

***INFRACCIÓN PUNIBLE DE DEBERES DE TOLERANCIA:
EL PROBLEMA DE LA CAUSALIDAD***
**Acerca del trabajo de Jesús-María Silva Sánchez:
*Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia***

Gabriel Pérez Barberá *

I. Introducción

1. Objeto. Planteo del problema

En este trabajo procuramos analizar críticamente la fundamentación que brinda el profesor SILVA SÁNCHEZ a su toma de posición respecto a si existe o no una relación de causalidad entre la violación de un deber de tolerancia y el resultado lesivo que de ello se deriva. El tema ha sido abordado en su trabajo *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, incluido en esta publicación y al cual remitimos en lo que atañe a la clarificación conceptual de los términos empleados en él.

SILVA SÁNCHEZ, en dicho artículo, ofrece un tratamiento apenas marginal de este problema. Él, sin embargo, es a nuestro juicio de especial importancia, pues de lo que se decida en este nivel ontológico dependerá la ulterior posibilidad de imputar o no penalmente aquel resultado a quien pueda tenerse como su autor. Fuera de ello, nos parece particularmente interesante ocuparnos de esta cuestión en el marco de una discusión acerca de un trabajo de este brillante catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, pues él, desde hace casi dos décadas, viene brindando una respuesta

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

básicamente correcta acerca del interrogante planteado: no existe tal relación de causalidad.¹ Pero, a nuestro modo de ver, no acierta al intentar determinar si, con todo, existe un nexo empírico u ontológico entre antecedente y consecuente en estos supuestos, y, en su caso, cuál es.

2. El punto de vista de SILVA SÁNCHEZ sobre la causalidad en la infracción de deberes de tolerancia

Para este autor, la infracción de un deber de tolerancia presenta la misma estructura dogmático-penal que la interrupción de cursos salvadores ajenos. De allí que entienda que sean válidas para aquel supuesto las mismas conclusiones a las que él mismo ha arribado respecto de la interrupción de cursos salvadores.² Y esas conclusiones son:

a) La interrupción de un curso salvador ajeno (incluso cuando él es típico pero justificado por tratarse de un actuar en estado de necesidad agresivo, que genera por tanto la obligación de tolerarlo) no está en relación de causalidad con el fracaso de la salvación, pues la estructura de la relación entre la interrupción de un curso salvador ajeno y el fracaso de la salvación es la misma que la de la relación entre omisión y resultado lesivo en un contexto de omisión impropia, y esa relación *no es causal*.³

b) Esa relación no es causal porque, según su punto de partida, un nexo tal es por definición naturalístico, no lógico ni epistemológico, y empíricamente la nada (una omisión) no puede causar nada.⁴

c) Que exista un nexo entre omisión y resultado (y entre la interrupción de un curso salvador y el fracaso de la salvación) se determina en función

¹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 235 y ss. En el trabajo aquí sometido a discusión mantiene la opinión sentada en esta obra, con los mismos fundamentos.

² Cf. SILVA SÁNCHEZ, en este número, punto 4.2.

³ Cf. SILVA SÁNCHEZ (1986), pp. 229 y ss., 239; en este número, punto 4.2, previo a nota a pie n° 64.

⁴ Cf. SILVA SÁNCHEZ (1986), p. 236.

de la concurrencia de una posición de garante, la cual, en estos contextos, actúa como “equivalente funcional de la causalidad”.⁵

d) Habrá tal posición de garante si puede afirmarse que la interrupción del curso salvador -que no es causal respecto del resultado lesivo- importó no obstante un incremento del riesgo para la integridad del bien jurídico cuya salvación se pretendía, pues ello implicará el “surgimiento de una relación de garantía derivada de (un) actuar precedente peligroso”.⁶ Y entiende que este criterio del incremento del riesgo es un “criterio de imputación objetiva del resultado”.⁷

3. Adelanto de nuestra posición respecto del punto de vista de SILVA SÁNCHEZ

Nuestra concepción coincide -en los resultados, no en los fundamentos- con las conclusiones a) y b) del apartado precedente: la relación de que se trata no es causal.⁸ En efecto: a nuestro juicio ese nexo es, ciertamente, empírico, pero no causal, sino estadístico o probabilístico. SILVA SÁNCHEZ, sin embargo, no aborda esta distinción, y ello genera importantes inconsistencias en su punto de vista. No coincidimos, en consecuencia, con la conclusión c) del autor que analizamos, pues si sostenemos que el nexo en cuestión es empírico, no podemos estar de acuerdo con que él se establezca a partir de una categoría eminentemente normativa como es la posición de garante. Ello implica caer en una

⁵ Ibid.

⁶ Ibid., p. 239 y s. (el paréntesis me pertenece).

⁷ Ibid., p. 238.

⁸ Una exposición detallada de los fundamentos que estimamos correctos -y que aquí reproducimos en gran parte- en PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad y determinabilidad*, en AA.VV., *Nuevas formulaciones de las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Lerner, Córdoba, 2001, p. 87 y ss.; EL MISMO, *Kausalität und Determiniertheit*, ZStW 114 (2002), p. 600 y ss.

falacia normativista. Finalmente, en la conclusión d) salta a la vista una de las inconsistencias anunciadas: el no distinguir adecuadamente entre relaciones empíricas causales y relaciones empíricas estadísticas o probabilísticas le impide a SILVA SÁNCHEZ advertir que el llamado “incremento del riesgo” no es un criterio de *imputación* (objetiva), sino una forma de denominar un tipo de relación *empírica* existente entre antecedente y consecuente en el marco de un contexto de determinación estadística o probabilística.⁹

A continuación fundamentaremos estas afirmaciones.

II. Principios generales. La determinación causal

Todo delito de resultado tiene, necesariamente, un presupuesto ontológico. Este es el punto de partida que aquí se acepta.¹⁰ Pero ¿es verdad que todo resultado penalmente relevante tiene siempre una *causa*? ¿Es la causalidad un presupuesto ontológico *necesario* en *todos* los casos en que se trata de un delito de resultado? Estas preguntas serán respondidas negativamente. Si la relación entre el resultado típico y su antecedente ontológico puede expresarse mediante el condicional “si *p* entonces *q*” ($p \rightarrow q$), donde el consecuente *q* es el resultado típico, se sostendrá aquí que el antecedente *p* no tiene por qué ser una causa, aunque *puede* serlo. Esta tesis permitirá derivar una serie de conclusiones que se estiman sumamente útiles para la solución de muchos de los difíciles problemas que plantea esta “parte ontológica” del llamado tipo objetivo, en particular en los casos de omisión impropia y de interrupción de acciones salvadoras, que son los especialmente analizados en el artículo del Profesor SILVA SÁNCHEZ.

⁹ Cf. al respecto las referencias bibliográficas citadas en nota anterior.

¹⁰ Así también, expresamente, WOHLERS, *Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung*, JuS 1995, p. 1019.

Para que lo afirmado en el párrafo anterior resulte inteligible es necesario establecer algunas estipulaciones. En orden a ello se seguirá el esquema conceptual trazado por BUNGE en su clásico libro sobre la causalidad.¹¹ A nuestro juicio, ese marco teórico, elaborado en 1959 y revisado y ratificado por su autor en 1997,¹² permite solucionar adecuadamente los problemas aludidos. Sus tesis configuran el marco axiomático de la propuesta teórica que aquí se desarrolla.

Según BUNGE, el principio de causalidad es sólo una parte del principio de determinación. Este autor defiende, para el mundo físico, la tesis determinista que denomina “determinismo general”, y que define como “aquella teoría ontológica cuyos componentes necesarios y suficientes son: *el principio genético* o principio de productividad, según el cual nada puede surgir de la nada ni convertirse en nada;¹³ y *el principio de legalidad*, según el cual nada sucede en forma incondicional ni completamente irregular, o sea, de modo ilegal o arbitrario”.¹⁴ Entiende que “ambos principios pueden ser fundidos en uno solo, a saber: *Todo es determinado según leyes por alguna otra cosa*”, y concluye que “este enunciado puede llamarse el *principio de determinación*”, el cual constituye “un supuesto filosófico de la ciencia”.¹⁵

El principio causal, por su parte, constituye “sólo una entre muchas categorías de determinación”,¹⁶ como la estadística, la teleológica, la

¹¹ En *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, trad. Rodríguez (del original en inglés *Causality. The place of the causal principle in modern science* [1959]), 1ª edic. (en Argentina, revisada por el autor), Buenos Aires, 1997. También SILVA SÁNCHEZ cita esta obra de BUNGE en op. cit. (1986), p. 233 y ss., notas a pie n° 369, 373 y ss., aunque sin extraer de ella las consecuencias que aquí se estiman pertinentes.

¹² Cf. el “Prólogo a la presente edición” del propio BUNGE en op. cit., p. 7 y s.

¹³ El principio genético se remonta a LUCRECIUS (99-55 a.C.); cf. al respecto EISLER, *Philosophen-Lexicon*, 1912, p. 434 y s.

¹⁴ Cf. BUNGE, op. cit., p. 48; bastardillas en el original.

¹⁵ *Ibid.*, p. 48 y s.; bastardillas en el original.

¹⁶ *Ibid.*, p. 37.

estructural, etc. Aquel “se aplica, esencialmente, cuando la determinación se realiza en forma *unívoca* o inequívoca por condiciones *externas*”.¹⁷ Más precisamente, para que un enunciado pueda considerarse causal, es necesario que presente los siguientes componentes esenciales: “*condicionalidad, univocidad, dependencia unilateral* del efecto con respecto a la causa, *invariabilidad* de la conexión y *productividad* o naturaleza genética del vínculo”.¹⁸ Para BUNGE, entonces, la formulación adecuada del principio causal debe presentar la forma siguiente: “*Si ocurre C, entonces (y sólo entonces) E es siempre producido por él*”.¹⁹ Para decirlo en términos muy simples: de acuerdo con esta concepción, a la que se adhiere en este trabajo, un agente causal debe tener, necesariamente, “naturaleza activa y productiva”;²⁰ concretamente: debe tratarse de una causa *eficiente*, a la que se considera “como un agente que obra en forma extrínseca”.²¹ SILVA SÁNCHEZ acepta también esta noción de causalidad.²²

En la dogmática penal el principio genético ha sido rechazado, sobre todo, mediante el argumento de que el vínculo que él establecería entre causa y efecto no es observable ni medible.²³ Esta opinión, sin embargo, no resiste el menor análisis. Tanto la física actual como la ciencia jurídica trabajan permanentemente con conceptos o términos teóricos que se refieren a fenómenos no observables, sin por ello dejar de ser disciplinas

¹⁷ Ibid., p. 49; bastardillas en el original.

¹⁸ Ibid., p. 79; bastardillas en el original.

¹⁹ Ibid.; bastardillas y paréntesis en el original. Acerca de las razones de esta fórmula, detalladamente BUNGE, *ibid.*, pp. 61-85.

²⁰ Ibid., p. 71.

²¹ Ibid., p. 85. Aquí mismo destaca BUNGE que este concepto de causa es, de hecho, el único que el pensamiento moderno ha conservado de las tradicionales cuatro “causas” aristotélicas (la formal, la material, la eficiente y la final; cf. ARISTÓTELES, *Metafísica*, lib. I, cap. III, 983^a, b).

²² Cf., DEL MISMO, *op. cit.* (1986), p. 233 y ss.

²³ Cf., por todos, PUPPE, *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6.7.1990*, JR 1992, p. 31.

científicas (antes bien: *por ello lo son*).²⁴ “Fuerza” es un término teórico-no “metafísico”-,²⁵ que permite explicar fenómenos físicos y que es empleado por los físicos sin ninguna dificultad. ¿Por qué entonces han de oponer dificultades los juristas?²⁶ Para comprobar lo inobservable ha de partirse siempre de indicadores observables (así, por ejemplo, cuando un penalista quiere comprobar que el autor poseía cierto conocimiento al momento del hecho, o un físico la existencia del núcleo atómico). Del

²⁴ Sobre los conceptos o términos teóricos y el mayor poder explicativo -y por ende mayor carácter científico- de las teorías que los emplean, cf. especialmente, entre la numerosa literatura de filosofía de la ciencia que se ocupa del tema, CARNAP, *Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft*, trad. al alemán del original en inglés (*Philosophical Foundations of Physics*, New York, 1966) a cargo de Hoering, München, 1969, p. 225 y ss. (existe también versión castellana: *Fundamentación lógica de la física*, Buenos Aires, 1973); cf. asimismo POPPER, *Das Wachstum der wissenschaftlichen Erkenntnis* (1960), en, DEL MISMO, *Lesebuch*, 2ª edic., Tübingen, 1997, p. 154 y ss., esp. p. 156 y ss.

²⁵ Como de hecho cree la autora citada en nota 23. La palabra “fuerza” es empleada aquí no en un sentido metafórico (v.gr. “fuerza social”, etc.) sino estrictamente físico, esto es, como aquello que puede cambiar la velocidad de un cuerpo, o bien como un agente situado fuera de un sistema que puede cambiar el estado de ese sistema. Como es sabido, el concepto de fuerza comprende el de energía, puesto que la energía “describe la capacidad de producir trabajo [en sentido físico]”, y el trabajo presupone el empleo de una fuerza. Acerca de los conceptos de “fuerza”, “trabajo” y “energía” cf. por ejemplo TIPLER, *Physik*, 3ª reimpresión, Heidelberg, 2000 (traducido del inglés al alemán por BAUMGARTNER y otros); sobre la historia del concepto de fuerza en la física y en la filosofía de la ciencia cf. MITTELSTRASS (comp.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, t. II, 1995, p. 490 y s.

²⁶ Se podría responder: el jurista objeta no desde su campo de saber, sino adhiriendo a determinadas concepciones filosóficas. Pero convendría no olvidar que la concepción filosófica que podría avalar esta objeción sería, a lo sumo, alguna de las más torpes versiones del empirismo, superadas desde hace mucho en teoría de la ciencia. Para la superación de ese empirismo resulta fundamental la contribución de QUINE, sobre todo el artículo *Dos dogmas del empirismo*, publicado en *Desde un punto de vista lógico*, trad. Sacristán, Barcelona, 1962; en este sentido se pronuncia TARUFFO en *La prueba de los hechos*, trad. Ferrer Beltrán, Madrid, 2002, p. 31 y s., nota 24 al pie.

mismo modo, en lo que respecta a la “fuerza” o vínculo genético, él primero *se supone*, y luego se prueba,²⁷ teniéndose en cuenta los fenómenos observables que aparecen como premisas-datos en el *explanans* de un esquema de cobertura legal inferencial de explicación científica,²⁸ y que hablan a favor de la existencia de la relación genética aludida.

Esta aclaración creemos que libera al requisito genético o productivo del prejuicio mencionado, que lo recluye últimamente en un desprestigio injustificado dentro de la dogmática penal alemana. De ello resulta que la conocida fórmula de ENGISCH de la condición conforme a leyes, en tanto método para la *constatación* de una relación de causalidad, es correcta siempre que se entienda que los enunciados legales a incluir en la explicación contienen un (presupuesto) componente genético o productivo, el cual, por cierto, como toda hipótesis, debe ser luego puesto a prueba. Si, empleándose la metodología indicada, la existencia de ese componente genético no puede comprobarse, entonces es seguro que la explicación causal intentada resultará insatisfactoria. En tal caso será por lo tanto preferible formular otro tipo de hipótesis, de naturaleza no causal.

Un llamativo ejemplo de explicación causal insatisfactoria (por estar ausente justamente el componente genético) es el que ofrece el caso de la omisión impropia, que es precisamente el que centra la atención del trabajo de SILVA SÁNCHEZ: ninguna de las explicaciones causales propuestas hasta ahora por la doctrina o la jurisprudencia ha conformado a los penalistas.²⁹

²⁷ Al respecto BUNGE dice: “Las regularidades rara vez se *observan*: por lo general se *infieren* o reconstruyen, o sea, que primero se suponen y luego se prueban” (op. cit., p. 383; bastardillas del original).

²⁸ Al respecto véase el punto siguiente.

²⁹ El carácter probabilístico (y por tanto no universal) de toda explicación ontológica relacionada con los casos de omisión impropia constituye uno de los obstáculos insalvables para admitir explicaciones causales (que tienen siempre carácter universal) en esta constelación. De allí la insatisfacción que se produce cuando se sostiene que la explicación ontológica de las omisiones impropias tiene un carácter *causal*.

Esto debería ser señal suficiente de que, con respecto a este caso, convendría intentar otro tipo de explicación (no causal). Pero como los autores -por alguna razón vinculada a una desconfianza infundada en contra de otra clase de explicaciones- no se resignan a abandonar el paradigma causal, han preferido o bien construir un concepto de causa inadmisiblemente amplio, que les permita explicar ontológicamente el fenómeno de la omisión sin salirse de la categoría de determinación que les es familiar, o bien establecer -falacia normativista mediante- nexos ontológicos a través de criterios jurídicos o normativos.

No es plausible, en consecuencia, insistir con explicaciones causales en ámbitos en los que éstas, más que explicar, confunden. Antes bien es preferible la suposición de que, en esos ámbitos, los sucesos se explican *ontológicamente* en virtud de otras categorías, diferentes a la causal.

III. Explicación científica y categorías de determinación. La determinación estadística o probabilística

Según la hipótesis que aquí se considera preferible, entonces, todo está *determinado* por algo, pero no todo está *causado* por algo. La causalidad constituye sólo una de las categorías posibles de la determinación en general, y, como dice con razón BUNGE, ciertamente ni la más importante ni la más insignificante.³⁰ Además de la determinación causal puede mencionarse la determinación estadística o probabilística, la teleológica, la dialéctica, la estructural o totalista, la determinación por interacción, la autodeterminación cuantitativa, etc.³¹ En lo que atañe al derecho -y en particular al derecho penal- son tres las categorías de determinación que, a nuestro juicio, pueden tener una importante aplicación práctica: la causal,

³⁰ Op. cit., p. 467. BUNGE resume la pretensión de su enfoque diciendo que con él quiere “indicar el lugar a la vez modesto y sin embargo indispensable que la causación ocupa en el contexto, más amplio, del determinismo general” (p. 42).

³¹ Cf. BUNGE, op. cit., p. 37 y ss.

la estadística o probabilística y la teleológica (o teleológico-probabilística, como sería preferible denominarla). Aquí nos detendremos únicamente en la categoría de determinación estadística o probabilística,³² además por cierto de la causal.

La función de las categorías de determinación es explicar sucesos ontológica o empíricamente. La explicación resultante será causal o estadística (o probabilística) según cuál sea la categoría de determinación aplicable. A su vez, cada categoría de determinación es regida por sus propias leyes: causales, probabilísticas, etc., según el caso. Antes de continuar avanzando es necesario, entonces, detenerse a clarificar con algo más de precisión los conceptos empleados hasta aquí, a saber: el concepto de *explicación* (científica), en particular el de explicación causal y el de explicación (y determinación) estadística o probabilística, así como el de ley causal y ley estadística o probabilística.

1. La explicación científica. La distinción entre explicaciones causales y explicaciones estadísticas o probabilísticas

Como es sabido, existe acuerdo general en filosofía de la ciencia en que una explicación es científica si se adecua al esquema o método de cobertura legal inferencial (o nomológico-deductivo), presentado sistemáticamente por primera vez por HEMPEL y OPPENHEIM -aunque POPPER se atribuye también la respectiva paternidad-, y que consiste, como es sabido, en llevar adelante los siguientes pasos: a) determinar con precisión *aquello que se quiere explicar* (que es siempre una hipótesis, se denomina *explanandum* y constituye la conclusión de una inferencia); b) seleccionar los datos empíricos que se consideran relevantes para su explicación; y c) seleccionar las leyes generales (que también son siempre hipótesis) que se consideran pertinentes para relacionar los datos empíricos. El resultado

³² En este contexto empleamos los términos “estadística” y “probabilística” como sinónimos.

de estas dos últimas operaciones es *lo que explica* (se denomina *explanans* y conforma las premisas de la inferencia).³³

No parece adecuado, sin embargo, presentar a la forma más general de este método como “nomológica-deductiva” -tal como es usual en la literatura especializada-, porque la inferencia explicativa puede ser tanto deductiva como inductiva. De allí que, en la presente investigación, se ha preferido seguir en esto a Díez/Moulines y denominar al método de explicación científica, en sus términos más generales, como “modelo de cobertura legal inferencial”.³⁴ En efecto: lo que caracteriza a *toda* explicación científica es que el *explanans* contiene siempre al menos una *ley* (natural o empírica) y que la relación entre premisas (*explanans*) y conclusión (*explanandum*) es de inferencia lógica: “el *explanandum se infiere del explanans*”.³⁵

³³ Cf. HEMPEL/OPPENHEIM, *La lógica de la explicación*, trad. Míguez y otros del original en inglés (1948), en *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona, 1979, p. 247 y ss. POPPER, por su parte, había propuesto ya el mismo método varios años antes (en 1935), aunque sin la fundamentación exhaustiva que luego le proporcionarían HEMPEL y OPPENHEIM (cf. POPPER, *Logik der Forschung*, 10ª edic. [1ª edic. 1935], Tübingen, 1994, p. 31 y ss.). El aporte principal de POPPER consistió en dejar bien en claro que tanto las premisas-leyes del *explanans* como el *explanandum* son siempre hipótesis (cf., por ejemplo, *Das Problem der Induktion*, cit., en op. cit. [1997], p. 88). Una exposición muy didáctica del modelo de cobertura legal inferencial o nomológico-deductivo de explicación científica ofrecen, entre otros, KLIMOVSKY/HIDALGO, *La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, 1998, p. 27 y ss.; cf. también MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980, p. 64 y s., y, especialmente, STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie. Band I: Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, Berlin y otras, 1969, p. 82 y ss. Para una explicación menos didáctica pero más rigurosa y precisa cf. Díez/Moulines, op. cit., p. 219 y ss. En lo que hace a la aplicación de este método en la praxis jurídica relacionada con la llamada *questio facti*, y particularmente en el derecho penal, se ha dicho que él constituye “el mejor camino” para “considerar una inferencia inductiva más razonable o plausible que otras” (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1997, p. 141).

³⁴ Díez/Moulines, op. cit., p. 224 y ss.

³⁵ Díez/Moulines, op. cit., p. 227, bastarda del original.

A partir de esta idea básica, en función de las distintas combinaciones posibles que surgen de determinadas condiciones adicionales (que el *explanandum* sea un hecho particular o general, que la ley del *explanans* sea causal o probabilística, que la inferencia sea deductiva o inductiva, etc.), puede haber cuatro tipos distintos de explicación, que los autores citados denominan nomológico-deductivas particulares, nomológico-deductivas generales, deductivo-estadísticas e inductivo-estadísticas.³⁶ A los fines de este trabajo sólo interesan la primera y la última, esto es, aquellas en las que el *explanandum* es un hecho particular, pues es esta la clase de hechos que se investigan en un proceso penal. Y, con el objeto de mantener coherencia terminológica con la toma de postura asumida aquí y en aras asimismo de la simplificación, mantendremos el nombre de explicaciones “nomológico-deductivas particulares” para las primeras y llamaremos “nomológico-inductivas particulares” a las últimas.

Las explicaciones causales son las nomológico-*deductivas* particulares en cuyo *explanans* aparece una ley causal (universal). Y las explicaciones estadísticas o probabilísticas son las nomológico-*inductivas* particulares en cuyo *explanans* aparece una ley estadística o probabilística (no universal).

Las explicaciones causales se simbolizan, por tanto, así:

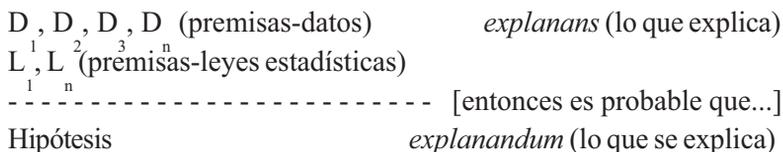
D ₁ , D ₂ , D ₃ , D _n (premisas-datos)	<i>explanans</i> (lo que explica)
L ₁ ¹ , L _n ² (premisas-leyes causales)	

Hipótesis	<i>explanandum</i> (lo que se explica)
-----------	--

³⁶ Díez/MOULINES, *ibid.*

En el supuesto graficado arriba, como se trata de una deducción, la conclusión se sigue necesariamente de las premisas, o -lo que es lo mismo- está contenida en aquellas. Como ejemplo puede servir el siguiente. El *explanandum* “esta puerta de madera se dilata en verano” se explica en función de las premisas-datos: “madera”, “calor”, etc., y de la premisa-ley (causal-universal) “todo cuerpo se dilata con el calor”.³⁷ Esta es, para el punto de vista seguido aquí, una típica explicación causal de un hecho particular o singular.

Si, en cambio, las leyes generales del *explanans* son leyes estadísticas o probabilísticas, y por tanto no son universales, la inferencia en cuestión será inductiva, y la simbolización estandarizada en tal caso es la siguiente:



En este segundo supuesto, la línea punteada que separa a las premisas de la conclusión indica que la inferencia en cuestión es inductiva, de allí que resulta necesario agregar el adverbio modal de probabilidad encerrado entre corchetes. Aquí la conclusión no se sigue necesariamente de las premisas; entre ambas lo que existe es una *relación de apoyo*, y más precisamente una relación de apoyo inductivo:³⁸ las premisas no contienen la conclusión, sino que apoyan a ésta en un determinado grado.³⁹

Al igual que en las explicaciones nomológico-deductivas particulares aplicables a hipótesis causales (universales), en la explicación estadística

³⁷ Cf. HEMPEL/OPPENHEIM (1948), en op. cit., p. 248 y ss.

³⁸ Pues también en una deducción las premisas apoyan a la conclusión, sólo que ese apoyo es de otra índole.

³⁹ Cf. HEMPEL, *Aspectos de la explicación científica*, trad. Míguez del original en inglés (1965), en op. cit., p. 377 y ss.

o nomológico-inductiva particular hay premisas-datos y premisas-leyes (estadísticas o probabilísticas) que conforman un *explanans*. Pero su particularidad reside en que, en ellas, el *explanandum* se obtiene por inducción, no por deducción. Así, por ejemplo, el *explanandum* “X se curó de la enfermedad E”, constituye un enunciado que se infiere inductivamente de (o se explica con) las premisas-datos “X padece la enfermedad E” y “el médico M suministró a X la droga D”, junto con la premisa-ley (estadística o probabilística) “la droga D cura a la enfermedad E en ciertos casos”.⁴⁰

Ahora podemos entonces afirmar, con más precisión: una explicación es causal si las leyes que integran el *explanans* son leyes causales. Y es estadística o probabilística si las leyes que integran el *explanans* son leyes estadísticas o probabilísticas. Corresponde, entonces, caracterizar ambos tipos de leyes.

2. La distinción entre leyes causales y leyes estadísticas o probabilísticas. Relevancia estadística

Las leyes causales, técnicamente, son generalizaciones empíricas universales de segundo nivel, pues generalizan ciertas proposiciones básicas particulares o de primer nivel, que surgen de la simple observación.⁴¹ Un ejemplo de proposición básica particular es: “la fuente de calor F dilata al cuerpo C”. Una ley causal es la generalización del fenómeno del que da cuenta una proposición empírica básica particular de primer nivel, pero no cualquier generalización, sino -como ya fuera insinuado- una generalización *universal*, que usualmente tiene la forma de un enunciado condicional.⁴² Ejemplo: “si un cuerpo recibe calor, entonces *necesariamente* ese cuerpo se dilata”.

⁴⁰ Ibid.; cf. también KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 51 y ss.

⁴¹ Cf. al respecto KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 105 y ss.

⁴² Cf. HEMPEL (1948), en op. cit., p. 265 y s.

“Universal”, en este contexto, quiere decir que se trata de “generalizaciones o regularidades *nómicamente necesarias*”, esto es, de generalizaciones empíricas que no pueden ser falsas sin contradecir las leyes naturales conocidas.⁴³ Las leyes causales no son, pues, lógicamente necesarias, sino *empíricamente* necesarias dentro del contexto conformado por el conjunto de leyes naturales conocidas. Se oponen, en consecuencia, a las meras regularidades accidentales o factuales, que no son empíricamente necesarias dentro de ese contexto.⁴⁴ Dado el carácter universal de las leyes causales, presentan ellas la característica definitoria de que un solo contraejemplo basta para refutarlas o falsarlas. De allí que, si ese contraejemplo se presentara, la regularidad en cuestión dejaría de ser *nómicamente necesaria* y, por tanto, traería como consecuencia la refutación de esa ley natural, que deberá abandonarse a partir de ese momento.

Por su parte, una ley estadística o probabilística es una generalización empírica *no universal* de segundo nivel. No son, por tanto, generalizaciones *nómicamente necesarias* en el sentido explicado en el párrafo anterior. Ese carácter no universal se expresa mediante el empleo del adverbio modal “probablemente” u otras expresiones equivalentes, si se trata de un enunciado comparativo, o con el giro “grado *x* de probabilidad” u otro equivalente, si se trata de un enunciado cuantitativo.⁴⁵ Precisamente por este carácter no universal de las leyes estadísticas o probabilísticas es que éstas tienen la propiedad de que el hallazgo de un contraejemplo, o incluso

⁴³ Cf. al respecto Díez/Moulines, op. cit., p. 128 y ss.; Nagel, *La estructura de la ciencia*, trad. Míguez, Barcelona, 1981, p. 57 y ss.

⁴⁴ “Todo cuerpo se dilata con el calor” es una regularidad *nómica* (i.e. empíricamente necesaria en función de las leyes naturales conocidas: si un cuerpo no se dilatara con el calor se contradiría una ley natural); “todos los tomates cosechados ayer estaban podridos” es, en cambio, una regularidad *accidental* (i.e. empíricamente no necesaria en función de las leyes naturales conocidas: si un tomate no hubiera estado podrido no se hubiera contradicho, con ello, ninguna ley natural). Cf. al respecto Díez/Moulines, *ibid.*

⁴⁵ Cf. Hempel (1965), en op. cit., p. 377.

de varios, no es suficiente para refutarlas o falsarlas. Así, en el caso descrito más arriba, la explicación dada a la cura de X puede ser acertada y concluyente aun cuando la droga D no haya curado a la enfermedad E en algunos casos. Esta peculiaridad nos introduce en el concepto de “relevancia estadística”, de suma importancia, que se analiza a continuación.

Lo que permite formular una ley universal (causal) es el hecho de la no ocurrencia de ningún contraejemplo tras repetidas observaciones, i.e. la inexistencia de falsación o refutación, al menos hasta el momento de la formulación de la ley. Lo que permite formular una ley estadística o probabilística, por su parte, es la posibilidad de realizar una generalización empírica *no obstante la existencia de contraejemplos*. La condición *mínima* para que esa posibilidad quede habilitada (y justificada) es que exista “relevancia estadística”.

Hay relevancia estadística cuando la presencia de un dato determinado en el *explanans* aumenta la probabilidad del suceso a explicar (i.e. del *explanandum*). Con otras palabras: cuando la probabilidad del suceso a explicar sin ese dato en la explicación (probabilidad anterior) es menor que la probabilidad que surge si ese dato se agrega (probabilidad posterior). Ejemplo: la probabilidad del *explanandum* “el señor X no quedará embarazado este mes”, no es aumentada con el dato del *explanans* “el señor X toma regularmente la píldora anticonceptiva”; allí, por tanto, entre *explanans* y *explanandum* no hay relevancia estadística (completamente distinta sería la situación, desde luego, si la hipótesis a explicar dijera que la *señora X* no quedará embarazada).⁴⁶

El autor más influyente respecto del concepto de relevancia estadística es SALMON.⁴⁷ La explicación dada aquí, sin embargo, no concuerda

⁴⁶ El ejemplo es de SALMON y lo cita KINDHÄUSER en *Intentionale Handlung*, Berlin, 1980, p. 482; cf. también PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, ZStW 95 (1983), p. 308; SUPPES, *A Probabilistic Theorie of Causality*, Amsterdam, 1970, p. 12 y ss.

⁴⁷ Véase, entre otros trabajos suyos, *Statistical Explanation and Statistical Relevance*, Pittsburgh, 1971, cit. por DIEZ/MOULINES, op. cit., p. 243.

completamente con la de este autor, sino más bien con la alcanzada tras el aporte de sus críticos. En efecto, según SALMON, para que haya relevancia estadística basta con que la probabilidad posterior *modifique* a la anterior, es decir, no es necesario que, además de modificarla, la aumente; sostiene incluso que, en ciertos casos, hasta cuando existe modificación negativa (i.e. *disminución* de la probabilidad anterior por la posterior) puede haber relevancia estadística.⁴⁸ A ello se ha opuesto, sin embargo, que “la presencia del explanans debe hacer al menos *más* esperable al explanandum que su ausencia”,⁴⁹ y esta última es la postura que se ha impuesto.

Esta concepción de la idea de relevancia estadística apunta a demostrar que no es necesario que el grado de probabilidad que surge de la ley probabilística aplicada al caso sea alto para considerar que la explicación obtenida es satisfactoria o concluyente:⁵⁰ explicaciones probabilísticas concluyentes son perfectamente posibles aun cuando se basan en un grado de probabilidad bajo, o incluso muy bajo. En este sentido, resultan esclarecedoras las palabras de KLIMOVSKY/HIDALGO, quienes, citando a CARNAP, afirman:

“Para que una explicación estadística sea aceptable no es necesario, siquiera, que el número probabilístico que proporciona la ley sea un número alto”. Y dan el siguiente ejemplo: “...a un paciente se le administra una droga que determina una probabilidad 0.05 [5 %] para sus efectos curativos, y el enfermo se cura. ¿Estamos aquí ante una explicación? Carnap sostiene que sí. Si hasta ahora ninguna

⁴⁸ Sobre todo esto cf. Díez/MOULINES, op. cit., p. 243 y ss.

⁴⁹ Díez/MOULINES, *ibid.*, p. 247; bastardilla agregada.

⁵⁰ Los adjetivos “satisfactoria” y “concluyente”, referidos a una explicación, se emplean aquí como sinónimos: ambos términos califican una explicación que da cuenta de un suceso en forma suficientemente adecuada como para aceptar la explicación como correcta dentro del marco ontológico y nomológico conocido.

droga había curado al enfermo ¿cómo puede entenderse que de repente esto se haya logrado? Porque se le ha administrado una droga que ‘cura en ciertas ocasiones’. Aunque el número probabilístico sea bajo, sin embargo se ha ensayado y el caso ha resultado favorable”.⁵¹

Obviamente que, en un proceso penal, deberá estar claro que la conclusión acerca de la existencia de relevancia estadística es “segura”, pues de lo contrario -por imperio del *in dubio pro reo*- no será idónea como determinante de la existencia de un nexo ontológico de determinación. De allí que, como se verá más adelante, resulte conveniente en tales casos hablar de relevancia o correlación estadística *fuerte* (= segura). Pero para que esa correlación sea segura no es necesario que el grado probabilístico sea alto, sino, simplemente, que quede excluida toda hipótesis alternativa que ponga en duda dicha relevancia.⁵²

Los ámbitos en los que interviene un número elevado de variables empíricas o premisas-datos suelen denominarse “ámbitos indeterminados”, así como se denomina “ámbitos determinados” a aquellos en los que interviene un número reducido de estas variables. En los primeros reina la explicación estadística o probabilística; en los segundos, la causal. Aquí denominaremos a los primeros “ámbitos determinados estadística o probabilísticamente”, y, a los segundos, “ámbitos determinados causalmente”, pues, conforme a la hipótesis de partida de este trabajo, *todo* está determinado por algo. Lo que cambia es la categoría de determinación.

El empleo de leyes causales en ámbitos determinados estadística o probabilísticamente (como en el de la omisión impropia o en el de la interrupción de acciones salvadoras) es, se insiste, imposible, pero es perfectamente posible *explicar* (ontológicamente) los sucesos que ocurren en ellos: resulta forzoso entonces admitir que son posibles otra clase de

⁵¹ KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 54 (la aclaración entre corchetes me pertenece).

⁵² Más adelante volveremos sobre este punto.

explicaciones ontológicas además de las causales, y que el derecho penal, en consecuencia, no debería pasar por alto esta conclusión cada vez que le toque en suerte toparse con un hecho propio de un ámbito estadístico o probabilístico.

La mayor o menor presencia de variables empíricas (conocidas) intervinientes en cada suceso condiciona, obviamente, nuestro posicionamiento frente al mundo y la consecuente pretensión que asumimos respecto de la clase de hipótesis a formular para explicarlo. En tal sentido, puede aceptarse que siempre se parte de un determinado grado de déficit epistémico, independientemente de que éste se corresponda o no con una ausencia objetiva. Es decir: nunca conocemos todo, ni sabemos si lo que no conocemos (déficit epistémico) realmente no existe (ausencia objetiva) o sí. Y esto, a nivel teórico, es aplicable tanto a los ámbitos determinados causalmente cuanto a los determinados probabilísticamente, más allá de que, a nivel práctico, el grado de déficit epistémico pueda -por lo general- ser mayor en estos últimos que en los primeros.⁵³

Por eso es incorrecto sostener que las explicaciones estadísticas o probabilísticas son sólo sucedáneos de las explicaciones causales, en el sentido de que es necesario acudir a tales explicaciones “imperfectas” por no disponerse de todo el conocimiento necesario para las “perfectas” explicaciones causales.⁵⁴ Ello sólo podría aparecer como correcto en un

⁵³ De allí que a las que aquí denominamos “leyes probabilísticas” suele llamárselas también “leyes no estrictas” o “leyes con cláusulas *ceteris paribus*”, esto es, leyes con excepciones. Si se las analiza tomando como referencia a las denominadas “leyes estrictas”, es claro que aparecerán como “leyes estrictas incompletamente formuladas”, en donde la incompletitud es epistémica: desconocimiento de algunos de los factores relevantes (sobre esto cf. Díez/MOULINES, op. cit., pp. 135 y s., 150 y ss.). Si se adoptara dicha terminología lo importante sería, entonces, no identificar leyes estrictas con leyes causales, ni leyes no estrictas *exclusivamente* con leyes probabilísticas. En rigor, tanto las causales como las probabilísticas son leyes no estrictas, esto es, con un determinado grado de incompletitud epistémica (así BUNGE, op. cit., p. 446).

⁵⁴ Se aproximan a tal punto de vista KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 58.

nivel intuitivo pre-teórico. Ya se dijo que *toda* explicación -por el insuperable déficit epistémico que padecemos- es imperfecta. Pero ello no impide que, cada una en su ámbito, pueda satisfacer de modo concluyente la inquietud cognitiva de que se trate. El carácter concluyente o satisfactorio de cualquier explicación -causal o probabilística- dependerá de cómo ella se relaciona con nuestro plafón epistémico (el bagaje actual de nuestros conocimientos). Si frente a ámbitos con elevado número de variables empíricas intervinientes decidimos quedar a la espera de superar nuestro consecuente déficit epistémico fuerte para ensayar una explicación, es probable que tengamos que esperar demasiado. Mucho más sensato (y necesario prácticamente) es ensayar explicaciones conforme al grado de déficit epistémico asumido en ese momento histórico, y aceptar que, para ese tiempo y ese lugar, esa es la explicación más perfecta posible (sea causal o probabilística). En un proceso penal, esto tiene que conducir necesariamente a una reformulación de la comprensión tradicional del alcance del principio *in dubio pro reo* en los ámbitos determinados estadística o probabilísticamente.⁵⁵

IV. El “nexo de determinación” como nueva categoría de la teoría del tipo penal

Resulta pertinente, por lo tanto, proponer una nueva categoría para la teoría del delito, a ubicar en la llamada tipicidad objetiva: la del *nexo de determinación*. Ella es una categoría ontológica (empírica o naturalística), cuya función es explicar la ocurrencia de sucesos en el mundo del ser, y en la cual tienen su sede las distintas categorías de determinación, especialmente la causal y la estadística o probabilística. Al caso concreto se aplicará una u otra según cuál tenga en él un predominio relativo.⁵⁶

⁵⁵ Véase al respecto *infra*, *.

⁵⁶ Sobre el significado de “predominio relativo” en este contexto cf. BUNGE, op. cit., p. 41.

Así, dentro del ámbito del denominado tipo objetivo, la pregunta más general a realizarse antes de pasar a las cuestiones normativas que usualmente se resuelven en la categoría de la imputación objetiva no será ya: “¿fue el resultado R *causado* por el autor A?”, sino: “¿fue el resultado R *determinado* por el autor A?”; y en caso afirmativo la pregunta que sigue es: “¿por qué categoría de determinación fue determinado el resultado R: por la causal o la probabilística?”. La cuestión del nexo de determinación, esto es, la necesidad de que el resultado penalmente relevante haya sido determinado ontológicamente por la acción del autor, constituye, por lo tanto, el presupuesto ontológico *general* de la imputación jurídico-penal en los delitos de resultado, y no la causalidad, como se ha sostenido hasta ahora.⁵⁷ Esta última sólo tendrá el carácter de presupuesto ontológico específico en aquellos supuestos en que ella sea la categoría de determinación a aplicar.

Huelga aclarar que la mera afirmación de un nexo de determinación no implica ya la *imputación* jurídico penal (en términos objetivos) de un resultado a su autor. Para ello, previamente -pero *tras* la comprobación del nexo de determinación- será necesario acudir a los criterios normativos propios de la imputación objetiva, de la posición de garante, etc. La categoría del nexo de determinación opera respecto de la imputación objetiva de modo análogo a como -según la concepción tradicional- lo hace la causalidad: es nada más que su presupuesto ontológico.

El carácter exclusivamente empírico u ontológico que aquí se le atribuye al nexo de determinación implica afirmar que los límites entre determinación e imputación objetiva *no son difusos*, como pretende

⁵⁷ Cf., por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, München, 2003, 26/184, p. 192 y s., que sostiene: “...la causalidad es el presupuesto básico o general (*Grundvoraussetzung*) de la imputación para *todo* hecho punible de acción consumado...” (el destacado en bastardilla está en negrita en el original).

sostenerse en algunos recientes trabajos sobre causalidad en Alemania.⁵⁸ De hecho, tales límites *no deben* ser difusos si no quiere violarse el llamado “abismo lógico” de HUME. La opinión contraria se basa en una evidente falacia normativista, que es tan ingenua como aquella otra falacia también normativista en la que se apoyaban las llamadas “teorías individualizadoras de la causalidad”, e implica volver a sostener el absurdo de que existe algo así como una específica causalidad jurídico-penal. Vale la pena recordar aquí una importante afirmación de ROXIN: “La separación de causalidad [en rigor: de determinación] e imputación es un logro dogmático que no se debería volver a abandonar precipitadamente”.⁵⁹

V. Repercusiones en la dogmática de la omisión impropia y de la interrupción de acciones salvadoras, con especial referencia al principio *in dubio pro reo*

El sector práctico donde, según creemos, más rendimiento puede otorgar la categoría del nexo de determinación es el constituido por aquellos casos cuya determinación es, en rigor, estadística o probabilística, como el de la omisión impropia y el de la interrupción de cursos salvadores ajenos (y también: el de la responsabilidad penal por el producto mal elaborado, el de la mala praxis médica, el del derecho penal del medio ambiente, el de la responsabilidad penal de decisiones colegiadas que afectan bienes jurídicos, el de casos como la llamada “complicidad psíquica”, la estafa, la coacción, etc.). Ellos son tratados, sin excepción

⁵⁸ Así, por ejemplo, KNAUER sostiene: La “causalidad... no puede sustraerse a una valoración normativa. En este sentido, los límites con la imputación objetiva son difusos. Una separación entre una causalidad puramente naturalística y una imputación objetiva puramente valorativa no es, por lo tanto, posible” (EL MISMO, *Die Kollegialentscheidungen im Strafrecht*, München, 2001, p. 115).

⁵⁹ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3ª edic., München, 1997, 11/21, p. 302 (el agregado entre corchetes me pertenece).

hasta ahora -y tanto por la doctrina como por la jurisprudencia-, en términos causales, es decir, en *lenguaje causal*,⁶⁰ a punto tal que, si se concluye que no hay relación causal, se abandona todo intento por buscar otra clase de nexo ontológico y se acude directamente a criterios normativos, como de hecho opera SILVA SÁNCHEZ al menos en este contexto, según se ha visto. Esto provoca no pocos inconvenientes, especialmente el relacionado con la legitimidad de condenas basadas -según se cree- “sólo” en probabilidades estadísticas.

El principio *in dubio pro reo* exige -según opinión pacífica en la literatura procesal penal- *certeza* para la constatación de las circunstancias de hecho incriminantes, entre las cuales cabe contar al nexo de determinación. Ahora bien, ¿puede brindar certeza una explicación estadística o probabilística? ¿No es la certeza, por definición, un grado de convicción que sólo pueden proporcionar las explicaciones causales? La respuesta a ambas preguntas ha de ser negativa, pero para que ello resulte comprensible es necesario, antes que nada, especificar qué debe entenderse por “certeza” en este contexto.

Ya no es ninguna novedad que la expresión “certeza” tiene siempre carácter aproximativo o regulativo (y no verificadorio, como todavía creen muchos juristas). FERRAJOLI, con razón, considera a la verdad procesal, precisamente, como “verdad aproximativa”, y en tal sentido dice: “...la verdad ‘cierta’, ‘objetiva’ o ‘absoluta’, representa siempre la ‘expresión de un ideal’ inalcanzable”; “...la idea contraria... es en realidad una ingenuidad epistemológica...”.⁶¹ De allí que no sea acertada la afirmación

⁶⁰ Al respecto dice BUNGE: “Todos tendemos a expresar todo tipo de ideas sobre la determinación, así como todo tipo de explicación, en un *lenguaje causal* que a menudo deforma el significado que en realidad queremos transmitir” (op. cit., p. 482; bastardilla en el original; cf. también p. 428). También ALCHOURRÓN/BULYGIN reconocen este problema de lenguaje cuando aclaran que utilizan el término “causal” sólo “por no encontrar otro mejor” (LOS MISMOS, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 1993, p. 233).

⁶¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 50.

de que el *in dubio pro reo* “no es en absoluto aplicable” en ámbitos estadísticos o probabilísticos.⁶² Lo correcto es sostener que el principio *in dubio pro reo* debe amoldarse a las particularidades epistemológicas de cada ámbito de determinación.⁶³

La verdad es que, si se revisa con cuidado la praxis de los tribunales, podrá comprobarse con facilidad que los jueces, más allá de que eventualmente *afirmen* lo contrario, en la práctica nunca quiebran el principio epistémico señalado; jamás, ni siquiera en los ámbitos más estrictamente causales, llegan al absurdo de autoexigirse alcanzar una “certeza absoluta” para poder emitir una sentencia de condena (les basta alcanzar una “razón suficiente”). Entonces, si es sabido que cada vez que *se habla* de certeza en ámbitos determinados causalmente se admite -al menos tácitamente- el mero carácter aproximativo o regulativo de esa expresión, ¿por qué no podrá hablarse de certeza, con esa misma limitación, también en ámbitos determinados estadística o

⁶² Así, PUPPE, *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Baden-Baden, 2000, p. 93.

⁶³ “En rigor, si se pensara que el juicio penal debe alcanzar la verdad ‘objetiva’ y se tomase al pie de la letra el principio *in dubio pro reo*, los márgenes de incertidumbre irreducibles que caracterizan a la verdad procesal deberían comportar la ilegitimidad de cualquier condena y, por tanto, la parálisis de la función judicial” (FERRAJOLI, op. cit., p. 62); cf. también STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, en *Festschrift für Gallas*, Berlin-New York, 1973, p. 231 y ss. En este sentido resulta inadecuada la concepción de FREUND (cf. su *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung*, Heidelberg, 1987, esp. p. 56 y ss.), que pretende elaborar criterios normativos que legitimen el margen o riesgo de error que puede tener una condena, atento a la imposibilidad por principio de acceder a la verdad “objetiva” o “absoluta”. Pero creer que de lo que se trata en este contexto es de un margen o riesgo de *error* implica, en realidad, la *aceptación* y no la negación de la posibilidad, epistemológicamente ingenua, de acceso a la verdad objetiva. El problema es que FREUND utiliza el concepto de verdad objetiva más como criterio verificador que como principio regulativo. No se trata –como pretende FREUND– de determinar, conforme a criterios normativos, cuándo un (supuestamente inevitable y objetivo) riesgo de condena errónea es legítimo, sino de saber, conforme a los conocimientos empíricos disponibles, cuándo una explicación ontológica no permite dudar.

probabilísticamente? Lo cierto es que “certeza”, para todo juez (y también para una concepción epistemológica plausible), no significa otra cosa que el grado de convicción que adquiere a partir de aquella configuración de la prueba que le permite estar seguro acerca de la existencia, en el pasado, de ciertos hechos, es decir, que le da *razones suficientes para creer*, i.e., para tener una *creencia justificada*⁶⁴ de que algo efectivamente ocurrió (los jueces emplean de hecho muy a menudo la expresión “más allá de toda duda *razonable*”, con lo cual dejan en claro que se refieren a una seguridad epistémica). Y esa seguridad subjetiva, si no quiere ser arbitraria o absurda, deberá construirse con base en las características ontológicas conocidas propias del ámbito fáctico a juzgar.

En ámbitos de determinación causal, por lo tanto, “certeza” significa que el enunciado que conforma el *explanandum* de la explicación no ha podido hasta el momento ser falsado. Sigue siendo una hipótesis, apoyada en leyes que también son hipótesis, pero se trata de una hipótesis que ha adquirido tal grado de verosimilitud que el juez no puede, respecto de ella, permitirse dudar.⁶⁵ Pero sí podrá y deberá dudar si se presenta tan sólo *un* caso que pueda tener *algún efecto* falsante (si la falsación es total obviamente no habrá tampoco lugar para la duda, pues será seguro que la hipótesis es falsa). Esto es lo que resulta de la pretensión de universalidad de las hipótesis causales.

Por su parte, en ámbitos de determinación estadística o probabilística, “certeza” significa que el enunciado que conforma el *explanandum* mantiene una correlación estadística *fuerte* con los antecedentes fácticos y legales del *explanans*. “Correlación estadística fuerte”, que también podemos denominar “correlación estadística segura”, significa, como sostienen KLIMOVSKY e HIDALGO, que *no existe ninguna variable de prueba*

⁶⁴ Sobre la noción de “creencia justificada” cf. DANCY, *Introducción a la epistemología contemporánea*, trad. Prades Celma, Madrid, 1993, pp. 23 y ss., 39 y ss.

⁶⁵ Así, en los resultados, BGHSt 41, 206 (caso del producto protector de maderas [*Holzschutzmittelfall*]).

que demuestre la irrelevancia del antecedente (conformado por el *explanans*) respecto del consecuente (conformado por el *explanandum*).⁶⁶

Por lo demás, la tesis sostenida aquí de la correlación estadística segura (= certeza estadística) por inexistencia de variables probatorias que enerven la relevancia estadística indicada, constituye nada más que una manera consecuente de aplicar el tradicional principio de razón suficiente en esta clase de ámbitos. En efecto, según este principio -que permite de hecho abrir la puerta a la idea de *creencia justificada* como meta cognitiva del proceso en lugar del tan mentado “descubrimiento de la verdad material”- existirá razón suficiente respecto de una conclusión inductiva precisamente cuando las premisas no sólo apoyen esa conclusión sino que, además, *excluyan* la posibilidad de una conclusión distinta con ese mismo grado de apoyo.⁶⁷

Esto ha sido entendido así desde siempre -al menos implícitamente- también por la jurisprudencia tradicional, e incluso para contextos causales: “certeza”, según esa visión práctica, siempre fue comprendida (correctamente) como logro de razón *suficiente* en un marco inferencial inductivo y no (ingenuamente) como comprobación de una verdad *absoluta*. Y a la inversa: falta de “certeza” se identificó -y se identifica- invariablemente con falta de razón suficiente, esto es, con el fracaso no de una constatación objetiva, sino de una meta epistémica. “Descubrir la verdad” no es otra cosa que inferir (inductivamente) una conclusión aumentativa que tenemos por cierta en función de lo que sabemos. De allí lo dicho anteriormente en el sentido de que el *in dubio pro reo* impondrá

⁶⁶ Cf. KLIMOVSKY/HIDALGO, op. cit., p. 58.

⁶⁷ Esto es, de hecho, lo que quiere decir la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en su comprensión tradicional del principio de razón suficiente; cf. por ejemplo, entre muchos otros fallos, TSJ Córdoba, Sala Penal, sentencia n° 13 del 27.5.1985, causa “Acevedo”, donde se dice: “Esta última hipótesis [cuando se requiere certeza] exigirá que la prueba en la que se basen las conclusiones a que se arrije en la sentencia sólo puedan dar fundamentos a esas conclusiones y no a otras”.

metas diferentes según cuál sea el ámbito epistemológico (causal o probabilístico) en el que es aplicado.

Se trata, por lo demás, de aquello que, para la prueba de los hechos, FREUND, siguiendo a ENGISCH, ha denominado “modelo de exclusión de hipótesis alternativas”.⁶⁸ Todo apunta a lo mismo: la meta probatoria principal es la exclusión de variables de prueba que permitan debilitar el apoyo inductivo en que se basa la hipótesis que fundamenta la condena.

La certeza exigida por el *in dubio pro reo* será, por lo tanto, la que se corresponda con cada categoría de determinación. En consecuencia, en los ámbitos determinados estadística o probabilísticamente el juez podrá permitirse dudar cuando la correlación estadística sea lo suficientemente débil como para tornar, precisamente, dudosa la relevancia de los antecedentes fácticos y legales respecto del consecuente.⁶⁹ Y obviamente esto no tiene por qué ocurrir ante la sola posibilidad hipotética o incluso la presencia real de un caso aislado en contra (de un contraejemplo), o incluso de varios, pues la certeza que puede proporcionar un enunciado

⁶⁸ Cf. FREUND, op. cit., p. 23 y ss.

⁶⁹ Ilustra bien el punto el conocido ejemplo que brinda HOYER del alcohólico empedernido que afirma que lo que determina su ebriedad es la soda, porque siempre bebe whisky con soda, vino con soda, gin con soda, etc. Aquí resulta claro que existen variables de prueba que demuestran la irrelevancia de la soda respecto de la ebriedad (cf. HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Productkhaftung*, GA 1996, pp. 164 y 169 y s.). Pero HOYER se equivoca cuando dice que la soda es una “causa aparente” del resultado porque ella está, respecto de él, “en una correlación estadística”, es decir, en “una correlación *acausal*” (ibid., p. 170; bastardilla agregada). Conforme al esquema conceptual aquí desarrollado, tal afirmación no puede ser correcta. Pues, en primer lugar, considera “estadístico” justo aquello que es estadísticamente irrelevante; y, en segundo lugar, porque sugiere que las leyes estadísticas (probabilísticas) no son idóneas para una explicación ontológica del suceso, pero, sorprendentemente, sostiene esto dentro de un esquema conceptual que precisamente propone como solución un concepto “causal-probabilístico” (!) (cf. pp. 169, 172 y 177; bastardilla agregada).

estadístico no depende de su grado (cuantitativo) de probabilidad, sino, como se dijo, de que la relevancia estadística del antecedente respecto del consecuente sea fuerte o segura. Esto es lo que resulta de la *no* pretensión de universalidad de las hipótesis estadísticas o probabilísticas.

El esquema conceptual aquí propuesto permite solucionar de manera prolija y coherente los problemas señalados. Aceptado que un suceso ha sido determinado estadística o probabilísticamente -y no causalmente- es lícito recurrir a leyes estadísticas o probabilísticas para demostrarlo. Porque un suceso determinado estadísticamente no es que puede, sino que *debe* ser explicado conforme a leyes probabilísticas, las que, en su ámbito de aplicación, son tan seguras y confiables como las causales en el suyo.

Así, en lo que respecta a la dogmática de la omisión impropia y a la de la interrupción de acciones salvadoras, cabe concluir -en consonancia en este punto con SILVA SÁNCHEZ, como se vio- que a la causalidad, como categoría de determinación, no le corresponde ningún papel, pues no se dan en ella las señaladas condiciones del principio genético o de virtud productiva que caracterizan el ámbito de dominio del principio causal. Deberían, por lo tanto, abandonarse definitivamente los infructuosos intentos de “encontrar” una causalidad en la comisión por omisión.

La categoría de determinación estadística o probabilística ha de jugar, desde luego, un papel central en estos ámbitos. De hecho, que la acción que se señala como omitida hubiese podido evitar el resultado es una cuestión que, como desde siempre lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia -aunque sin extraer de ello las consecuencias pertinentes-, sólo puede determinarse estadística o probabilísticamente (la cuestión es análoga a la que se presenta en los casos de conducta alternativa conforme a derecho). Fórmulas como las de “probabilidad rayana en la certeza” muestran esto con toda claridad. Es cierto que tales fórmulas resultan insatisfactorias dentro de un marco teórico causal. Pero pueden tener utilidad si se las presenta, como corresponde, en un contexto teórico conformado excluyentemente por leyes estadísticas o probabilísticas, y se las comprende conforme al concepto de “certeza estadística”

desarrollado más arriba. La problemática de la omisión impropia y la de la interrupción de cursos salvadores pertenecen, pues, a la clase de los “ámbitos determinados estadística o probabilísticamente”. Y en ellos, dentro de lo que es el presupuesto empírico u ontológico del tipo objetivo, lo que corresponde no es establecer, v.gr., si la omisión de A *causó* la muerte de B, sino si la *determinó* (estadística o probabilísticamente), en función de los principios establecidos para esta clase de determinación. Una respuesta afirmativa dejará sentada, *únicamente*, la existencia de un nexo *ontológico o empírico* entre omisión y resultado (o entre interrupción del curso salvador y fracaso de la salvación en los casos de interrupción de acciones salvadoras). Para establecer, *ulteriormente*, si ese resultado es *imputable* jurídico-penalmente al autor habrá que aplicar los criterios normativos propios de la teoría de la imputación objetiva, de la posición de garante, etc. Pero éstos no pueden reemplazar a las pertinentes categorías ontológicas para establecer la existencia de un nexo de esa índole, como de hecho pretende SILVA SÁNCHEZ. La existencia de un nexo de determinación (empírico) no es, por tanto, condición suficiente para la imputación jurídico-penal de un delito de resultado, pero sí es condición necesaria. Ambos aspectos (su insuficiencia y su necesidad) deben ser, pues, debidamente enfatizados.

VI. Incremento del riesgo como simple dato empírico y no como criterio de imputación

Habíamos visto que el error de la conclusión de SILVA SÁNCHEZ aquí nominada “d)” consistía en entronar a una mera condición empírica (el incremento de un riesgo) de un criterio normativo de imputación (la posición de garante) en una suerte de criterio de imputación paralelo, cuando lo analiza como tal junto con el criterio “rival” de la teoría de la evitabilidad.

En rigor, lo que hacen tanto la teoría de la evitabilidad como la del incremento del riesgo es aplicar el procedimiento de la fórmula de la *conditio sine qua non* en ámbitos no causales sino estadísticos o

probabilísticos, y ello no es incorrecto. Esa fórmula funciona por lo general adecuadamente en ámbitos causales de acción por el carácter universal o de necesidad empírica (regularidad nómica) de esa clase de proposiciones: si A no hubiera disparado contra B, éste *con seguridad* no habría muerto de esa manera, etc. Y en ámbitos estadísticos o probabilísticos funciona igualmente bien, sean casos de acción o de omisión impropia, sólo que la conclusión será, desde luego, siempre probabilística. Pero el esquema es el mismo: suprimir o agregar mentalmente lo ocurrido o lo no ocurrido, respectivamente (si A hubiera respetado la distancia lateral de adelantamiento, B probablemente no habría muerto aplastado de esa manera; si A hubiera arrojado un salvavidas a B, éste probablemente no habría muerto ahogado, etc).

El recurso a los denominados “cursos hipotéticos” (causales o no causales) constituye una operación a la que -correctamente- se acude con toda naturalidad, pues mediante él se constata la presencia de dependencia contrafáctica del consecuente respecto del antecedente, que es la manera más intuitiva de establecer nexos de determinación entre ambos. En la dogmática penal, por tanto, no deberían oponerse objeciones de principio a la utilización de esta metodología para constatar empíricamente la relación ontológica que corresponda. A lo sumo podría ser atendible alguna objeción práctica en ciertos casos puntuales en los que esa aplicación no dé resultados satisfactorios (por ejemplo, en los supuestos de causas substitutivas o de causalidad múltiple). Pero es dable pensar que, si eso sucede, será antes bien porque se ha formulado inadecuadamente la hipótesis ontológica en cuestión (y en consecuencia habrá que revisarla o tendrá que formularse otra), y no porque el procedimiento en sí sea incorrecto. En verdad, las objeciones se explican porque, en el esquema tradicional, se acude a cursos ontológicos hipotéticos para fundar *imputaciones normativas* (esa es la pretensión tanto de la teoría de la evitabilidad cuanto de la teoría del incremento del riesgo), y ello por cierto que es incorrecto. Pero nada cabe objetar si, como corresponde, dicho recurso se emplea para constatar empíricamente la existencia de meros nexos ontológicos de

determinación (causal o probabilística), cuya afirmación es sólo condición necesaria pero no suficiente de un juicio normativo de imputación.

La necesidad de acudir a un criterio normativo adicional como el de la posición de garante no surge, pues -como cree SILVA SÁNCHEZ- de la multiplicidad de variables propia de los ámbitos determinados estadística o probabilísticamente en general y de la omisión impropia en particular, pues esa necesidad de aplicar criterios normativos ulteriores tras la comprobación de un nexo empírico es propia también de los casos de comisiones determinadas causalmente. Pero en ningún caso debe emplearse un criterio normativo como este (ni ningún otro) para reemplazar nexos propiamente ontológicos. La especificación del nexo *empírico* en ámbitos estadísticos o probabilísticos como el de la interrupción de cursos salvadores se logra una vez que se comprueba la existencia de una correlación estadística segura entre antecedente y consecuente, o -lo que es lo mismo- una vez que se comprueba la existencia de un incremento del riesgo: hay “incremento del riesgo” cuando se constata una relevancia estadística segura del antecedente respecto del consecuente.

Lo que sucede es que, ante casos de evidente exclusión de leyes causales en el análisis (como ocurre en los supuestos de omisión impropia o de interrupción de cursos salvadores), la doctrina dominante ha creído hasta ahora que, por ello, se encontraba ya en terreno normativo, y ese carácter concedió a teorías como la del incremento del riesgo. Por eso es que, tal como procede SILVA SÁNCHEZ, es común que, tras concluirse que no existe relación de causalidad entre antecedente y consecuente, se acuda a la idea de incremento del riesgo para fundamentar ya una imputación, en la creencia, por tanto, de que se ha superado el problema ontológico con un criterio normativo. Con ello, sin embargo, no se advierten dos cosas: en primer lugar, que la ausencia de causalidad simplemente remite a otra clase de nexo *ontológico* entre conducta y resultado, y que sólo tras especificarse y probarse éste podrá abordarse el aspecto normativo; y, en segundo lugar, que “incremento del riesgo”, como se ha demostrado, no es otra cosa que una conclusión *empírica* a favor de la existencia de

una relación ontológica (estadística o probabilística) entre antecedente y consecuente, y no un criterio normativo que pueda fundar ya una imputación (distinto es, por supuesto, el caso del criterio de “creación de un riesgo *no permitido*”, claramente normativo pues apunta al carácter prohibido de un riesgo de existencia empírica ya comprobada). Igualmente incorrecta es, por cierto, la creencia de que un nexo ontológico pueda fundarse en un criterio normativo: ello implicaría, como se vio, caer en una burda falacia normativista. En cuanto a las consecuencias prácticas, “saltarse” este primer paso estrictamente empírico u ontológico en la estructura analítica de la teoría del delito implica privar al acusado de la posibilidad de colocar un obstáculo más a una eventual conclusión incriminatoria, afectándose así, en cierta medida, su garantía de defensa en juicio.

VII. Conclusión

Para retomar entonces lo planteado en la introducción, con relación al problema específico de la interrupción de cursos salvadores ajenos (violación de deberes de tolerancia) se ha demostrado que:

a) La relación empírica entre antecedente y consecuente en casos de interrupción de cursos salvadores ajenos o de omisiones impropias no es causal, sino estadística o probabilística.

b) Un criterio como el del incremento del riesgo puede aplicarse para determinar la existencia de la relación aludida en a), pero si ello es correcto es porque él señala la existencia de un nexo *empíricamente* relevante (de carácter estadístico o probabilístico) entre antecedente y consecuente; no es, pues, un criterio normativo de imputación.

c) Ningún otro criterio normativo (como el de la posición de garante) tiene papel alguno que jugar en la determinación de nexos meramente ontológicos entre antecedente y consecuente en ámbitos determinados estadística o probabilísticamente.

Y se han obtenido también, al menos, tres conclusiones relevantes de carácter general:

a) La causalidad es sólo una categoría de determinación más entre otras que forman parte de una categoría más amplia que es la del nexo de determinación. Todo está determinado ontológicamente por algo, pero no todo está causado por algo. En los casos que corresponda, por lo tanto, la explicación ontológica del resultado penalmente relevante deberá llevarse a cabo a través de categorías de determinación diferentes a la causal, como, especialmente, la estadística o probabilística, las que, en sus ámbitos de dominio, son tan seguras y confiables como la causal en el suyo.

b) Los límites entre determinación e imputación (objetiva) no son ni pueden ser difusos, de lo contrario se cae o bien en una falacia naturalista, o bien en una falacia normativista. La categoría del nexo de determinación es puramente ontológica, al igual que las hipótesis causales, probabilísticas o teleológicas que se formulan dentro de su marco. Ni aquella ni éstas contienen ningún criterio, elemento o componente normativo.

c) El nexo de determinación, y no la causalidad, es el presupuesto ontológico general de los delitos de resultado.