

Teoría de la disminución del riesgo

Un aporte dogmático a la luz de la unificación de distintos puntos de vista

Por Fernando Elías Vásquez Pereda [1]

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene por objeto poder hacer un análisis de las distintas posturas sobre la teoría de la disminución del riesgo, para ello, se propondrá un caso teórico con dos variantes y se analizará desde el punto de vista de una gran cantidad de autores quienes hasta el día de la fecha, le han dedicado su estudio a la teoría de la disminución del riesgo.

Concretamente, el análisis se trata de un caso derivado del paradigmático caso de Traeger[2], al cual, luego se irán incluyendo algunas variantes para poder observar desde distintos prismas cómo se podría utilizar la disminución del riesgo.

Finalmente se otorgará una solución dogmática a cada una de ellas, evaluando en cada caso si existe o no, disminución del riesgo y en su caso si corresponde continuar el análisis ya en otros estratos de la teoría del delito.

II. Planteo del problema [\[arriba\]](#)

En el presente nos encontramos con un caso principal con dos variantes, las cuales ensayan sensibles diferencias en los supuestos de hecho, todas las cuales suponen en principio la evaluación de un problema dogmático propio de la tipicidad, más especialmente dentro de la imputación objetiva, particularmente en lo relativo a la “disminución del riesgo”. Esto en relación especialmente a la conducta del sujeto “B”.

III. Solución dogmática [\[arriba\]](#)

III.1. Caso sobre el cual se realizará el presente análisis; variante principal

En nuestro caso, “A” arroja desde un 7mo piso una maceta en la cabeza a “B” con intención de matarlo y con probabilidad rayana a la certeza de muerte; “C” observa dicha situación, y siendo enemigo de “B”, decide empujarlo a fin de evitar que el objeto golpee en su cabeza dándole muerte; sin embargo al momento de hacerlo, lo hace de manera mezquina, de modo tal que la maceta le pegue en el hombro a “B”. Finalmente la maceta cae sobre su hombro provocándole lesiones leves.

En primer término, la conducta de “C” prima facie, parece que no configuraría técnicamente un supuesto de “disminución del riesgo”, sino que en virtud del conocimiento extensivo de las circunstancias del caso, correspondería imputar a “B” unas lesiones leves dolosas. Ello parecería ser por el conocimiento cabal de “C” ex ante acerca de que se encontraba en condiciones de evitar a “C” cualquier tipo de consecuencias dañosas sólo ejerciendo mayor fuerza en el empujón que desvió el curso de la maceta. Pues, introduce en el caso un dato de relevancia que impide suponer que, éste ha intentado mejorar realmente el estado del bien jurídicamente protegido.

Por tanto ya no estaremos en condiciones de hablar de una posible exclusión la imputación del resultado, saltando así el filtro de la tipicidad objetiva; lo que en sumatoria contando con la intención de “C” de que realmente acaezcan las lesiones a “B”, nos permitiría avanzar hacia el análisis de la antijuricidad de la conducta. Esta parecería ser, la solución que daría la mayoría de la doctrina[3]. En esta línea destacamos la opinión Roxin quien entiende que siempre falta una creación del riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción.

Menciona que, quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa; a pesar de su causalidad no comete unas lesiones. De ese mismo modo, tampoco las comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente. Entonces concluye en que ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido[4].

El quid de la cuestión está en la frase empleada por Roxin “aunque no la pueda neutralizar”. Este requisito de factibilidad del que nos habla el autor, es el que puntualmente debe analizarse, para saber si el sujeto puede neutralizar o no el riesgo previamente originado; y en ese caso, a contrario sensu, interpretar que si el sujeto pudo evitar todo el resultado lesivo y así no lo hace, entonces existe imputación del resultado; y con ello por supuesto no existe una disminución del riesgo.

Asimismo, con otra fundamentación y más allá los pronunciamientos que se harán en este norte en los subsiguientes acápite, podrá decirse que autores como Kindhäuser entienden que se encontraría justificado el accionar de “B” por consentimiento presunto de la víctima, aún en el hecho en que el autor hubiera realizado una prestación menor a la que estaba en condiciones de realizar para evitar el daño que amenazaba producirse[5]. Haciendo mención también de la irrelevante sutileza que este tipo de casos implica en relación a aquellos de estado de necesidad justificante, dado que en el caso que aquí nos compete se trataría de un supuesto de interrupción y modificación de un curso causal determinado; mientras que en los segundos se crea un nuevo curso causal.

Por último desde un punto de vista más extremo nos encontramos con Samson;[6] quien es de los principales exponentes del tema, pero quien niega rotundamente que la disminución del riesgo, pueda excluir la imputación del resultado. A través de un experimento estadístico llega a la conclusión de que no es posible desarrollar teorías de disminución o incremento del riesgo que provengan de conocimientos ligados a experiencias e instrucciones generales dado que ex post pueden no verificarse. Sostiene que a través de los experimentos realizados por él existen casos en los que se disminuye el riesgo y el resultado igual se produce, y a su vez, otros en los que ex ante se aumenta el riesgo y aun así el resultado no se produce. Asimismo, arriba a la conclusión que en el caso de las instrucciones generales en algunos casos por más que se disminuya el riesgo en mayor porcentaje, en otros, de todos modos se producirá el resultado. Requiere inclusive en los casos de ser posible, se consulte a la víctima su interés en asumir un riesgo nuevo y distinto al que originalmente debía producirse.

Sin embargo, entiendo que ello es solamente humo, pues no se está haciendo un análisis en profundidad de lo acaecido; puesto que parecería a simple vista “injusta”

la imputación al tipo, toda vez que si el sujeto que realiza el curso causal salvador, no hubiese hecho nada y el sujeto "B" hubiera muerto; nunca se le hubiere imputado ese resultado. Por ende se estaría alentando a que ni siquiera se tome intervención alguna en casos análogos. Si bien aquí no se trata de hacer o no justicia, entiendo que un análisis de conformidad con la dogmática, siempre será justo y brindará mayor seguridad jurídica, pues eso es uno de los fines de la dogmática, según palabras del propio Gimbernat[7].

De este modo si se toma la opinión de Jakobs[8] en la cual señala que se debe inferir que si el autor modifica el riesgo ya existente pero de tal modo que lo convierte en ex ante menos lesivo, no se puede afirmar que haya creado un riesgo reprobado. "Un acontecer que no convierte al mundo en más peligroso ni cambia un complejo de condiciones del resultado (un riesgo) por otro, no puede ser el objeto razonable de una prohibición jurídica de producir el resultado".[9]

En este lineamiento Rudolphi[10] siguiendo a Jescheck rechazó la punibilidad, en razón de que no podría ser sentido y fin de las normas de derecho penal prohibir acciones que disminuyen el riesgo de producción del resultado, atenúan las lesiones que amenazan producirse en el bien jurídico o retrasan su producción.

Otros autores, llegarán al punto de sostener que en tanto el bien jurídico protegido es la expectativa de salud y corresponde a un solo titular; "B", el desvío del golpe a pesar de haber tenido "C", la posibilidad de desviarlo por completo, ha mejorado su expectativa de protección ampliamente (dado que se ha evitado la muerte, produciendo sólo unas lesiones en el hombro).

Así afirma Schroeder, lo ha sostenido Armin Kaufmann[11], en un caso análogo al presente, como es el caso del escarmiento (donde lo que se modifica es esencialmente el elemento arrojado -piedra por maceta-).

Por último Lenckner[12] dice que una disminución del riesgo ya de antemano no puede estar prohibida.

En nuestro país, Sancinetti,[13] -quien en mi humilde entender- se encuentra a favor de la disminución del riesgo e incluso ha ido más allá que otros autores que sostienen, que para que esta exista, debe haber exclusión del resultado. Ciertamente, señala el autor, que la expresión "disminución del riesgo" sugiere la idea (errada) de que en todo caso haría falta que la conducta, al menos, lograra efectivamente reducir ex ante el riesgo ya existente. Dado que el concepto de peligro se interpreta usualmente como un "resultado" sólo diverso al resultado de lesión, se pregunta entonces si no se trata de todos modos de un concepto ligado a las consecuencias externas, es decir, a un producto posterior a la ejecución de la acción.

Pero si ya no se trata de riesgo reprobado cuando el autor disminuye efectivamente el riesgo, y, por ello, el resultado (de lesión) ulterior no es imputable por falta de creación de riesgo reprobado, del mismo modo una decisión de acción en sí razonable desde el punto de vista ex ante sigue siendo una acción atípica, aunque no logre la reducción ni siquiera en un grado mínimo y aunque incluso de hecho termine aumentando el riesgo. Entre decisión de acción actuada y resultado pueden darse múltiples variaciones de descenso y aumento de los riesgos, según sea el decurso ulterior de las circunstancias.

Mas ello tiene que implicar una orden de expulsión del disvalor de resultado del ámbito del ilícito, como lo muestra el caso en el que un garante disminuye un riesgo total, al reducir sensiblemente uno de los riesgos parciales, teniendo que producir a la vez un cierto aumento de otro riesgo concurrente, que en definitiva se realiza.[14]

También otro autor argentino que toca puntualmente este caso es, Bacigalupo, quien afirma que, en “los casos en los que autor conscientemente no ha reducido el riesgo todo lo que para él era posible y se reduce el riesgo sólo en parte, y de todos modos el resultado se produce aunque con una lesión más leve; en ese caso el autor ha omitido optimizar sus posibilidades protección. La imputación del resultado precisamente por esta omisión cuando el autor no es garante no parece la solución más adecuada, pues no existe fundamento para exigir tal optimización.

Según lo analizado hasta aquí en la presente variante, entiendo que debemos situarnos en una posición ecléctica para arribar a una conclusión, si bien es interesante la posición de Armin Kaufmann entendemos que debemos tener como base las palabras del Profesor Sancinetti[15] como luz y guía en este camino y sostener que en forma contraria a Samson; que si ya no se trata de riesgo reprobado cuando el autor disminuye efectivamente el riesgo, y, por ello, el resultado (de lesión) ulterior no es imputable por falta de creación de riesgo reprobado, del mismo modo una decisión de acción en sí razonable desde el punto de vista ex ante sigue siendo una acción atípica, aunque no logre la reducción ni siquiera en un grado mínimo y aunque incluso de hecho termine aumentando el riesgo.

Pues como señala el Profesor al exponer el caso del timonel; el hecho de reducir el riesgo no implica directamente la exclusión de un resultado dañoso, pues él sostiene que hay disminución del riesgo incluso cuando se produce el resultado muerte. Por ende, mucho menos se podrá pretender de quien en realidad termina salvando la vida de una persona evitando que le caiga una maceta en la cabeza; pero que no evita un resultado dañoso mínimo.

Asimismo cabe traer a colación la postura de Jakobs en cuanto que se debe inferir que si el autor modifica el riesgo ya existente pero de tal modo que lo convierte en ex ante menos lesivo, no se puede afirmar que haya creado un riesgo reprobado, pues “un acontecer que no convierte al mundo en más peligroso ni cambia un complejo de condiciones del resultado (un riesgo) por otro, no puede ser el objeto razonable de una prohibición jurídica de producir el resultado”. [16]

En este sentido no debe perderse de vista que en caso de no hacer nada, al sujeto que realiza la conducta salvadora, quien no es garante, tampoco le será imputado el resultado muerte; a lo sumo una omisión de auxilio; por ende entendemos que el Derecho no puede perjudicar a quien en definitiva, según nuestro criterio, evitó un resultado lesivo de mayor gravedad y convirtió al mundo en menos peligroso.

Claro está en que debemos separar la concepción del riesgo, del concepto de resultado lesivo, para de este modo poder comprender que no interesa, como señala Sancinetti en su ejemplo, que hasta inclusive se produzca la muerte; si en realidad se logra reducir el riesgo de forma ex ante.

Por ende si entendemos que no interesa que se produzca de todos modos un resultado lesivo; estamos en condiciones de afirmar, que en el caso de análisis tampoco interesa que se haya provocado las lesiones leves al hombro de “B” a los fines de determinar si existió o no disminución del riesgo. Motivo por el cual

afirmamos que no hay imputación al resultado por parte de “C”; al haber una disminución del riesgo.

III.2. Variante N° 1

En esta variante a diferencia de la primera, “B” empuja a “Z” a fin de que la maceta no le caiga en la cabeza y lo mate. Es de este modo, que logra su propósito y evita que la maceta lo golpee. No obstante ello, le provoca lesiones por el propio empujón que realiza para salvarlo.

En este caso, considero que estamos en presencia de una disminución del riesgo que termina por excluir la imputación objetiva de la conducta de “B”.

En este sentido es preciso señalar que, Roxín[17] al referirse a la exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo manifiesta que ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima.

Ello se debe a que mejora la situación del objeto de la acción. En este sentido menciona el caso de quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente.

En adición en otra de sus obras Problemas Básicos[18], Roxin también manifiesta que esto vale para todos los casos de mitigación de sucesos dañosos. Ni siquiera habrá cometido una acción de homicidio quien intenta inútilmente impedir un asesinato y en definitiva sólo logra retrasarlo, por más que su conducta ha influido en la forma concreta del resultado y, por ello, habría que considerarla causal de su comisión.

Como ya se ha visto, Sancinetti[19] se encuentra a favor de la disminución del riesgo e incluso vas más allá que otros y es por ello que en el caso en cuestión no habría duda alguna, respecto a que habría una disminución del riesgo.

Asimismo cabe mencionar distintos autores que tratan el tema de manera similar, en este sentido nos encontramos con Jescheck[20], quien en la tercera edición de 1978, de su manual modificó su concepción por tercera vez. La falta de imputabilidad de la “disminución de riesgo” resultaría del hecho de que la acción no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. En eso se basó también Stratenwerth a diferencia de su anterior concepción al decir que en caso de disminución del riesgo no existiría una creación de riesgo reprobado[21].

Asimismo, ya se ha visto, Rudolphi[22] rechazó la punibilidad, en razón de que no podría ser sentido y fin de las normas de derecho penal prohibir acciones que disminuyen el riesgo de producción del resultado, atenúan las lesiones que amenazan producirse en el bien jurídico o retrasan su producción.

Es este sentido observamos que estos autores sostienen la postura de disminución del riesgo y según lo manifestado es plausible la resolución de la presente variante,

sin perjuicio de que otros autores[23] puedan sostener que casos como este deban ser resueltos en la antijuricidad.

III.3. Variante N° 2

En esta última variable “B”, teniendo la certeza de que la maceta le provocará la muerte a “Z”, y que este no se ha percatado de su lanzamiento, decide realizarle dos patadas de karate, de forma tal que se evite el resultado muerte, con la consecuente producción de las lesiones del caso.

Entiendo que nos encontramos aquí frente a un nuevo supuesto que si bien en apariencia configuraría un caso de “disminución del riesgo”; según lo expresado en el acápite anterior debemos necesariamente descartarlo.

En este sentido, debemos evaluar que la ejecución de las dos patadas de karate aparecen, ya no como una disminución de un riesgo uniforme o como consecuencia de una misma infracción de la norma, es decir una mera variación de un riesgo ya existente; sino como el cambio de un riesgo por otro, uno nuevo, que ya no admite se excluya la tipicidad, sino que corresponde analizar en el estrato de la antijuricidad.

En estos casos la mayoría de los autores, se permitirá hablar de sustitución de riesgo, para diferenciarlo esencialmente de los casos de disminución del mismo.

Así, habrá quienes discurran acerca de su adecuación a una causal de justificación como el estado de necesidad justificante, y otros que simplemente lo resuelvan a través de la teoría del consentimiento presunto por tratarse de un riesgo más leve que el original[24].

Resulta útil para ilustrar el extremo que defienden aquellos que sostienen que es un caso donde pesa la teoría del consentimiento presunto, realizar el análisis de los casos del lanzamiento de la piedra, y el desarrollado por Traeger (y modificado luego por Wolff), siendo que en el primero de los casos, podría hablarse de una “identidad de riesgos”, en la cual la víctima está vedada de ejercer su derecho a impedir el desvío; mientras que en el segundo caso, al ser lo que se desvía el golpe de un hacha que tendrá consecuencias en otro orden de órganos y dolores, precisará en caso de ser posible, de la expresión del titular de los bienes posiblemente afectados.

Así Frister, también sostendrá que en tanto se pueda calificar de una forma taxativamente inequívoca que lo que ha sucedido es una mera modificación del resultado, cuyas consecuencias al titular del bien afectado resulten neutras o inclusive reducidas, no habrá posibilidades de imputar el acto al tercero interviniente. Pero en caso de mínima duda, o en donde resulta bastante claro como en el caso que nos compete, que se ha incluido un nuevo riesgo, entonces, la causación de un resultado cumple el tipo del delito en cuestión, pero puede estar justificada en razón de haber repelido con éxito, a la vez, el otro resultado, en tanto proceder del actuante se corresponda a la voluntad expresa o presunta del titular del bien jurídico[25].

Cabe señalar que este análisis dista del ofrecido por autores como Küpper y Kaufmann, en la medida que estos no distinguen en ningún caso la posibilidad de que se produzca una disminución del riesgo que solucione el caso en la imputación objetiva, sino que lo restringen siempre (o casi) a la constelación de la

antijuricidad[26], con argumentos diversos pero que también incluyen la posibilidad de que su previa resolución implique una desatención manifiesta de la voluntad del titular del bien jurídico[27]. Es decir, más allá de que se introduzca un nuevo riesgo (como en el caso serán las patadas de karate) o no, estos discurren la discusión siempre en otro sentido.

También Kindhäuser como se ha expuesto al resolver la primera variable, tiene sus reservas en relación a la teoría de disminución del riesgo, puesto que entiende provoca confusión de dos cuestiones que necesariamente deben ser resultados de modo independiente: la cuestión de la causación de un resultado y por otro lado la cuestión de su posible justificación en virtud de la evitación de otro resultado que amenaza producirse[28].

Y al clasificar los tipos de disminución de riesgo para él existentes, dirá que sólo es posible hablar de disminución del riesgo, en casos en que el accionar salvador evite cualquier tipo de consecuencia lesiva y por tanto elimina la relevancia causal, haciendo lo propio con la tipicidad.

En cambio en casos como este, donde el daño efectivamente producido por las patadas, resulta completamente imputable al autor, será imposible negar la tipicidad de su conducta, avanzando así hacia el peldaño de la antijuricidad. Haciendo imperar desde allí la regla del consentimiento presunto, en la que el salvador tiene que realizar la ponderación de bienes según lo que la víctima quisiera.

Dicha ponderación sólo será exceptuable en casos en los que las condiciones personales de la víctima lo hagan imperioso (caso del pianista), donde la discusión se llevará en la faz subjetiva. De la misma manera Maiwald y Koler[29], este último menciona además que es muy discutible la posibilidad de hablar de compensación en los casos de consecuencias colaterales y daños en lugares del cuerpo distintos[30].

Samson será de los principales exponentes y defensores de esta solución, requiriendo inclusive en los casos de ser posible, se consulte a la víctima su interés en asumir un riesgo nuevo y distinto al que originalmente debía producirse. En ningún caso, tampoco los autores que lo han precedido en sus teorías, admiten que en supuestos donde el peligro creado o aumentado por el autor sea considerado como un riesgo jurídicamente desaprobado, y que se produjere en el resultado, se discuta en la imputación objetiva, sino en la antijuricidad[31].

Debo entonces concluir que siguiendo la doctrina mayoritaria, y aún a los autores que más se aferran a la doctrina de la “disminución del riesgo”, esta última variable, no entra dentro de los cánones previsto para ella, debiendo decir que la evaluación de la pretensión de “B”, de evitar la muerte de “Z” a través de la aplicación de dos patadas de karate; implica indiscutiblemente la creación de un nuevo riesgo que si bien sustituye en inicial (más gravoso), no puede ser dejado de lado ya en la imputación objetiva, sino que necesariamente debe ser analizado ya en la antijuricidad. Sin duda esto abre una nueva puerta de discusiones acerca de cual resulta, de ser el caso, la causal de justificación más apropiada para su solución, pero entiendo que dicha discusión excede el objeto del presente trabajo, ameritando una discusión mucho más extensa de lo que este puede abarcar.

IV. Conclusiones [\[arriba\]](#)

A lo largo del análisis del caso se ha observado y analizado, si existía o no, en cada una de las variables, disminución del riesgo en la conducta de “B”.

Ahora bien, en la variante original del caso, tal como se adelantara en la solución dogmática, se pudo observar que “B” a pesar de todos los pronósticos, realizó una disminución del riesgo.

En la segunda variante, como se ha desarrollado previamente, podemos afirmar que la conducta de “C” implicó una disminución del riesgo y por ende, está en condiciones de ser excluida en la tipicidad objetiva, quedándola conducta impune.

Por último, es dable mencionar que en la tercera variante la conducta de “C”, también como ya se mencionara previamente, no realiza una disminución del riesgo; por el contrario, lo que existe es una sustitución del riesgo. Esta sustitución lo que genera es que la conducta quede justificada, o no, excediendo la materia de este trabajo.

Finalmente al igual que en el resto de las variantes, la conducta de “A” configura tentativa de homicidio de “B”.

Este breve análisis de las distintas posturas sobre la teoría de la disminución del riesgo ha sido un breve repaso de diferentes posturas de la mayor cantidad de autores que han trabajado el tema; según estimo a diferencia de todo lo trabajado al respecto, el presente, a diferencia del resto tuvo como objetivo poder abordar el tema desde un solo caso con sus respectivas variantes. En contrapartida con todo lo trabajado hasta aquí, en donde ningún autor ha tomado el mismo caso que otro para su análisis, pues algunos lo han hecho con el caso de Traeger y otros, con casos derivados de él o incluso casos propios.

Es por ello que entiendo que el presente puede ser un pequeño aporte a la discusión dogmática del tema, pues se ha tratado de unificar los diferentes criterios en un solo caso; se debe a esto que es un anhelo que pueda servir para futuras discusiones sobre el tema, y se tome como principio de un largo camino a recorrer en el análisis de la teoría de la disminución del riesgo.

V. Bibliografía [\[arriba\]](#)

Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2ª ed., 1999.

Frister, Helmut. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 4ta edición, 1ra reimpresión, 2016.

Jakobs, Günter. Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Ediciones Jurídicas S.A. Marcial Pons, 2ª edición corregida, 1997.

Puppe, Ingeborg. El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación, Bs. As.: Ed. B de F, Colección Estudios y debates en Derecho penal N° 9. Dirigida por Jesús Silva Sanchez, 2014.

Puppe, Ingeborg. La imputación del resultado en Derecho Penal, Perú: Ed. Ara Editores, 1ª ed., 2003.

Roxín, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Madrid: Civitas, Traducción de la 2ª edición alemana, 1997.

Roxín, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Madrid: Ed. Reus, 1976.

Sancinetti, Marcelo A. Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2009.

Stratenwerth, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 4ª edición, 2008.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Abogado con orientación en Derecho Penal UBA. Especialista en Derecho Penal UBA. Doctorando en Derecho Penal USAL. Docente e investigador de Derecho Penal, Cátedra Mario Villar, UBA.

[2] TRAEGER, Kausalbegriff, 1904, pág. 15. Citado en Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito; en Sancinetti, Marcelo A. Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2009. Pág. 563.

[3] Cfr. entre otros Frister, Helmut. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 4ta edición, 1ra reimpresión, 2016, pág. 191; Jeschek, en su Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (1978) Citado en Sancinetti, Marcelo A., ob. cit., pág. 467; y Stratenwerth, Günter. Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible. 4ª edición, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2008, pág. 28.

[4] Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2da edición alemana. Madrid: Ed. Civitas, 1997, pág. 365 y ss.

[5] Crf. KINDHAÜSER, Urs, “Incremento de riesgo y disminución de riesgo”, en Sancinetti, Marcelo A. Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva, Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2009. Pág. 587 y ss. En este sentido, el autor hace hincapié en que de otro modo, habría una incoherencia en los casos en el que autor nada hubiese hecho, puesto que su accionar mezquino sería premiado con una imputación mucho menor como es la de la simple omisión de auxilio derivada de la obligación de solidaridad.

[6] SAMSON, Erich, “Imputación del resultado y riesgo (interrogatorio crítico a la teoría de la imputación)” Citado en Sancinetti Causalidad Riesgo... Pág. 384. [7] “La dogmática jurídico penal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, y lo sustrae a la irracionalidad a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisible serán las decisiones de los tribunales...”. Gimbernat Ordeig, Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal, Salamanca, 1971, pág. 106.

[8] JAKOBS, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1ª ed., 1983, 7/89. Citado en Sancinetti... Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de...,

pág. 52.

Si bien, en la actualidad no trata puntualmente el principio de disminución del riesgo, sino en su inversión para el delito de omisión. No obstante, señala Sancinetti que en la 1ª edición, sin embargo, el punto estaba planteado de modo similar a como lo hace la opinión dominante, en el marco de la teoría la imputación objetiva, pero, como caso de falta de violación del fin de la norma.

[9] Ídem.

[10] Citado en Schroeder “La llamada disminución del riesgo”, en Sancinetti, Marcelo A., ob. cit., pág. 468.

[11] Ídem, págs. 470/1.

[12] Citado en Schroeder, ob. cit., pág. 473.

[13] Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito En Sancinetti... Ob. cit., pág. 570.

[14] Haciendo referencia al caso en que “C lleva a un empresario X en un velero por el Rin. En cierto momento se le avisa que dos tiradores, sin ningún acuerdo entre sí, se hallan apostados para matar a X. El gran tirador A, provisto de un arma de repetición y teniendo experiencia en la materia, ejecutará su acción desde la margen izquierda; desde la margen derecha lo hará B, cuya vetusta arma no da ninguna garantía, siendo él, además, de escasa competencia en el oficio. Las condiciones están dadas de tal forma que A generaría un riesgo de un 80% de posibilidades de éxito; B, de un 20%. Cada uno conoce sus propias cualidades, es decir, actúa sin error. El aviso a C llega cuando es inminente el ataque. No queda otra alternativa que minimizar los riesgos, lo que en el caso significa tender al punto de probabilidad más bajo de la conjunción de ambos riesgos, que él calcula en cierto alejamiento de A, a costa de aproximarse un tanto a B. Tras la maniobra, las chances de A descienden al 50%; las de B ascienden al 25%. En el momento crítico la víctima hace algunos movimientos sorpresivos. Los 5 disparos de A destruyen el asiento en el que hasta un segundo antes X reposaba al sol; el único tiro disponible para B da en el cráneo, ciertamente de modo desafortunado, pues casualmente X se había movido. C debería ser absuelto, en cualquier caso, por aplicación del principio de disminución del riesgo: ex ante, el riesgo total decreció. Aun así, la visión standard del hecho punible diría: la acción de A representa un minus frente a la de B, porque éste ha logrado la consumación, mientras que el hecho de A quedó atascado en tentativa. Sin embargo, la razón de la absolución de C reside justamente en que, al momento del hecho, según el juicio normativo fundado en la prognosis, no había nada mejor que acercar la víctima a B. Pero si este acercamiento era obligatorio, ello indica que la conducta de B es la menos grave. Si el resultado de muerte no puede revocar la falta de reprobación del riesgo de la acción de C, tampoco puede revocar el juicio de menor gravedad de la conducta de B. De otro modo, se pronunciaría enunciados contradictorios. Ídem, pág. 568.

[15] No por ello decimos que estemos interpretando las palabras del Profesor; sino que tomamos dichas palabras como guía, inclusive a riesgo de malinterpretarlas; pero entendemos que despertaron ideas que se encontraban latentes en nuestro pensamiento.

[16] Ídem nota 5.

[17] Ob. cit., págs. 365 y ss.

[18] Roxín, Claus, Problemas básicos del derecho penal, Ed. Reus, Madrid, 1976. págs. 131 y ss.

[19] Ob. cit., pág. 570.

[20] Friedrich-Cristian Schroeder, ob. cit., citada en Sancinetti, Marcelo A., pág. 467.

[21] Ídem nota 2.

[22] Citado en Schroeder, ob. cit., pág. 468.

[23] Como se verán en la siguiente variante.

[24] Ob. cit., pág. 232. Entre otros como Roxín, Ídem nota 1, Puppe, Wessels y Otto citado en ob. cit., Sancinetti Marcelo A., págs. 467/468.

[25] Cfr. Frister, Helmut. Ob. cit., pág. 187.

[26] Küpper al citar al maestro dijo: En verdad el principio de disminución del riesgo "... se trata de la constelación del estado de necesidad justificante", siendo que en verdad este no lo ha atacado en si mismo sino que ha sostenido que se trata simplemente de la interpretación del tipo. (KAUFMANN, F S Jescheck, 1985, pág. 255: "Se trata, por tanto, de la definición general que deriva de la interpretación de aquello que es un resultado típico", y nota 13, donde invoca a SAMSON, Hypothetische, 1972, págs. 96 y ss.; SAMSON, Strafrecht I, 7ª ed., 1988, caso 5a, págs. 24 y ss.; SAMSON, FS Lüderssen, 2002, págs. 587 y ss. En esa medida es correcta, en mi opinión, la crítica de ROXIN, GS Armin Kaufmann, pág. 237, esp. págs. 243 y ss. Una estrategia paralela a la de Armin Kaufmann desarrolla HIRSCH, «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», en Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, págs. 119 y ss., para quien "la solución deriva ya de los presupuestos mismos de la acción" (p. 137); aquí faltaría "objetivamente la realización de un resultado" (pág. 138). Citado en Sancinetti, Marcelo A., Ob. cit., pág. 562.

[27] BAUMANN/WEBER / MITSCH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11ª ed., 2003, § 14, nm. 67; cfr. también KÖHLER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1917, págs. 147 y s. Citado en Sancinetti, Marcelo A. Ob. citada, pág. 567.

[28] Ídem nota 4.

[29] Ob. cit., pág. 471.

[30] Ob. cit., pág. 470.

[31] Ob. cit., págs. 224 y 230.