

## *ExLibris*

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

### **Recensiones**

Andrew Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law*, Ed. Hart Publishing Ltd., Portland, 2013, por María Soledad Krause Muñoz.

Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah y Ping Yi (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law* (Vol. II), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2015, por Ianiv Garfunkel.

Gonzalo D. Fernández, *El elemento subjetivo de justificación en Derecho penal*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2015, por María A. Trapero Barreales.

### **Réplica**

A la recensión de Héctor Hernández Basualto a *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, por Juan Pablo Mañalich R.

### **Reseñas**

Obras generales de Derecho penal italiano – Parte General, por Gabriele Civello.

## *Réplica*

**Réplica a la recensión de Héctor Hernández Basualto a *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros (InDret Penal 3/2016)*.**

**Juan Pablo Mañalich R.**

Universidad de Chile

El Prof. Dr. Héctor Hernández B. me ha honrado con una recensión a mi libro *Norma, causalidad y acción* (en adelante "NCyA"), aparecida en la edición anterior de *ExLibris*. Agradeciendo su muy rigurosa lectura y en general elogiosa consideración de la monografía, hay dos cuestiones, concernientes a la revisión crítica que Hernández hace de algunas de las tesis centrales contenidas en la segunda parte de la ella, que a mi juicio pueden ameritar una aclaración.

1. La segunda parte de NCyA está concebida, en efecto, como una aplicación del modelo de teoría de las normas y teoría de la acción desarrollado en la primera parte, dirigida a ofrecer una solución analíticamente satisfactoria del así llamado "caso de la cantimplora", que en el libro aparece presentado, en su versión original, en los siguientes términos:

La persona P, que se encuentra realizando una excursión por el desierto, lleva consigo una cantimplora con agua; sin que P lo advierta, un enemigo de P, E<sub>1</sub>, vierte una dosis letal de veneno dentro de la cantimplora; después de ello, otro enemigo de P, E<sub>2</sub>, perfora la cantimplora, que queda enteramente vaciada de cualquier contenido líquido; todavía en el desierto y con la cantimplora vacía, P muere por falta de hidratación [NCyA, p. 91].

Acertadamente, Hernández da cuenta de que el argumento elaborado para ello descansa en una diferenciación de la pregunta de si el comportamiento de E<sub>2</sub> exhibe relevancia causal para el acaecimiento de la muerte de P, por un lado, y la pregunta de si ese mismo comportamiento satisface la descripción "matar a otro", por otro, siendo esta descripción la que especifica el tipo de acción cuya correlación con el operador de la prohibición es constitutiva de lo que tradicionalmente entendemos como la prohibición del homicidio. Bajo esta diferenciación, la tesis defendida en NCyA es que, no obstante exhibir relevancia causal para el acaecimiento de la muerte de P, el comportamiento de E<sub>2</sub> en efecto no ejemplifica el tipo de acción así especificado.

El punto decisivo en la fundamentación de esta tesis consiste, como también lo advierte Hernández, en lo que propongo denominar el "criterio semántico" (CS), entendido como un criterio de permisión en sentido débil: si  $\phi$ , una acción particular cualquiera, satisface CS, entonces  $\phi$  no se encuentra sometida a la prohibición del homicidio. La formulación precisa de CS es la siguiente:

Una acción cuya relevancia causal para la muerte de X es exclusivamente dependiente de su descripción como una acción impeditiva, una de cuyas especificaciones verdaderas consista en su descripción como una acción impeditiva de un acaecimiento más temprano de la muerte de X, no ejemplifica el tipo de acción especificado por la descripción «matar a X» [NCyA, p. 120].

La adopción de CS responde al desiderátum de hacer justicia a la intuición de que un agente que impide el acaecimiento de la muerte de un ser humano, de modo tal que éste no muera cuando de hecho habría muerto de no haber intervenido el agente, sino en algún momento posterior, no necesariamente quebranta la prohibición del homicidio, a pesar de que el reconocimiento del “hecho de la simetría” (NCyA, pp. 122 ss.) nos fuerza a afirmar la relevancia causal que el comportamiento del agente exhibe para con el efectivo acaecimiento (“retardado”) de la muerte del ser humano en cuestión. La fuerza de esa intuición está dada por la circunstancia de que, como cuestión de hecho, la mortalidad de ese ser humano, determinada por su condición de ser vivo, hace que impedir el acaecimiento de su muerte en algún momento equivalga a condicionar el acaecimiento de su muerte en algún momento posterior (NCyA, pp. 111 ss.). A primera vista, empero, cabría pensar que la cuestión podría ser resuelta a través de la adopción de un criterio – a todas luces menos intrincado– de la “máxima postergación posible” para la exclusión de la aplicabilidad de la prohibición del homicidio. Pero esto constituiría un error (NCyA, pp. 116 s., 119 s.). Pues considérese el siguiente caso:

El médico M suministra una determinada dosis de medicamento al paciente P, quien de lo contrario habrá de morir en el momento  $t_1$ ; la dosis suministrada hace posible que P siga con vida hasta el momento  $t_2$ , en circunstancias de que si M le hubiese suministrado el doble de dicha dosis, P habría sobrevivido (al menos) hasta el momento  $t_3$  [NCyA, p. 119].

Bajo el criterio de la máxima postergación posible del acaecimiento del resultado, aquí habría que entender como prohibida *sub specie* homicidio la acción ejecutada por M, a pesar de que el aspecto de su comportamiento que resulta normativamente relevante consiste en su falta de suministro de una dosis todavía mayor de medicamento. Ello es indicativo de que el objeto de una eventual imputación, dirigida a M, habría de estar constituido por la *omisión* –o más precisamente: por la no-ejecución– de una acción preservativa de la vida de P por un lapso aún mayor, sin que tuviera sentido, en cambio, plantear la imputación de la ejecución –o más precisamente: de la no-omisión– de una acción productiva de su muerte.

En referencia al caso de la cantimplora, la adopción de CS conduce a descartar que la acción ejecutada por  $E_2$ , consistente en el vaciamiento de la cantimplora de P (previamente envenenada por  $E_1$ ), pueda entenderse sometida a la prohibición del homicidio, puesto que, con arreglo a CS, esa acción no constituye una instancia de “matar a otro”, redefinida esta expresión –en congruencia con CS– como equivalente a “producir la muerte de otro”. Pues la relevancia causal que la acción ejecutada por  $E_2$  tiene para el acaecimiento de la muerte de P no es independiente de su descripción como una acción impeditiva, *una de cuyas especificaciones verdaderas consista en su descripción como una acción impeditiva de un acaecimiento más temprano de la muerte de P*. En su observación acerca de la supuesta falta de carácter concluyente del argumento así desplegado, Hernández parece no reparar en la implicación precisa de esta última exigencia. En efecto, Hernández reproduce un pasaje del libro que es anterior a la introducción y la defensa de CS

donde se dice que “lo relevante es determinar si esa acción satisface alguna descripción alternativa bajo la cual su relevancia causal para el acaecimiento de la muerte de otra persona sea independiente de su descripción como una acción impeditiva de un acaecimiento todavía más temprano de la muerte de esa misma persona” (NCyA, p. 114). Pero esto desconoce que CS representa un refinamiento y no una simple formalización de esta última consideración.

Es claro que la relevancia causal de la acción ejecutada por  $E_2$  para el acaecimiento de la muerte de P es independiente de su descripción como una acción impeditiva de un acaecimiento todavía más temprano de su muerte. Pues esa relevancia causal puede ser reconocida bajo una descripción (más genérica) de esa misma acción como impeditiva de la ingesta, por parte de P, del líquido contenido en la cantimplora por él portada (NCyA, pp. 98 ss.). Lo crucial, sin embargo, es que la descripción – también verdadera – de esa misma acción como impeditiva de un acaecimiento más temprano de la muerte de P es una especificación de esa descripción más genérica. Por supuesto, y más allá de la terminología que cada cual favorezca, Hernández tiene razón en advertir que, por esa vía,  $E_2$  impide “que el viajero muera de una determinada manera, pero provocando que muera de otra”. El punto es que ello es exactamente lo que sucede cada vez que alguien impide el acaecimiento de la muerte de un ser cuya constitución biológica determina que, de no morir entonces, habrá de morir después. Si A salva a B de morir impactado por una roca que amenaza con aplastar su cabeza, por la vía de empujarlo hacia un lado, en circunstancias tales que, al disponerse a ponerse en pie, el sobreviviente B es impactado por un rayo, muriendo a consecuencia de ello, en efecto cabe decir que A impide que B “muera [antes] de una determinada manera, provocando que muera [después] de otra”. Y lo que no puede perderse de vista es que, estructuralmente, la situación es idéntica si, todo lo demás siendo igual, nos imaginamos que en otro mundo posible, en vez de morir impactado por un rayo, B hubiese expirado, dos décadas después, “por muerte natural”. Pues en tal caso no cabría negar que, al impedir el impacto de la roca en la cabeza de B, A condicionó el (posterior) acaecimiento de la muerte “natural” de B.

¿Tendría sentido decir, como parecería seguirse de la sugerencia de Hernández, que semejante acción de salvamento de la vida de B habría de poder ser descrita, no obstante, como una acción asimismo productiva de su muerte? El argumento a favor de CS está concebido para descartar que, ante un caso como este último, la acción cuya ejecución ha condicionado el acaecimiento de la muerte de un ser humano, por la *mera* vía de impedir un acaecimiento todavía más temprano de su muerte, pueda entenderse sometida a la prohibición del homicidio. En tal medida, el argumento es enteramente normativo, en el sentido de que las propiedades de la descripción “matar a otro”, en cuanto equivalente a “producir la muerte de otro”, deben entenderse determinadas por la fuerza pragmática de semejante descripción de una acción, desde el punto de vista de su consiguiente caracterización deóntica.

2. Hernández sugiere que el carácter problemático de esta última tesis se vería ulteriormente confirmado por “la sorpresiva (y menos convincente) apelación al bien jurídico para resolver que, a diferencia del caso [de la cantimplora en su versión] inicial, sí satisfaría dicha descripción la perforación de la cantimplora realizada por quien había vertido previamente el veneno”. No puedo sino estar de acuerdo con Hernández en que esta última tesis resultaría del todo sorpresiva y poco convincente. Ello explica que esa misma tesis no figure, de hecho, en el libro.

El aspecto del argumento aquí relevante concierne al análisis de una variación del caso de la cantimplora, cuya única particularidad frente a la versión original consiste en que, bajo esta variación, es una y la misma persona (“E”) la que primero vierte el veneno en la cantimplora de P y después la perfora, vaciándola así de su contenido líquido (NCyA, p. 140). El interés por explorar cuál debería ser la solución para esta variación del caso sólo es cabalmente comprensible si se toma nota de cuál es la solución alcanzada en referencia a la versión original del caso. Puesto que la circunstancia que determina la permisión débil, *sub specie* homicidio, de la acción ejecutada por E<sub>2</sub> es la presencia del veneno en la cantimplora, cuya ingesta (impedida por E<sub>2</sub>) habría llevado a P a morir más tempranamente, y puesto que la presencia del veneno en la cantimplora ha resultado de la acción previamente ejecutada por E<sub>1</sub>, la solución del caso pasa por esclarecer si a éste último pudiera ser imputable la no-omisión de la acción ejecutada “de propia mano” por E<sub>2</sub>, en autoría mediata (NCyA, pp. 127 ss.). Pues si el vertido del veneno dentro de la cantimplora por parte de E<sub>1</sub> fundamenta la competencia de éste por la situación en la que, posteriormente, la acción ejecutada por E<sub>2</sub> en efecto no resulta subsumible –con arreglo a CS– bajo la prohibición del homicidio, entonces cabría imputar al primero el comportamiento del segundo, como propio, aunque re-descrito como consistente en la ejecución de una acción productiva de la muerte de P, en razón de que la circunstancia que hizo de la acción ejecutada por E<sub>2</sub> una acción de salvamento de la vida de P era estrictamente relativa a la posición de E<sub>2</sub>, y no a la de E<sub>1</sub>. Como bien advierte Hernández, la cuestión crítica para ello es si, respecto de E<sub>1</sub>, se satisface algún criterio de imputación subjetiva, adaptado a la fisonomía específica de la autoría mediata (NCyA, pp. 132 ss.).

La variación del caso ahora considerada es de interés una vez que se repara en que, siendo la *actio praecedens* y la *actio succedens* ejecutadas por una misma persona, la estructura de imputación de la autoría mediata debería tenerse por descartada, por impertinente. La pregunta es, entonces, si alguna otra estructura de imputación pudiera fungir aquí como el equivalente funcional de aquella. La respuesta ofrecida en el libro es que ese equivalente funcional puede ser justamente obtenido a través de una determinada reinterpretación de la construcción de una *actio illicita in causa*, en el sentido de una estructura de imputación extraordinaria (NCyA, pp. 140 ss., 146 ss.). En estos términos, la solución propuesta para esta variación del caso consiste en reconocer que, al haber E generado, a través del previo vertido del veneno en la cantimplora, la circunstancia que determinó que su posterior vaciamiento del contenido líquido de la cantimplora no resultara subsumible –con arreglo a CS– bajo la prohibición del homicidio, a E puede resultar imputable la ejecución de esa misma acción, bajo una descripción (verdadera) de ésta que no incorpore referencia alguna a esa precisa circunstancia. En otras palabras, se trata de si, bajo ciertas condiciones, la ejecución de la acción *praecedens* por parte de E pudiera justificar, por resultar constitutiva de la infracción de una *incumbencia*, que la ejecución de la acción *succedens* sea imputable a E bajo un desconocimiento, circunscrito a esa misma imputación, de la circunstancia que hacía verdadera la descripción de la acción *succedens* como una acción preservativa de la vida de P. En la página del libro a la cual se remite Hernández, el punto se encuentra formulado como sigue:

Esto es precisamente lo que sucede bajo la presente variación del caso: si bien la *actio succedens* ejecutada por E, consistente en el vaciamiento de la cantimplora de P, no cuenta –en virtud de la satisfacción de CS– como una acción sometida a la prohibición de matar a otro, ello deja intacto

que esa misma acción se deja en todo caso describir como una acción causal para la muerte de P. Con ello, no se trata de que por vía de imputación extraordinaria resulte «artificialmente constituido» el condicionamiento causal de la muerte de P; se trata, antes bien, de que por vía de imputación extraordinaria puede resultar desconocida, en la constitución del objeto de imputación (*en tanto* objeto de imputación), la circunstancia que obsta, con arreglo a CS, a que la acción (principal) con relevancia causal para la muerte de P ejemplifique el tipo de acción especificado por la descripción «matar a otro» [NCyA, p. 150].

Es suficientemente claro, entonces, que el argumento no está encaminado a sostener que, en referencia a esta variación del caso, la acción impeditiva de la ingesta del veneno sí satisfaría la descripción “matar a otro”. Pues es claro que, desde el punto de vista del estatus de la acción consistente en el vaciamiento de la cantimplora bajo CS, el caso original y la presente variación resultan ser idénticos. La diferencia se reduce, antes bien, a la correcta identificación de la respectiva estructura de imputación, adecuada a la particularidad de cada una de las dos versiones, que haga posible un *desconocimiento* de la circunstancia que determina la (efectiva) satisfacción de CS, y por ende de la permisión en sentido débil de la correspondiente *actio succedens*, por vía de re-descripción del objeto de imputación en cuanto objeto *de imputación*.

Desde luego, es del todo esperable que una solución tan revisionista como ésta pueda despertar escepticismo o resistencia doctrinal.<sup>1</sup> Me parece imprescindible, sin embargo, no dejar de llamar la atención acerca del sentido preciso que desempeña la “apelación al bien jurídico”, correctamente detectada por Hernández.

La particularidad de la invocación de la construcción de la *actio illicita in causa* para esta variación del caso de la cantimplora está dada por el hecho de que aquí se trata de un desconocimiento, por vía de imputación, de una circunstancia que determina que la acción ejecutada por el agente no resulte ya directamente sometida a la respectiva norma de prohibición, y no en cambio del desconocimiento de una circunstancia que determina que la acción respectiva quede cubierta por una norma permisiva preferente. El punto está, sin embargo, en que la variante del caso de la cantimplora aquí considerada se diferencia críticamente del caso en que, verbigracia, una persona primero compra y adquiere una jarra, para después —cuando la jarra ya le pertenece *qua* propietario— destruirla, en el cual es manifiesto que la *actio succedens*, consistente en la destrucción de la jarra, no condiciona un menoscabo para el bien jurídico protegido por la

---

<sup>1</sup> Bastaría con considerar, por ejemplo, que hay objeciones de entrada a la comprensión de la construcción de una *actio illicita in causa* como una estructura de imputación extraordinaria; recientemente SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “¿Incumbencias en Derecho Penal?.-Depende”, *InDret* 1/2015, pp. 7 s. Sin que quepa entrar aquí en el punto con la mínima profundidad requerida, cabe hacer notar que, a propósito del estatus de los casos de exclusión de la legítima defensa por provocación de la agresión, Sánchez-Ostiz parece no advertir que la solución de la *actio illicita in causa*, por él rechazada, deja intacto el estatus deóntico de la acción defensiva que ejecuta el provocador agredido como una acción *ceteris paribus* permitida, quedando éste sólo privado de apelar a su estatus de permitida en el marco del “diálogo de la imputación”. Esto tiene como consecuencia que, al encontrarse permitida la acción defensiva ejecutada por el agredido provocador, ésta no pueda ser constitutiva, ya por esa sola razón —lo cual significa: con prescindencia de la eventual aplicabilidad de alguna otra norma permisiva—, de una agresión antijurídica frente a la cual el agresor provocado pudiera verse amparado, a su vez, por la norma permisiva de la legítima defensa. Esta consecuencia, que parece materialmente adecuada, no puede asegurarse si, como lo propone SÁNCHEZ-OSTIZ, se asume que en tal caso la norma permisiva de la legítima defensa resultaría ya inaplicable. Pues bajo esta última solución, la acción defensiva ejecutada por el agredido provocador será constitutiva, *ceteris paribus*, de una agresión antijurídica, a menos que su comportamiento quede cubierto por alguna otra norma permisiva.

prohibición de dañar una cosa ajena (NCyA, pp. 147 ss.). Pues aun cuando satisfaciendo CS, el vaciamiento de la cantimplora condiciona causalmente el posterior acaecimiento de la muerte de P. En tal medida, no es extravagante preguntarse si en la “fabricación”, por parte de E, de la situación en la cual su condicionamiento de la posterior muerte de P no habría de resultar subsumible bajo la prohibición del homicidio, es reconocible una muestra de falta de fidelidad al derecho que hubiera de justificar que a E sea imputado el condicionamiento de la muerte de P “como si” éste no hubiese estado acompañado de la circunstancia que, manipulativamente generada a través de su actuar precedente, determinaba la inaplicabilidad de la prohibición del homicidio a su respecto.

Quiero agradecer muy sinceramente a mi querido colega Héctor Hernández haberme brindado la ocasión –cual “oportunidad-para-la-acción”– de ensayar una explicación ojalá algo más clara y persuasiva de algunos argumentos que pretenden sustentar la solución de un caso tan inverosímil como fascinante, acerca del cual desearía poder seguir conversando con él.