstancia de que el sujeto que fue abrazado por el otro tenía al arma en la mano y había percutido antes un disparo al aire. La Excmra. Corte, además de advertir que esta última circunstancia no fue establecida como un hecho de la causa, moteja al fallo de instancia incurrir en una inconsistencia y, citando a JIMÉNEZ DE ASÚA acerca del concepto de culpa, basado en la previsibilidad, sostiene que el reo no puede ser imputable por el resultado no previsto, aunque su conducta inicial (la tenencia del arma) haya sido ilícita. Tras el disparo al aire, la relación causal se interrumpió por el abrazo que causó la caída, un hecho que el reo no pudo prever¹⁷. Por ese motivo, la Corte Suprema moteja la sentencia del tribunal de instancia por aplicar la teoría anacrónica basada en el axioma latino «*qui in re illicita versatur, tenetur etiam*», que establece que la práctica de cualquier acto ilícito implica responsabilidad por todas las consecuencias, sean previstas o no, lo que obligaría a responder incluso por el caso fortuito¹⁸.

Con cita de ALIMENA, la Excmra. Corte declara superado tal axioma en el derecho penal moderno, que por el contrario se inspira en «el principio de que no puede haber responsabilidad sin culpabilidad», y afirma que la «verdadera doctrina» se halla recogida en los artículos 1º y 2º CP, «al hacer imputable sólo el hecho voluntario (dolo) y el hecho culposo (cuasidelito)¹⁹. Respecto del «principio de la inseparabilidad de la causa y del efecto, unidos por el nexo causal», que fue invocado por el tribunal de instancia, en términos tales de que «si es culpable o imprudente el disparo, no puede faltarle el mismo carácter a su consecuencia, que es la herida o el daño causado (...)»²⁰, advierte la Excmra. Corte «el error de determinar la responsabilidad sólo en atención al nexo causal, con prescindencia, en absoluto, de la previsibilidad (...),» paso argumentativo que le conduce a sostener que con la comprobación de la causalidad no se resuelve «el problema de la responsabilidad». En este caso, el disparo al aire ocurrió de forma imprevista debido a una nueva cadena causal, que comenzó con el abrazo, el enredo de las espuelas, la caída al suelo, etc. Aunque haya un nexo causal entre mantener el arma en la mano y el resultado del disparo, este no es suficiente para determinar la responsabilidad porque el resultado no se podía prever²¹.

Así, la sentencia concluye con la decisión de absolución, con lo cual la Corte Suprema reafirma su compromiso con el principio de culpabilidad. Metodológicamente, la aplicación de este principio se traduce en la exigencia de agregar al nexo de causalidad la comprobación del carácter imprudente no solo de la acción del sujeto, sino que además del resultado mismo.

2.4. Síntesis y comentario general

Como fluye de la exposición, en los tres casos el agente crea con su acción, desde una perspectiva *ex ante*, un riesgo más bien bajo para la persona del otro. En la faz objetiva, no obstante, por la constitución especial o por el «arrebato» de la víctima, la acción desplegada por el agente ocasiona un resultado más grave, como es la muerte de ésta, constatado *ex post*. En la faz subjetiva, este suceso más grave, de alguna manera, «toma por sorpresa» al agente, de tal modo que no es posible, por cierto, afirmar el dolo y sólo queda en pie una eventual imputación a título

¹⁷ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 19.

¹⁸ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 20.

¹⁹ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 21.

²⁰ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 22.

²¹ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 23.

culposo. Se trata de casos, entonces, que se ubican en la frontera de la responsabilidad por culpa o imprudencia.

3. Casos ventilados por la jurisprudencia bajo algunas normas de sanción agravada por el resultado

3.1. Un «caso terrible» de abandono de niño con resultado de muerte

La Corte de Apelaciones de San Miguel –17.08.2012– tuvo que pronunciarse acerca del caso de una mujer que había estado fumando en la casa donde se encontraba su hijo de casi tres años de edad, y donde ella había dejado un cigarrillo sin apagar, para luego dirigirse a otro lugar a divertirse. Aparentemente, fue el cigarrillo todavía encendido el que provocó un incendio del lugar y con este la muerte del niño. El tribunal de juicio oral en lo penal de Puente Alto condenó a la mujer a título del delito de abandono de niño menor de 7 años, en lugar no solitario, con la doble agravación derivada de su calidad de madre y del resultado de muerte del niño –artículos 347 y 348 CP. Ante el recurso interpuesto por la defensa, la Corte de San Miguel aclara que la sentencia concluyó que la acusada «incrementó el riesgo» al fumar en el interior de la vivienda donde se encontraba el menor y luego ausentarse por una hora y media sin verificar su estado, antes de trasladarse a un lugar distante. Se le atribuye no haber evitado un desenlace fatal, ya que bastaba con asegurarse de las condiciones del menor y del entorno antes de asistir al evento recreativo. Este acto de abandono derivó en la muerte, satisfaciendo los elementos del tipo penal previsto en el art. 348 CP, lo que fundamenta su imputación como autora del delito²². Así, la Corte confirmó la responsabilidad penal de la acusada a título de abandono del hijo con resultado de muerte.

3.2. Un caso de incendio calificado por el resultado de muerte, históricamente premonitorio y previo a la reforma legal pertinente

A la Corte Suprema –20.12.2018– le tocó pronunciarse acerca del caso de un grupo de sujetos que, en el contexto de una manifestación política ocurrida en un día feriado, el 21 de mayo de 2016, había procedido a dañar el portal de una farmacia, ubicaba en el primer piso de un edificio de tres niveles y cuya puerta se encontraba cerrada, para luego arrojar un artefacto incendiario –tipo «bomba molotov»– en su interior, ocasionándose así un incendio en el edificio. Arriba de la farmacia se ubicaba una dependencia de la Municipalidad de Valparaíso, en cuyo interior se encontraba una persona que, entonces, resultó muerta a consecuencia del incendio. Varios sujetos fueron condenados por el Tribunal de juicio oral en lo penal de Valparaíso a título del delito de incendio calificado por el resultado de muerte, según la norma de sanción cualificada del art. 474 inciso 1 del CP, en coautoría. Frente a las alegaciones de las partes en torno a la imprevisibilidad del resultado de muerte y respecto de las exigencias de imputación objetiva, el tribunal de instancia se hizo cargo de ellas, de manera ordenada, sosteniendo que, por las circunstancias concomitantes a la acción, sí concurría previsibilidad *ex ante* del resultado de muerte de alguna persona que pudiere encontrarse al interior del edificio y que, respecto de aquel suceso, se exigía al menos culpa sin representación, la que también concurría, a juicio del tribunal²³. Luego de abordar el tipo subjetivo del presente delito doloso de resultado, el tribunal

²² Corte de Apelaciones de San Miguel, 17.08.2012, Rol 945-2012 RPP, considerando 8º.

²³ TJOP Valpo., 7.07.2018, RIT N. 162-2018, considerando 62º, que luego la CS, 20.12.2018, Rol N. 16.687-2018, considerando 53º, hizo suyo para rechazar el recurso de nulidad.

de instancia reafirmó que en el caso concurría el requisito de la previsibilidad, que se traduce en que «la aptitud causal entre la conducta y el resultado concreto resulte *adecuada* realizando un juicio de apreciación *ex ante*»²⁴.

La Corte Suprema, por su parte, hizo suya, en lo sustantivo, la argumentación del tribunal de instancia, para luego rechazar los recursos de nulidad deducidos por las partes²⁵, decisión que fue acordada con el voto disidente del entonces ministro Carlos Künsemüller. Su argumentación en contra es muy sugerente, por la carga conceptual que trae consigo: *i)* la doctrina nacional coincide en que la previsibilidad de la presencia de alguien en el lugar del incendio implica, al menos, culpa, refiriéndose a la culpabilidad por la infracción del deber de cuidado en ausencia de dolo, lo que excluye la calificación del delito por el resultado; *ii)* la *previsibilidad* del daño para personas *específicas* presentes en el lugar del incendio está *normativamente* vinculada a la previsibilidad de su presencia, siendo indispensable que la víctima sea alguien expuesto al peligro generado y no un tercero cuya presencia el agente no podía prever; y *iii)* el deber de cuidado debe limitarse a los resultados objetivamente previsibles y *efectivamente* producidos, según el criterio de un hombre prudente y razonable²⁶.

Solamente en la medida en que se reconozca la estructura del art. 474, incisos 1 y 2, como una norma de sanción cualificada por el resultado más grave, es posible comprender el esfuerzo argumentativo desplegado en el voto disidente del fallo de la Corte Suprema. Como se vio, éste se dirige, bajo la premisa de la vigencia del principio de culpabilidad, a ofrecer una interpretación aún más restrictiva, en comparación con la del voto de mayoría, de la cláusula de previsibilidad expresamente inserta en la disposición, recurriendo para ello a la exigencia de «previsibilidad *objetiva*»²⁷, pero entendida en un sentido *normativo* y con un grado mayor de *concreción* del resultado más grave, que tendría que haber sido previsto por el sujeto en el momento de realizar la acción. Lo que resulta sumamente enigmático en esta estrategia argumentativa es la forma en que se deriva de un principio como el de *culpabilidad*, que literalmente exalta la dimensión *personal* y *subjetiva* del agente al momento de realizar el hecho, exigencias de carácter *objetivo*, como podrían ser la «previsibilidad *objetiva*» o la imputación *objetiva*.

3.3. Jurisprudencia selecta sobre el delito de manejo en estado de ebriedad, calificado por el resultado de muerte o lesiones graves

El origen de la jurisprudencia en la materia se remonta a la época en la que existía una disposición de la Ley de Alcoholes que, para el caso en que la conducción de vehículos en estado de ebriedad causaba lesiones o la muerte de alguna persona, simplemente se remitía a las penas previstas por el art. 330 CP para esta clase de casos, cuyo tenor empero se refiere a la conducción de ferrocarriles. Ante la técnica de remisión usada entonces por el legislador, la discusión que se planteaba en la jurisprudencia giraba en torno a si esos supuestos constituyan un «cuasidelito genérico», sometido a las penas del art. 490 CP, o si por el contrario se trataba de un «cuasidelito específico», sancionado especialmente por las normas del art. 330 CP, prevaleciendo, en la jurisprudencia, esta última tesis²⁸. Posteriormente, el delito de manejo en estado de ebriedad

²⁴ TJOP Valpo., 7.07.2018, RIT N. 162-2018, considerando 64º (destacado en el presente texto).

²⁵ CS, 20.12.2018, Rol N. 16.687-2018, considerando 52º a 58º.

²⁶ CS, 20.12.2018, Rol N. 16.687-2018, pp. 82 ss. (destacado en el presente texto).

²⁷ Ya en este sentido COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*, t. I, 1975, pp. 886 ss.

²⁸ CS, RDJyGT, t. XLVIII, nov.-dic. 1951, núm. 9/10, pp. 251-253; Corte de la Serena, RDJyGT, t. XLIX, enero-abril 1952, núm. 1/2, pp. 59-65; CS, RDJyGT, t. LVII, mayo-junio 1960, núm. 3/4, pp. 84-87; Corte de Punta Arenas,

pasó a encontrarse regulado en el art. 196 de la Ley de Tránsito, y allí se diferenció de la conducción «bajo la influencia del alcohol».

En lo tocante al manejo en estado de ebriedad, la Corte de Rancagua –31.03.2006– se pronunció en el caso de un sujeto que había estado conduciendo el vehículo en estado de ebriedad, a exceso de velocidad y ocupando, con parte del vehículo, el costado izquierdo de la calzada, momento en el cual, de noche y con poca luz artificial, había atropellado a tres peatones ebrios que se encontraban, a su turno, tendidos o acostados en la calzada. La Corte, luego de citar al propio ROXIN, afirma que, en el supuesto hipotético de una conducta alternativa conforme a derecho, esto es, de conducción en estado de temperancia, el resultado de muerte igualmente habría sucedido, puesto que no cabría duda de que tal circunstancia, la de encontrarse peatones tendidos en la vía, es «absolutamente imprevisible» para cualquier conductor, concluyendo que la acción del sujeto «en la práctica no significó un incremento del riesgo»²⁹. A su juicio, aplicar la teoría opuesta, responsabilizando al acusado únicamente por conducir en estado de ebriedad, equivaldría a imponer el principio del *versari in re illicita*. Esto significaría atribuirle todas las consecuencias derivadas de su acción ilícita sin demostrar previamente que sean imputables objetiva o subjetivamente, ya sea por dolo o culpa, lo cual contradice el principio de culpabilidad, esencial en un derecho penal de un estado democrático³⁰.

Sin embargo, en la jurisprudencia también se encuentran otros fallos que matizan las exigencias para la configuración del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves. Así, la Corte de la Serena –4.04.2011– en un caso en el que una mujer había conducido un vehículo en estado de ebriedad por una vía de unos 3,5 metros de ancho, donde a su vez se encontraban varios sujetos intercambiando información con motivo de una reciente colisión, a una distancia de entre 60 centímetros y 1 metro de los vehículos chocados, produciéndose luego el atropello con resultado de lesiones graves en perjuicio de aquéllos, sostiene que tal delito es uno de peligro abstracto. En consecuencia, según la Corte de la Serena, en un ilícito de peligro abstracto no es necesario demostrar la existencia real del peligro. El dolo se limita a la actividad del agente, no al resultado, por lo que solo es necesario determinar si el conductor estaba ebrio al momento de causar las lesiones o la muerte, sin necesidad de analizar previamente si actuó con mera imprudencia o negligencia culpable³¹. En definitiva, la Corte llega a la conclusión de que, para configurar el delito de conducción en estado de ebriedad, se requieren dos elementos: a) manejar un vehículo motorizado, y b) hacerlo en estado de ebriedad. Además, al cumplirse estos elementos, el ilícito se sanciona en función del resultado³². En cuanto a la imprudencia de los sujetos que se encontraban en la vía, la Corte remata sosteniendo que «la responsabilidad penal no admite compensación de culpas»³³.

La misma Corte –15.12.2016– mantuvo esta jurisprudencia en un caso en que un sujeto había estado manejando un vehículo, en estado de ebriedad, por la primera pista de circulación de una

²⁹ RDJyGT, t. LXII, enero-abril 1965, núm. 1/2, pp. 13-17; Corte de Apelaciones de Stgo., RDJyGT, t. LXIV, julio 1967, núm. 5, pp. 206-207.

³⁰ Respecto del tratamiento de estos supuestos límite bajo la teoría de la evitabilidad o la teoría del incremento del riesgo, cfr. CONTRERAS CHAIMOVICH, «Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado», *Revista de Estudios de la Justicia*, (30), 2019, pp. 103 ss.

³¹ Corte de Rancagua, 31.03.2006, Rol N. 1303, considerando 2°.

³² Corte de la Serena, 4.04.2011, Rol N. 37-2011, considerando 5° (destacado en el presente texto)

³³ Corte de la Serena, 4.04.2011, Rol N. 37-2011, considerando 6°.

³⁴ Corte de la Serena, 4.04.2011, Rol N. 37-2011, considerando 7°.

calle, en dirección al norte, hasta acercarse a un cruce peatonal, momento en el cual, justo cuando otro vehículo circulaba por la segunda pista, dificultando así la visibilidad de aquél, una peatona cruzó el paso peatonal, de poniente a oriente, no obstante encontrarse con luz roja para ella, causándose así el atropello y lesiones graves en perjuicio de ésta. Pues bien, la Ilustrísima Corte replica la concepción que sigue del art. 196 LT y, respecto de la imprudencia en la que incurrió la propia víctima, señala que la responsabilidad penal no admite la compensación de culpas, por lo que, aunque la víctima de un accidente de tránsito haya incurrido en imprudencia al exponerse al riesgo y ser atropellada por un conductor en estado de ebriedad, esto no exime al conductor de su obligación de estar atento a las condiciones del tráfico, particularmente en un lugar con un «punto ciego» causado por la presencia de un taxi colectivo que circulaba lentamente, en una esquina con alta afluencia de peatones³⁴.

La Corte de Antofagasta –28.09.2016– profundizó esta línea jurisprudencial en el caso de dos sujetos que habían estado conduciendo, ebrios, sus respectivos vehículos pero en dirección contraria hasta que, no obstante que uno de ellos venía zigzagueando, ambos giraron bruscamente hacia la izquierda, esto es, hacia la vía de circulación del otro, ocasionándose un fuerte accidente por el costado derecho respectivo de cada vehículo y causándose así la muerte de una mujer que venía, como pasajera, en uno de ellos. La Corte, luego de reproducir las consideraciones del tribunal de instancia en orden a verificar la causalidad –en un supuesto de «cursos causales acumulativos», dícese–, se hizo cargo de la alegación de una de las partes, según la cual dicho tribunal habría razonado erróneamente «en el resultado de la muerte como condición objetiva de punibilidad», en el sentido de que el análisis de la condición objetiva de punibilidad no constituye un motivo absoluto de nulidad, ya que para los jueces fue solo un apoyo doctrinal para las conclusiones sobre la participación de ambos conductores en el delito de conducción en estado de ebriedad. Además, se aclaró que, independientemente de la calificación del hecho, se trata de un *delito calificado por el resultado*, en el cual la acción está dirigida voluntariamente a un resultado, pero genera un resultado distinto:

«En este caso, hay dolo en cuanto al resultado que el autor pretende alcanzar, de lo que ninguna defensa desconoce y se sostiene también que había culpa o *alguna conexión con el resultado* más grave final»³⁵.

Con cita de CARLOS CABEZAS, la Ilustrísima Corte también clasifica el tipo del art. 196 LT entre los delitos de peligro abstracto, para luego abordar el punto de la causalidad, sosteniendo que, aplicando la fórmula de la supresión hipotética conjunta de las condiciones puestas por ambos sujetos, «no se habría producido ese grave resultado»³⁶. Luego de suscribir la conclusión del tribunal de instancia, en orden a que «es la participación de ambos conductores, de acuerdo a las condiciones establecidas, la que tiene vinculación *directa* con el resultado del fallecimiento de la víctima», la Corte cierra su argumentación en orden a que no se trata de una calificación jurídica sobre si es una condición objetiva de punibilidad o el resultado mismo, ya que no forma parte del tipo penal, sino de una conclusión racional que vincula causalmente las acciones de ambos imputados, las cuales la ley considera punibles³⁷.

³⁴ Corte de la Serena, 15.12.2016, Rol N° 467-2016, considerando 4º.

³⁵ Corte de Antofagasta, 28.09.2016, Rol 208-2016, considerando 7º (destacado en el presente texto).

³⁶ Corte de Antofagasta, 28.09.2016, Rol 208-2016, considerandos 7º y 8º.

³⁷ Corte de Antofagasta, 28.09.2016, Rol 208-2016, considerando 9º (destacado en el presente texto).

3.4. Comentario general a modo de cierre de la «parte casuística»

Esta línea jurisprudencial, favorecida por las Cortes de la Serena y de Antofagasta, no parece sino extraer las consecuencias ulteriores de la decisión adoptada por el legislador, en su momento, en orden a regular expresamente, primero en la misma Ley de Alcoholes y luego en la de Tránsito – art. 196 LT–, el supuesto que surge de la conjunción del manejo doloso de un vehículo en estado de ebriedad y del «cuasidelito genérico» de homicidio o lesiones graves. Esta decisión del legislador moderno implicó la creación de un *tipo* que describe, en su base, un delito de peligro abstracto y que exige, en la faz subjetiva, dolo. Si se parte de esta premisa, entonces resulta comprensible que la Corte de la Serena sostenga que, tratándose de esta clase de delito, no sea necesario verificar previamente si el sujeto conducía el vehículo «con mera imprudencia o negligencia culpable». En cuanto a las hipótesis en que, a consecuencia del manejo doloso del vehículo en estado de ebriedad, se causa la muerte o lesiones graves a otra persona, si el mismo legislador ha decidido regular expresamente tales casos con las normas de sanción del art. 196 LT, cuya cuantía va incrementándose según la gravedad del resultado ocurrido, entonces esta auténtica creación legislativa implica que, en tales supuestos, ya no se trata más de un «cuasidelito genérico de lesiones graves u homicidio», sino de uno «específico», que, en esta medida, no se encuentra sometido a las reglas de imprudencia de los artículos 490 a 492, por disponerlo así el propio art. 493 CP. Sobre este trasfondo legislativo, resulta al menos comprensible que la Corte de la Serena afirme, aunque sea de una manera algo apodíctica, que «la responsabilidad penal –a diferencia de la civil– no admite compensación de culpas». Y otro tanto sucede con el fallo citado de la Corte de Antofagasta. Partiendo de las mismas premisas, esta Corte sencillamente es más transparente al llamar por su nombre esta clase de tipos legales bajo la etiqueta de un «delito calificado por el resultado». El uso de esta nomenclatura, empero, no le impide a la Ilustrísima Corte, quizás en miras de no erizar los pelos de sus pares, aclarar que, en el caso ventilado ante ella, «había culpa o alguna conexión con el resultado más grave final», es decir, concurría al menos esta clase de vínculo entre acción y resultado, sumado a la causalidad, previamente comprobada.

La pregunta que resta en pie, entonces, discurre sobre la base de aclarar si es consistente o no sostener que, respecto de la *conducta* típica, no es preciso comprobar previamente si el sujeto ha incurrido en «mera imprudencia o negligencia culpable» y, al mismo tiempo, en relación con el *resultado* más grave, exigir «culpa o alguna conexión» con éste. Sobre todo, urge aclarar en qué podría radicar esta conexión con el resultado *diversa* de la culpa, siempre sumada a la causalidad. Pues bien, disolver las incertezas de la jurisprudencia, en eso radica precisamente la tarea de la ciencia del Derecho penal, de la dogmática.

4. La formulación de la teoría de la causalidad adecuada para el deslinde entre responsabilidad y acaso

Hasta el día de hoy, tanto la doctrina como la jurisprudencia recurren a la «teoría de la equivalencia de las condiciones», o simplemente «teoría de la condición», para los efectos de verificar el nexo de causalidad entre un comportamiento típico y un resultado antijurídico. Dicha teoría, cuyo principal promotor fue, en la segunda mitad del siglo XIX, el jurista Maximilian von BURI, tilda de causa toda condición *necesaria* del resultado, en términos tales de que, si esta se suprime, el fenómeno desaparece³⁸. No obstante, la doctrina moderna y la propia jurisprudencia

³⁸ Entre una infinidad de exposiciones al respecto, véase el interesante ensayo de KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, 2007, pp. 31 ss.

suelen recurrir a la teoría de la imputación objetiva para abordar casos límite como los expuestos precedentemente, teoría que a su vez articula categorías bien diversas como la del *riesgo* o del nexo de *realización*, entre otras³⁹. En esta conjunción de requisitos, empero, lo que queda en la penumbra es el paso de la verificación de la causalidad, entendida en los términos de una relación *necesaria* entre antecedente y consecuente, al chequeo de elementos adicionales definidos con base en la noción de *posibilidad*, como ocurre con la categoría del riesgo y también del incremento del riesgo. El punto es acuciante, pues, en el ámbito del Derecho, rara vez un evento puede explicarse en los términos de que, dados ciertos antecedentes, este ha de ocurrir *necesariamente*, o, en el otro extremo, aquél se encuentra *necesariamente* excluido. Lo habitual, por el contrario, será que el fenómeno en cuestión se explique por la *posibilidad*, mayor o menor, de que ocurra y por la *posibilidad*, mayor o menor, de que no suceda⁴⁰.

Pues bien, la *única* forma de esclarecer ese paso metodológico es por la vía de regresar a la época en que un científico como fue VON KRIES enriqueció el concepto de causalidad que había sido previamente acuñado por MILL, momento que cuenta como hito fundacional de la así llamada teoría de la causalidad adecuada⁴¹.

4.1. Síntesis del concepto de causalidad en John Stuart Mill

En esa época, coetánea al momento en el que empieza a reinar en la jurisprudencia el concepto acuñado por VON BURI, MILL se aparta de los enfoques que salen en busca de la «causa última» de los fenómenos y declara que no es menester tal grado de necesidad, sino que, por decirlo así, basta un concepto «secularizado» de causa que surge, por vía inductiva, de la experiencia observada de la «invariabilidad de la sucesión» entre hechos de la naturaleza⁴²:

«el hecho invariable antecedente se llama causa y el hecho invariable consecuente efecto, y la generalidad de la ley causal estriba en que el consecuente se encuentra unido de alguna manera con el antecedente o con una sucesión de hechos antecedentes (...) Para cada suceso (cada acontecimiento) existe una combinación de cosas o sucesos, una interacción dada de circunstancias positivas y negativas, que, al ocurrir, les sigue dicho fenómeno»⁴³.

Al igual que VON BURI, MILL se resiste a la tentación de seleccionar una de dichas circunstancias como la «verdadera causa» y, a contrapelo de esta aproximación vulgar, pone el ejemplo de la persona que muere por consumir un plato de comida –con alguna sustancia nociva, se entiende–, en cuyo caso la muerte es la consecuencia de la *combinación* del acto de consumir el plato unido a la particular constitución corporal, a un específico estado de salud e incluso quizás la atmósfera, para aclarar que:

³⁹ Entre nosotros, las mejores exposiciones pueden encontrarse en RETTIG, *Derecho penal, parte general*, t. II, 2019, pp. 326 ss., y MODOLELL, *Manual de Derecho penal, Teoría del delito*, 2024, pp. 62 ss.

⁴⁰ Cfr. VON KRIES, *Logik*, 1916, pp. 49 ss., 54, pp. 293 ss.

⁴¹ La exposición sigue de cerca los planteamientos formulados en la siguiente literatura secundaria: HEIDELBERGER, «From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, Explanation, and Understanding», en FEEST (ed.) *Historical Perspectives on Erklären and Verstehen*, 2010, pp. 244 ss., y LÜBBE, «Die Theorie der adäquaten Verursachung. Zum Verhältnis von philosophischem und juristischem Kausalitätsbegriff», en *Journal for General Philosophy of Science*, (24-1), 1993, pp. 89 ss.

⁴² MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., p. 406 s.; en esa misma época, emprende no obstante esa odisea BELLO, *Filosofía del entendimiento*, 2006, pp. 228 ss.

⁴³ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., p. 407.

«La suma de esas circunstancias constituyó en ese caso particular las *condiciones* del fenómeno, o, con otras palabras, la sucesión de antecedentes que lo produjeron y sin la cual este no habría tenido lugar»⁴⁴.

Aquí lo que interesa, de cara a la posterior reformulación del concepto, es fijarse en el estatus de las condiciones *negativas* del fenómeno. Pues, hasta ahora, estas simplemente se computan en la suma de las condiciones que produce el fenómeno; pero, no queda claro si, por ejemplo, en el caso recién mencionado, estas consisten en la *presencia* de una constitución corporal débil o de un mal estado de salud del comensal, o en la *ausencia* de una constitución corporal sólida o de un buen estado de salud. MILL despeja el punto de la mano del caso del vigilante que abandona su puesto con la consecuencia de la emboscada del enemigo a la armada que entonces dormía, aclarando que su ausencia no produjo la causa, sino que se trató de la ausencia de una «causa impeditiva», equivalente a la inexistencia del suceso:

«Ninguna consecuencia puede derivar de la nada, de una mera negación. Todos los efectos se encuentran unidos a una sucesión de condiciones *positivas* mediante una ley causal, a pesar de que casi siempre son igualmente necesarias las negativas»⁴⁵.

La aclaración no implica modificar el concepto de causa, que sigue estructurado al modo de una combinación de condiciones positivas y negativas de un fenómeno. Mas la mención pormenorizada de las condiciones negativas sería, en general, muy fatigosa, de modo que, para simplificar, estas se pueden agrupar bajo la denominación de la «ausencia de causas contraproducentes o impeditivas»⁴⁶. Y como todas las causas pueden surtir efectos contraproducentes –MILL menciona el ejemplo de una solución alcalina que, mezclada con un ácido, junto con quitarle la propiedad de la acidez, impide colorear de rojo plantas azules–, sería plausible obviar por completo la inclusión de condiciones negativas y restringir así el concepto de causa a la suma de las condiciones positivas de un fenómeno:

«(...) en tanto una condición negativa (la ausencia de causas contraproducentes) queda comprendida y en todos los casos es suficiente con la suma de las condiciones positivas para formar la sucesión completa de circunstancias de la cual depende el fenómeno natural»⁴⁷.

Pero ¿es siempre suficiente la mención explícita de las condiciones positivas para la explicación de un fenómeno? Para esclarecer la forma en que operan las condiciones positivas entre sí, MILL recurre al principio de la «combinación de fuerzas», que rige en el ámbito de la mecánica. Según este principio, el efecto que surte la combinación de fuerzas, incluso contrapuestas, es el mismo que el que surgiría de la aplicación sucesiva de éstas. Por ejemplo, la aplicación de una fuerza que impulsa el movimiento de una bola hacia al norte al mismo tiempo de la aplicación de otra que la impulsa hacia el este, surte el efecto del movimiento de la bola en diagonal hacia el noreste, esto es, en ambas direcciones, impulsándola al mismo punto donde llegaría de aplicarse ambas fuerzas, pero de manera sucesiva⁴⁸. Lo interesante de este pasaje es que la combinación de causas o fuerzas se traduce en una combinación o «fusión» de los efectos en uno solo, que, en el ejemplo, es el movimiento de la bola en diagonal hacia el noreste, esto es, que se mueve en ambas direcciones. Esta compenetración de efectos, según MILL, también tiene lugar en casos de

⁴⁴ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., p. 408 (destacado en el libro).

⁴⁵ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., p. 411 (destacado en el libro).

⁴⁶ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., pp. 414 s.

⁴⁷ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., pp. 415 s.

⁴⁸ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., pp. 462 s.

interferencia, en los cuales las leyes causales entran en una suerte de conflicto. Plantea un ejemplo sugerente, entre varios:

«una corriente de agua fluye en el extremo de un contenedor y *tiende* crecientemente a llenarlo, mientras un forado en el otro extremo *tiende* a vaciarlo»⁴⁹.

En tales casos, no es que la fuerza contrapuesta *interrumpa* el efecto de la otra, o que algo así como la vigencia de una ley «derogue» la de la otra. En el ejemplo, por decirlo así, el estado de *medio lleno* y de *medio vacío* del contenedor es el efecto de ambas fuerzas o tendencias contrapuestas, que entonces siguieron cada una surtiendo efectos. Volviendo al ejemplo de un cuerpo cuyo movimiento se encuentra en relación directa con la fuerza y en relación inversa con su masa, MILL aclara:

«Para ajustar la expresión de la ley a los fenómenos reales, debemos decir, no que el objeto se mueve, sino que *tiene la tendencia* de moverse en la dirección señalada y a la velocidad mencionada (...) Mas el cuerpo no sólo se mueve de esa forma cuando no hay nada que se le oponga, sino que *tiende* a moverse de esta forma incluso cuando algo se le resiste; ejerce en la misma dirección todavía la misma fuerza del movimiento que en el caso de que su impulso no hubiere sido perturbado, y produce así exactamente una cantidad equivalente del movimiento»⁵⁰.

Por lo tanto, el efecto contraproducente no implica una excepción a la ley que gobierna a la otra fuerza, sino que cada ley causal rige en el 100% de cada caso⁵¹. Ahora bien, estas premisas tienen que ponerse a prueba en otro ámbito de fenómenos gobernado por lo que MILL llama la «variedad de las causas», y sobre todo en la época en que escribe. El ejemplo que plantea es el uso del mercurio, que antes había mencionado a propósito del caso de una persona que, habiendo ingerido tal sustancia, salía al exterior y se resfriaba, contexto en el cual MILL dice que la causa del resfriado es «la exposición al aire bajo la influencia del mercurio»⁵². Ahora lo menciona bajo la pregunta de si el mercurio es o no un remedio contra alguna enfermedad, es decir, si surte el efecto de la cura, de modo que, en rigor, tendría que hablar asimismo de una «variedad de los efectos». Respecto de la curación de una enfermedad, asume que se trata de un suceso al cual contribuyen, en cada caso, muchos factores como la edad, el género, el temperamento y otras peculiaridades de la constitución corporal. Aun cuando se parte de la premisa de que «el mercurio tiende a curar la enfermedad, así también tienden muchas otras causas, tanto naturales como artificiales, a la curación de la enfermedad (...), por lo que:

«(...) sucede frecuentemente que, a pesar de que se ha proporcionado mercurio, el paciente no se ha curado por falta de otras influencias concurrentes, y frecuentemente se ha curado sin que se la haya proporcionado mercurio, en la medida en que las otras influencias *favorecedoras* han sido suficientemente efectivas sin este»⁵³.

Sin decirlo expresamente, en el pasaje se reconoce que, en este otro ámbito de fenómenos, sometido a la «variedad de las causas», y con el cual suelen lidiar otras disciplinas como la medicina, no se puede simplemente hacer abstracción de las condiciones negativas para explicar el resultado. En el ejemplo, el efecto de la curación de la enfermedad no puede explicarse simplemente por la suma de la presencia de mercurio en el cuerpo del paciente y la ausencia de

⁴⁹ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., pp. 464 s. (destacado en el presente texto).

⁵⁰ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., p. 558 (destacado en el libro).

⁵¹ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., pp. 559 s.

⁵² MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., p. 409.

⁵³ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., p. 563 (destacado en el presente texto).

otros factores, ya que también puede producirse en ausencia de esta sustancia y presencia de otros factores. Es necesario explicitar las *propiedades o peculiaridades* de los otros factores, cuya presencia o ausencia es condición de la curación. Dicho de otra forma, condición del efecto de curación no es, además del mercurio, la ausencia de una «constitución corporal», sino la ausencia de una débil o de un mal estado de salud⁵⁴. Así se explica que, a la inversa, pueda producirse tal efecto incluso en ausencia de mercurio, pero en presencia no meramente de una constitución corporal, sino de una sólida o de un buen estado de salud previo. En cuanto a la relación lógica entre causa y efecto, MILL sí reconoce que, en este ámbito de fenómenos, el método deductivo llega a sus límites, y es preciso usar científicamente el método *experimental*. Aplicando este método, en el mejor de los casos puede descubrirse, después de varios intentos, que «(...) una cierta causa se ve *muy frecuentemente* acompañada de un cierto efecto». Por lo tanto, para la producción del efecto se requiere:

«(...) una causa mucho más poderosa de lo que son la mayoría de las causas incluso cuando la tendencia, que ella realmente ejerce, no se ve impedida por otras tendencias en casi tantos casos como en los supuestos en que se ve cumplida»⁵⁵.

El pasaje es algo enrevesado, pero se aclara un poco cuando MILL afirma que existen algunas de tal clase de causas –«(...) más poderosas que todas aquellas contraproducentes a las que se encuentran normalmente expuestas»– mencionando ejemplos, no obstante, tan poco afortunados como el del mercurio y que erizarían el pelo de cualquier médico actual –v.gr.: jugo de limón, aceite de hígado de bacalao. Respecto de esta clase de causas, reconoce que:

«(...) incluso ellas no son invariablemente exitosas, pero tienen éxito en tal gran cantidad de casos y ante tan grandes impedimentos que su *tendencia* a re establecer la salud, frente a las enfermedades en las cuales ellas concurrieron, puede ser calificada como una verdad experimental»⁵⁶.

No obstante, si ya en el ámbito de la fisiología el método se topa con dificultades, este resulta aún más difícil de aplicar en otros ámbitos como la política y la historia, lo que lleva a MILL a reconsiderar el método deductivo. Pero, hasta allí, más que suficiente con MILL. Lo cierto es que con el paso de la aplicación del principio de combinación de fuerzas al reconocimiento de la «combinación de tendencias contrapuestas» se ha producido un giro epistemológico que luego será explotado por nuestro gran héroe.

4.2. Formulación del concepto de causalidad adecuada por obra de Johannes von Kries: filósofo de la indeterminación

VON KRIES formula la teoría de la causalidad adecuada en un contexto histórico marcado por el dilema entre, por un lado, lo que en esa época se llamaba un concepto *estricto* o *filosófico* de causalidad, à la MILL, y, por otro, una aproximación que ahora podría tildarse de *particularista* al problema de la causalidad⁵⁷. Según el primero, toda circunstancia que forma parte del plexo de condiciones positivas y negativas es causa del fenómeno, mientras que la segunda visión

⁵⁴ Punto marcado por LÜBBE, *Journal for General Philosophy of Science*, (24-1), 1993, p. 92.

⁵⁵ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., p. 567 (destacado en el libro)

⁵⁶ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., pp. 567 s. (destacado en el libro).

⁵⁷ La siguiente reconstrucción del pensamiento de VON KRIES obedece, en lo esencial, a los planteamientos de LÜBBE, *Journal for General Philosophy of Science*, (24-1), 1993, pp. 93 ss., HEIDELBERGER, en FEEST (ed.) *Historical Perspectives on Erklären and Verstehen*, 2010, p. 248 ss., y EL MISMO, «Origins of the logical theory of probability: von Kries, Wittgenstein, Waismann», *International Studies in the Philosophy of Science*, (15.2), 2001, pp. 38 ss.

pretende distinguir entre condición y causa, en términos tales de que sólo cuenta como tal una condición que se encuentra dotada de alguna propiedad, como su carácter *principal* o más *próximo* al fenómeno, por ejemplo. Pues bien, en pleno proceso histórico de unificación de los reinos de Alemania, la doctrina y, por cierto, la jurisprudencia de la época, en la disyuntiva entre los polos, optó por el concepto estricto en la versión acuñada por VON BURI, no porque le pareciera más iluminador sino porque partía de la base de que no era viable distinguir entre factores que contribuyen más al fenómeno respecto de otros que lo hacen menos. Es en este preciso momento histórico en el cual entra a tallar la teoría de la causalidad adecuada⁵⁸.

En esa época, además de sus incessantes investigaciones experimentales en diversos ámbitos de la fisiología, VON KRIES estaba interesado, en un plano netamente filosófico, por el cálculo de probabilidades. Ante la profunda insatisfacción que le generaba el principio en ese entonces reinante de la *falta de razón* para, por ejemplo, inclinarse por el rojo o el negro en el juego de ruleta, VON KRIES pretendía nada menos que indagar en la *ausencia de razones*, esto es, alcanzar un conocimiento *positivo* de lo insondable. Con este horizonte, distingue entre proposiciones *nomológicas*, por un lado, que son siempre generalmente válidas y se refieren a una *categoría* de cosas, y determinaciones *ontológicas*, por otro, que tienen siempre un «significado singular» y contienen lo puramente fáctico⁵⁹. Respecto de un acontecimiento individual, concede que tanto la posibilidad como la probabilidad es expresión de la falta de conocimiento. Pero, cuando se trata de un suceso general o de poner en relación una consecuencia con alguna clase de condiciones generales:

«que bajo ciertas circunstancias un acontecimiento puede ocurrir tanto como no suceder, que *ambos* son objetivamente posibles, es una afirmación que tiene un sentido plenamente sostenible y comprensible, si en ella la denominación de las circunstancias condicionantes es una general, indeterminada, que incluye una cantidad de comportamientos distintos o un *ámbito de juego* (...) La denominación de las circunstancias es una ‘general’ simplemente en virtud de que es parcial; incluye el conjunto de comportamientos en que podrían consistir las circunstancias que quedan indeterminadas»⁶⁰.

Bajo tales circunstancias, un suceso es *objetivamente posible* cuando pueden concurrir determinaciones de las circunstancias que, según las leyes válidas del acontecimiento, realizarían el resultado⁶¹. Es decir, cuando, a la luz de las relaciones nomológicas válidas, las variaciones ontológicas son aptas para producir el resultado. VON KRIES aclara que la *generalidad* de algunas condiciones radica en que, respecto de una suma mayor o menor de configuraciones individuales, se deja una indeterminación, un *ámbito de juego*, de modo que tal denominación general abarca también un cierto *ámbito de juego* de comportamientos distintos. A su vez, los *ámbitos de juego* pueden dividirse, por una parte, en las configuraciones que realizarían el

⁵⁸ En la dirección marcada por PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, 2006, pp. 171 s. («Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm»), aquí se trata de un nuevo intento de pensar lo que podría llamarse el substrato *empírico* de la teoría de la imputación objetiva.

⁵⁹ VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung. Eine logische Untersuchung*, 1886, pp. 85 s.

⁶⁰ VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, p. 87 (destacado en el presente texto).

⁶¹ Cfr. VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, p. 88; EL MISMO, «Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben», *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, (12-4), 1888, p. 180.

resultado, y, por la otra, en aquellas que lo excluirían⁶². El siguiente esquema muestra gráficamente el *principio de los ámbitos de juego*, formulado por VON KRIES en 1886⁶³:

	Ámbitos de juego									
Necesario	++++possible -possible	+++possible --possible	++possible ---possible	+possible ----possible	-possible ++++possible	--possible +++possible	--possible ++possible	---possible +possible		Excluido

Las posibilidades objetivas coinciden con las probabilidades en la medida en que los ámbitos de juego sean *originarios, indiferentes y comparables*⁶⁴. Por ejemplo, en el juego de dados, la posibilidad de que salga 1, 2, 3, 4, 5 o 6 es igual al valor numérico de 1/6. En este sentido, un juicio de probabilidad es generalmente válido en tanto no deriva de una falta de conocimientos ontológicos, sino que más bien se funda solamente en un conocimiento impreciso de las relaciones individuales del caso concreto:

«La probabilidad generalmente válida se caracteriza entonces por la circunstancia de que no conocemos con precisión el comportamiento de las condiciones en el caso concreto, las que más bien sólo podemos denominar con una indicación general; que, por otro lado, empero, sabemos con certeza en qué relación de dimensión se encuentran, al interior de ese rango, los ámbitos de juego de las configuraciones que traen consigo la realización de uno u otro resultado»⁶⁵.

Bajo estos presupuestos intelectuales se determina, de un modo sencillo e inmediato, la probabilidad con la cual esperamos un resultado mediante la relación de dimensión de los ámbitos de juego que lo producen y que no lo producen: «Un resultado es tanto más probable cuanto mayor es el *ámbito de juego* que lo produce»⁶⁶. La mayor probabilidad de que ocurra un resultado se puede explicar también con el término técnico de *favorecimiento*, esto es, en el caso de que dos comportamientos abarcan iguales ámbitos de juego, pero las probabilidades son desiguales, porque estos ámbitos no son originales: «de dos comportamientos que abarcan iguales ámbitos de juego actuales se denomina favorecido aquel que se corresponde con el mayor ámbito de juego original»⁶⁷. Por ejemplo, si en el juego de dados, la cara del 6 se encuentra «cargada». Por otro lado, VON KRIES define el concepto de *azar* o de *casualidad* en los siguientes términos:

⁶² VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 183.

⁶³ En el único libro escrito y publicado por WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, 2002, pueden encontrarse rastros de dicho principio: «5.1. Las funciones veritativas pueden ordenarse en series. Este es el fundamento de la teoría de la probabilidad»; (5.101) entre los extremos de la *tautología* (VVVV: Si p, entonces p; y si q, entonces q) y de la *contradicción* (FFFF: p y no p; y q y no q), se incluyen 14 combinaciones posibles de proposiciones elementales, entre otras, justo después de la tautología, (FVVV) (no ambas p y q) y, justo antes de la contradicción, (VFFF) (q y p); antes en «4.462. Tautología y contradicción no son figuras de la realidad. No representan ningún posible estado de cosas. Porque aquélla permite *cualquier* posible estado de cosas, ésta *ninguno* (...)» y en «4.464. La verdad de la tautología es cierta; la de la proposición, posible; la de la contradicción, imposible (Ciento, posible, imposible: He ahí los distintivos de la graduación que necesitamos en la teoría de la probabilidad)».

⁶⁴ VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, pp. 89 ss.; crítico KEYNES, *A Treatise on probability*, 1921, pp. 96 ss.

⁶⁵ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 189.

⁶⁶ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 189. (destacado en el presente texto).

⁶⁷ VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, pp. 91 s.

«Llamamos absolutamente o en sí mismo casuales aquellos sucesos para los cuales, si bien en general pueden concurrir ciertas posibilidades, la circunstancia de que ocurran o de que no tengan lugar, empero, depende de las peculiaridades del comportamiento en cada caso, que exceden por completo nuestro conocimiento»⁶⁸.

Por diversos motivos que exigen una inquisición de largo aliento, VON KRIES quiso poner a prueba este arsenal conceptual mediante su aplicación al problema de la causalidad en el Derecho, tanto civil como penal. El punto de partida radica en la causalidad comprendida como plexo de condiciones unido de tal manera al resultado que, en ausencia de una parte *real* de ese conjunto, este no habría sucedido, «comportándose todo lo demás de igual modo». Sin embargo, advierte VON KRIES que en la mayoría de los casos la causalidad no puede interpretarse de ese modo tan sencillo. Por ejemplo, si se pregunta por la «causalidad de la imprudencia» en relación con cierto suceso, entonces no se trata simplemente de un «objeto real», que pudiera simplemente suprimirse hipotéticamente, sino de un *comportamiento* determinado que se opone a otro determinado, como sería la «normal reflexión y atención» que podría haberse brindado⁶⁹. Sin embargo, aun cuando se consideren ciertas propiedades del momento causal de la conducta, el concepto reseñado exige una ampliación de su alcance. En este pasaje VON KRIES plantea el ejemplo del cochero ebrio, o que se queda dormido, y que por consiguiente se extravía en el camino, cayendo un rayo sobre la diligencia donde iba un pasajero, caso en el cual la ebriedad o el estado de somnolencia causa el resultado, puesto que no hay duda de que si el cochero por el contrario hubiese obrado en regla, el carroaje habría recalado en otro lugar y el pasajero habría quedado incólume. No obstante, en la variante del caso en que el cochero vuelca la diligencia y el pasajero sufre así lesiones o la muerte, existe una relación no meramente individual, sino que una conexión causal generalizada entre el estado de somnolencia y el accidente, de modo que, si bien no puede afirmarse que la imprudencia produce *necesariamente* el accidente, sí es *generalmente* apta, *tiende* a hacerlo, en el sentido de que *incrementa* su posibilidad o probabilidad. VON KRIES recurre al concepto de *posibilidad objetiva* para recalcar que se trata siempre de una «observación general (abstracta) de la relación causal de un momento determinado con una consecuencia»⁷⁰. El fisiólogo advierte que una teoría que reduce este vínculo a la «regularidad sin excepción de la sucesión» se vuelve infructífera, pues el resultado no se encuentra en tal clase de relación con el momento causal determinado. En cambio, sí se puede decir que un momento causal determinado incrementa, *i.e.* que su concurrencia produce el resultado mediante una «mayor variedad de circunstancias», o, para usar el término técnico del cálculo de probabilidades, es una circunstancia *favorecedora* de tal consecuencia:

«para tener expresiones breves de la *diferencia* señalada, quisiera hablar, por un lado, de causaciones adecuadas y, por otro, de causaciones azarosas. Allí donde el momento causal A causa (condiciona) el resultado B, ha de llamarse A la causa adecuada de B y B la consecuencia adecuada de A, si A ha de considerarse generalmente una circunstancia favorecedora de B; en caso contrario ha de hablarse de causación azarosa y de efectos azarosos»⁷¹.

⁶⁸ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 187; similar EL MISMO, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, p. 99: «De lo anterior se sigue que la realización de un suceso puede calificarse de casual cuando es de las determinaciones ontológicas de las circunstancias condicionantes, que exceden nuestro conocimiento preciso, de las cuales depende su ocurrencia o su exclusión».

⁶⁹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 198 s.

⁷⁰ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 200 s.

⁷¹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 202 (destacado en el presente texto); aparentemente, VON KRIES extrajo la nomenclatura de SPINOZA, *Ethices*, 1875, pars tertia, de origine et natura affectuum, definitiones: «*I. Causam adaequatam appello eam, cuius effectus potest clare et distincte per eandem percipi. Inadaequatam autem seu partiale illam voco, cuius effectus per ipsam solam intelligi nequit*».

VON KRIES recuerda que se trata de una observación abstracta, de modo que el momento causal designa un comportamiento que se agrega como *modificación* a una «gran variedad de circunstancias, a una clase completa de casos», y otro tanto vale respecto del resultado, que, por ende, no se entiende en su «configuración concreta»⁷². Sin embargo, no solo la conducta, por un lado, y el resultado, por otro, han de generalizarse, sino también la conexión causal entre ambos. Para poner a prueba este método, el fisiólogo de origen polaco nos regala una serie de largas consideraciones en torno al «problema de la responsabilidad criminal», que, en esa época, supone, además de la causalidad, «una acción en sí misma antijurídica (culpable)», sin que estos elementos puedan confundirse entre sí⁷³. Respecto de la *causalidad*, los problemas se presentan cuando entre el momento de la conducta y el momento del resultado concurre una serie de circunstancias que vuelve la pregunta muy indeterminada como para llegar a una respuesta cierta, por ejemplo, en el caso de un niño débil y enfermo que es tratado duramente por sus padres o cuidadora en términos tales de que también podría haber fallecido en el supuesto de una mucho mejor atención brindada por ellos y sólo podría haber conservado la vida en virtud de un eximio cuidado, o en los casos de la «causalidad de la imprudencia» (por ejemplo, una prescripción médica incorrecta). Entre los polos de los casos en que el resultado ocurre por necesidad o queda desde un comienzo excluido, los conceptos de causalidad no pueden determinar sin más que es lo que habría ocurrido al modificar las condiciones, sino que describen más bien modos de la relación que se distinguen sólo gradualmente y que pueden cruzarse entre sí⁷⁴. Es lo que ocurre también con el paso de la causalidad adecuada a la azarosa:

«Pues, tal como la posibilidad en sí misma, obviamente también la *diferencia* entre ambas posibilidades (un favorecimiento general) puede tener cualquier valor. Un momento causal entonces puede ser generalmente apto en mayor o menor medida para producir un resultado; entre un momento causal y ciertos resultados puede tener lugar un alto o bajo grado de la conexión causal general; también este grado podría, donde las dimensiones de posibilidad pueden expresarse en números, evidenciar cualquier valor entre cero y uno»⁷⁵.

En consecuencia, uno bien podría reducir el concepto de causalidad azarosa al supuesto en que el momento causal deja la posibilidad general del resultado matemáticamente igual, tal como ocurre en el ámbito de los juegos de azar. Sin embargo, el uso común del lenguaje extiende el concepto también allí donde el momento causal favorece generalmente el resultado sólo en una mínima medida:

«Llamamos la causalidad siempre azarosa cuando se puede afirmar que ya bajo la generalización según el baremo de nuestra capacidad de conocimiento el momento respectivo no favorece generalmente el resultado, que, con otras palabras, en casos en que la circunstancia en cuestión se iguala respecto de las circunstancias condicionantes hasta volverse completamente indistinguible, el resultado se realiza mediante el momento respectivo de modo extremadamente escaso o sucede casi con la misma frecuencia en que se ve impedido»⁷⁶.

Aquí VON KRIES formula el principio que denomina de *generalización*, porque se traduce en un método para calibrar la relevancia de las relaciones ontológicas y determinar cuán lejos se llega en la consideración de las circunstancias puramente individuales del caso para la generalización

⁷² VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 202 s., 213.

⁷³ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 208 ss., tras descartar el concepto de «causa principal»; pp. 222 ss.

⁷⁴ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 212 ss.

⁷⁵ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 215 (destacado en el presente texto).

⁷⁶ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 217.

del vínculo causal; de esta manera, una generalización *limitada* se hace bajo una abstracción amplia de las circunstancias individuales, mientras que, al revés, una generalización *amplia* implica una mayor consideración de esta clase de circunstancias y, por ende, una abstracción limitada de ellas. El principio es de poco interés en el extremo de lo que VON KRIES luego denomina «peligro absoluto» y en el otro del que antes había llamado «azar absoluto», pues en tales casos las circunstancias individuales suelen ser irrelevantes. Un ejemplo del primero es el caso de la colocación de un explosivo en una «máquina infernal», donde el grado de posibilidad es tan elevado que se vuelve prescindible tematizar la indeterminación que suponen las circunstancias puramente individuales. Lo mismo sucede en el otro polo del «azar absoluto», como en el caso del rayo que cae sobre la cochera, pues el grado de posibilidad se ve exponencialmente incrementado por las circunstancias puramente individuales, que explican el resultado casi necesariamente. Entremedio de los polos más o menos obvios, la cuestión espinuda se plantea en la *transición* del «peligro relativo» que implica la causalidad adecuada al «azar relativo» que supone la causalidad azarosa, aunque el filósofo no use dicha nomenclatura. Aquí el punto se vuelve álgido en tanto la misma circunstancia o propiedad puede subsumirse bajo una u otra categoría, es decir, puede tildarse tanto de un ejemplo de causalidad adecuada como de un caso concreto de causalidad azarosa⁷⁷.

En este ámbito de *indeterminación*, la verificación de la causalidad concreta se torna inconducente, pues opera sólo en términos binarios. Es aquí donde adquiere pleno sentido ventilar la *diferencia* que implica el momento causal del comportamiento para un resultado determinado. VON KRIES propone preguntarse por la medida en que la modificación que implica el comportamiento incrementa las posibilidades generales de producción del resultado, siempre en comparación con las posibilidades de que no suceda, de tal forma que el vínculo causal entre dicho momento y el momento del resultado pueda generalizarse, es decir, pueda explicarse bajo una ley general. En algunos casos, ya el comportamiento modifica de tal forma las posibilidades de realización del resultado que, aun cuando se haga abstracción amplia de las circunstancias concomitantes, se evidencia generalmente como una circunstancia favorecedora de éste. De este modo, la causalidad es tanto más adecuada cuanto mayor sea la extensión bajo la cual la circunstancia en cuestión implica un *favorecimiento* del resultado⁷⁸. Por ende, la subsunción del momento causal bajo la categoría de la causalidad adecuada depende de la medida en que el vínculo con el resultado puede generalizarse en comparación con la alternativa de su subsunción bajo la categoría de la causalidad azarosa. La causalidad adecuada es *relativa* a la causalidad azarosa. Se trata de un *continuum* donde no es posible fijar una frontera entre una y otra, por la indeterminación ínsita a los hechos. No obstante, existen ámbitos donde la subsunción del momento causal bajo una u otra categoría trae aparejado consecuencias prácticas, como sucede justamente en el marco de la responsabilidad criminal⁷⁹.

En estos casos, es preciso zanjar la cuestión sea ampliando la medida de la generalización, sea dejando la condición en el ámbito de la indeterminación. Los casos mencionados aquí son, entre otros, el de la omisión de la madre severa ante el niño enfermo y de constitución corporal débil o de una lesión leve que activa un proceso séptico conducente incluso hasta la muerte. Aquí tampoco sirve de mucho calibrar las circunstancias y propiedades del caso en virtud del efecto concreto que producen. Más bien es preciso determinar si el conjunto de propiedades que evidencia el momento causal se encuentra en una conexión general con el resultado. Sin

⁷⁷ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 218 ss., 234 ss.

⁷⁸ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888 p. 219.

⁷⁹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 222 ss.

pretender resolver el punto, VON KRIES advierte que este criterio subyace al Derecho penal vigente, pues este tiene a la vista tipos de casos que importan generalmente cierta posibilidad de que el resultado suceda, esto es, que lo causan adecuadamente, y no casos en que este ocurre de modo casual. Así, por ejemplo, la muerte es considerada una circunstancia que agrava cierta clase de delitos, como las lesiones corporales, el abandono o el envenenamiento, pero no aparece como tal respecto del hurto, la estafa o la extorsión, que bien pueden ocasionarla por azar:

«En efecto, sería particularmente injusto si hubiera que imputar la muerte al causante de una lesión corporal leve en caso de que el lesionado sufriera un infortunio de camino al médico, y no en cambio al ladrón cuando la víctima pierde la vida de camino a la fiscalía»⁸⁰.

En este pasaje, que después suscitaría la discusión de los juristas, la clave está en identificar la razón por la cual VON KRIES tilda de «injusta» la imputación del resultado en estos casos. Pues bien, esta no radica en que el accidente interrumpe el nexo causal, pues ya había aclarado, a propósito del caso del rayo, que la causalidad se encuentra determinada con antelación, y lo que sucede más bien es que este vuelve imposible los efectos de la lesión corporal; la causalidad no se interrumpe y tampoco es que el rayo inicie un nuevo curso causal⁸¹. Tampoco la razón surge de la distancia temporal entre el momento de la lesión corporal y el instante en que sucede la muerte, pues ahora asienta que el grado de posibilidad no tiene nada que ver con el momento temporal en que eventualmente sucede el resultado⁸². La injusticia consiste en que se otorgaría el mismo tratamiento a los casos en que el grado de posibilidad general es elevado y a los casos en que este es bajísimo, esto es, se generalizaría en igual medida el vínculo causal en ambos grupos de casos⁸³.

A renglón seguido VON KRIES ofrece una serie de consideraciones en torno al «tipo psicológico», en una época en que la antigua distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* se encontraba aún en proceso de reformulación en los términos más modernos de la causalidad, por un lado, y de la «antijuridicidad culpable», por otro. Son estos pasajes los que luego dejarían algo perplejos a los juristas de comienzo del siglo XX, como RADBRUCH y TRAEGER, entre otros. Pero, la perplejidad que se genera en el plano abstracto de las categorías, se disuelve en buena medida si se repara en los casos concretos que VON KRIES ventila en estos pasajes de su auténtica monografía sobre el concepto de «posibilidad objetiva». Todos tienen en común la existencia de una suerte de discrepancia entre la faz objetiva y lo que el agente se representa acerca del modo en que el curso causal desemboca en la muerte de la víctima, discrepancia que no suele concurrir en los casos en que las circunstancias concomitantes están a la vista del agente. Los casos son, por ejemplo, del agente que incendia un lugar deshabitado bajo la firme creencia de que allí no hay ningún morador, o el del enfermero que reitera erradamente una prescripción médica al paciente, a quien después se le proporciona un veneno⁸⁴. De hecho, el propio VON KRIES asume que en estos casos, en la faz objetiva, la causalidad es adecuada, pero el sujeto no capta el

⁸⁰ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 226 s.

⁸¹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 210 s.

⁸² VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 227 nota 1.

⁸³ Así, ya antes VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12.4), 1888, pp. 224 s., en una variante del caso en que la víctima se rompe el cuello de camino al médico, o incluso que llega a la casa de éste, pero allí se infecta de una enfermedad mortal, se entiende, y después, EL MISMO, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 233 s., con el ejemplo de la omisión imprudente de dejar abierta la puerta principal de la casa, por donde entran ladrones y causan daños a la propiedad o incluso la muerte de los moradores.

⁸⁴ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 228 ss.

«carácter dañoso general» del curso causal⁸⁵. Por último, explora como solución la alternativa de que sea el propio legislador quien fije la medida de la generalización del vínculo causal en estos casos límite, solución que termina por desaconsejar, recomendando, en definitiva, que el baremo sea fijado mediante precedentes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino alemán⁸⁶.

En una posición similar a la del tribunal, llamado a decidir la subsunción del caso bajo una u otra categoría, se encuentra el historiador que debe pronunciarse acerca de la imputación de los sucesos históricos a sus «héroes» como, por ejemplo, las segundas guerras púnicas a la decisión de Aníbal o, en la historia más reciente, de la guerra de 1866 a la resolución de Bismarck. Un par de décadas después de los escritos de VON KRIES, nada menos que WEBER recurriría al concepto de «posibilidad objetiva» con el objeto de subrayar la necesidad del análisis causal de los sucesos históricos antes de proceder a su «comprensión teleológica», por ejemplo, de las consecuencias que para la humanidad toda tuvo la batalla de Maratón. Según WEBER, la explicación causal de los sucesos históricos exige dar los pasos consecutivos de la *aislación* de la conducta del agente respecto de la masa de las circunstancias circundantes, proceder luego a lo que llama, interpretando a VON KRIES, una *abstracción generalizadora* de estas condiciones y, finalmente, imputar la *síntesis* de la conexión causal⁸⁷. WEBER también recurre al concepto de *favorecimiento* del resultado y reconoce asimismo que, fuera del ámbito de los juegos de azar, no puede fijarse matemáticamente el grado de posibilidad, pero sí «(...) podemos estimar el “grado” relativo del favorecimiento general mediante la comparación con el modo en que otras condiciones modificadas de modo pensado lo “habrían favorecido” (...). Concluye:

«aquellos casos de la relación de un determinado plexo de condiciones, aisladas y resumidas en una *unidad* bajo la observación histórica, con un “resultado” ocurrido, que se corresponden con el recién mencionado constructo lógico, queremos denominarla, siguiendo el lenguaje usual asentado entre los científicos jurídicos de la causalidad desde los escritos de Kries, causación “adecuada” (aquellos segmentos del resultado mediante aquellas condiciones) y (...) hablar de causación ‘azarosa’ allí donde tuvieron lugar hechos, históricamente relevantes para los segmentos del resultado, que produjeron una consecuencia que a su turno no fue “adecuada” en este sentido a un plexo de condiciones pensado en una *unidad* resumida»⁸⁸.

Así, el principio de generalización, en definitiva, ofrece un método para lidiar con la indeterminación consustancial a los hechos. El esquema sería el siguiente:

⁸⁵ Incluso VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 231 nota 1, menciona aquí el caso invertido del agente que proporciona azúcar en la creencia de que se trata de arsénico.

⁸⁶ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 234 ss.

⁸⁷ WEBER, «Kritische Studien auf dem Gebiet der kulturwissenschaftlichen Logik. 1906», en WINCKELMANN (ed.) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7^a ed., 1988, pp. 266 ss., p. 284: «El juicio objetivo de “posibilidad” por definición admite niveles de graduación, y, recurriendo a los principios que se aplican en el análisis lógico del “cálculo de probabilidades”, uno puede concebir de tal forma la relación lógica que los componentes causales, cuyo “ posible” resultado es objeto del juicio, se piensan de manera aislada respecto del conjunto de todas las otras condiciones reconocibles que interactúan con ellos y así preguntarse cómo se relaciona el conjunto de todas las condiciones que con la adición de aquellos componentes pensados de modo aislado eran “aptas” para producir el resultado “ posible” con el conjunto de todas las condiciones que con la adición de aquéllos “previsiblemente” no lo habrían producido».

⁸⁸ WEBER, en WINCKELMANN (ed.) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7^a ed., 1988, p. 285 s. (destacado en el presente texto).

Peligro absoluto	Causalidad adecuada / causalidad azarosa	Posibilidad mínima o casi nula.
	Generalización limitada / generalización amplia:	
	Circunstancias anteriores – <i>circunstancias y propiedades</i> – circunstancias posteriores	
	Abstracción amplia / abstracción limitada de las circunstancias y configuraciones <i>individuales</i>	
	Azar absoluto	

Volviendo al problema de la responsabilidad criminal, VON KRIES pone a prueba el concepto de posibilidad objetiva y el principio de generalización en ámbitos donde el «concepto estricto» de causalidad à la MILL se vuelve inconducente: en el ámbito de la tentativa y respecto de los delitos de peligro. Y esto porque, en ambos casos, en ausencia de resultado, no hay causalidad concreta que pueda verificarse, pero sí es viable observar el comportamiento del agente bajo una perspectiva abstracta. Antes de tematizar estos tópicos, VON KRIES distingue, usando los conceptos previamente desarrollados, entre peligro absoluto y peligrosidad.

Se habla de peligro *absoluto* o *típico*, o peligro en sentido estricto, cuando el hecho concreto es un ejemplo de un plexo de condiciones designado de modo general, cuya configuración implica, bajo las leyes del acontecimiento, una posibilidad alta de realización del daño. En esta clase de peligro, la generalización ya de las circunstancias y propiedades del comportamiento implica posibilidades tan elevadas del suceso que se hace amplia abstracción de las circunstancias particulares irreconocibles cuya concurrencia tiende a disminuir a cero la posibilidad de que ocurra. El prototipo es el ejemplo ya mencionado del uso de un material explosivo o la activación de una «máquina infernal», en que se suele prescindir por completo de las configuraciones particulares que, en el caso concreto, podrían implicar que el resultado no suceda, por ejemplo, por una falla en el mecanismo de activación. Es importante notar que el calificativo de «absoluto» no significa que el resultado ha de ocurrir *necesariamente*; siempre se trata de ámbitos de juego, esto es, de un conjunto de posibilidades generales tanto de que ocurra como de que no suceda. Sólo que la diferencia es tan alta o la configuración de las relaciones ontológicas es tal que, bajo un juicio de validez general –nomológico–, las posibilidades generales de que suceda el resultado se mantienen constantes, tal como ocurre con el rojo y el negro en la ruleta. Sin que pueda fijarse un umbral preciso, la *peligrosidad*, o peligro en sentido amplio, supone un hecho concreto que como tal no se subsume bajo los casos que se encuentran en relaciones generales de causalidad con el suceso, sino que para ello es preciso incluir otras circunstancias particulares o concomitantes, es decir, es menester una generalización más amplia de las circunstancias del caso y, por ende, una abstracción más restringida de las particularidades de este. El ejemplo que aquí ofrece VON KRIES es el de las chispas que caen sobre el techo de paja luego de la lluvia. Pero también ejemplos un poco más estrambóticos como el del corte de una arteria, que sería peligroso en un lugar de la tierra donde la ayuda médica es una excepción o que no lo sería en un país civilizado donde esta es la regla, o de la lesión en el pulmón reconocida *ex post*⁸⁹.

Respecto de la tentativa, VON KRIES parte de la base asentada en la literatura y jurisprudencia de la época acerca de la faz subjetiva del hecho, también llamada «tipo psicológico» o «culpabilidad», en el sentido de que el castigo exige al menos la concurrencia de tal elemento, incluso la intención de producir el resultado, y de la conducta desplegada por el agente. La discusión se planteaba en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea, que, advierte

⁸⁹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 290 ss.

rápidamente VON KRIES, supone un componente de error, pudiéndose distinguir el caso del sujeto que, a pesar de la intención, se representa la concurrencia de una circunstancia inidónea para realizar el resultado, esto es, que se equivoca acerca de los efectos generales de ciertos sucesos y, por ende, incurre en un error de contenido *nomológico* –v.gr.: tratar de matar a otro usando medios «simpáticos o simpatéticos»–, del caso en que este sólo yerra acerca de las circunstancias externas a la acción, como en el ejemplo del sujeto que, resuelto a colocar arsénico en el bebestible de la víctima, toma por error azúcar –un error de contenido sólo *ontológico*. A fin de juzgar la punibilidad de uno u otro caso, por cierto, aquí se vuelve relevante la pregunta por el momento temporal del comportamiento, ya que, en el primer caso, la tentativa sería inidónea desde el comienzo; en cambio, en el segundo, esta sería idónea hasta el momento en que el agente incurre en el error de tomar azúcar en lugar de arsénico. En los dos casos la intención del agente es la misma y, en ambos, en definitiva, la tentativa se torna no peligrosa. VON KRIES menciona el criterio formulado en su época por FEUERBACH en orden a considerar la tentativa punible en la medida en que esta sea «objetivamente peligrosa», que lo sería en el caso en que se usan *medios* inidóneos, pero no en el caso en que el *objeto* es inidóneo, como, por ejemplo, si se intenta matar a un hombre ya muerto. Como esta distinción sólo puede trazarse en concreto, de alguna manera, VON KRIES propone reformularla en términos abstractos⁹⁰.

Con este horizonte, recurre tanto al principio de generalización como a la distinción previamente trazada entre peligro absoluto y peligrosidad. En un extremo estarían los casos de la tentativa absolutamente peligrosa, que lo sería en la medida en que ya la generalización del comportamiento del agente arroja una posibilidad general altísima de realización del suceso, cuya ausencia, no obstante, sólo se explica por la concurrencia de circunstancias o configuraciones particulares irreconocibles del caso concreto y de las cuales se suele hacer abstracción amplia. En el otro polo se ubicarían los supuestos de la tentativa «generalmente inidónea», que lo sería porque el comportamiento del agente es un ejemplo de casos que, por el contrario, arrojan una imposibilidad general o posibilidad mínima, lindando con nula, de realización del daño, cuya eventual ocurrencia, en el caso concreto, sólo se explica por circunstancias o configuraciones particulares de las cuales solemos hacer abstracción. VON KRIES menciona, en una nota al pie, los ejemplos del uso de azúcar para dañar a otro, y la víctima es un diabético, e incluso de los medios «simpatéticos», y la víctima es una persona extremadamente asustadiza. Los ejemplos dejan en evidencia que la imposibilidad general supone siempre algún grado de posibilidad aún mínima de que suceda el resultado, aunque sea equivalente a 0,0000...1%, esto es, que este no resulta necesariamente *excluido*. La indeterminación de los hechos irrumpe entre los polos, esto es, en todo el abanico de casos en que el comportamiento del agente es más o menos peligroso según la medida en que, a su vez, se generalicen las circunstancias del caso concreto, como en el ejemplo de las chispas que caen sobre el techo de paja más o menos húmedo. En cuanto al juicio valorativo de estos casos, que escapa al análisis lógico, VON KRIES se inclina por desaconsejar una solución binaria de castigo sólo de la tentativa absolutamente peligrosa y declarar impune la inidónea. Pero, como la indeterminación de los casos que se encuentran a medio camino entre los polos impide fijar una frontera entre tentativa peligrosa y tentativa no peligrosa, tampoco resultaría aconsejable que el legislador zanjase la cuestión con el castigo sólo de la primera. En este escenario, lo más correcto sería que el legislador otorgase un rango dentro del cual el tribunal pudiese moverse con discrecionalidad, a partir de una pena mínima para los casos de la tentativa generalmente inidónea y de ahí hacia arriba con la facultad de fijar la pena según la medida de la peligrosidad del caso concreto⁹¹.

⁹⁰ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 296 ss.

⁹¹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 299 ss., 309.

Finalmente, con la ayuda previa del legislador decimonónico, VON KRIES se refiere al criterio de clasificación de los delitos de peligro. El caso más sencillo es el de los delitos de peligro común previstos en el título respectivo del Código Penal; pues, por un lado, se incluyen supuestos en que la realización o no del daño generalmente posible depende de la conjunción de una serie de factores evidentes para el hombre común, como el transporte ferroviario o el envenenamiento de aguas, y, por otro, casos en que los efectos de ciertas fuerzas de la naturaleza pueden alcanzar las más diversas extensiones por mínimas diferencias, apenas perceptibles, de las circunstancias condicionantes, como ocurre con el incendio o la inundación. Estos preceptos tienen en común la nota de que captan supuestos de peligro *absoluto* o *típico*, en el mismo sentido antes dicho. No obstante, VON KRIES vuelve a advertir que entre el peligro en sentido estricto y el peligro en sentido amplio, o la *peligrosidad*, también existen transiciones, tal como las que surgen entre causalidad adecuada y causalidad azarosa. O, dicho de otra manera, no puede fijarse una frontera precisa entre ambas clases de peligro. De ahí que proponga prestar atención, más que al daño mismo que también puede derivar de la peligrosidad, a la forma y modo del peligro tipificado por el legislador, sin perjuicio de considerar además la faz subjetiva correspondiente. En este sentido, sugiere como criterio de clasificación recurrir a la noción de peligro típico, que aquí también llama de «peligrosidad absoluta», para distinguir los delitos de «peligro común» recién mencionados de los «delitos de policía», que entonces captarían supuestos de peligrosidad *tout court*. La ampliación de los preceptos legales a estos casos implica que así resultan captados comportamientos cuya realización eleva la posibilidad general del daño más sólo sobre la base de circunstancias particulares que, a su turno, si bien son reconocibles y detectables, no suelen generalizarse según el principio de «abstracción generalizadora», esto es, de las cuales se suele hacer abstracción. Mas el sentido práctico de esta clase de delitos de peligro radica en que es el propio legislador quien fija la medida de la generalización de las circunstancias particulares, con lo cual ahorra al tribunal el ejercicio de esta tarea en el caso concreto y los consabidos problemas de prueba que plantea. Los ejemplos van desde el abandono de personas, pasando por las infracciones contra la paz pública y el uso de objetos peligrosos, hasta llegar al ofrecimiento de regalos a un funcionario público⁹². Remata VON KRIES aclarando que este concepto de peligro no puede entenderse reducido a la mera expectativa o temor de que ocurra el daño y que tampoco se corresponde con el presupuesto de carácter eminentemente individual de la regla de estado de necesidad⁹³.

5. El paulatino proceso de reformulación conceptual de la causalidad adecuada en los términos de la «imputación objetiva»

5.1. Recepción de la así llamada teoría de la causalidad adecuada en el umbral del siglo XX: demasiada indeterminación para la mente de juristas

La así llamada teoría de la causalidad adecuada no fue más que un producto ulterior del ímpetu de VON KRIES por poner a prueba los conceptos de *posibilidad objetiva* y de *favorecimiento* en el fértil campo del Derecho. Según sus propias declaraciones, no pretendía desarrollar ninguna teoría sino sólo poner a disposición de la doctrina y jurisprudencia un conjunto de categorías cuya aplicación permitiera un análisis lógico de los hechos en un ámbito pletórico de indeterminación como son los casos ventilados por la ciencia del derecho. Esta búsqueda quizás explique que al año siguiente VON KRIES haya publicado un resumen de su largo y complejo trabajo

⁹² VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 309 ss.

⁹³ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 322 s.

en la revista de ciencias penales que había sido fundada poco más de una década antes por el propio FRANZ VON LISZT⁹⁴. El hecho es que, hasta donde se alcanza⁹⁵, VON KRIES nunca más volvió a reflexionar en un ámbito de problemas tan mundano como el jurídico ni tampoco a tematizar en profundidad dichos conceptos en su extenso libro de Lógica (1916), sino que se dedicó de lleno a sus experimentos científicos en el campo de la fisiología, amén de algunas publicaciones netamente filosóficas⁹⁶. No obstante, el concepto de «causalidad adecuada» ya había sido acuñado; y fue recogido por algunos juristas de fines de siglo, aun cuando no haya sido usado jamás por la jurisprudencia en asuntos penales pero sí, en abierto contraste con la intención del autor, en la vertida en casos civiles⁹⁷.

A la luz del concepto estricto de causalidad formulado por MILL y, desde luego, de la versión acuñada por VON BURI, el arsenal conceptual desarrollado por VON KRIES implicaba, por un lado, un cierto enriquecimiento del concepto de causalidad, en el sentido de favorecer una aproximación de «gránulo más fino»; pero por otro, resultaba aplicable en un ámbito de problemas donde no había ni «causalidad concreta» ni resultado, como es el caso de la tentativa y de los delitos de peligro. Mas en un contexto dominado por la «teoría de la equivalencia de las condiciones» resulta plenamente comprensible que los juristas de la época lo hayan invocado para los efectos de dosificar el alcance de la responsabilidad jurídica en casos límite, tanto penales como civiles. En el umbral del siglo XX, entremedio de una serie de recepciones más bien abstrusas, destacan tres notables juristas de la época: Max RÜMELIN, Gustav RADBRUCH y Ludwig TRAEGER.

En un breve escrito sobre el «azar en el derecho», RÜMELIN advierte que el concepto de azar no sólo funge como categoría contrapuesta a la culpabilidad, sino que también sirve de límite en supuestos de «responsabilidad más estricta» que la culpa y en casos en que se ocasiona un daño mayor al previsto. Es decir, y como era de esperar, RÜMELIN asume que uno no puede quedarse atascado en el «reino de las posibilidades» y que, en cambio, es menester preguntarse por la «necesidad práctica de la previsión de un acontecimiento futuro», planteando, en consecuencia, de inmediato la cuestión de la *perspectiva* desde la cual se juzga si, en el caso concreto, hay responsabilidad o puro azar⁹⁸. Con razón dice que el azar es un concepto relacional en el sentido de que su alcance es relativo al supuesto en que existe peligro. Pone el ejemplo del sujeto que, por imprudencia, dispara un perdigón con una escopeta destortalada hacia la calle donde se encuentra, a gran distancia, un hombre que, a su vez, resulta mortalmente herido por la circunstancia de que el perdigón lesiona uno de sus ojos. En tal caso, advierte que uno se inclinaría por afirmar que hay causalidad adecuada, no obstante que el peligro era muy bajo por la distancia y la improbabilidad de la lesión justo en el ojo, juicio que se explicaría por la consideración de

⁹⁴ VON KRIES, «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (9), 1889, pp. 528 ss. (traducción al español prontamente disponible en alguna revista abierta); sobre cómo llegó a publicarse el trabajo de un fisiólogo y filósofo en un medio tan terrenal como una revista de derecho penal, por el momento, sólo se puede especular: quizás su medio hermano jurista, AUGUST VON KRIES, lo impulsó a ese gesto, o, quizás, algún colega en Freiburg...

⁹⁵ En mayo de 1897, VON KRIES recibió el título de *doctor honoris causa* de manos de la Facultad de Derecho de la Universität Erlangen en Nüremberg: no puede sino haber tratado algún tema vinculado con el Derecho al recibir semejante reconocimiento.

⁹⁶ Por los resultados de sus investigaciones científicas, VON KRIES fue postulado, por sus colegas, en tres ocasiones al premio Nobel.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 11.05.1951, I ZR 106/50, nm. 16; BGH, Urt. v. 23.10.1951, I ZR 31/51, nm. 16.

⁹⁸ RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, 1896, pp. 5 ss. (destacado en el presente texto).

aspectos éticos⁹⁹. Así, es necesario definir los presupuestos bajo los cuales se emite el juicio acerca del azar y, también, qué «medida de la previsibilidad» funge como contrapunto del azar, medida que, a su vez, se suele fijar en atención al grado de previsión que razonablemente se puede exigir y a la clase de intereses ajenos involucrados¹⁰⁰.

Ahora bien, RÜMELIN advierte que el lugar propio de dicha pregunta por la medida de la previsibilidad se restringe al ámbito de la contraposición entre azar y culpabilidad. Pues, tratándose de la realización de una acción no permitida y del emprendimiento de actividades que suponen cierta «responsabilidad por el peligro», cuyo principal ejemplo es el «deber de responsabilidad del ferroviario», la pregunta por la previsibilidad desde un comportamiento dado del agente pierde sentido. En este otro ámbito, la contraposición se presenta más bien entre peligro y azar, en el sentido de que la responsabilidad se ve excluida, en principio, sólo cuando el daño puede atribuirse al azar¹⁰¹.

Finalmente, RÜMELIN ventila los casos que se ubican en la contraposición del azar al *favorecimiento* verificable mediante un examen o pronóstico *posterior*. En el ámbito del Derecho civil, los ejemplos que se discuten son, entre otros, el de la muchacha que rasguña a su compañera de escuela, quien luego muere a consecuencia de una infección sanguínea, o del agente que le propina un golpe leve a otro, quien no obstante muere por una anormal constitución corporal. En estos casos, en que hay una injerencia culpable en la esfera de intereses ajena, no resulta decisiva la previsibilidad del resultado lesivo, en tanto la perspectiva del agente es irrelevante, pero sí se recurre al baremo de la «previsibilidad *objetiva* desde la perspectiva de un examen posterior». Incluso se da el paso de ampliar el alcance de la responsabilidad, a pesar de que el agente no pudo vislumbrar el resultado dentro de lo posible y no obstante que tampoco lo anticiparía, en lugar del agente, una persona dotada del máximo de experiencia y que captase el hecho concreto en su conjunto, en tanto las circunstancias presentes al tiempo de este fueran reconocibles. Según RÜMELIN, en el segundo ejemplo, por lo menos hay una previsibilidad fundada en que uno todavía puede decir que, después de examinar la suma de las circunstancias presentes en el momento del hecho, incluyendo las descubiertas recién con el curso del suceso, la muerte fue favorecida por el golpe en tanto ésta habría sido previsible si se hubiese sabido de la constitución corporal de la víctima. Este juicio con base en el conjunto de las circunstancias presentes al tiempo del hecho y descubiertas con el suceso, o de los momentos típicos esperables, es lo que se llama, usando una expresión de von LISZT, el punto de vista del «pronóstico objetivo posterior». La misma cuestión se plantea en Derecho penal tratándose de preceptos legales que elevan la causación de un daño mayor como fundamento para el incremento de la pena, tal como ocurre, por ejemplo, con la muerte a consecuencia de una lesión corporal o del peligro mediante explosivos, y, en el caso concreto, se presenta una conexión meramente singular entre acción y resultado. En estos casos, el punto de vista del «pronóstico objetivo posterior» se contrapone al azar, en la medida en que se concluya que, aún con el conocimiento de todas las circunstancias presentes y verificables en el momento del hecho, no hubo favorecimiento del resultado. Pero acá, RÜMELIN concede la inserción de un «momento cuantitativo», pues el caso de la ausencia de favorecimiento ha de equiparse con el del favorecimiento mínimo, por ejemplo, si una lesión leve conduce, a consecuencia de un sorpresivo dolo del médico o de un tratamiento completamente negligente, a la muerte de la víctima. En estos casos, es imperativo recurrir a criterios muy heterogéneos, como, por ejemplo, el de satisfacerse con un menor grado de

⁹⁹ RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, pp. 10 ss., 15.

¹⁰⁰ RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, pp. 17 s.

¹⁰¹ RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, pp. 21 ss., 30 ss.

favorecimiento del daño mayor, si la lesión corporal fue realizada dolosamente en comparación con el caso en que esta fue negligente, o, si la acción del agente ocasionó otra conducta realizada a su vez culpablemente, entonces, cuanto más «irresponsable» sea esta última, menos disposición habrá para afirmar que el resultado fue favorecido por la primera acción¹⁰².

Luego de exponer las diversas formas en que se ha entendido el concepto de causalidad adecuada, RADBRUCH ofrece su propia conceptualización señalando que «la posibilidad objetiva es la *norma* lógica para nuestras expectativas» y que «las expectativas correctas sólo pueden fundarse en el conocimiento de las relaciones causales acorde a leyes»¹⁰³. Como el juicio que supone la posibilidad objetiva se funda en conocimientos *nomológicos* completos, esta constituye el límite externo de la previsibilidad del resultado para alguna persona y, por ende, «posibilidad objetiva es previsibilidad objetiva». Pero, la previsión de un resultado supone no sólo conocimientos nomológicos sino también ontológicos, de modo que dicho límite presupone la «reconocibilidad objetiva» de las condiciones que fundan el juicio de posibilidad:

«La previsibilidad objetiva es entonces el marco externo en cuyo interior se puede mover la previsibilidad subjetiva y la previsión, dentro del cual entonces la culpabilidad es posible. Condición adecuada de un resultado es así aquella condición cuya realización volvió previsible el resultado, una tal condición que “puede ser portadora posible de la culpabilidad subjetiva”»¹⁰⁴.

Respecto de la *base* del juicio de posibilidad, RADBRUCH distingue una teoría subjetiva, una objetiva y una serie de teorías intermedias. La teoría *subjetiva* lo es porque incluye en la base de juicio todas las circunstancias concurrentes en el momento del comportamiento, reconocibles para el agente. Como VON KRIES había acuñado el principio de generalización según la medida de la reconocibilidad y, asimismo, se había referido, luego de reformular el concepto de causalidad, al «tipo psicológico», RADBRUCH atribuye esta visión subjetiva a la «teoría» del fisiólogo y termina por rechazarla, porque en esa medida la causalidad adecuada coincide, en buenas cuentas, con el juicio de culpabilidad¹⁰⁵. Según la teoría *objetiva*, que esta vez con razón atribuye a RÜMELIN, integran la base del juicio todas las condiciones presentes al tiempo del hecho y las conocidas con posterioridad, con excepción de las absolutamente irreconocibles. Por muy objetiva que esta teoría pretenda ser, por definición, la reconocibilidad presupone un sujeto, pero no lo explicita. Sin embargo, en tanto se incluyen en la base del juicio condiciones reconocidas con posterioridad, ese sujeto no puede ser otro que el propio juez. Por un lado, RADBRUCH critica esta teoría, puesto que, al incluir, además de las circunstancias concurrentes al momento del hecho, esperables o reconocibles, las condiciones reconocidas *ex post*, ya no se trata de un juicio de posibilidad, sino de necesidad, con lo cual se mantiene en el suelo de la teoría dominante de la condición necesaria. Por otro, para evitar traicionar el sentido limitativo del concepto de causalidad adecuada, el propio RÜMELIN tuvo que introducir dos «modificaciones de equidad»¹⁰⁶

¹⁰² RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, pp. 44 ss.

¹⁰³ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, p. 26, destacado en el presente texto, porque podría existir un error de tipeo, que daría cuenta de un sugerente *lapses linguae*: en el texto aparece la expresión «logische Norm», pero quizás la que quiso usar el autor fue «logische Form» («forma lógica»).

¹⁰⁴ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 26 s., con cita de MEYER.

¹⁰⁵ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 27, 32 ss.

¹⁰⁶ Cfr. RÜMELIN, «Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1900, (90-2), pp. 189 s., 300 s.: «Si la víctima es colocada mediante el suceso fundante de responsabilidad solamente en relación espacial y temporal con un acontecimiento que ocurre después, entonces se hace abstracción de las condiciones de este segundo suceso que se hallan más allá de toda previsión incluidas las no conocidas ni reconocibles para el responsable, cuando estas ya concurrían al tiempo del primer acontecimiento», y, enseguida: «En ningún caso se contará, al fijar el baremo del pronóstico objetivo posterior, con meras

que, en definitiva, morigeran los alcances de ese baremo¹⁰⁷. Las diversas formulaciones de la teoría intermedia se traducen en regresar a una perspectiva *ex ante*, pero desde el baremo del «hombre medio». El «talón de Aquiles» de estas teorías, empero, radica en el supuesto en que el agente concreto dispone de conocimientos ontológicos que superan los del «hombre normal», con lo cual recaen en un inevitable dualismo¹⁰⁸.

Concluye RADBRUCH que cada una de estas teorías trata de lidiar con el problema de la generalización de las condiciones estableciendo reglas insostenibles que, si no retornan al suelo de la teoría dominante, entran en conflicto con el concepto de culpabilidad. El límite externo y a la vez más estricto es el estado de conocimientos nomológicos y ontológicos cabales; un juicio emitido sobre esta base, empero, es siempre un juicio de necesidad, de modo que la única forma de evitar el conflicto que plantea la causalidad adecuada con la culpabilidad es asumiendo la teoría de la condición necesaria. No obstante, RADBRUCH reconoce que tal conflicto no se presenta en los supuestos en que la ley penal o civil prescinde del elemento de la culpabilidad y se satisface, en principio, con la causalidad¹⁰⁹. Es el caso de los delitos calificados por un resultado «no-culpable», que, tal como lo había anticipado el propio VON KRIES con su exigencia de la «adecuación de la relación condicional», se caracterizan por tratarse de una clase de delitos que favorece especialmente el resultado de la muerte de una persona, como el incendio, la lesión corporal o el envenenamiento, esto es, en que el fundamento de la cualificación radica en el «peligro específico del resultado» que implica la realización de esta clase de delitos:

«Para que sea abarcado por la responsabilidad, entonces, el resultado debe ser realización de un peligro derivado del delito, es decir, debe haber sido causado adecuadamente mediante este. Tiene que ser además realización del peligro *específico* del resultado creado mediante el delito: así nos viene dada la base del juicio de posibilidad»¹¹⁰.

En consecuencia, ha de presuponerse la realización concreta de la clase de circunstancias que el legislador tuvo a la vista al formular el precepto, incluidas en el concepto *genérico* del tipo delictivo respectivo y que se distingue de otros delitos donde no concurre tal clase de circunstancias, como el hurto o la extorsión. Si el legislador vio el peligro específico de la lesión corporal en la circunstancia de que *aliud alii mortiferum esse solet*, entonces ha de presuponerse la constitución corporal de la víctima, por muy anormal e irreconocible que sea para el agente¹¹¹. Cierra RADBRUCH señalando que la exigencia de *adecuación* surge por vía de interpretación de la *ratio legis* de las disposiciones y que, por consiguiente, no tiene nada que ver con la causalidad¹¹².

Quizás el escrito más influyente de la época, por la claridad en la exposición y por la influencia que ejerció luego en la doctrina y en la jurisprudencia por lo menos en asuntos civiles, fue el trabajo de TRAEGER sobre «el concepto de causalidad en Derecho penal y civil», cuyo título ya asume la premisa de la distinción de este concepto respecto de la ley causal¹¹³. Como es lógico,

resoluciones o actitudes de otros agentes existentes al tiempo del hecho, en tanto estas no fueron incluidas en la previsión del autor o no debieron ser consideradas».

¹⁰⁷ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 28 s., 40 ss., 46.

¹⁰⁸ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 29 ss., 47 ss.

¹⁰⁹ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 54 s.

¹¹⁰ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 58 s. (destacado en la obra citada).

¹¹¹ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, p. 59; cfr. EL MISMO, «Erfolgshaftung», en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, AT, t. II, 1908, pp. 232 ss.

¹¹² RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, p. 60.

¹¹³ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 13 ss.

empieza con la revisión de los conceptos filosóficos de causalidad, incluyendo, por cierto, la versión acuñada por MILL, hasta plantearse la pregunta por el concepto de causalidad en el Derecho, partiendo, como también era de esperar, con la teoría de la *conditio sine qua non* y su método de la supresión hipotética. En tanto teoría acerca del plexo de condiciones que une una acción con un resultado, su aplicación en el campo del Derecho presupone, empero, la delimitación previa de qué es lo que cuenta como una acción, por un lado, y qué resultado ha de considerarse, por otro. Este paso previo supone la inserción de un juicio de valoración jurídica, mas no se trata de nada peculiar del campo del Derecho, pues toda observación científica presupone la especificación y fijación de los hechos, que a su vez es producto de una decisión del pensamiento. Pues bien, según esta teoría toda circunstancia cuya supresión implica que el resultado ocurrido no se subsume más bajo la categoría de efecto E definida por el tipo legal (muerte, lesión corporal, daño material, etc.), sino que en la categoría contraria no-E (no muerte, integridad física o de la cosa, etc.) es condición del resultado jurídico. Y esto vale no sólo respecto del antecedente que trae consigo necesariamente el resultado, como, por ejemplo, «la lesión absolutamente mortal», sino también respecto de la circunstancia que sólo a consecuencia de las relaciones completamente especiales del caso concreto produce, mediata o inmediatamente, un efecto inusual, como la bofetada a un niño que muere a consecuencia de una infección tuberculosa en el cerebro¹¹⁴.

De ahí la necesidad de restricción en sede de causalidad. TRAEGER identifica dos grupos de casos que exigen tal modulación, tanto en Derecho penal como civil. En Derecho penal, ve tal necesidad en ciertos casos en que el resultado se produce culpablemente, como en el caso del tío que envía su sobrino de 10 años al bosque durante una tormenta para que muera por la caída de un rayo, cuestión que efectivamente sucede y donde el resultado posible, aún improbable, fue previsto por el tío; por otro lado, la restricción es necesaria tratándose de casos en que el resultado producido sin culpabilidad funge como agravación de la pena, como en el tipo del § 226 StGB, entre otros, y menciona el ejemplo de A que lesionó dolosamente a B, quien a su vez muere en el camino al médico por una teja de ladrillo o un rayo que le cae encima. Con tal fin, TRAEGER distingue, por una parte, teorías individualizadoras, en el sentido de que procuran diferenciar las condiciones según el significado que tienen para el caso individual y, por otra, las teorías generalizadoras, que diferencian y valoran las condiciones según su significado general¹¹⁵. En este segundo grupo de teorías se ubica, por cierto, la teoría de la causalidad adecuada formulada por VON KRIES sobre la base del concepto de «posibilidad objetiva». No obstante, el «grado de posibilidad» depende, por un lado, de cuánto se generalice el resultado y, por otro, de cuán extensa sea la generalización de las condiciones que lo unen con el comportamiento del agente. En cuanto al resultado, el grado máximo de generalización es el que se deriva de la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*, que entonces incluye el caso recién mencionado de la caída de la teja de ladrillo sobre la víctima. Sin embargo, «la conditio s. q. n. es una circunstancia generalmente favorecedora solamente cuando mediante ella se incrementa la posibilidad de que suceda justo la clase de muerte, de lesión, de daño material, que se ha realizado en el caso concreto», cuyo sería el caso, por ejemplo, de la muerte de la víctima postrada en el bosque por inanición o congelamiento o atacada por animales salvajes, pero no de la muerte ocurrida por la caída de un rayo o por obra de una banda de ladrones¹¹⁶. Respecto de la generalización de las condiciones, TRAEGER expone, entre otros, los planteamientos que conducen a la disyuntiva entre

¹¹⁴ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 40 ss.

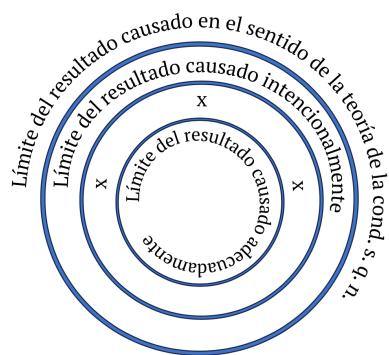
¹¹⁵ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 76 ss.

¹¹⁶ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 125 ss.

el baremo supuestamente «subjetivo» promovido por VON KRIES y la fórmula del pronóstico objetivo posterior de RÜMELIN, para llegar así a la siguiente toma de posición:

«Una acción u otra circunstancia, que se ha evidenciado como conditio s. q. n. de un determinado resultado, es entonces condición adecuada del resultado cuando es una circunstancia generalmente favorecedora de un resultado de la clase del ocurrido, es decir, cuando ella generalmente incrementa de forma considerable la posibilidad objetiva del resultado de la clase del sucedido. Para formular el juicio de posibilidad exigido, han de presuponerse el conjunto del conocimiento experiencial y todas las condiciones presentes al tiempo de comisión de la acción (o de concurrencia de otro suceso) que en ese momento eran reconocibles para el hombre medio y, además, las circunstancias conocidas por el agente mismo. Ha de hacerse abstracción de las demás condiciones»¹¹⁷.

Tratándose del primer grupo de casos antes mencionado, en que se exige culpabilidad en la forma del dolo o de la culpa, el límite de la responsabilidad que se deriva de la aplicación de esta teoría coincide con la exigencia de culpabilidad, de modo que se vuelve prescindible recurrir a este concepto. Lo anterior, empero, no vale en el supuesto en que el agente causa intencionalmente el resultado, puesto que, en tal caso, concurre el requisito de la culpabilidad, pero se vuelve necesario aplicar el filtro de la causalidad adecuada. Aquí TRAEGER menciona una variante del caso del tío, en que es un granjero el que, con el fin del castigo, envía a su siervo al bosque durante la tormenta, y otro ejemplo en el cual un sujeto, que no se maneja con armas, dispara a gran distancia contra su enemigo. En ambos casos hay previsibilidad subjetiva, incluso dolo, de modo que concurre el requisito de la culpabilidad y, además, si uno rechaza la teoría de la causalidad adecuada y en cambio la ve reducida a la *conditio sine qua non*, entonces hay que concluir que en ambos también hay responsabilidad por el resultado así causado. De ahí la necesidad de recurrir a la teoría de la causalidad adecuada, en virtud de la cual puede decirse que, en el primer caso, si bien hay culpabilidad, el agente no ha incrementado de modo considerable la posibilidad del resultado, a diferencia de lo que sucede en el segundo ejemplo¹¹⁸. El propio TRAEGER muestra cómo operan los diversos límites a la responsabilidad en el siguiente gráfico:



El círculo con la x significa que no hay responsabilidad en la medida en que rige el límite de la teoría de la causalidad adecuada. Ahora bien, tratándose de los delitos calificados por el resultado, donde el legislador prescinde de la exigencia de culpabilidad y, por ende, sólo se exige causalidad en relación con el resultado más grave, el único límite que existe es el que se deriva de la comprensión de esta relación según el concepto de causalidad adecuada¹¹⁹. Lo determinante es, según TRAEGER, que hay causalidad en sentido jurídico sólo cuando la primera acción realizada

¹¹⁷ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, p. 159.

¹¹⁸ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 167 ss.

¹¹⁹ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 173 ss.

voluntariamente, que se evidencia como *conditio sine qua non* del «resultado final», incrementa generalmente la posibilidad objetiva de que suceda un resultado de la clase del realizado¹²⁰.

5.2. El proceso de desglose interno de la adecuación y la paulatina diferenciación de perspectivas: *ex ante* y *ex post*

A pesar de que, en su origen, el concepto de posibilidad objetiva fue acuñado por VON KRIES tanto para enriquecer el concepto de causalidad como para volverse aplicable en supuestos donde no había causalidad en concreto, como en la tentativa y los delitos de peligro, la discusión de los juristas giró, comprensiblemente, en torno a la ubicación sistemática de la adecuación entendida como un filtro de la responsabilidad, esto es, en su sentido limitador. Como queda en evidencia, en particular, en la discusión entre RADBRUCH y TRAEGER, el punto fuertemente controvertido radicaba en si la adecuación era un elemento o propiedad inherente a la causalidad o si, por el contrario, podía reconocerse sólo como un filtro separado de esta. En una u otra ubicación sistemática, resulta claro que la adecuación no podía sino concebirse en un sentido fundamentalmente descriptivo, máxime si la discusión se desataba en la época de plena gestación de la teoría moderna del delito, en cuyo seno recién empezarían a precisarse sus diversos elementos constitutivos y articularse de modo sistemático por obra de sus fundadores. Pues bien, en este contexto histórico, el filtro de la adecuación sufriría, por un lado, un proceso de creciente *normativización* de su alcance hasta dar origen al concepto de «imputación objetiva», en poco más de tres décadas. Pero, por otro lado, al interior de este mismo proceso, el componente *descriptivo* de la causalidad adecuada, tal cual fue concebida por su creador, se mantendría incólume, sin que los precursores de la teoría de la imputación objetiva se dieran cuenta de ello.

Este proceso de reformulación conceptual de la teoría de la causalidad adecuada tiene su hito fundacional en el escrito de MÜLLER sobre «el significado de la relación causal en el Derecho penal y de daños» del año 1912. En el ámbito del derecho de daños, MÜLLER distingue dos clases de responsabilidad jurídica. Por un lado, existe una clase de responsabilidad que se *funda* en el hecho que la desencadena y en otros elementos, como puede ser, aunque no siempre, el de la culpabilidad. Por otro, MÜLLER reconoce otra clase de responsabilidad por el daño, que se *agota* con el hecho que la desencadena y que supone siempre causalidad¹²¹. En Derecho penal, sólo viene en consideración la primera clase de responsabilidad señalada. Ahora bien, la cuestión que le interesa a MÜLLER y que busca esclarecer atañe a las diversas funciones que la causalidad cumple en el marco de ambas clases de responsabilidad por el daño, pretensión que levanta justo en el contexto de la disputa entre la aún dominante teoría de la condición y la teoría de la causalidad adecuada, que empezaba a hacerle competencia.

Pues bien, según MÜLLER, para que un *hecho*, positivo o negativo, pueda ser culpable en sentido técnico-jurídico, esto es, para que pueda *fundar* responsabilidad por el daño, es menester, en primer lugar, que el *comportamiento* del agente sea objetiva y subjetivamente contrario a una norma jurídica y, en segundo término, que además el resultado sea causado culpablemente. El primer requisito de esta clase de responsabilidad, a su turno, supone la existencia de una norma jurídica cuyo objeto, aclara MÜLLER, radica exclusivamente en el comportamiento del agente, es decir, objeto de la prohibición no puede ser el resultado mismo ni tampoco el curso causal como tal. Una conducta se torna prohibida no recién en el momento del resultado, sino antes en la

¹²⁰ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, p. 187.

¹²¹ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 5 ss., 81 ss.

situación durante la cual su realización y sus consecuencias aún se encuentran en juego. La referencia que la norma hace al resultado sólo sirve a la determinación del comportamiento prohibido. Es decir, la vinculación con el resultado, que sirve a la determinación de la conducta requerida por las normas, jamás puede derivar del curso causal posterior, sino que sólo en tanto posibilidad de que este tenga lugar bajo las circunstancias concomitantes al comportamiento, activo u omisivo, del agente. De ahí la necesidad de adoptar el punto de vista del *pronóstico*. Sin embargo, aún bajo esta perspectiva, tampoco interesa la posibilidad de que suceda cualquier resultado. Para la delimitación de las posibilidades de curso causal relevante, MÜLLER recurre al *fin* de las normas jurídicas en tanto exigencias destinadas al «hombre» para que se comporte de tal modo que los hechos se ajusten al fin impuesto. Tratándose de una norma de mandato, por ejemplo, que impone el deber de comunicar a la autoridad el plan delictivo del que se ha tenido conocimiento, este puede verse infringido tanto mediante omisión como por acción –v.gr.: § 139 StGB. Bajo una norma prohibitiva resultan comprendidas todas aquellas acciones que, en las circunstancias concomitantes reconocibles, incrementan la posibilidad de que suceda un resultado de la clase de los descritos por la norma¹²². El punto de vista del pronóstico, entonces, es uno *objetivo*:

«un hombre puede comportarse de modo objetivamente contrario a la norma jurídica sólo mediante la omisión de una acción o mediante la realización de una acción cuya omisión resulta necesaria, bajo el punto de vista del conocimiento humano abstracto del momento, para el fin impuesto por una norma jurídica (de causar o no causar un resultado de cierta clase)»¹²³.

Con una intuición simplemente genial, que se anticipa en más de medio siglo a la reformulación normativa del concepto de acción, MÜLLER sostiene que acción y omisión pueden agruparse bajo la categoría de la conducta entendida en el sentido del «ejercicio de la libertad» de realizar o no realizar una determinada acción, más precisamente, «de que un cambio determinado tenga o no tenga lugar»¹²⁴. Este paso conceptual le permite generalizar el planteamiento en los términos de que una *conducta* es *objetivamente* contraria a la norma jurídica sólo en la medida en que, bajo la consideración de las circunstancias reconocibles *ex ante* para el conocimiento humano abstracto, incrementa la posibilidad objetiva de que el fin de la norma se vea frustrado. En contra de la teoría de la causalidad adecuada, empero, MÜLLER sostiene que el incremento de la posibilidad de que suceda el resultado no es un elemento de la causalidad, sino que de la contrariedad objetiva a la norma jurídica, de tal manera que, entonces, la frontera externa de la responsabilidad no viene dada por la causalidad adecuada, sino por este elemento de carácter objetivo¹²⁵.

Ahora bien, con el objeto de tematizar la cuestión ineludible del *grado* del incremento de la posibilidad objetiva del resultado y del *significado* de la acción bajo la norma jurídica correspondiente exigidos para el juicio acerca de la conducta, MÜLLER recurre a los ejemplos, entre varios otros, del tío que envía al sobrino al bosque y del sujeto que dispara, con un arma destortalada, a gran distancia respecto de la víctima, que antes había planteado TRAEGER para la justificación de la adecuación como elemento inherente a la causalidad. MÜLLER hace notar que, en ambos ejemplos, en las circunstancias objetivas reconocibles en el momento de la acción, el agente favorece con ella el resultado y, desde el punto de vista objetivo del pronóstico, pone en

¹²² MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 22 ss.

¹²³ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 28.

¹²⁴ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 28 nota 1.

¹²⁵ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 29 ss.

peligro el fin perseguido con la prohibición del homicidio, de modo que, si lo único determinante es el grado del peligro, no puede introducirse ninguna diferencia en el tratamiento de ambos casos. Es aquí donde MÜLLER hace un giro conceptual que será olvidado por muchos de sus contemporáneos pero que, medio siglo después, reaparecerá bajo el ropaje de la categoría del «riesgo permitido». Recurriendo a una serie de criterios que antes había sido sugerida por EXNER, en su escrito sobre imprudencia, MÜLLER propone tres *factores* para la calificación de la acción como objetivamente contraria, o no, a la norma jurídica, que son el ya señalado grado de peligro para el fin impuesto por la norma, la relevancia del fin puesto en peligro y el fin perseguido mediante la acción. Los tres factores quedan articulados en términos tales de que, mientras más importante sea el fin impuesto por la norma y mientras menos útil sea el fin perseguido por el agente, tanto menor ha de ser el grado del peligro para poder calificar el comportamiento de objetivamente contrario a la norma jurídica¹²⁶. Y al revés, entonces, tendría que regir la fórmula de que mientras menos importante sea el fin de la norma y mientras más relevante sea el fin perseguido con la acción, mayor ha de ser el grado de peligro para dicha calificación. Sin embargo, en ambos casos el grado de peligro es igualmente bajo, de modo que la única diferencia podría derivar de la circunstancia de que el fin perseguido es «socialmente más útil» en el primero en comparación con lo que ocurre en el segundo, afirmación, empero, que desde el punto de vista del «fin subjetivo» buscado por el agente no sería correcta:

«Lo decisivo es que una conducta que, aunque sea objetivamente, sirve de medio para un fin cuya utilidad social conlleva asumir los peligros inevitablemente unidos de modo general a su persecución, no puede ser prohibida por fundar tal peligro»¹²⁷.

Con cita de BELING, MÜLLER aclara que dicha relación de medio a fin no ha de entenderse en el sentido de la «finalidad teleológica», sino en el de la «causalidad potencial» y, por ende, se ubica en el ámbito objetivo. Así, se pregunta si en el caso del tío podía o no asumirse el «riesgo bajo» de que le cayera el rayo al sobrino, a diferencia del caso del disparador torpe, cuya acción sería objetivamente contraria a la norma jurídica¹²⁸. Más adelante agrega la reflexión de que, en el caso del tío y el sobrino, aun cuando uno concluyera que el peligro creado mediante su acción era «apreciable», a lo más aquél respondería a título imprudente¹²⁹. Enseguida, MÜLLER se refiere a la dimensión *subjetiva* del comportamiento contrario a la norma jurídica, en una época en la que aún no se había consolidado la teoría del delito de cuño contemporáneo. De ahí que la tematice no directamente con base en la distinción entre dolo y culpa sino en los términos de la conducta «subjetivamente culpable», esto es, en el sentido de que, además de la contrariedad objetiva a la norma, la culpabilidad en «sentido técnico» presupone que el comportamiento ponga en peligro el fin de la norma también bajo el punto de vista del «pronóstico subjetivo». Es decir, es preciso que el agente ponga en peligro dicho fin tanto desde la perspectiva del «pronóstico objetivo» como a la luz de un «pronóstico subjetivo». Esta última perspectiva es la que otorga la capacidad de conocimiento del individuo concreto cuya acción u omisión se encuentra en cuestión al tiempo y en la situación del comportamiento¹³⁰. En un gesto que devela la perplejidad que todavía genera la «indeterminación ínsita a los hechos» en este grupo de casos límite, MÜLLER inserta una *postdata* al término de su escrito donde reconoce que le surgieron reparos en cuanto a si dicha pregunta por la contrariedad objetiva a la norma jurídica habría de responderse más bien

¹²⁶ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 36 ss.

¹²⁷ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 39.

¹²⁸ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 39 s. con nota 1.

¹²⁹ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 59 nota 1.

¹³⁰ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 42 ss.

solamente en atención a las circunstancias que concurren en el horizonte del respectivo individuo concreto al tiempo de su conducta¹³¹.

El segundo requisito de esta clase de responsabilidad consiste en la «causación culpable» del resultado, elemento adicional que, a su vez, presupone la concurrencia de causalidad en el sentido de la teoría de la condición. A modo de ejemplo, MÜLLER plantea el caso del macetero de flores colocado en una ventana ubicada arriba de una calle muy concurrida y que cae justo delante de un pasante que, para esquivar dicha caída, huye hacia la vereda opuesta donde, empero, le cae encima una teja de ladrillo. En el caso, el agente incrementa la posibilidad de que suceda el resultado de muerte o de lesión corporal de manera considerable y, bajo las normas cuyo fin radica en que tal clase de resultados no suceda, la conducta es objetivamente contraria a la norma jurídica. Sin embargo, según MÜLLER, en el caso no se trata de aquella clase de resultados a la que se refiere la conducta a su vez contraria a la norma, pues no pertenece a la clase de consecuencias letales cuya posibilidad tornaba prohibida la conducta, es decir, el resultado no sucede en realización del peligro de muerte en cuya virtud el comportamiento del agente era contrario a la norma jurídica¹³².

Luego de ventilar casos en que el riesgo se mantiene igual a consecuencia de la conducta del agente, MÜLLER le saca provecho a tal elemento en el marco de los delitos calificados por el resultado bajo el ejemplo del tipo de lesiones corporales seguidas de muerte –§ 226 StGB. Tal como ya lo había advertido VON KRIES, el fundamento de la responsabilidad penal agravada radica en que es propio o característico de los resultados de la primera clase que ocurra un peligro específico de que sucedan resultados de la segunda clase. Una interpretación racional de estas disposiciones legales permite explicar, aunque no fundamentar suficientemente, la *responsabilidad por el resultado* acuñada en estas normas, en la medida en que la peligrosidad específica de la clase de resultados más leves funga como marco dentro del cual la realización de la clase de resultados más grave desencadena la pena también más grave. De este modo, los presupuestos de la responsabilidad penal agravada estriban, por un lado, en que el agente haya condicionado culpablemente el resultado de entidad menos grave y, por otro, que el resultado de entidad más grave haya sido condicionado en el marco del *favorecimiento* característico de la clase de resultados de entidad menos grave de que suceda la clase de resultados de entidad más grave. En este contexto, MÜLLER se pronuncia acerca de la disputa entre RADBRUCH y TRAEGER en torno a la ubicación sistemática del elemento de la adecuación. Para demostrar que esta no es una propiedad inherente a la causalidad, como creía TRAEGER, MÜLLER plantea el ejemplo, que después ENGISCH tildaría de «algo artificial», del agente que lesionó un pie de la víctima apurada en tomar el tren bajo circunstancias tales de que le sería subjetivamente reconocible el incremento de la posibilidad objetiva de que ésta se suba a otro tren en cuyo interior se encontraba una «máquina infernal» que, a su turno, explota antes de que la víctima llegue a su destino. En el caso, la conducta del agente era objetiva y subjetivamente contraria, no sólo a la prohibición de la lesión corporal, sino también a la del homicidio. Pero, además, según MÜLLER, de acuerdo con el curso de los hechos, como la muerte fue causada en el marco del peligro en cuya virtud el comportamiento se encontraba prohibido, concurre la adecuación exigida para la «causación culpable» no sólo de la lesión corporal, sino también de la muerte. Es decir, la misma lesión en el pie «causa culpablemente» tanto la lesión corporal como la muerte. En cambio, la adecuación exigida por el § 226 StGB en la específica relación entre lesión corporal y resultado de muerte no concurriría, puesto que la lesión en el pie no habría condicionado la muerte en el marco del

¹³¹ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 141.

¹³² MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 55 ss.

peligro que era característico de la lesión corporal. En consecuencia, el resultado de muerte puede ser «causado adecuadamente» por una lesión corporal sin que al mismo tiempo concurra la adecuación exigida entre lesión corporal y resultado de muerte para la aplicación del § 226 StGB, diferencia que demostraría, en fin, que, en esa medida, no se trata de una propiedad inherente a la causalidad¹³³.

5.3. Excuso: la inflexión filosófica de Larenz y el nacimiento del concepto de «imputación objetiva»

Sobre el trasfondo de la superación del dualismo kantiano entre noúmeno y fenómeno en la síntesis del espíritu, LARENZ recurre a la «dialéctica de la imputación» desplegada por HEGEL en la Filosofía del Derecho con el objeto de elucidar los presupuestos bajo los cuales una persona puede ser considerada responsable, ante el Derecho, por un acontecimiento como un «hecho de la libertad»¹³⁴. El primer momento de esta dialéctica es la *acción* entendida como unidad de la voluntad subjetiva y del ser externo producido mediante ésta, que a su vez todavía es *arbitrio*, aún no «voluntad libre». En ese momento, la «acción arbitraria» lleva en sí la contradicción de quedar entregada al azar y desembocar en éste, de modo que, según HEGEL, lo casual en la acción es todo aquello que es ajeno a la voluntad, esto es, lo que no es consciente, no fue previsto, como por ejemplo sucede en un caso de *aberratio ictus*¹³⁵. Mas cuando el agente ha captado correctamente las circunstancias presentes, pero tienen lugar otras nuevas que inciden de tal modo en las consecuencias del hecho que derivan en algo completamente distinto a lo que eran para sí y desembocan en consecuencias lejanas, ajenas, surge una «nueva dialéctica», esta vez de la oposición entre *consecuencias* propias y ajenas, que a su turno se funda en la contradicción insita a la naturaleza de que la *necesidad externa* es lo *casual*. Esta contradicción sólo puede superarse mediante la idea del *fin*, esto es, sólo pueden imputarse aquellas consecuencias que forman un *todo* con la acción, dominado por el fin. El fin, a su vez, es la unidad que le confiere carácter general a aquella variedad de conexiones externas y que funda la esencia del hecho determinado. Es lo que HEGEL llama *intención* en tanto «contenido general de la acción». Por ejemplo, en el caso del sujeto que incendia la viga de una casa, la naturaleza general de ese punto contiene su expansión, de modo que toda la variedad de relaciones que así se abre no es una secuencia indiferente, casual, sino un todo, determinado mediante el fin de la acción. Aquí no se trata de que el agente haya previsto las consecuencias individuales, sino que basta con que conozca la «naturaleza general de la acción», pues en esa medida este ha de responder por las «posibilidades particulares» que ella contiene¹³⁶. Pero, además, si bien HEGEL no reconoció como tal la categoría de la «acción imprudente», paradójicamente, sí se anticipó a la idea de «responsabilidad por el peligro» que recién sería desarrollada por los juristas de fines de siglo. Aquí no se trata de responsabilidad por la acción del sujeto y sus consecuencias, esto es, por el hecho, el resultado, sino que de imputación de un *acontecimiento* que se encuentra en una conexión mucho más laxa con la voluntad. Esta conexión no radica en la «causalidad de la voluntad», sino que en una relación de dominio sobre personas o sobre cosas propias en cuyo interior sucede el acontecimiento que irroga el daño, con o sin la intervención del agente¹³⁷.

¹³³ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 61 ss.

¹³⁴ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, tesis doctoral, Georg-August-Universität Göttingen, 1927, pp. 7 ss., 21 ss. (crítica a KANT), pp. 31 ss. (el espíritu en HEGEL), pp. 50 ss. («dialéctica de la imputación»).

¹³⁵ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 117.

¹³⁶ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 118 y § 119.

¹³⁷ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 116.

Pues bien, LARENZ recupera la antigua distinción entre *imputatio facti* e *imputatio juris* con el objeto de llevar la «dialéctica de la imputación» a una formulación conceptual que se vuelva operativa en la ciencia del derecho, tanto penal como civil. La *imputatio facti* como «imputación al hecho» consiste en un *juicio* acerca del hecho como tal, mientras que recién con el paso ulterior de la *imputatio juris* se emite un juicio acerca del *valor* del hecho. LARENZ reformula el paso previo de la *imputatio facti* en los términos de la *imputación objetiva*, que entonces sirve como respuesta a la pregunta de si un acontecimiento es o no un hecho de un sujeto y cumple por ende la tarea de deslindar el hecho *propio* del suceso *casual*. Así, por ejemplo, en el caso en que, durante la tormenta, A envía a B a las alturas de una colina donde se encuentran árboles también altos, con la esperanza de que B muera partido por un rayo, resultado que efectivamente sucede, no se trata de la cuestión de si A ha causado la muerte de B, sino que el sentido de la pregunta atañe a si esta puede serle imputada objetivamente como su hecho propio o, en cambio, es consecuencia de una conexión totalmente casual. Se trata entonces de la pregunta por la imputación de un suceso a una *persona*, pregunta que a su turno se responde a la luz de un juicio *teleológico*. En esta medida, ya la «imputación al hecho», y no recién la «imputación a la culpabilidad» –*imputatio juris*–, presupone la calidad de *persona* del sujeto. Esta calidad, a su vez, supone la *unidad* incondicionada en el sentido kantiano de la síntesis *a priori* y la *libertad* como autodeterminación del sujeto, esto es, de poder realizarse en el hecho. Pues bien, la imputación al hecho es la referencia del acontecimiento a la voluntad del agente, de tal modo que el hecho no le es ajeno ni indiferente, sino que manifestación de su esencia¹³⁸. LARENZ resume de este modo su planteamiento:

«Entendemos entonces –para resumirlo otra vez– bajo voluntad el Yo que activamente interviene en el mundo exterior en tanto define fines y los realiza. “Acción” es manifestación de voluntad, esto es, un movimiento corporal orientado por la voluntad para que se someta a un fin, que está dirigido a un objetivo. Bajo hecho, finalmente, entendemos aquello que los hegelianos y Binding conciben como acción: la realización cabal de la voluntad, esto es, tanto la actividad inmediata del sujeto –la acción– como el acontecimiento más amplio, separado de ésta –las consecuencias de la acción– en la medida en que éste se encuentra en una conexión teleológica con aquél, en tanto este es dominable por la voluntad en orden a servir al fin. La acción y sus consecuencias forman un todo que tiene su principio rector en la voluntad libre: el hecho propio del sujeto. Acción y hecho se distinguen ambos del hacer y del acontecimiento mediante su referencia a la voluntad, su significado teleológico»¹³⁹.

La imputación es la referencia del hecho a la voluntad, que a su vez puede fundarse en dos momentos: el momento del conocimiento, de la previsión, que consiste en la capacidad del sujeto en orden a prever el curso causal, de reconocer el efecto de ciertas causas. Y el momento de la causalidad de la voluntad, esto es, la capacidad del sujeto, fundada en tal conocimiento, de intervenir él mismo en el curso causal, de volverse causa para darle dirección al curso causal. Mientras más alcance tenga la previsión del sujeto, mayor es su capacidad para anticipar las conexiones causales. Pero, a diferencia de HEGEL, LARENZ advierte que la imputación objetiva no puede quedarse aquí. Es preciso reconocer también la *posibilidad* de la previsión como principio de la imputación. Este principio deriva de una auténtica «dialéctica de la posibilidad», que a su vez arranca con la oposición entre la «posibilidad formal» y la «posibilidad real». Tanto una como la otra es relativa al suceso, al curso causal. Algo es *formalmente* posible cuando es tan posible como imposible, esto es, casual, porque la condición aislada sólo puede producir un efecto en conexión con otras condiciones externas e independientes. La posibilidad *real*, en cambio, es la

¹³⁸ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 60 ss.

¹³⁹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, p. 75.

totalidad de las condiciones que se torna «necesidad real», esto es, que produce el efecto necesariamente. Pero esta posibilidad real y necesidad es ella misma azar, en la medida en que la coincidencia de las condiciones es en sí misma casual. Las consecuencias que efectivamente tienen lugar son realmente posibles, porque su realización era necesaria según las leyes naturales, pero pueden ser casuales en relación con el agente. La oposición se ve superada en la *posibilidad del conocimiento*, que es la «posibilidad propia» del sujeto. Esta posibilidad no es relativa al suceso, sino a la voluntad libre del «hombre». En tanto espíritu que se hace a sí mismo posible y se realiza, permaneciendo como tal, se supera dicha oposición. La posibilidad del conocimiento es la «posibilidad verdadera», porque es aquella para el sujeto mismo. En esa medida, las consecuencias cuya previsión le era posible al agente caen en el ámbito de su voluntad. Mediante la posibilidad del dominio se constituye el acontecimiento como un todo, que se refiere a la voluntad y se funda en la libertad¹⁴⁰. En este sentido, entonces, la «posibilidad objetiva» de la que hablaba VON KRIES y que luego serviría de base a la teoría de la causalidad adecuada es, correctamente entendida, una *probabilidad* para un sujeto determinado, esto es, se trata de «posibilidad subjetiva»; pero, no para el sujeto individual, con sus conocimientos y capacidades particulares, sino que para un «sujeto pensado», para el «hombre medio», que funge como parámetro objetivo, general. En vez de hablar de «adecuación», entonces, la ciencia del derecho debería más bien exigir causalidad «objetivamente imputable», es decir, que tiene su principio rector en la voluntad¹⁴¹. Este juicio teleológico, en virtud del cual el acontecimiento se pone en relación con el sujeto, de tal modo que el hecho se torna propio de éste, se convierte en su obra, es previo al juicio de *valoración jurídica* que coloca el suceso así imputado bajo el baremo de la *norma*, incluso cuando se trata de omisión, que entonces puede luego ser conforme o contraria a Derecho, culpable o no culpable y, finalmente, dolosa o culposa¹⁴².

En efecto, la responsabilidad jurídica –*imputatio juris*– presupone, además de la imputación objetiva, un juicio normativo acerca del valor del hecho en términos tales de que si este es contrario a la norma se funda así el elemento de la *antijuridicidad objetiva*. Y se completa, por regla general, con la *imputación subjetiva* y la *antijuridicidad subjetiva* que a su vez fundan la culpabilidad y donde recién se considera al sujeto en su individualidad concreta y como personalidad particular ante el Derecho. Las normas sólo rigen para la voluntad, sea que se trate de la voluntad realizada, sea que consista en la determinación interna del sujeto. Objetivamente antijurídica sólo puede ser la realización de la voluntad y subjetivamente antijurídica sólo puede ser la determinación interna de la voluntad del sujeto. La culpabilidad, empero, presupone un juicio acerca del hecho en su faz *objetiva*, esto es, que este se encuentra referido a la persona del agente incluso antes de imputarlo subjetivamente, es decir, de considerarlo bajo la «comprensión e intención» individual de éste. Recién en el plano de la imputación subjetiva y de la antijuridicidad subjetiva se considera la persona en su particularidad individual y capacidad, como «persona concreta». La imputación *subjetiva* supone, entonces, no sólo que el hecho se encuentre referido a la persona, sino que el agente concreto haya previsto o haya podido prever el hecho según sus capacidades individuales. Asimismo, el juicio de culpabilidad presupone que el agente haya tenido la capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho y que haya sido consciente de ésta¹⁴³.

¹⁴⁰ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 75 ss.

¹⁴¹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 81 ss.

¹⁴² LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 85 ss.

¹⁴³ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 89 ss.; en esta medida, el hecho también puede ser imputado objetivamente a un inimputable y ser calificado de objetivamente antijurídico, pues este juicio se refiere a una persona en abstracto, aún no concreta.

Ahora bien, con la excepción de los delitos calificados por el resultado, en Derecho penal siempre se exige imputación a la culpabilidad, de modo que supone correspondencia entre imputación objetiva y subjetiva, entre antijuridicidad objetiva y subjetiva. En Derecho privado, en cambio, se realza el lado objetivo del hecho, de modo que no siempre se exige la formulación de tal juicio de culpabilidad e incluso a veces se prescinde de la imputación subjetiva. Es más, existen ámbitos en los cuales no se trata propiamente de imputación al hecho y en los que ni siquiera concurre causalidad¹⁴⁴.

5.4. El desglose de la adecuación como elemento y su recodificación en los términos de la «imputación objetiva»

El penúltimo hito de este largo proceso de reformulación y creciente normativización del concepto de causalidad adecuada puede fijarse en el escrito de ENGISCH sobre «la causalidad como elemento de los tipos penales». Precisamente el título de la breve monografía obedece a la pregunta de si esta conserva o no su sentido puramente natural, extraído de la vida, cuando el Derecho la erige en un presupuesto de la responsabilidad, cuestión que no resulta tan delicada cuando se inserta en el tipo junto a otros elementos como la antijuridicidad y la culpabilidad, pero que sí se torna muy problemática en el ámbito de los delitos calificados por el resultado, donde el propio legislador prescinde de estos requisitos adicionales¹⁴⁵. Para adelantar la respuesta, ENGISCH se inscribe en la corriente de pensamiento de RADBRUCH y de MÜLLER –i.e. se aparta de TRAEGER–, en orden a concebir la causalidad como un elemento estrictamente separado de la antijuridicidad y de la culpabilidad, es decir, completamente «desnudo» de cualquier atributo «correctivo o regulador». Pero, a diferencia de esos autores, no se da simplemente por satisfecho con la teoría dominante de la *conditio sine qua non*, sino que, por decirlo así, procede derechamente a reformularla en términos positivos de la mano de la fórmula de las condiciones ajustadas a leyes naturales¹⁴⁶. Y, de cara a los grupos de casos límite, ENGISCH desarrolla su propia teoría de la adecuación con base en la distinción entre, por un lado, una *relación de adecuación en sentido amplio*, que a su vez radica en una «relación de tendencia» de la conducta del agente hacia el resultado típico, y, por otro, una *adecuación en sentido estricto*, que es relativa al curso causal específico, junto con inclinarse por la ubicación sistemática de la adecuación como elemento *al lado* de la causalidad y, por ende, en sede del *tipo objetivo*¹⁴⁷. Es decir, ENGISCH avanza tanto en el proceso de desglose *interno* de la adecuación como en la creciente normativización de su alcance, justo en el momento en que HONIG agruparía estos componentes bajo la nomenclatura de la «imputación objetiva»¹⁴⁸.

Distingue al menos tres grupos de casos, dos de los cuales se ventilan bajo los delitos de resultado «normales o puros» y el tercero a la luz de los delitos calificados por el resultado¹⁴⁹. Para ejemplificar el primer grupo de casos, recurre al tantas veces mencionado caso del rayo que cae sobre B, luego de que este fuese enviado por A al bosque durante la tormenta, y lo ventila bajo la categoría, previamente acuñada por MÜLLER, de la contrariedad objetiva a la norma jurídica.

¹⁴⁴ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 96 ss., 100 ss.

¹⁴⁵ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 4 ss.

¹⁴⁶ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 21 ss.

¹⁴⁷ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 35 ss.

¹⁴⁸ HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en HEGLER (ed.) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, 1930, pp. 182 ss.

¹⁴⁹ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 49 ss.; en realidad, son cuatro, pues suma a los mencionados los casos de concurrencia entre personas, bajo una variante del «caso del cazador», que comenta en la recta final de la obra (pp. 74 ss.).

Según ENGISCH, actúa de modo contrario a esta norma quien contraviene objetivamente el *cuidado* exigido para la evitación del resultado, de tal forma que la conducta adecuada es aquella contraria al cuidado debido. En aras de concretar el juicio de adecuación, ENGISCH se hace cargo, de manera sucesiva, del punto del grado de generalización del resultado, de la base y del baremo de juicio. Respecto del primer aspecto, hace ver que dicha categoría supone la infracción de aquella norma jurídica que subyace al tipo legal, bajo el cual se subsume la conducta, norma que a su turno no puede sino estar dirigida a la evitación del resultado, cuyo carácter perjudicial aparece mencionado en el mismo tipo. En consecuencia, el resultado ha de generalizarse según la medida fijada en el tipo legal. En cuanto a la base de juicio, advierte que la norma jurídica sólo puede exigir la evitación del resultado típico según la situación fáctica concurrente al tiempo y en el lugar de la acción o de la omisión del agente, de tal modo que el juicio de adecuación ha de formularse considerando todas las circunstancias fácticas conocidas o reconocibles para éste, incluyendo aquellas que el «hombre medio» hubiese reconocido en el lugar del agente, en el caso de déficits concurrentes respecto de éste. Y, respecto del baremo de juicio, este ha de ajustarse al máximo «conocimiento nomológico», pero disponible en el momento del hecho¹⁵⁰. Para pronunciarse acerca de la ubicación sistemática, ENGISCH parte antes de la base de que se confina con penas la realización de la conducta explícitamente descrita en los tipos legales, en tanto esta es contraria a la voluntad del ordenamiento jurídico, de modo que estos cristalizan formas específicas de contrariedad a la norma jurídica, de injusto. A la inversa, si el tipo se amplía a todos los presupuestos objetivos de punibilidad, pueden reformularse todos los elementos de antijuridicidad como elementos del tipo, sean generales o específicos, positivos o negativos – causas de justificación –, de modo que, en este sentido, la adecuación sería un elemento *positivo* y *general* subyacente al tipo. La adecuación, empero, no integra la causalidad, sino que se ubica a su lado, puesto que, por una parte, se encuentra íntimamente unida a la idea de riesgo permitido y otros momentos relativos al deber de cuidado y, por otra, bajo una teoría objetiva de la tentativa, se trata de un elemento común a la tentativa y al delito consumado, que precisamente se diferencian entre sí por la ausencia de causalidad en la primera¹⁵¹.

Ahora bien, a la luz de ese juicio de adecuación pueden solucionarse constelaciones pertenecientes al primer grupo de casos, ya que, resume ENGISCH, sólo actúa antijurídicamente quien realiza una acción adecuada en dirección del resultado típico, cuestión que no ocurre si se crea un riesgo muy bajo de realización de este suceso. Sin perjuicio de ello, en el otro grupo de casos, que también se ventila a título de los «delitos de resultado puros o normales», se trata de constelaciones en las que el agente actúa antijurídicamente e incluso culpablemente, pero cuya acción ocasiona un curso causal tan singular que la responsabilidad por el resultado se vuelve dudosa. ENGISCH menciona aquí un par de ejemplos, algo rebuscados, hay que decir. En un caso, el agente ocasiona, por ejemplo, mediante la manipulación de un fuego artificial, graves quemaduras a la víctima, la que, no obstante, después de recuperarse y al someterse a una operación de trasplante, muere por la alergia que le genera el «narcótico anestésico». En el otro se trata de un vendedor que deja al hijo por un momento a cargo de la tienda de fuegos artificiales, sin darle la orden de instruir a los clientes acerca del uso correcto de estos objetos, cuestión que, no obstante, al proceder a una venta, hace efectivamente el hijo, pero el comprador luego hace caso omiso de las instrucciones, sufriendo este grave lesiones. Como se vio recién, es para casos como el primero que RADBRUCH concibió el requisito de la «realización del riesgo» y que luego MÜLLER articuló bajo la categoría adicional de la «conexión de antijuridicidad», relación que faltaría en el primer ejemplo. Mas ENGISCH sostiene que este requisito no es otro que el elemento

¹⁵⁰ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 52 ss.

¹⁵¹ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 59 s.

de la adecuación de la conducta para la clase específica de resultado, esto es, para el resultado típico en su paso a través de las causas intermedias particulares del caso concreto, de modo tal que el juicio de adecuación, que se refiere al resultado típico, se funda en una serie de «relaciones de adecuación», sometidas a los mismos principios, que a su vez se refieren a los cursos causales particularmente determinados¹⁵². No obstante, ENGISCH no se queda allí, sino que se coloca en una serie de supuestos en que la conducta del agente es, *ex ante*, peligrosa pero que luego, *ex post*, por la concurrencia de otras circunstancias, pierde dicho carácter, *i.e.* se vuelve inocua. Si, en el caso concreto, el daño igualmente sucede y, además, hay causalidad por tratarse de una condición ajustada a leyes naturales, como ocurre en el segundo ejemplo, entonces se abre un ámbito donde el presente requisito adicional se torna relevante:

«La adecuación de esa acción en relación con el resultado típico se encuentra fuera de duda. En cambio, uno no puede decir que la acción peligrosa se ha evidenciado en concreto como realmente “dañina”»¹⁵³.

En la medida en que el requisito de la «realización del peligro» se recodifica en los términos de la adecuación relativa a la particular forma y modo del curso causal, o «relación de *adecuación en sentido estricto*», entonces este corre la misma suerte que la adecuación concerniente al resultado típico, esto es, su ubicación en sede del tipo objetivo como elemento inserto *al lado* de la causalidad, y no como una propiedad de ésta. Finalmente, ENGISCH aborda el grupo de casos de los delitos calificados por el resultado, cuya estructura se funda en un tipo referido a una conducta que realiza culpablemente un primer resultado que, a su vez, funge como causa de otro resultado cualificado. Esta clase de tipos legales se caracteriza por las circunstancias de que el legislador, por un lado, ha erigido en resultado cualificado sólo aquella clase de resultados cuya realización se vuelve en cierta medida probable por la comisión del respectivo delito base y, por otro, lo ha conectado sólo con aquellos delitos base en que, a diferencia de otros que bien pueden también ocasionarlo, existe una «tendencia general» a que suceda el resultado agravado, de modo que el legislador, con la mayor sanción conminada, sólo ha querido captar aquellos casos en que este resultado ocurre en realización del peligro ínsito al delito base. Por lo tanto, al tribunal le corresponde verificar, de un lado, si efectivamente el peligro en dirección al resultado cualificado se encontraba conectado con la realización del delito base y, del otro, si este peligro se ha realizado, esto es, dice ENGISCH, la adecuación en sentido amplio y en sentido estricto como elemento subyacente a la conexión entre el primer y el segundo resultado típico. En cuanto a la base de juicio, esta no ha de fijarse en la conducta inmediata del agente que ocasiona el primer resultado, sino en el comportamiento abarcado por la culpabilidad que desemboca en la conclusión del primer resultado y que crea el peligro específico de realización del resultado agravado, por ejemplo, en el caso de un disparo que causa una lesión leve en el brazo de la víctima, la pregunta de adecuación ha de basarse en este último resultado y no en la conducta extremadamente peligrosa del agente. Respecto de la base de juicio para la verificación de la «relación de adecuación», ENGISCH discrepa de la solución postulada por MÜLLER al caso –algo artificial– de la lesión en el pie y la máquina infernal, planteando otro caso con notas un tanto distintas. Se trata del ejemplo de un miembro de una expedición científica en el polo o en el desierto que lesionó dolosamente el pie de otro miembro en circunstancias bajo las cuales se cuenta con que, por la ausencia de libertad ambulatoria, este ha de quedar postrado en el lugar y desfallecer. ENGISCH es de la opinión que en tal caso resulta aplicable el tipo de lesiones corporales seguidas de muerte, en la medida en que, además de la situación creada con la

¹⁵² ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 60 ss.

¹⁵³ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 65.

consumación del delito base, ha de incluirse en la base de juicio toda circunstancia concurrente en ese momento, en tanto sea reconocible. Es decir, son relevantes todas aquellas circunstancias que tuvieron lugar al tiempo de la consumación culpable del delito base, cuya concurrencia el agente reconoció o eran esperables en la perspectiva del momento de realización de su comportamiento en sentido estricto, o, en su defecto, que el «hombre medio» hubiese reconocido o esperado en su lugar. Así, el agente que causa culpablemente el resultado del delito base a pesar de dichas circunstancias, obra al mismo tiempo contraviniendo el cuidado en relación con el resultado cualificado. No obstante, ENGISCH aclara que no se trata de ver subyacente la exigencia de imprudencia, puesto que no se aplica el baremo individual que la caracteriza, sino que el agente obra mediante la falta de cuidado en relación con el resultado agravado también antijurídicamente en esa dirección, con la particularidad de que esta antijuridicidad adicional surte el efecto de agravación penal¹⁵⁴.

5.5. Comentario general a modo de cierre de la «sección histórico-dogmática»

Y así concluye el largo recorrido del proceso de reformulación de la teoría de la causalidad adecuada en el sentido en que actualmente aún se concibe, cuyo origen se remonta al concepto de causalidad acuñado por VON KRIES¹⁵⁵. La reformulación, a su vez, de la adecuación en los términos normativos de la «imputabilidad objetiva» de la mano de HONIG, es historia más que conocida¹⁵⁶. Lo que se perdió de vista en este camino ulterior, empero, es que el *principio* del incremento del riesgo que ROXIN formularía treinta años después sólo se vuelve comprensible a la luz del principio de los ámbitos de juego y la categoría del favorecimiento acuñados por VON KRIES en 1886. En efecto, dicho principio se vuelve aplicable en la medida en que las posibilidades de afectación del bien jurídico que derivan de la superación del riesgo permitido son mayores en comparación con las posibilidades de que ese bien no se vea afectado, esto es, que resulte salvaguardado, en el supuesto del riesgo permitido hipotético. En palabras del propio ROXIN, quien en 1962 propone el siguiente método:

«Se verifica qué comportamiento no podría haberse imputado al autor como infracción del deber según los principios del riesgo permitido. Con éste se compara el modo de acción del acusado. Y luego se verifica si la posibilidad de realización del resultado, en la configuración de los hechos concreta sometida a juicio, se ha incrementado frente al riesgo permitido»¹⁵⁷.

Es decir, el incremento comparativo del riesgo no es más que la *diferencia* que concurre entre los ámbitos de juego, que favorece el resultado, diferencia relevante que entonces funge como sustrato *empírico* del principio del incremento del riesgo.

¹⁵⁴ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 69 ss., 72 con nota 2.

¹⁵⁵ Síntesis de la época en MEZGER, *Strafrecht*, 3^a ed., 1949, pp. 122 ss.

¹⁵⁶ No obstante, GIMBERNAT ORDEIG, «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *LH-Rodríguez Ramos*, pp. 95 y ss., vuelve otra vez a la carga.

¹⁵⁷ Cfr. ROXIN, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74-3), 1962, p. 431 s.; diferenciaciones ulteriores del principio luego en EL MISMO, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en BARTH (ed.), *Festschrift für Richard Honig*, 1970, pp. 135 ss.

6. Propuesta de solución diferenciada para cada grupo de casos y generalización de criterios

6.1. El elemento del riesgo relevante, *ex ante*, para la delimitación de la responsabilidad en el grupo de casos de los «cursos causales irregulares»

El grupo de casos de los «cursos causales irregulares» se caracteriza por la circunstancia común de que el comportamiento desplegado por el agente eleva, desde una perspectiva *ex ante*, en nula o sólo en ínfima medida la posibilidad de que suceda el resultado típico. El problema que aquí se plantea concierne al baremo para calificar la relevancia del riesgo así creado. Si la adecuación se concibe como un elemento incrustado en la causalidad, entonces dicho baremo no puede sino entenderse en términos puramente descriptivos y de modo indiferenciado ante la clase de norma involucrada en el caso concreto. Esta premisa conceptual explica que autores como TRAEGER y RÜMELIN hayan favorecido el baremo uniforme de la «probabilidad no irrelevante o considerable» de que suceda el resultado típico. Pero si la adecuación se concibe en clave normativa, tal como ya lo propuso MÜLLER, entonces la aplicación del baremo conduce a una suerte de *balance* entre, por un lado, la importancia del fin de protección de la norma y, por otro, el sentido práctico del ejercicio de la libertad de acción del agente. Así planteada la pregunta, el punto es si el comportamiento desplegado por el agente contraviene objetivamente la norma jurídica de conducta, de modo tal que si, de un lado, se trata nada menos que de la protección de la vida de otra persona y, del otro, la razón en virtud de la cual se ejecuta la acción no tiene un peso tal como para tildar a esta última de tolerada, entonces es suficiente con que surja un riesgo incluso bajo de que suceda el resultado típico. Es decir, en tal caso no habría contravención a la norma jurídica sólo si aquél se mantuviese igual o incluso disminuyese a consecuencia del comportamiento del agente. En cambio, si, por un lado, sólo está en juego la protección de la integridad física y, por otro, la acción desplegada por el agente presta alguna utilidad social, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las actividades deportivas, entonces el *quantum* del riesgo creado por este ha de ser comparativamente mayor para satisfacer este filtro de adecuación.

Este *primer* filtro de adecuación, que entonces es relativo al *comportamiento* del agente y de carácter eminentemente *objetivo*, es sistemáticamente anterior a cualquier consideración de orden subjetivo, esto es, a la concurrencia de dolo o sólo de culpa en el agente. En consecuencia, si la aplicación de este filtro se traduce, en el caso concreto, en la calificación de la acción o la omisión del agente como objetivamente contraria a la norma jurídica, entonces este juicio no puede verse alterado por la circunstancia netamente subjetiva de que este no haya previsto o incluso no haya podido prever el suceso del resultado antijurídico. En buenas cuentas, la eventual atribución de responsabilidad se funda aquí en la ejecución de un acto *ilícito*, por ser objetivamente contrario a la norma, y en la *causalidad*, incluyendo el caso en que el resultado típico, *i.e.* el «daño mayor» al implicado en la realización de la conducta ilícita, ocurre de un modo completamente *imprevisible* para el agente. Es decir, opera con la lógica del *versari in re illicita*, que es un principio de atribución de una clase de responsabilidad situada justo por debajo de la culpa entendida en un sentido subjetivo e individual. Si uno se anima a llamar las cosas por su nombre y asume la existencia de este estrato de responsabilidad, en definitiva, tal premisa implicaría a su vez reconocer que, no sólo en el Derecho civil, sino también en el ámbito del

Derecho penal, *siempre* ha existido un espacio para lo que modernamente se llama responsabilidad *estricta*, o, en la nomenclatura angloamericana, *strict liability*¹⁵⁸.

Ahora bien, de lege lata, si el caso concreto ha de resolverse de acuerdo a las reglas de la parte general de un código que incluye una cláusula expresa de limitación de la responsabilidad penal a la culpa o imprudencia del agente, tal como sucede, por ejemplo, con el art. 5 del Código Penal español actualmente vigente, pues entonces un caso como el de «la ampolla» o del «militar hemofílico», mencionado al comienzo, restaría impune. Pero, si en dicha parte general se cuenta todavía con una regla como la del art. 71 del Código Penal chileno, que se coloca en el supuesto en que falta uno de los requisitos de la eximente de «caso fortuito» del art. 10 núm. 8, como es precisamente el caso en que la acción ejecutada por el sujeto es ilícita por ser tildada de objetivamente contraria a la norma jurídica, pues en este otro contexto regulativo sí habría espacio para atribuir responsabilidad por el resultado de la muerte de otra persona¹⁵⁹. La regla invocada, a su vez, se remite a las normas de sanción del art. 490 CP, es decir, por sí misma no determina cuál de las penas allí señaladas resultaría aplicable en un caso como ese. Al remitirse a las normas de sanción previstas para la imprudencia en el ámbito de los delitos contra las personas, de alguna manera, sirve de fundamento para que el tribunal pueda castigar a la persona del agente a este título a pesar de que, en el caso concreto, no hay propiamente culpa o imprudencia, habilitando así a dicho castigo *«como si hubiera culpa»*. En el caso de la muerte de otra persona, como sucede en los dos ejemplos traídos a colación, se contempla un marco penal a su vez compuesto de dos penas, siendo imperativo aplicar la pena mínima en tales casos, para así evitar darle un tratamiento punitivo común a casos en que el resultado típico es previsible y a supuestos en que este es imprevisible.

La pregunta crucial que ahora se plantea concierne al tratamiento punitivo que habría que concederle al agente que, en cualquiera de los ejemplos, sí se entera o sabe, «por casualidad», de la constitución especial de la víctima u otra circunstancia concomitante puramente individual del caso concreto. En esta variante del grupo de casos de los cursos causales irregulares, es preciso advertir que, en estricto rigor, la faz *objetiva* no se ve modificada por la circunstancia puramente subjetiva de que el agente sepa de la circunstancia netamente individual del caso que, en definitiva, explica el resultado típico. En el «caso de la ampolla», la acción del agente consistente en arrojar un vaso del tamaño antes indicado y a la distancia señalada respecto del cuerpo de la víctima, sigue radicando en la conducta de lanzar una cosa hacia el cuerpo de ésta y la circunstancia de que, por decirlo así en términos muy rudimentarios, en la representación del agente esté la circunstancia e incluso este se diga a sí mismo, en el momento de ejecución de la acción, «ella tiene una sien con la pared craneana muy delgada», no modifica en una pizca las relaciones ontológicas del caso concreto. Y otro tanto sucede en el caso del «militar hemofílico». La bofetada o el golpe que el agente le propina a éste sigue siendo eso: un golpe de manos en el labio inferior del otro. Desde una perspectiva *ex ante*, en ambos casos, sigue tratándose de un supuesto en que, para la integridad física de la víctima, existe una posibilidad alta de que ocurra una lesión corporal, al tiempo de que la misma acción del agente crea un riesgo bajo de que suceda la muerte de aquélla. Desde una perspectiva *ex post*, en cambio, la consecuencia es exactamente la misma, y la pregunta estriba en si el agente ha de responder o no por el resultado de muerte de otra persona.

¹⁵⁸ Cfr. HUSAK, «Varieties of Strict Liability», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-2), 1995, pp. 193 ss., 199 ss.

¹⁵⁹ Plenamente coincidentes QUINTANA/ROJAS, *LH Rodríguez Collao*, 2023, pp. 470 ss.; VAN WEEZEL, *Curso de Derecho penal, parte general*, 2023, pp. 470 ss.

Pues bien, en la presente variante de ambos casos, en que, a la irregularidad del curso causal, se suma el *conocimiento* del agente acerca de la circunstancia concomitante puramente individual del caso concreto, además de la cuestión previa del fundamento de la responsabilidad, se plantea la pregunta por el tratamiento punitivo justo del caso. La búsqueda de una solución penológica adecuada al caso presupone recordar que la variante originaria, esto es, en que el suceso del resultado típico ocurre sin que el agente tenga conocimiento de la circunstancia concomitante puramente individual, se ubicaba en el borde *externo* de la responsabilidad por culpa en términos tales de que, si había castigo, este implicaba darle el tratamiento punitivo previsto para la imprudencia «como si hubiera culpa». En tal variante, se postulaba, por ende, la aplicación de la pena mínima prevista para el «delito culposo de resultado», a fin de evitar el tratamiento punitivo común a casos subjetivamente desiguales, esto es, el mismo castigo para el agente que pudo prever el resultado típico y para aquel que no pudo hacerlo. Pues bien, en el supuesto en que el agente, por el contrario, sí tuviese conocimiento de la constitución especial de la víctima, sería muy difícil de explicar el salto que se produciría desde esa pena a las «penas del infierno» contempladas para el parricidio o femicidio, incluso el homicidio doloso, por el solo factor de que dicha circunstancia concomitante estaba, *ex ante*, en la representación del agente. De manera implícita, el tipo de homicidio y, sobre esta base, los tipos de parricidio y de femicidio, se encuentran construidos sobre el trasfondo empírico de la creación de un *riesgo elevado* de que suceda el resultado de muerte a consecuencia de la acción o por la omisión del agente. A este nivel relevante de riesgo se agrega la exigencia de dolo, que entonces a su turno supone que el agente sabe que con su comportamiento crea un riesgo relevante, no meramente para la integridad física de la víctima, sino que para la vida de ésta. Sólo así, es decir, solamente en la medida en que exista algo así como correspondencia entre dicha faz objetiva y la faz subjetiva del agente, en breve, en tanto concurra *dolo* propiamente tal, se justifica la aplicación de las penas mucho más elevadas previstas para el homicidio doloso y, con mayor razón aún, para el parricidio o femicidio. En la variante de los casos aquí ventilados, tal correspondencia simplemente no concurre; es decir, no hay propiamente *dolo*¹⁶⁰.

Por otra parte, la aplicación de las penas contempladas para el homicidio doloso, parricidio o femicidio, a esta variante nada más que *subjetiva* de los cursos causales irregulares implicaría dar el mismo tratamiento punitivo a casos objetiva y subjetivamente distintos. En el plano objetivo, dicho tratamiento común implicaría igualar, para efectos penológicos, los casos en que se crea un riesgo elevado para la vida de otra persona con supuestos en que este riesgo es, *ex ante*, más bien bajo. En la faz subjetiva, asimismo, es distinto saber que uno despliega una acción que es desde la partida sumamente peligrosa para la vida de otro que estar al tanto de una circunstancia concomitante que podría convertir la propia acción en sumamente peligrosa para este mismo bien.

De ahí que la solución penológica adecuada a esta variante *subjetiva* del presente grupo de casos se mantenga en la órbita de las penas previstas para el homicidio imprudente, pero aplicadas en su techo, esto es, colindantes con el dolo pero aún bajo el piso fijado para éste, es decir, en el CP chileno, la pena máxima del art. 490.1 y en su techo. Si en la parte especial de la legislación penal existiese una norma de sanción prevista justamente para el supuesto estructuralmente intermedio entre homicidio y lesiones corporales, como es el caso del actual § 227 StGB, sobre lesiones seguidas de muerte, o del art. 81 núm. 1 letra b) del Código Penal argentino, pues en ese

¹⁶⁰ Así, ENGISCH, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1948, p. 210, en la variante de un caso de bofetada a un hemofílico en que el agente tuviese “casualmente” conocimiento de esta circunstancia.

escenario legislativo bien podrían resultar aplicables las penas allí contempladas, siempre que su cuantía se mantenga por debajo de las penas contempladas para el homicidio doloso.

6.2. La relación de riesgo, constatada ex post, como criterio único de delimitación de la responsabilidad por los delitos calificados por el resultado

Las vicisitudes que plantea el grupo de casos de los cursos causales irregulares simplemente no se presentan en el ámbito de los delitos calificados por el resultado. Esto porque la existencia de esta clase de normas de sanción penal supone la decisión del propio legislador en orden a criminalizar derechamente el *peligro* que surge de la realización del comportamiento del agente. En nomenclatura técnica, supone la formulación de un *tipo base*, cuyo tenor ya hace referencia a un comportamiento *peligroso*, frecuentemente, para diversos bienes jurídicos, colectivos o individuales. Desde un punto de vista *material*, es el propio legislador quien ha colocado los intereses en juego en la balanza y ha sopesado el grado de realización del fin de protección *versus* el grado de sacrificio de la libertad de acción del ciudadano, de modo tal que al tribunal no le queda mucho más margen que constatar si esa ponderación que el legislador ha trazado en un plano abstracto también vale en el caso concreto. Mediante la formulación de la norma prohibitiva que subyace al tipo base, el legislador ha manifestado y declarado su plena disposición a restringir la libertad de acción del ciudadano a fin de salvaguardar diversos bienes jurídicos. En particular, ha fijado el nivel de riesgo que considera relevante para la clase de bienes jurídicos tutelados por la norma prohibitiva, de manera tal que la tarea del tribunal se acota a corroborar, en el plano concreto, la «solución de compromiso» recogida en el tipo base. Dicho de otra manera, el *primer filtro* de adecuación se encuentra ya legislado en el tipo, de modo que el tribunal queda liberado de la carga de ventilarlo en el caso concreto, de formular el juicio de ponderación que sí resulta imperativo en el grupo de casos de los cursos causales irregulares.

Pero, además, junto con ofrecer una solución, *prima facie*, materialmente adecuada del conflicto de intereses que funge como trasfondo del tipo, en casi todos los ejemplos imaginables, las normas de sanción penal así legisladas exigen *dolo* en la realización del hecho descrito por el tipo base. En la perspectiva de la legitimación material de esta clase de normas de sanción, este aspecto subjetivo es muy relevante, pues el principio de culpabilidad reza, en su formulación originaria, que no puede imponerse pena sin culpa. A diferencia de lo que sucede con los cursos causales irregulares, que en cierta medida se ubican en la frontera de la responsabilidad por culpa, aquí la aplicación de la pena mayor contemplada, por ejemplo, para el manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o de lesiones gravísimas, presupone la concurrencia no sólo de culpa, sino que de dolo en la realización del tipo base. En la medida en que el agente realice dolosamente el comportamiento descrito por el tipo base, la aplicación de la pena mayor contemplada para el caso en que ocurra el resultado cualificado a consecuencia de este no implica contravención al principio de culpabilidad en su vertiente de exigencia de dolo o culpa, pues precisamente hay dolo. En otras palabras, no se trata aquí de responsabilidad *objetiva* o estricta, clase de responsabilidad que por el contrario prescinde por completo de la dimensión subjetiva del agente.

Tradicionalmente, no obstante, la doctrina ha invocado el principio de culpabilidad con la pretensión de limitar el alcance de esta clase de normas de sanción penal agravada, bajo el argumento de que esta observaría sólo *fragmentariamente* dicho principio al exigir por lo menos dolo respecto del «hecho base», pero no expresamente culpa respecto del suceso del resultado cualificado. Si se es consecuente con esta crítica, entonces la observación del principio tendría que traducirse, por vía interpretativa o sólo de *lege ferenda*, en la exigencia de culpa o

imprudencia como componente *adicional* al dolo que ya concurre en la realización del tipo base. En tal escenario, existen sólo dos opciones sistemáticas de ubicación de la culpa o imprudencia como requisito agregado: o se exige su concurrencia ya en el momento de realización dolosa del comportamiento descrito en el tipo base o se exige después de ésta, pero antes de que suceda el resultado cualificado. Es decir, o se exige algo así como una culpa o imprudencia *simultánea* al dolo del tipo base o se constata una culpa o imprudencia *posterior* a éste, pero anterior al resultado cualificado, esto es, algo así como una «culpa en el resultado».

Sin embargo, la culpa se define, tradicionalmente, por la falta al *cuidado* exigido o, en una versión normativa, por la infracción del *deber* de cuidado¹⁶¹. Así comprendida, en la versión sistemática de una culpa *simultánea* al dolo del agente, la exigencia de este requisito supondría que el ordenamiento jurídico le impone a este el deber de obrar con cuidado en el momento de ejecutar dolosamente el comportamiento típico, en el sentido de adoptar medidas, *ex ante*, para evitar que suceda el resultado cualificado. Es decir, a pesar de que el agente obra con conocimiento del peligro que crea con su acción para los bienes jurídicos tutelados por la norma subyacente al tipo base e incluso ha adoptado una posición subjetivamente *contraria* a la subsistencia de estos, el ordenamiento jurídico igualmente le exigiría que obre de tal forma de evitar que «las cosas empeoren aún más», esto es, que no obstante sea *cuidadoso* con tales bienes. Por ejemplo, la persona que ha decidido abandonar al infante de 3 años de edad en el medio del bosque, tendría que prestar atención a las condiciones imperantes en el lugar, de tal forma que la integridad del niño quede no obstante incólume. O, al sujeto que intencionalmente emplea fuego para destruir un lugar no habitado, el ordenamiento jurídico le pediría, de alguna manera, que «ponga pausa» al desarrollo del incendio para así alcanzar a verificar si en ese lugar se encuentran o no personas que pudieran resultar gravemente lesionadas o incluso sufrir la muerte. Otro ejemplo: al sujeto que ha decidido manejar un vehículo en estado de ebriedad, esto es, con infracción de la prohibición expresa de conducir en tal estado del art. 111 de la Ley de Tránsito, el ordenamiento jurídico le recordaría que, no obstante encontrarse en un estado de control extremadamente deficiente del vehículo, la misma Ley le exige «conducir atento a las condiciones del tránsito». En síntesis, al ciudadano rebelde frente al ordenamiento jurídico, este le exigiría ser no obstante un «buen ciudadano». Esta exigencia agregada de dolo y de culpa, *ex ante*, en la misma persona del agente y en el momento de creación del peligro para bienes jurídicos ajenos, suena contradictoria, pues abriga la esperanza de que, de algún modo, el ciudadano rebelde pueda desdoblarse en un buen ciudadano. No parece tener mucho sentido exigir la infracción de un deber de cuidado adicional, máxime si el estándar de conducta ya se encuentra cristalizado en el tipo base.

Tampoco adquiere sentido la exigencia de una culpa o imprudencia *posterior* al dolo, pero anterior al resultado cualificado. En el caso del abandono del niño de 3 años en el medio del bosque, tal exigencia supondría que el ordenamiento jurídico le pide al agente que, si bien no en el momento mismo de la acción, sí luego se quede en el lugar y, por su parte, no lo abandone con el objeto poder adoptar cualquier medida que neutralice el peligro ya creado con su acción. En el ejemplo del incendio, la cuestión se vuelve más paradójica aún, puesto que la pena mayor asignada al supuesto cualificado presupone la realización del tipo base de incendio y este, a su vez, sólo se comete cuando el agente ha perdido el control del fuego que ha iniciado previamente, de modo que el requisito de una culpa posterior al dolo, pero anterior al resultado cualificado, se traduciría en el mensaje que el ordenamiento jurídico le emitiría al agente justo en ese tránsito para que, de alguna manera, «recupere el control del fuego» o al menos adopte medidas para desviar el curso causal en una dirección distinta a la del lugar donde se encuentran, quizás,

¹⁶¹ Cfr. la evolución dogmática de la culpa en BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, pp. 23 ss.

personas, por ejemplo, lanzando agua al sendero que conduce a dicho lugar. En un supuesto de manejo en estado de ebriedad, tal exigencia implicaría que, luego de que el agente ha emprendido la marcha del vehículo en ese estado, el ordenamiento jurídico, de algún modo, tratase de emprender un diálogo con el «borracho», digámoslo así, para que preste atención, quizás disminuya la velocidad o, mejor, que detenga la marcha e incluso se baje del automóvil con el objeto de verificar si, eventualmente, se encuentra en la vía alguna otra persona, quizás también ebria, y luego de verificar que, aparentemente, «la vía está despejada», reinicie la marcha o regrese al vehículo para proseguir en condiciones tales de que «las cosas no empeoren aún más». Puede que la exigencia de un deber de cuidado posterior al «comportamiento base» tenga algún sentido práctico. Pero, como se puede ver en los ejemplos, esta concepción sólo se podría mantener al costo de asumir que el ordenamiento jurídico emite mensajes contradictorios entre sí a sus ciudadanos.

La alternativa a cualquiera de esos caminos supone recordar que la aplicación de la norma de sanción penal agravada por el resultado cualificado presupone que, en el caso concreto, se han realizado *todos* los elementos objetivos del tipo base y que el agente ha obrado dolosamente en relación con estos elementos. Sobre este trasfondo, sencillamente no queda espacio para la verificación adicional de una infracción del deber de cuidado, en la forma de la culpa o imprudencia. Esta, por decirlo así, ya está implicada en la realización del tipo base. Por ende, y a diferencia de lo que sucede con los cursos causales irregulares, aquí no se encuentra en juego la responsabilidad del agente, sino sólo la aplicación o no de una pena mayor por el suceso del «daño mayor».

Ahora bien, detrás de la exigencia de una «culpa en el resultado» se esconde la misma preocupación que en su época tuvieron autores como RADBRUCH, MÜLLER y ENGISCH en orden a exigir alguna «relación de adecuación» en el curso causal, y no sólo respecto del comportamiento del agente. Pues bien, precisamente esta exigencia es adicional a la causalidad y se formuló en los términos ya sea del requisito de *realización* del peligro específico incluido por el tipo base o en clave de una «relación de antijuridicidad» sumada a la previa contravención objetiva a la norma jurídica. Como se trata de una exigencia acoplada a la causalidad, su verificación corre, metodológicamente, la misma suerte de esta en orden a comprobarse desde una perspectiva *ex post*¹⁶².

En general, el elemento de la «realización del peligro incluido por el tipo base» no resulta problemático en el ámbito de los delitos calificados por el resultado. Así, por ejemplo, en el «caso terrible de abandono» incluido al comienzo, la muerte del bebé es un suceso cuya posibilidad objetiva abre el comportamiento peligroso del agente que lo deja en el lugar aún no solitario pero acompañado de circunstancias favorecedoras de tal resultado. Otro tanto sucede en el caso del incendio con resultado de muerte, y con mayor razón aún. Puesto que, para recurrir a una expresión acuñada por VON KRIES, el tipo base de incendio describe una situación de «*peligro absoluto*», cuya creación ocasiona una posibilidad altísima de que sucedan los resultados de muerte o lesiones graves en otras personas, como es precisamente el caso. Respecto de ambas normas de sanción cualificada, sólo los casos que según el propio VON KRIES pueden atribuirse a lo que él llamaba «azar absoluto» podrían ser óbice a la configuración del elemento en cuestión, como, por ejemplo, en el supuesto del rayo u otro equivalente, como podría ser el caso del suicida

¹⁶² Desafortunadamente, ENGISCH nunca llegó a puero con la exigencia de una relación de adecuación en sentido estricto. Al concebirla sólo como una especificación de la adecuación en sentido amplio, nunca pudo despegarla de la perspectiva *ex ante* de análisis que supuestamente sería propia de este vínculo.

que aprovecha la ocasión del incendio para morir calcinado en el lugar. Y, aún en tales casos, hay que recordarlo, lo único que se encontraría en juego es la aplicación de la pena mayor contemplada por el suceso del resultado cualificado; pues, en la medida en que se presupone la concurrencia de los elementos del tipo base, queda intacta la responsabilidad a este título.

El problema más peliagudo se presenta en los supuestos de «concurrencia de riesgos», tal como sucede en todos los casos ventilados por la jurisprudencia a título de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesión gravísima, mencionados al comienzo –*supra* 3.3. Aquí no está para nada demás recordar, nuevamente, que no se encuentra en juego la cuestión de la responsabilidad, que se mantiene siempre en pie, sino sólo la aplicación o no de una pena mayor por el suceso de tal resultado agravado. En este ámbito, carece por completo de sentido hacerse la pregunta por lo que habría sucedido en el supuesto contrafáctico de un comportamiento alternativo del agente conforme a deber. El origen de esta pregunta se remonta a la necesidad de verificar la concurrencia de una «relación de contrariedad a deber» en supuestos límite de la responsabilidad por un delito culposo o imprudente, como sucede en los famosos casos de los «pelos de cabra» y del «camionero y ciclista ebrio»¹⁶³. En ambos casos se planteaba un cierto grado de *incertezza* ya respecto de la contravención al deber de cuidado por parte del agente, pues, en el primero, su cumplimiento no habría surtido ningún efecto neutralizante de la bacteria, y, en el segundo, si bien el camionero adelantó al ciclista sin respetar la distancia mínima prudente, no conducía a exceso de velocidad, es decir, mal que mal, observó por lo menos este otro límite. Ante la incertezza que se plantea ya en el plano de la infracción del deber de cuidado, resulta plenamente comprensible que se postule un estándar bien elevado para la configuración de la «relación de contrariedad a deber», como es la exigencia de *evitabilidad* del resultado con una «probabilidad rayana en la certeza» en el supuesto hipotético de cumplimiento del deber de cuidado¹⁶⁴.

¹⁶³ Cfr., recientemente, FRISCH, *Strafrecht*, 2022, pp. 107 ss. (respecto del caso del ciclista, entre otros), pp. 758 ss. (respecto del caso de los «pelos de cabra», entre otros).

¹⁶⁴ Resulta interesante hacer un contrapunto entre las soluciones de los tribunales supremos en ambos casos. En el fondo, RGSt. 63, 211, en el caso de los «pelos de cabra», opera con la lógica de lo que mucho después se llamaría teoría del incremento del riesgo. En efecto, la Corte de Apelaciones había absuelto al fabricante, porque no se había logrado comprobar con una «probabilidad rayana en la certeza», tal como se exige para la convicción judicial, que el «peligro de contagio» se habría excluido en el caso de una desinfección con alguno de los tres procedimientos previstos en la ordenanza respectiva, de modo que la conexión causal entre la *imprudencia* y el resultado no se habría verificado con la «necesaria certeza». Luego de hacer ver que, según la teoría de la condición o de la equivalencia, el fabricante ha colocado una condición del resultado, el RG moteja a la Corte que no basta, para descartar el nexo causal, la mera «posibilidad de una causa que habría tenido la misma consecuencia», sino que tal nexo decae sólo cuando existe certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado también hubiese sucedido en el caso de una conducta «no culpable», esto es, conforme a deber. Si se exige este nivel de certeza para descartar el nexo causal, entonces, *a contrario sensu*, para su comprobación, o, más bien, para su *reafirmación*, basta con la concurrencia del «peligro de contagio» que derivó de la conducta culpable, contraria a deber; esto es, para verificar la causalidad entre imprudencia y resultado no es preciso tal nivel de exigencia, una «necesaria certeza», sino un grado comparativamente menor de certeza, es decir, sólo una probabilidad alta o relevante. Lo que pasa es que, tal como lo advierte MITTASCH, «Der Nachweis der Ursächlichkeit beim fehlerhaften Risiko», *Heft der deutschen Rechtswissenschaft*, (8), 1943, pp. 48 ss., darse por satisfecho con tal grado menor de certeza para la comprobación de la causalidad implica reconocer matices al principio de convicción judicial, por lo menos en esta clase de casos. Es precisamente esta decisión de RGSt. 63, 211, entre otras, la que es invocada por el OLG Hamm, en el otro caso, para sostener que el nexo causal entre la conducta infractora de las reglas del tráfico y el resultado perjudicial *siempre* concurre en tanto no conste con certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado hubiese sucedido sin tal conducta, esto es, en el caso de cumplimiento de dichas reglas; la mera posibilidad de que en este caso el resultado también hubiese sucedido no permite descartar tal nexo. Luego de citar varios fallos que se pronuncian en sentido contrario, esto es, en el sentido de que la «causalidad de la conducta culpable» sólo puede confirmarse en tanto conste con una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado no hubiese sucedido en el caso de una conducta ajustada a deber, en BGHSt. 11, 1, se recuerda la vigencia del principio de convicción judicial para la comprobación de la causalidad y que, por lo tanto, en caso de duda

Tratándose de delitos calificados por el resultado, como se decía, ya la formulación de dicha pregunta no es pertinente. Pues aquí el agente no sólo ha faltado, como diría ENGISCH, al cuidado exigido en un sentido objetivo, sino que lo ha infringido de modo patente y, además, dolosamente. En este ámbito, el agente ha realizado un delito doloso, por el cual responde sí o sí, al concurrir todos los elementos del tipo base. Ante el caso del sujeto que ha destruido intencionalmente un lugar mediante el uso del fuego, no tendría ningún sentido preguntarse por lo que habría sucedido si no hubiese provocado un incendio de ese modo. Más aún en el caso del manejo en estado de ebriedad: ¿qué sentido podría tener la pregunta por lo que hubiese ocurrido en el supuesto alternativo de que, en vez de «emborracharse y luego conducir un vehículo en ese estado», el agente hubiese conducido en el estado contrario de sobriedad? La impertinencia de la pregunta se refleja en la obviedad de la respuesta: en tal caso no habría cometido delito alguno. Por lo tanto, aun cuando se admitiese la pregunta, esta no podría conducir a una comparación entre la realización de un delito y una conducta alternativa conforme sólo a algún deber de cuidado, sino que derechamente con el caso en que el agente prescinde de realizar ya el comportamiento típico. Y en tal supuesto hipotético, por cierto que el resultado cualificado se habría evitado en ausencia del comportamiento descrito en el tipo base. Pero, en definitiva, tal análisis se volvería idéntico a la verificación de la causalidad en concreto, y ya no se trataría de la comprobación de un elemento adicional a ésta.

En todo caso, dado que la aplicación de la pena mayor presupone *certeza* acerca de la realización del tipo base, no se trata de un campo donde tenga sentido exigir el estándar tan elevado de la teoría de la evitabilidad. Como aquí sólo está en cuestión la aplicación de dicha pena, o no, entonces un baremo o estándar algo menos elevado es más que suficiente. Este baremo no es otro que el *principio* del incremento del riesgo acuñado por ROXIN en 1962, pero con la diferencia de que este enorme jurista lo había formulado con la pretensión de aplicarlo en todo el campo del delito imprudente, porque en la era de formulación de la teoría de la «imputación objetiva» de cuño moderno se había perdido de vista la discusión en torno a los diversos grupos de casos que fueron el «caldo de cultivo» de la precursora teoría de la causalidad adecuada. De cierta forma, los delitos calificados por el resultado constituyen el ámbito *propio*, «casi natural», de aplicación de este principio. Mas lo único que ha quedado en la penumbra a lo largo de más de medio siglo es el punto de en qué consiste, empíricamente, ese «*plus* de riesgo» que trasciende la mera creación del peligro no permitido y que permitiría fundar la «imputación» del resultado en los casos dudosos de concurrencia de riesgos. Pues bien, ese *plus*, ese *incremento* del riesgo no es otro que la *diferencia* entre la posibilidad objetiva de que suceda el resultado y la posibilidad de que este no ocurra, que *favorece* la realización del resultado, en los términos acuñados por VON KRIES en el lapso entre 1886 y 1888. La «relación de antijuridicidad» o, mejor, la «relación de riesgo» supone la existencia de una *diferencia* entre las posibilidades objetivas de que el resultado suceda y, por ende, de que el bien jurídico se vea afectado, y las posibilidades de que no ocurra y, por lo tanto, de que éste quede incólume. Esta relación de riesgo concurre en *todos* los casos ventilados por la jurisprudencia a título de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesión gravísima, relatados en la «parte casuística» del presente trabajo.

sería debe decidirse a favor del acusado –i.d.p.r.–; tal grado de duda no se alcanza recién cuando prevalecen circunstancias que hablan en contra de la causalidad, sino ya cuando concurren dudas que razonablemente excluyen la convicción exigida de una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado no habría ocurrido, cuestión que se daba en el caso concreto, puesto que por las circunstancias en las que conducía el ciclista, en el supuesto hipotético de una conducta del camionero ajustada a las reglas del tráfico vial, existía la probabilidad relevante de que el accidente también habría ocurrido.

7. Conclusiones

1. El grupo de casos de los «cursos causales irregulares» se ubica en el borde *externo* de la responsabilidad por culpa. En esta medida, estos casos son altamente sospechosos a la luz del principio de culpabilidad, que exige, para la aplicación legítima de una pena, al menos culpa. Como dicho principio exalta la dimensión personal y subjetiva del agente, la culpa entendida en este sentido no concurre en estos casos. Si uno no quiere jugar a «verse la suerte entre gitanos», la única vía plausible para fundar responsabilidad en tales casos pasa por asumir la existencia de un estrato de responsabilidad situado justo por debajo de la culpa. Además de la causalidad, esta clase de responsabilidad presupone, al menos, que el comportamiento desplegado por el agente sea *objetivamente* contrario a la norma jurídica de conducta.
2. En cambio, la formulación legislativa de los delitos calificados por el resultado *no contraviene* el principio de culpabilidad, puesto que la aplicación de la norma de sanción penal agravada por ese factor presupone la concurrencia de *dolo* en la realización del tipo base correspondiente. En este otro grupo de casos, no se encuentra en juego la cuestión de la responsabilidad, sino sólo la aplicación o no de dicha pena mayor. Concurriendo *todos* los elementos objetivos y subjetivo del tipo base, lo único que al tribunal le queda por «chequear», en el caso concreto, es si efectivamente se ha realizado el peligro allí descrito en el resultado cualificado y, en los supuestos más problemáticos de «conurrencia de riesgos», sólo si concurre o no la relación de riesgo en el sentido del *principio* del incremento del riesgo.
3. La reformulación normativa de la teoría de la causalidad adecuada, por obra de los juristas de principios del siglo pasado, se tradujo en la articulación de *propiedades* o *atributos* de carácter normativo del comportamiento del agente, por un lado, y de la relación de causalidad, por otro: en este orden, el carácter del comportamiento de ser objetivamente contrario a la norma jurídica y la conexión de *antijuridicidad* o relación de riesgo, acoplada al curso causal. Ambos elementos tienen un substrato *empírico* al que se le agrega el carácter de ser *antinformativo*. Por ende, salvo en la inflexión filosófica de LARENZ, la teoría de la «imputación» objetiva, en su origen al menos, *nunca* ha sido una teoría de la *imputación* en el sentido del subtítulo de esa obra monumental que es el *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, JAKOBS.

8. Bibliografía

BELLO, *Filosofía del entendimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

CONTRERAS CHAIMOVICH, «Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado», *Revista de Estudios de la Justicia*, (30), 2019, pp. 95-110.

COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica, Santiago, 1975.

ENGISCH, «Straf- und Strafprozessrecht», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (3-4), 1948, pp. 207-210.

—————, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931.

FRISCH, *Strafrecht. Examenswissen/Examenstraining*, Vahlen, München, 2022.

GIMBERNAT ORDEIG, «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en ÁLVAREZ GARCÍA et al. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 84-104.

_____, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

_____, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2^a ed., Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

HEIDELBERGER, «From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, Explanation, and Understanding», en FEEST (ed.) *Historical Perspectives on Erklären and Verstehen*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2010, pp. 241-265.

_____, «Origins of the logical theory of probability: von Kries, Wittgenstein, Waismann», *International Studies in the Philosophy of Science*, (15-2), 2001, pp. 37-52.

HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en HEGLER (ed.) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, Mohr, Tübingen, 1930, pp. 174-201.

HUSAK, Douglas, «Varieties of Strict Liability», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-2), 1995, pp. 189-225.

KEYNES, *A Treatise on probability*, Macmillan, London, 1921.

KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Nomos/Dike, Baden-Baden, 2007.

VON KRIES, *Logik*, Mohr, Tübingen, 1916.

_____, «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (9), 1889, pp. 528-537.

_____, «Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben», *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, (12-4), 1888, pp. 179-241, pp. 287-323, pp. 393-428.

_____, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung. Eine logische Untersuchung*, Mohr, Freiburg, 1886.

LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, tesis doctoral, Georg-August-Universität Göttingen Universität, 1927.

LÜBBE, «Die Theorie der adäquaten Verursachung. Zum Verhältnis von philosophischem und juristischem Kausalitätsbegriff», *Journal for General Philosophy of Science*, (24-1), 1993, pp. 87-102.

MEZGER, *Strafrecht*, 3^a ed., Duncker & Humblot, Berlin-München, 1949.

MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8^a ed., trad. por Schiel, Vieweg und Sohn, Braunschweig, 1877.

MITTASCH, «Der Nachweis der Ursächlichkeit beim fehlerhaften Risiko», *Deutsche Rechtswissenschaft*, (8), 1943, pp. 46-54.

MODOELL, *Manual de Derecho penal, Teoría del delito*, DER ediciones, Santiago, 2024.

MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr, Tübingen, 1912.

PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, V&R unipress Bonn University Press, Göttingen, 2006.

QUINTANA/ROJAS, «Aproximación a la responsabilidad estricta en el Derecho penal chileno: una re-interpretación del art. 71 en relación con el art. 10 N.º 8 del Código Penal chileno», en OLIVER CALDERÓN/MAYER LUX/VERA VEGA (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Collao*, Jurídica de Chile, Santiago, 2023, pp. 447-478.

RADBRUCH, «Erfolgshaftung», *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, t. II, Von Otto/Liebmann, Berlin, 1908, pp. 227-253.

—————, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Guttentag, Berlin, 1902.

RETTIG, *Derecho penal, parte general*, t. II, DER ediciones, Santiago, 2019.

ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en BARTH (ed.), *Festschrift für Richard M. Honig*, Otto Schwartz, Göttingen, 1970, pp. 133-150.

—————, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74-3), 1962, pp. 411-444.

RÜMELIN, «Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, (90-2), 1900, pp. 171-344.

—————, *Der Zufall im Recht*, J.C.B. Mohr, Freiburg-Leipzig, 1896.

TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (39-1), 1986, pp. 33-48.

TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, Marburg, 1904.

URIBE, *De los delitos calificados por el resultado*, Editorial Universitaria, Santiago, 1957.

WEBER, «Kritische Studien auf dem Gebiet der kulturwissenschaftlichen Logik. 1906», en WINCKELMANN (ed.) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1988.

VAN WEEZEL, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ediciones UC, Santiago, 2023.

WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.