

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

Comprobar, imputar, valorar:
reflexiones semánticas sobre la
fundamentación de sentencias
penales y la posibilidad de su
revisión jurídica

Ingeborg Puppe

Catedrática de Derecho Penal
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Abstract*

Una sentencia judicial se distingue de un acto de poder solamente por que el juez debe fundamentar su decisión. Los enunciados jurídicos pueden fundamentarse y las afirmaciones sobre hechos también, en la medida en que éstas se prueban. La jurisprudencia admite las así llamadas "preguntas-habría", cuando hace depender la punibilidad de una persona de la pregunta acerca de cómo otra persona se habría comportado de haberse encontrado en una situación en la cual nunca ha estado, por ej. cuando esta persona hubiere sido informada correctamente por otra. Estas "preguntas-habría" no son verificables. Existe una diferencia fundamental entre circunstancias con las cuales se fundamenta una afirmación sobre hechos –los así llamados indicios- y afirmaciones fácticas con las cuales se fundamenta la valoración de un hecho. Estas últimas son parte integrante del juicio de valor y, en esa medida, quedan sometidas en tanto que valoración judicial a la revisión jurídica en sede de casación o nulidad. En base al ejemplo del dolo eventual, el "aprobar" o "contar con" del autor con el resultado no puede considerarse un hecho interno, que se comprueba aplicando los criterios desarrollados por la jurisprudencia del BGH en una valoración conjunta. Más bien se trata aquí de un concepto valorativo y, en los criterios del dolo, de las circunstancias a valorar. El "aprobar" o "contar con" el resultado más bien se imputa al autor en base a una consideración y valoración conjunta de todas las circunstancias del caso concreto.

Ein Richterspruch unterscheidet sich von einem Machtspruch nur dadurch, dass der Richter seinen Spruch begründen muss. Rechtssätze kann man begründen und Tatsachenbehauptungen auch, wenn man sie beweist. Die Rechtsprechung lässt sich auf sog. "Hätte-Fragen" ein, wenn sie die Strafbarkeit einer Person von der Frage abhängig macht, wie sich eine andere Person verhalten hätte, wenn sie in einer Situation gestanden hätte, in der sie nie stand, etwa wenn eine Person von einer anderen pflichtgemäß informiert worden wäre. Solche "Hätte-Fragen" sind prinzipiell nicht beweisbar. Es besteht ein fundamentaler Unterschied zwischen Tatsachen, mit denen man eine Tatsachenbehauptung begründet –den sog. Indiztatsachen-, und Tatsachenbehauptungen, mit denen man ein Werturteil über einen Sachverhalt begründet. Diese letztgenannten sind integraler Bestandteil des Werturteils und insofern unterliegen sie als tatrichterliche Wertungen der revisionsrechtlichen Überprüfung. Am Beispiel des dolus eventualis kann das "Billigen" oder "Sich-Abfinden" des Täters mit dem Erfolg nicht als eine innere Tatsache eingestuft werden, die etwa in Betracht der von der Rechtsprechung des BGH aufgezählten Gesichtspunkte n im Wege einer Gesamtschau festgestellt wird. Vielmehr handelt es sich dabei um einen Wertungsbegriff und bei den aufgezählten Kriterien des Vorsatzes um die zu bewertenden Tatsachen. Das "Billigen" oder "Sich-Abfinden" mit dem Erfolg wird dem Täter aufgrund einer Gesamtschau und Gesamtbewertung aller Umstände des Einzelfalles zugeschrieben.

* Título original: *Feststellen, zuschreiben, werten: semantische Überlegungen zur Begründung von Strafurteilen und deren revisionsrechtlicher Überprüfbarkeit*. Texto de la ponencia presentada por la autora ante la Sociedad griega de Investigación en filosofía e historia del Derecho el 10 de marzo de 2012; publicado en la *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2012, pp. 409 y ss.; traducción a cargo de Dr. iur. Luis Emilio ROJAS A., profesor Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

A judicial decision distinguishes from an act of power only because the judge must justify its decision. Legal propositions can be justifiable as well as statements of facts insofar they are backed by evidence. Precedents admit the so-called “would have – questions”, when the punishment of a person depends on how another person would have behaved should she would have been in a situation in which she has never been before, i.e. when this person would have been correctly informed by other one. This “would have – questions” are not verifiable. There is a deep difference between circumstances according to which statements of facts are justified –the so-called circumstantial evidence– and the statements of facts with which one justify a valuation of a fact. The later are part of the value judgment and, to that extent, they are subjected as judicial evaluation to legal review via cassation or annulment. From the example of possible malicious intent, the “approval” or the “acceptance” of the result by the author cannot be considered an internal fact which is proved applying conjunctly the criteria developed by the BGH. Instead, it is an evaluative concept and the malicious intent criteria are circumstances that have to be evaluated. The “approval” or the “acceptance” of the result is rather charged to the author considering and evaluating conjunctly all the circumstances of the concrete case.

Titel: Feststellen, zuschreiben, werten: semantische Überlegungen zur Begründung von Strafurteilen und deren revisionsrechtlicher Überprüfbarkeit.

Title: To prove, to charge, to evaluate: semantic considerations on the foundations of criminal convictions and its possibility of a judicial review process

Palabras clave: revisión jurídica en sede de casación, afirmaciones fácticas “hipotéticas”, conceptos valorativos e imputativos.

Stichworte: Revisionsrechtliche Überprüfung, “hypothetische” Tatsachenbehauptungen, wertende und zuschreibende Begriffe.

Keywords: legal review and annulment, hypothetical factual statements, evaluative and to-charge concepts.

Sumario

- 1. Introducción.**
 - 2. Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos**
 - 3. Hechos y hechos “hipotéticos” en la fundamentación de la sentencia**
 - 4. La fundamentación de juicios de valor**
 - 5. Imputación como fundamentación**
- Bibliografía**

1. Introducción

El juez no es “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”. Hace mucho que hemos abandonado este ideal montesquieuano. Sabemos que el legislador, aun cuando lo quisiera, no puede regular todo de tal modo que al juez no le quede nada más que sacar de la ley la consecuencia lógica de la comprobación de un caso concreto, y generalmente el legislador tampoco lo pretende. Precisamente en un Estado de Derecho se le concede mucho poder al juez. Y a veces éste toma prestado un poco más de este poder. Pero, ¿qué distingue una sentencia judicial del ejercicio de poder? Sólo esto: el juez debe fundamentar su fallo¹, también cuando éste es impugnabile. Un tirano no hace esto, un general normalmente tampoco. Pero, el juez debe justificar su decisión ante el pueblo, en cuyo nombre le corresponde decir el Derecho. Por cierto, los científicos del Derecho también forman parte del pueblo, cosa que los jueces prefieren olvidar. Quien sin embargo fundamenta su opinión se somete a la crítica, tanto más cuanto más profunda y abierta es su fundamentación, pues con ella debe revelar también sus debilidades y obscuridades.

2. Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos

Quiero demostrar esto de la mano de un enunciado jurídico elaborado por el BGH. Este reza: no es punible participar en la autopuesta en peligro de otro². Mientras que la conformidad a Derecho de una puesta en peligro ajena consentida por la víctima no depende solamente de ese consentimiento, sino también de que a pesar del acuerdo no contravenga las buenas costumbres, el principio de conformidad a Derecho de la participación en la autopuesta en peligro rige sin limitaciones. Esto se deduce de la impunidad de la complicidad al suicidio mediante un *argumentum a maiore ad minus*, que originalmente proviene de ROXIN y que es expuesto del siguiente modo: “Si de ninguna manera la provocación dolosa de la lesión al bien jurídico es abarcada por el fin de protección de la norma del homicidio, con mayor razón no lo está la participación en la autopuesta en peligro, que en relación al resultado sólo fundamenta imprudencia”³. Así expuesto, el argumento es convincente, y ni los jueces ni los científicos del Derecho que siguen a aquellos estiman necesario agregar algo al respecto⁴.

¹ NEUMANN, «Wahrheit statt Autorität, Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht», en K.D. LERCH (eds.), *Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, 2005, pp. 369 y ss.

² BGHSt. 32, 262, 264; 49, 35, 39; BGH, *NStZ*, 2001, 205; 2009, 504; BGHSt. 53, 55, 60 s. = *NStZ*, 2009, 148, 149 con nota crítica de PUPPE, *GA*, 2009, p. 486.

³ ROXIN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, en *FS-Gallas*, 1973, pp. 241, 246.

⁴ DÖLLING, «Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers», *GA*, 1984, pp. 71, 77; RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS* 1969, pp. 549, 556 s.; «Vor § 1», en RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER, *SK-Rudolphi* nm. 79; SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in

Si miramos el argumento más exactamente: todo *argumentum a maiore ad minus* se basa en un elemento comparativo y en una regla comparativa de la forma que, cuanto menos satisfecho está el elemento comparativo, con mayor razón no se realiza la consecuencia jurídica correlativa⁵. En nuestro caso, la regla comparativa podría rezar: cuanto menos la conducta del partícipe ataca los bienes jurídicos de los otros participantes, con mayor razón debe permanecer impune. Su aplicación conforme al *argumentum a maiore ad minus* se basa en el aserto que la participación en la autopuesta en peligro ataca en menor medida en los bienes jurídicos ajenos que la participación en una autolesión. Pero, ¿es esto correcto? La participación en el suicidio no ataca los bienes jurídicos de otro, pues este mismo ha dispuesto sobre su bien jurídico, en este caso, su vida. Quiere dejarla ir. Este punto de vista se vuelve aún más claro, cuando se demuestra no precisamente con el ejemplo de la participación en el suicidio, en cuyo trasfondo al menos está la punibilidad del homicidio a ruego, sino que en base a la participación en la pérdida de un bien jurídico, sobre el cual el portador del bien jurídico puede disponer libremente. Aquí el interés protegido no se lesiona, sino que por el contrario se ejerce. En cambio, cuando sólo se busca poner en peligro el objeto del bien jurídico, normalmente se quiere conservarlo. El sujeto se comporta imprudentemente frente a su propio interés, el otro partícipe también⁶. Un análisis más preciso del *argumentum a maiore ad minus* muestra que su aplicación a ese caso no es tan evidente como sus partidarios creen⁷. Deja en evidencia la debilidad de este argumento, en tanto lo fracciona en sus pasos lógicos individuales.

Aquí se muestra la importancia de la lógica en el Derecho. Esta no radica en que las conclusiones lógicas que aplicamos en Derecho sean especialmente complicadas y ambiciosas y que nos conduzcan a nuevos e inesperados conocimientos, como ocurre por ejemplo en la matemática. Conclusiones lógicas en la aplicación del Derecho son por el contrario generalmente muy sim-

der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte», *JA*, 1975, pp. 715, 721; HORN, «Nota a BGHSt 32, 262», *JR*, 1984, p. 513; BERNSMANN/ZIESCHANG, «Zur strafrechtlichen Haftung des Verursachers einer Gefahrenlage für Schäden eines Retters - BGHSt 39, 322», *JuS*, 1995, pp. 775, 778; HELLMANN, «Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung», en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, pp. 271, 283; KRETSCHMER, «Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung», *NStZ*, 2012, pp. 177, 178.

⁵ PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2011, 2ª. ed., pp. 161 ss.

⁶ PUPPE, «Vor § 13», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *NK*, 2010, nm. 138.

⁷ Crítica de este argumento en FRISCH, «Selbstgefährdung im Strafrecht», *NStZ*, 1992, pp. 1, 5; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, p. 53; PUPPE, «Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt», en KARRAS, *FS-Androulakis*, 2003, pp. 555, 560 s. = *ZIS*, 2007, pp. 247, 249 s.; HERZBERG, «Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers?», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER et al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 497, 499 y s.; STRATENWERTH, «Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER et al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 1017, 1020; MURMANN, «Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER et al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 767, 769 ss.; RADTKE, «Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER et al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 831, 840 y s.; ARZT, «Einwilligungsdoktrin und Teilnahmelehre», en KRETSCHMER/SOWADA et al. (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 1, 14.

ples. Pero no es simple fraccionar la fundamentación de un nuevo enunciado jurídico en pasos individuales de tal modo que configure una cadena conclusiva lógicamente intachable⁸. Sólo cuando esto se realiza, todas las premisas de su argumentación quedan en evidencia. Esto es lo que puede rendir la lógica en la fundamentación de enunciados jurídicos. Obliga al aplicador del Derecho a explicitar todas sus premisas. Con ello se vuelve impugnabile para cualquiera que no comparta una de sus premisas. ¿No es esta finalmente la razón por la cual los juristas modernos sólo de mala gana argumentan en forma lógicamente correcta y prefieren apartarse de los pasos propios de la argumentación con giros retóricos?

3. Hechos y hechos "hipotéticos" en la fundamentación de la sentencia

Los enunciados jurídicos pueden fundamentarse, las afirmaciones fácticas sólo pueden ser probadas. Por ende, sólo deberían ser reconocidas ante el Tribunal como afirmaciones fácticas aquellas proposiciones que sean inherentemente demostrables. Este es el criterio de sentido empírico. Los positivistas lógicos declaran carente de sentido toda afirmación para la cual no es posible ofrecer un método básico de prueba. Entre tanto, el criterio de sentido empírico ha pasado de moda en filosofía⁹, quizás con razón, pues también se pretende reflexionar sobre afirmaciones que inherentemente no se pueden probar, por ejemplo, el aserto de que existe un Dios o que el hombre es libre o que éste posee un alma inmortal. Pero, ante un Tribunal este criterio de sentido empírico debería seguir rigiendo, sobre todo en el proceso penal donde rige el principio *in dubio pro reo*.

Qué ocurre cuando un Tribunal reconoce un enunciado como una afirmación fáctica que inherentemente no puede demostrar, quiero mostrarlo con un ejemplo, el problema de cómo puede fundamentarse la responsabilidad de un garante por un accidente, que ha omitido informar del peligro a otro garante que habría podido evitar el accidente. El médico de turno en un hospital negligentemente no reconoció la situación crítica de una paciente y por eso no le avisó al médico jefe. Debido a que este último luego se comportó a su vez imprudentemente, el BGH revocó la condena del médico de turno por homicidio imprudente fundamentado en que no se había probado que el médico jefe habría llegado si hubiere sido informado por el médico de turno¹⁰. ¿Cómo podría el Tribunal de instancia haber probado esto?

⁸ PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2011, p. 161 s.

⁹ A esto recurre KUHLEN precisamente en relación a nuestro problema y fundamenta así la no vigencia del criterio de sentido empírico también para afirmaciones sobre cómo se habría comportado un hombre en una situación ficticia; KUHLEN, «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*, 2004, pp. 227, 228, con nota 15.

¹⁰ BGHSt 37, 106, 127 s., al respecto PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, 2ª ed., pp. 2/9 y ss.; ROXIN, «Probleme psychisch vermittelter Kausalität», en HELLMANN/SCHRÖDER, *FS-Achenbach*, 2011, pp. 409, 423 ss.

En el famoso caso *Lederspray*, en el cual se reprochó a los administradores de una empresa no haber retirado un producto peligroso, el Tribunal rechazó la defensa que sostenía que debía probarse que precisamente aquellos distribuidores donde los perjudicados habían adquirido el producto, habrían cumplido el retiro y que no habrían vendido el stock disponible aún más rápido, con la declaración que esto había sido comprobado por el Tribunal de instancia y que el Tribunal de revisión estaba sujeto a ello¹¹. ¿Cómo podría el Tribunal del hecho haber establecido esto de modo procesalmente correcto? En otro fallo, el BGH advierte al Tribunal de instancia no poner demasiadas exigencias a la prueba de que los encargados de evitar el accidente lo habrían evitado si no hubiesen sido informados erróneamente¹².

Según el criterio de sentido empírico, la afirmación que una persona determinada hubiese evitado un accidente, si hubiese sido informada por otro conforme a deber, carece de sentido. En la medida en que no disponemos de leyes generales sobre cómo determinadas personas se hubiesen comportado en situaciones determinadas en las que nunca se han encontrado, no existe una respuesta razonable a esta pregunta. En especial, no puede contestarse preguntando a la persona respectiva cómo se habría comportado. Pues también esta persona sólo puede especular al respecto¹³. Si la punibilidad de una persona se hace depender de cómo otra persona se habría comportado de haberse encontrado en una situación en la cual en realidad no se encontró, entonces debe declararse siempre la inocencia del acusado. Esto sin embargo no es aplicación del principio *in dubio pro reo*. No es que sea dudoso cómo otra persona se habría comportado, sino que más bien es indudablemente correcto que esa pregunta no puede responderse porque simplemente esto no consta objetivamente¹⁴. No se trata de un problema probatorio, sino que la imputación del resultado a la conducta de la persona se hace depender de una condición que no se puede cumplir. Esto consta así. Sin embargo, nuestros Tribunales superiores no tienen reparos en hacer depender la imputación en los más distintos contextos de estas “preguntas-habría” y algunas veces responder esta pregunta en este sentido, otras en otro sen-

¹¹ BGHSt. 37, 106, 127 s., al respecto PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, pp. 2/9 y ss.; ROXIN, «Probleme psychisch vermittelter Kausalität», HELLMANN/SCHRÖDER, *FS-Achenbach*, 2011, pp. 409, 423 y ss.

¹² BGH JR 2010, 353, 354 s., con nota de PUPPE (accidente en pista de hielo Bad Reichenhaller).

¹³ PUPPE, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2010, Vor § 13 nm. 133; LA MISMA, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, pp. 2/35 y s., pp. 30/15 y s.; SOFOS, *Doppelkausalität von Tun und Unterlassen*, 1999, p. 241; OSNABRUGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 180 y s.; ALTENHAIN, «Anmerkungen zu BGH BGH Aktenzeichen 3 StR 442/99», *NStZ*, 2001, pp. 189, 191; otra opinión en BGH, *JR*, 2004, p. 251 con nota aprobatoria de KUHLEN, *JR*, 2004, pp. 227 y ss.; BOSCH, «Die Hypothese rechtmäßigen Verhaltens bei psychisch vermittelter Kausalität», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER et. al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 373, 379 s.

¹⁴ PUPPE, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*, 2006, pp. 764, 769; LA MISMA, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, pp. 2/28 y s., pp. 41, 11/26; LA MISMA, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2010, Vor § 13 nm. 133.

tido, o imponer la carga de su respuesta mediante su devolución al juez del caso o de contestarla según la presunción de inocencia en favor del acusado¹⁵.

En muchos fallos la jurisprudencia ha hecho depender la responsabilidad por el resultado de aquel que ha omitido hacer intervenir a la persona o autoridad competente para la evitación del resultado de la circunstancia que la persona interviniente habría cumplido su deber de evitación y ha exigido del Tribunal de instancia la prueba forense para ello¹⁶. Pero, esta responsabilidad puede y debe fundamentarse normativamente con el principio de que nadie puede excusarse con la infracción del deber ficticia, esto es, sólo posible o pensable, de otro. En la sentencia del *Politbüro*, el BGH estableció el principio de que nadie puede excusarse con la infracción del deber simultánea realmente cometida por otro co-causante¹⁷. En la sentencia del caso de la “pista de hielo” rechazó aplicar este principio a las infracciones del deber ficticias de un obligado a la evitación mal informado¹⁸. Pero aquí sí resulta aplicable el *argumentum a maiore ad minus*. Si el acusado no puede invocar la circunstancia de que no pudo impedir el resultado porque otros a su vez se comportaron efectivamente con infracción del deber, entonces con mayor razón no puede excusarse por la circunstancia de que otros posiblemente se habrían comportado con infracción del deber cuando él conforme a deber les hubiere dado la oportunidad de cumplir su deber de evitación¹⁹. “El Derecho debe presuponer el cumplimiento de sus reglas”, reza la sentencia en el caso *Politbüro*²⁰. Si esto rige a pesar de la infracción efectiva de una regla, entonces con mayor razón rige para la formación de comportamientos hipotéticos. De este modo se resuelve la pregunta en estos casos de cómo se habría comportado el rescatista no avisado si hubiere sido informado. Si en cambio se admite por una vez la “pregunta-habría”, entonces puede el acusado todavía invocar un error excluyente del dolo en tanto argumente haber creído que el rescatista no habría cumplido su deber si él, el acusado, le habría avisado, que en todo caso no contó aprobatoriamente con lo contrario.

Existen casos en que la “pregunta-habría” ha conducido a la jurisprudencia a especulaciones sobre comportamientos ficticios de otros intervinientes que sólo pueden calificarse de cínicos. De ello un ejemplo: un médico fue acusado de haber vendido un medicamento proveniente de Rusia a pacientes de cáncer tratados en Alemania a un precio excesivamente elevado, asegurando tratarse de un medicamento clínicamente probado en Rusia y que se había demostrado eficaz. También hizo intervenir a un actor que informaba contraviniendo la verdad que había sido curado de un cáncer de próstata únicamente por el medicamento. El BGH escuchó al

¹⁵ BGHSt 1, 332; 2, 24; 3, 69; 7, 114; 24, 34; OGH 1, 321, 367; 2, 285, 286; OLG Stuttgart, JZ, 1980, p. 618.

¹⁶ BGH, *NStZ*, 1986, p. 217; BGH, *NJW*, 2000, pp. 2754, 2757; BGHSt 52, 159 = *NStZ*, 2008, 391, BGH, *JR*, 2010, 353, 354.

¹⁷ BGHSt 48, 77 = *NJW*, 2003, 522.

¹⁸ BGH, *JR*, 2010, 353, 354 con nota de PUPPE.

¹⁹ PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, pp. 30/15; LA MISMA, *JR*, 2010, pp. 355, 357.

²⁰ BGHSt 48, 77, 95 = *NJW*, 2003, 522, 526.

acusado con su defensa en el sentido que la causalidad del error de los pacientes sobre la eficacia del medicamento sólo estaría probada cuando constare que ellos no lo habrían vendido sin la información falsa. Esto sin embargo no es verificable, pues los pacientes de cáncer tratados se ven “forzados a recurrir a toda luz de esperanza”²¹. En el fallo clásico BGHSt. 13, 13, en cambio, el BGH estableció que un error ya es causal para una disposición cuando ha jugado un rol en la decisión del disponente, por lo que es irrelevante si se hubiere decidido igualmente aun cuando no se habría encontrado en un error. Como sin embargo según la jurisprudencia reciente del BGH aquí sí es relevante la “pregunta-habría”, el acusado puede defenderse, incluso si el Tribunal por el motivo que fuere llegase a la conclusión de que el paciente no habría dispuesto sin el error, que había creído lo contrario, porque pacientes de cáncer tratados se ven forzados a recurrir a cualquiera luz de esperanza. La consecuencia práctica es que enfermos de cáncer tratados no son protegidos frente a charlatanes.

A consecuencias cénicas similares conduce la nueva causa de justificación del consentimiento hipotético descubierta por el BGH. Según ésta, la punibilidad de tratamientos decididos unilateralmente con insuficiente información presupone la comprobación de que el paciente en caso de información correcta no habría consentido en la intervención médica²². Esta comprobación debe efectuarse preguntando posteriormente al paciente. Pero también el paciente sólo puede especular respecto de esta pregunta²³. Quizás quería el BGH por esta vía darle al paciente (en tanto ha sobrevivido a la intervención) la posibilidad *praeter legem* de justificar la intervención mediante autorización posterior. Pero en tanto que la autorización posterior funge sólo como indicio del consentimiento hipotético, el médico puede alegar de modo prácticamente irrefutable, en la medida que el paciente declare que no habría consentido, que creyó en el consentimiento hipotético. Esto sería entonces un error de tipo permisivo excluyente del dolo²⁴. Cuando la jurisprudencia introduce la “pregunta-habría” en la justificación de la intervención unilateral de un médico, puede el médico imponer impunemente toda intervención y toda medida diagnóstica, aún una peligrosa para la vida y aún una no necesariamente indicada²⁵.

Esta “pregunta-habría” se la plantea el BGH porque trata la información insuficiente y el consentimiento insuficiente del paciente como factor causal de la provocación de la intervención médica como lesión corporal y comprueba esta causalidad supuestamente exigida según la

²¹ BGH, *NStZ*, 2010, 88, 89; básicamente de acuerdo WEBER, «Zu den Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtsmäßigkeitsalternativen», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER et. al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 1059, 1064.

²² BGH *NStZ*, 2012, 205, 206; BGH, *NStZ*, 2004, 442; *NStZ*, 1996, 34 con nota aprobatoria de ULSENHEIMER, *NStZ*, 1996, p. 132 y nota crítica (en relación al consentimiento hipotético) RIGIZAHN, *JR*, 1996, p. 72; BGH, *NStZ-RR*, 2007, 340 con nota crítica de STERNBERG-LIEBEN, *StV*, 2008, p. 190; *NStZ-RR*, 2004, 16; *NStZ-RR*, 1996, 16; BGH, *JR*, 2004, 251; 469; BGH, *NJW*, 1998, 2734; 1994, 2414, 2415; 1992, 2351, 2353; BGHR StGB § 223 Abs. 1, Heileingriff 2 con comentario de PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, pp. 11/18 ss.

²³ PUPPE, *JR*, 2004, p. 470; LA MISMA, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, pp. 11/19 y s.

²⁴ BGH, *NStZ*, 2012, 205, 206.

²⁵ Véase BGH, *NStZ*, 2012, 205 s.; al respecto PUPPE, *GA*, 2003, pp. 764, 769; LA MISMA, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, pp. 11/20.

fórmula de la *conditio-sine-qua-non*, en tanto suprime mentalmente la explicación deficiente, esto es, agrega mentalmente una explicación correcta²⁶. En verdad, el significado del consentimiento no radica en que cause la intervención médica, sino en que la justifica. Si se requiere del consentimiento para la justificación de una conducta, entonces éste no puede ser sustituido mediante un así llamado consentimiento hipotético, esto es, una circunstancia ficticia²⁷. De este modo, correctamente la “pregunta-habría” no se plantea en absoluto en estos casos.

4. La fundamentación de juicios de valor

Los juicios de valor se distinguen en su carácter semántico y en los métodos de su fundamentación esencialmente de las afirmaciones fácticas. En primer lugar, los juicios de valor son capaces de generalización. Juicios de valor judiciales deben ser generalizables. Por eso los métodos que han sido desarrollados para la fundamentación de enunciados jurídicos son también aplicables a los juicios de valor. Esto vale sobre todo para el *argumentum a fortiori* arriba tratado, pero también para la analogía y el *argumentum ad absurdum*. Presupuesto para ello ciertamente es que se pueda partir de un juicio de valor ya establecido, que pueda extraerse de la ley o de una sentencia de Tribunal superior previa. Sólo así pueden alcanzarse valoraciones judiciales libre de contradicciones, con cierta coherencia e igualdad.

Pero la fundamentación de un juicio de valor se distingue todavía en otro atributo importante de aquel de una afirmación fáctica y también del de cualquier otro enunciado jurídico general. Aquellos hechos con los cuales se fundamenta una afirmación fáctica, los así llamados hechos indiciarios, no tienen ningún contenido común con esa afirmación fáctica. El humo ascendente no es el fuego y la circunstancia que puedan verse huellas de pasos en la nieve es otro hecho que la circunstancia que X ha pasado por allí hace una hora. Las afirmaciones fácticas, en cambio, con las cuales se fundamenta un juicio de valor respecto de un hecho son parte integrante de ese juicio valorativo. El filósofo americano Hare ha realizado el siguiente experimento mental: imaginemos un hablante que tiene ante sí dos pinturas y afirma que una es buena y la

²⁶ Así por ejemplo en BGHR StGB § 223 Einwilligung 2, 3: „no obstante, la absolución debe permanecer, porque la cámara penal ha sostenido la opinión con fundamentación libre de errores, que esa infracción del deber no fue causal para la lesión corporal“.

²⁷ PUPPE, GA, 2003, pp. 764, 770; LA MISMA, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, pp. 11/27; OTTO, «Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung», *Jura*, 2004, pp. 679, 683; PAEFFGEN, «Gefahrdefinition, Gefahrverringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich», en ROGALL et al. (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 187, 208 nota 89; YAMANKA, «Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung», en AAVV, *FS-Maiwald*, 2010, pp. 865, 880 y ss.; véase también SCHLEHOFER, «„Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen?», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER et. al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 953, 969 y s.; WEBER, «Zu den Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtsmäßigkeitalternativen», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER et. al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 1059, 1064.

otra mala. Ante la pregunta por cuáles son los atributos fácticos que diferencian ambas pinturas, responde él, no se diferencian en nada más que una es buena y la otra mala²⁸. Solamente cuando me señala en virtud de qué atributos considera una pintura como buena y la otra como mala, puedo comprender lo que entiende bajo la valoración de bueno o malo en pinturas. Esto también rige para valoraciones morales y jurídicas. Para fundamentar estas valoraciones es preciso relevar aquellas circunstancias del hecho que deben considerarse en el sentido del predicado de valor. Son parte integrante de las declaraciones de valor. Cuando califico un video de zombis de cruel en el sentido del § 131 StGB*, mi contraparte de diálogo me comprende sólo en tanto le digo con qué atributos del video fundamentaría esa valoración. Cuando califico un homicidio de cruel, uso este concepto en un sentido totalmente diferente a cuando califico un video de cruel. Existe una así llamada contradicción valorativa, cuando hechos equivalentes son valorados opuestamente en distintas sentencias. Cuando el juez valora de modo diferente dos hechos que en muchos aspectos son iguales, debe señalar las circunstancias en las que se distinguen y fundamentar por qué éstas justifican una valoración diferente. De este modo, estas circunstancias pasan a formar parte integrante del significado del juicio de valor²⁹, tal como lo entiende el juzgador. También en este sentido muchas sentencias dejan que desear.

La valoración de un hecho es, como se ha dicho, un enunciado general. Esta debe valer para todos los hechos que son iguales en los criterios valorados. Ya que una afirmación de valoración no es un enunciado de la experiencia, puede extraer su validez solamente del Derecho. Es entonces un enunciado jurídico, y cuando es establecido por el juez, un enunciado de la creación jurisprudencial del Derecho. Valoraciones judiciales se someten en consecuencia a la verificación de revisión jurídica. Pero toda valoración contiene un elemento personal irreductible. Por eso, un enunciado valorativo nunca es correcto o falso. De ello surge un conflicto entre dos principios del Derecho de revisión: por un lado, el Tribunal de revisión debe analizar la sentencia de instancia solamente respecto de su carencia de errores de Derecho (cfr. § 337 StPO), y enunciados valorativos no pueden ser correctos o falsos en sentido estricto. Por otro lado, deben sin embargo analizarse todos los enunciados jurídicos generales que el Tribunal de instancia ha creado jurisprudencialmente, por ende, también enunciados valorativos en relación a su validez. En la práctica, este conflicto se resuelve con la imposición por parte del Tribunal de revisión de su propia valoración personal superior igualmente irreductible en lugar de la valoración del Tribunal de instancia. Esto es necesario cuando el Tribunal de revisión debe cumplir su tarea principal de aclaración y unificación de la jurisprudencia en preguntas de valoración. Pero nuestros Tribunales de revisión consideran frecuentemente una valoración como una especie de *black box*. Se coloca arriba el caso y abajo viene el resultado,

²⁸ HARE, *Die Sprache der Moral* (orig.: *The Language Of Moral*, 1952), trad. Morstein (1972), p. 110 s. (cap. II 5, 2).

* N. del T.: tipo penal de exposición de violencia contra la dignidad humana en escritos y otros medios, ubicado entre los delitos contra la paz pública.

²⁹ PUPPE, «Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum», GA, 1990, pp. 145, 174; LA MISMA, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2011, p. 29.

comenzando con las palabras: “la valoración indica...”. De esta manera, el Tribunal queda en deuda con la fundamentación de su sentencia, expresa entonces sólo ejercicio de poder en vez de jurisdicción. Pero como las circunstancias que fundamentan una valoración son parte ellas mismas del significado de la valoración, no resulta para nada claro qué debe significar ese ejercicio de poder, salvo las consecuencias jurídicas en el caso particular decidido. Puede ser válido solamente en la medida que decide el caso particular si o si³⁰. Una sentencia, cuya pretensión de validez sólo puede alcanzar al caso individual, no es competencia del Tribunal de revisión. El Tribunal de “Revisión” está por lo tanto obligado a formular su valoración como regla general y a describir aquellos elementos del hecho con los cuales pretende fundamentar su resultado de valoración en conceptos generales. El Tribunal de revisión solamente está facultado para anular una sentencia judicial por un error de valoración, cuando se puede reprochar al Tribunal del hecho no solamente una valoración falsa en el caso particular, sino la infracción de una regla³¹. El elemento personal irreductible de la valoración debe encontrar su expresión en que distintos aplicadores del Derecho reconocen distintas reglas de valoración. La discusión entre Tribunal de revisión y Tribunal de instancia por la “corrección” o la validez de valoraciones debe revelarse como una disputa por reglas generales de valoración, no sólo como discusión por la valoración de casos particulares.

5. Imputación como fundamentación

Existe una diferencia semántica fundamental entre afirmaciones fácticas y juicios de valor. Afirmaciones fácticas pueden ser verdaderas o falsas y se fundamentan en la medida en que se prueban. Juicios de valor pueden ser plausibles o no plausibles y se fundamentan en tanto se convence al participante en la comunicación de su corrección, es decir, se le lleva a reconocer una regla general de valoración subyacente a esa valoración. Y no obstante nuestro más alto Tribunal ha llegado a confundir ambas formas de afirmaciones en un concepto de tal modo que al final no se sabe, si el aserto, que se forma mediante aplicación de ese concepto, es una afirmación fáctica o un juicio de valor.

Un ejemplo de ello es la jurisprudencia sobre *dolus eventualis*. Casi toda sentencia de Tribunal superior sobre dolo eventual comienza por ejemplo con estas palabras:

«Según la jurisprudencia constante del BGH, el autor obra con dolo eventual, cuando sabe que la realización del resultado típico es posible y no tan lejana y lo aprueba o se conforma con la realización del tipo para alcanzar el fin buscado. Acciones violentas extremadamente peligrosas hacen suponer dolo eventual de homicidio. Atendido el elevado umbral de inhibición en los delitos de homicidio, la aprobación del resultado de muerte exige un análisis cuidadoso considerando todas las circunstancias

³⁰ FISCHER, «Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten», en MICHALKE/KOBERER/PAULY, *FS-Hamm*, 2008, pp. 63, 71.

³¹ NEUMANN, «„Tatfrage“ und „Rechtsfrage“ im strafprozessualen Revisionsrecht», en KARRAS et al. (eds.), *FS-Androulakis*, 2003, pp. 1091, 1101.

del caso concreto. En éste, la abierta peligrosidad para la vida de la forma de acción significa para la verificación del dolo eventual de homicidio una circunstancia muy relevante. Además, deben incluirse en la valoración conjunta de todas las circunstancias fácticas objetivas y subjetivas la constitución psíquica del autor en la comisión del hecho así como su motivación»³².

Y pobre el Tribunal de instancia que no escriba literalmente este texto en su sentencia. Este es el discurso que el autor debe contar aprobatoriamente con el resultado o conformarse con él. Pero claramente no se trata en el “contar aprobatoriamente con” de “aprobar” en sentido natural, esto es, en sentido moral, de ser así, sólo los autores por convicción podrían obrar dolosamente. ¿Y qué significa que el autor se conforme con un resultado que otro debe sufrir? Para explicar más precisamente este concepto se recurre a distintos puntos de vista como el peligro elevado para la vida, la constitución psíquica del autor, su motivación y luego se habla del alto umbral de inhibición que concurre, por cierto, antes del dolo de homicidio, no antes de la acción homicida. Sin embargo, esta enumeración no pretende ser completa, pues se exige además expresamente una valoración conjunta de todas las circunstancias del hecho objetivas y subjetivas. Esto puede leerse como una instrucción a la valoración de la prueba. Las circunstancias fácticas indiciarias relevantes en el caso concreto para la valoración de la prueba no pueden determinarse en abstracto y luego ser contadas, esto lo prohíbe el principio de la libre valoración de la prueba. Si se entiende el texto arriba citado en este sentido, entonces la referencia a la valoración conjunta de todas las circunstancias del caso concreto es legítima, pero también completamente redundante³³. El BGH pretende sin embargo expresar con estas palabras más que la advertencia al Tribunal de instancia de proceder cuidadosamente en la valoración de la prueba y considerar todas las particularidades del caso individual. También pretende explicitar más precisamente qué deben significar los conceptos poco claros “aprobar en sentido jurídico” y “conformarse con el resultado”. Así se entiende también en la literatura el concepto de dolo del BGH³⁴. Esto habla en el sentido que en el concepto del aprobar o del conformarse con el resultado se trata de un concepto valorativo y que en los criterios enumerados del dolo de circunstancias fácticas a valorar. Pero, ¿qué valoración de esas circunstancias debe significar

³² BGH, *NStZ*, 2003, 431, 431 s.; similar también BGHSt 36, 1, 36, 15; BGH, *NStZ*, 1983, 365; 407; 1984, 19; 585; 1986, 549; 1987, 284; 424; 1988, 175; 362; 1991, 126; 1992, 384; 587; 1993, 307; 384; 1994, 19; 585; 2003, 220, 221; 369; 431 s.; 2004, 329; 2006, 169 s.; 2007, 199 s.; 267s.; 307; 2008, 453, 454; *StV*, 1982, 509; 1984, 187 s.; 1987, 92; 1988, 93; 1991, 510; 1992, 10; 1993, 307; 641; 1994, 14; 655; 1997, 7; 2004, 74 s.; 75; 76.

³³ Así la jueza del BGH RISSING-VAN SAAN, «Der bedingte Tötungsvorsatz und die Hemmschwellentheorie», en KRETSCHMER/SOWADA et al. (eds.), *FS-Geppert*, 2011, pp. 497, 514 s. Últimamente explica el BGH al menos la así llamada teoría del umbral de inhibición en este sentido, se “limita a una remisión al § 261 StPO” (BGH, *NJW*, 2012, 1524, 1526). Esto implica en la práctica el abandono del topos del umbral de inhibición como criterio independiente de dolo.

³⁴ HASSEMER, «Kennzeichen des Vorsatzes», en HORN/SCHÖNE et al. (eds.), *GS-Armin Kaufmann*, 1999, pp. 289, 302: “Los indicadores no pueden separarse del concepto de dolo, pues recién éstos hacen aplicable el concepto, pertenecen a él” y VOLK, «Begriff und Beweis subjektiver Merkmale», *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft*, BGH-FG, 2006, t. IV, pp. 739 (746) sostiene la tesis que un argumento, cuando es considerado aisladamente, no caracteriza inequívocamente y por sí mismo como parte de una definición o como regla probatoria, no puede asignarse inequívocamente al Derecho material o al Derecho procesal.

la expresión “aprobar en sentido jurídico” o la expresión “conformarse con el resultado”? Si esas palabras han de tener un significado, describen por cierto un ánimo psíquico del autor, esto es, una así llamada circunstancia interna. También se habla de la “peligrosidad de la acción para la vida” para la “prueba” del dolo eventual, sería en consecuencia como los demás puntos de vista mencionados sólo un indicio de una circunstancia interna, precisamente un estado psíquico en el ánimo del autor. Y no obstante el “aprobar” o “conformarse” del autor con el resultado no se comprueba como una circunstancia psíquica en el marco de la libre valoración de la prueba del Tribunal de instancia, pues la comprobación de hechos no se somete a la verificación posterior del Tribunal de revisión. Se imputa al autor en base a una consideración y valoración conjunta de todas las circunstancias del caso concreto, sometida a la verificación posterior del Tribunal de revisión³⁵. Aquí las circunstancias individuales, esto es, los hechos que el BGH enumera, determinan el sentido del concepto de “aprobar” o “conformarse” tanto como las circunstancias valorativas co-determinan el sentido de un concepto valorativo. Al mismo tiempo, deben no obstante en tanto hechos indiciarios fundamentar la corrección de la imputación del aprobar como estado psíquico en tanto que hecho.

Tal concepto, cuyo sentido es determinado mediante un catálogo abierto de así llamados indicadores, se denomina hoy en día en la ciencia del Derecho un concepto-tipo y en parte se alaba como un progreso metódico de la aplicación del Derecho³⁶. En la medida en que uno se aparta de la pregunta teórica sobre lo que significa conceptualmente *dolus eventualis* y se concentra en la pregunta práctica de cómo el *dolus eventualis* se prueba o se fundamenta en el caso particular, uno se siente liberado de la disputa inconducente e infructífera entre la teoría de la representación y la teoría de la voluntad del *dolus eventualis*³⁷.

No puedo compartir esta euforia³⁸. El estudio de más de 100 sentencias de tribunales superiores sobre *dolus eventualis* me han enseñado lo contrario. Por un lado, es punto de vista determinante la dimensión y lo patente del peligro de resultado³⁹, de otro lado la constitución psíquica

³⁵ PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2011, pp. 34 y s.

³⁶ HASSEMER en HORN/SCHÖNE et al. (eds.), *GS-Armin Kaufmann*, 1999, pp. 289, 303 ss.; FRISCH, «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS-Diskussion», en MEYER/GEPPERT/DEHNICKE (eds.), *GS-Meyer*, 1990, pp. 533, 550 y ss.; VOLK, *BGH-FG*, 2000, t. IV, pp. 739, 744 y ss.; PHILIPPS, «An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen», en SCHÜNEMANN et al.(eds.), *FS-Roxin*, 2001, pp. 365 y ss.; SCHÜNEMANN, «Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff», en WEIGEND/HIRSCH et al. (eds.), *FS-Hirsch*, 1989, pp. 363, 374 y s.; véase también ROXIN, «Zur Normativierung des dolus eventualis und der Lehre von der Vorsatzgefahr», en ROGALL et al. (eds.), *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 243, 247.

³⁷ PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalität in der Risikogesellschaft*, 1993, p. 359; HASSEMER, en HORN/SCHÖNE et al. (eds.), *GS-Armin Kaufmann*, 1999, pp. 289, 297; FRISCH, en en MEYER/GEPPERT/DEHNICKE (eds.), *GS-Meyer*, 1990, pp. 535, 550 y ss.; VOLK, *BGH-FG*, 2000, pp. 739, 745 y ss.

³⁸ Ver al respecto PUPPE, «Begriffskonzeptionen des dolus eventualis», *GA*, 2006, pp. 65, 70 ss.

³⁹ BGH, *NStZ*, 2007, 150, 151 (dos golpes de martillo en la cabeza).

del autor altamente estimulado o “nerviosamente sobre exigido”⁴⁰, tercero su carácter descrito generalmente como pacífico y reticente a toda violencia y su actitud generalmente positiva para con la víctima⁴¹ o sus acentuadas muestras de arrepentimiento después del hecho⁴². Y en otros casos, cada uno de estos puntos de vista se dejan de lado como totalmente irrelevantes⁴³. Entre tanto los científicos del Derecho así como también fiscales y abogados e incluso jueces del BGH, se quejan por lo impredecible de la jurisprudencia sobre *dolus eventualis*⁴⁴.

La arbitrariedad e imprevisibilidad mostrada de las fundamentaciones de sentencias tiene su origen no en la aplicación descuidada del método de la imputación de un concepto-tipo, se encuentra más bien contenida en el método mismo, en la medida en que se acepta un catálogo abierto de indicadores y su peso relativo en relación con otro queda además entregado a la decisión del caso particular. El fundamento de esto radica en que el concepto-tipo no se determina en general y por lo tanto tampoco se diferencia entre los elementos del concepto, cuya concurrencia se afirma, y los argumentos con los cuales se fundamenta esta afirmación. A diferencia de los indicios, que deben fundamentar una afirmación fáctica, los así llamados indicadores de dolo son por una parte elementos del significado del concepto imputativo y por otra fundamentos para esa imputación. Así se genera una confusión entre la sentencia que debe fundamentarse y su fundamentación. Esto conduce inevitablemente a un círculo. Argumentos circulares no explican ni prueban tampoco fundamentan nada, pero tampoco puede uno rebatirlos.

⁴⁰ BGH, *StV*, 1987, 92 s. (23 golpes de martillo en la cabeza) con nota crítica de PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 1ª. ed., 1. tomo, 16/16 ss.; similar BGH, *NStZ*, 1991, p. 296 s.

⁴¹ BGH, *NStZ*, 1988, 175 (golpe de karate en la sien de un niño pequeño).

⁴² BGH, *NStZ*, 2006, 169, 170; 2007, 331 s. = *NStZ-RR*, 2007, 141, 142; similar BGH, *NStZ*, 2008, 453.

⁴³ Así, el elevado peligro de vida en el caso BGH, *StV*, 1987, 92 (23 golpes de martillo en la cabeza), en el caso BGH, *NStZ*, 1988, 175 (golpe de karate en la sien de un niño pequeño) y en caso BGH, *NStZ*, 2006, 169 (tres estocadas de cuchillo en el pecho y tronco), la actitud amistosa con la víctima y el alto peligro propio vinculado necesariamente a la realización del resultado en caso BGH, *NStZ*, 2000, 583; manifestaciones de arrepentimiento posteriores („esto no lo quise hacer”) en caso BGH, *NStZ*, 2006, 444, 446; la alta estimulación y sobre exigencia psíquica de la mujer maltratada BGH, *NStZ*, 2007, 150, 151.

⁴⁴ SCHNEIDER, en AAVV, *Münchener Kommentar*, 2012, § 212 nm. 46 y ss.; TRÜCK, «Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz», *NStZ*, 2005, pp. 233 y ss.; WOJTECH, *NJW-Spezial* 2012, p. 312; SARSTEDT/HAMM, en AAVV, *Die Revision in Strafsachen*, 1998, 6ªed., nm. 1193; véase también FISCHER, en MICHALKE/KOBERER/PAULY, *FS-Hamm*, 2008, pp. 63, 71

Bibliografia

Karsten ALTENHAIN (2001), «Anmerkungen zu BGH BGH Aktenzeichen 3 StR 442/99», *NStZ*.

Günther ARZT (2011), «Einwilligungsdoktrin und Teilnahmelehre», en Claudius GEISLER/Erik KRAATZ/Joachim KRETSCHMER/Hartmut SCHNEIDER/Christoph SOWADA (eds.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, De Gruyter, Berlin.

BERNSMANN/Frank ZIESCHANG (1995), «Zur strafrechtlichen Haftung des Verursachers einer Gefahrenlage für Schäden eines Retters - BGHSt 39, 322.», *JuS*.

Nikolaus BOSCH (2011), «Die Hypothese rechtmäßigen Verhaltens bei psychisch vermittelter Kausalität», en Hans Ulrich PAEFFGEN/Urs KINDHÄUSER et al. (eds.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, De Gruyter, Berlin.

Dieter DÖLLING (1984), «Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers», *GA*.

Thomas FISCHER (2008), «Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung - Fremde seltsame Welten», en Regina MICHALKE/Wolfgang KÖBERER/Jürgen PAULY, *Festschrift für Rainer Hamm*, De Gruyter, Berlin.

Wolfgang FRISCH (1990), «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS-Diskussion», en Karlheinz MEYER/Klaus B. GEPPERT/Diether DEHNICKE (eds.), en *GS für Karlheinz Meyer*, De Gruyter, Berlin

-EL MISMO (1992), «Selbstgefährdung im Strafrecht», *NStZ*.

Richard M. HARE (1952), *Die Sprache der Moral*, trad. Morstein (1972), Frankfurt/M: Suhrkamp.

Winfried HASSEMER (1989), «Kennzeichen des Vorsatzes», en Gerhard DORNSEIFER / Eckhard HORN et al. (eds.), *GS für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns.

Uwe HELLMANN (2001), «Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung», en Bernd SCHÜNEMANN et al. (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin.

Rolf Dietrich HERZBERG (2011), «Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers?», en Hans Ulrich PAEFFGEN/Urs KINDHÄUSER et al. (eds.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, De Gruyter, Berlin.

Eckhard HORN (1984), «Nota a BGHSt 32, 262», *JR*.

Joachim KRETSCHMER (2012), «Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung», *NStZ*.

Lothar KUHLEN (2004), «Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen», *JR*.

Uwe MURMANN (2011), «Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung», en Hans Ulrich PAEFFGEN/Urs KINDHÄUSER et al. (eds.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, De Gruyter, Berlin.

Ulfrid NEUMANN (2003), «„Tatfrage“ und „Rechtsfrage“ im strafprozessualen Revisionsrecht», en Argyrios KARRAS et al. (eds.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Ant. N. Sakkoulas Verlag Atenas.

-EL MISMO (2005), «Wahrheit statt Autorität, Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht in», en Kent D. LERCH (eds.), *Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, De Gruyter, Berlin.

Stephan A. OSNABRUGGE (2002), *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, Duncker und Humblot, Berlin.

Harro OTTO (2004), «Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung», *Jura*.

Hans Ulrich PAEFFGEN (2004), «Gefahrdefinition, Gefahrverringern und Einwilligung im medizinischen Bereich: Problembeschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virus-infektiösen Chirurgen», en Klaus ROGALL et al. (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied.

Lothar PHILIPPS (2001), «An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen», en Bernd SCHÜNEMANN et al. (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin.

Ingeborg PUPPE (1990), «Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum», *GA*.

-LA MISMA (2003), «Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt», en Argyrios KARRAS et al. (eds.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, Ant. N. Sakkoulas Verlag Atenas. (también en *ZIS*, 2007)

-LA MISMA (2006), «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative», *GA*.

-LA MISMA (2006), «Begriffskonzeptionen des dolus eventualis», *GA*.

-LA MISMA (2009), «Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20. 11.2008», *GA*.

-LA MISMA (2010), en Urs KINDHÄUSER/Ulfrid NEUMANN/Hans-Ullrich PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, t. I, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden.

-LA MISMA (2011), *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2^a. ed., UTB, Stuttgart.

-LA MISMA (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2a. ed., Nomos, Baden-Baden.

Cornelius PRITTWITZ (1993), *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalität in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M.

Henning RADTKE (2011), «Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges», en Hans Ulrich PAEFFGEN/Urs KINDHÄUSER et al. (eds.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, De Gruyter, Berlin.

Ruth RISSING-VAN SAAN (2011), «Der bedingte Tötungsvorsatz und die Hemmschwellentheorie», en Claudius GEISLER/Erik KRAATZ/Joachim KRETSCHMER/Hartmut SCHNEIDER/Christoph SOWADA (eds.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, De Gruyter, Berlin.

Claus ROXIN (1973), «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en LACKNER et al. (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin.

-EL MISMO (2004), Zur Normativierung des dolus eventualis und der Lehre von der Vorsatzgefahr, en Klaus ROGALL et al. (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied.

-EL MISMO (2011), «Probleme psychisch vermittelter Kausalität», en Uwe HELLMANN/Christian SCHRÖDER (eds.), *Festschrift für Hans Achenbach*, c.F. Müller.

Hans-Joachim RUDOLPHI (1969), «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS*.

-EL MISMO (2012), en Jürgen WOLTER et al. (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB)*, Carl Heymanns.

Werner SARSTEDT/Rainer HAMM (1998), *Die Revision in Strafsachen*, 6^a ed., De Gruyter, Berlin

Horst SCHLEHOFER (2011), «„Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen? », en Hans Ulrich PAEFFGEN/Urs KINDHÄUSER et al. (eds.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, De Gruyter, Berlin.

Hartmurt SCHNEIDER (2012), en AAVV, *Münchener Kommentar*, C.H. Beck, München.

Bernd SCHÜNEMANN (1975), «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*.

-EL MISMO (1989), «Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff», en Thomas WEIGEND/Hans Joachim HIRSCH/Georg KÜPPER (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, de Gruyter, Berlin.

Günter STRATENWERTH (2011), «Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten», en Hans Ulrich PAEFFGEN/Urs KINDHÄUSER et al. (eds.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, De Gruyter, Berlin.

Thomas TRÜCK (2005), «Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz», *NStZ*.

Klaus VOLK (2006), «Begriff und Beweis subjektiver Merkmale», *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft, BGH-FG*.

Ulrich WEBER (2011), «Zu den Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtsmäßigkeitalternativen», en Hans Ulrich PAEFFGEN/Urs KINDHÄUSER et al. (eds.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, De Gruyter, Berlin.

Michael WOJTECH (2012), *NJW-Spezial*.

Keiichi YAMANKA (2010), «Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung», en AAVV, *Festschrift für Manfred Maiwald*, De Gruyter, Berlin.

Rainer ZACZYK (1993), «Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten», C.F. Müller, Heidelberg.