

---

# COMPARACIÓN DE DERECHO PENAL LOS ERRORES DE TIPO Y LOS PROBLEMAS CORRESPONDIENTES EN ALEMANIA Y URUGUAY

*INGO BOTT \**

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DISTINCIÓN ENTRE ERROR DE TIPO Y ERROR DE DERECHO. III. EL PRINCIPIO DEL ERROR DE TIPO. IV. ERROR DE PERSONA. V. *ABERRATIO ICTUS*. VI. PROBLEMA PARTICULAR: *ABERRATIO ICTUS* Y *DOLUS EVENTUALIS*. VII. *DOLUS GENERALIS*. VIII. EL DELITO PUTATIVO. IX. *ABERRATIO DELICTI*. X. ERROR DEL AGENTE EN LA DESVIACIÓN EN EL CURSO CAUSAL (TAMBIÉN: PROBLEMA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA). XI. DE LA INDUCCIÓN EN ERROR. XII. RESUMEN.

## I. INTRODUCCIÓN

Un campo muy importante en el derecho penal siempre ha sido el error. Desde su origen, la doctrina penal se ha encontrado con el problema de personas que cometen un hecho ilícito sin saberlo, sin quererlo o sintiéndose justificadas. La realización de hechos tipificados en un código penal por un delincuente que desconoce los límites de la justificación, la culpa o sobre los factores reales fueron – y todavía son – una parte esencial de las ciencias del derecho penal. Ya desde el comienzo de este ensayo hay que ver claramente que esos casos – aunque algunas veces parezcan muy artificiales y fuera de la realidad del mundo – también tienen una gran relevancia práctica, como se podrá ver en los próximos capítulos, y por eso merece la pena investigarlos.

En toda ciencia el error precede a la verdad – pero es mejor que la preceda a que la siga.<sup>1</sup>

Será presentado aquí el sistema de la codificación alemana de los errores, al igual que el sistema uruguayo, con los correspondientes casos más importantes y clásicos. Luego estos dos sistemas serán comparados a los fines de descubrir ventajas o desventajas respectivas, y realizar un resumen que ofrezca nuevas posibilidades de desarrollo del derecho para las correspondientes doctrinas penales.<sup>2</sup>

## II. DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR DE TIPO Y EL ERROR DE DERECHO

Si el dolo típico requiere el conocimiento de que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga la ignorancia de alguno o de todos los elementos del tipo de injusto. Tal es la esencia del error de tipo, que será estudiado en seguida.

Entretanto hay que separar o distinguir ese error del error de prohibición. Mientras el primero se refiere al hecho, a una circunstancia que pertenece al tipo legal, el segundo es un error sobre la antijuricidad, es decir la prohibición jurídica del hecho. Por consiguiente, se podría inferir la fórmula de que el sujeto en un

\* El autor trabaja en el Instituto Max Planck para Derecho Penal Internacional de Friburgo, Alemania, y estuvo en la Universidad de Montevideo para investigar el tema en noviembre 2005. Muchas gracias a toda la gente de la Universidad por su apoyo y un agradecimiento especial para Pedro Montano que me ayudó con mucho tiempo e interés al igual que a Dardo Preza Restuccia y Pablo Galain Palermo que hicieron posible mi pasantía en el Uruguay y que me trataron con mucha amistad y hospitalidad.

<sup>1</sup> In all science error precedes the truth, but it is better it should go first than last, Horace Walpole (1717-97), Estadista británico.

<sup>2</sup> De acuerdo al fin que le corresponde de mejorar el punto de vista del propio derecho penal, fin clásico del derecho penal comparado; ver: Pradel, *Droit pénal comparé*, 2002, pág. 11 y para enriquecer las jurisprudencias nacionales, Cfr.: Vieira, *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*, 1969, pág. 198.

caso de error de tipo, “no sabe lo que hace”; mientras que en el caso del error de prohibición, “sabe lo que hace típicamente pero cree erróneamente que está permitido”.<sup>3</sup>

Aunque esa distinción últimamente se ve en una crisis causada por el ingreso de términos normativos en las leyes penales de modo que casi todo error puede ser considerado, en última instancia, como error de derecho, vamos a concentrarnos particularmente en el campo amplio del error de tipo, es decir en las situaciones en que el sujeto no sabe qué hace por creer que algún requisito exigido por la norma no está presente en la realidad actual. Esta precisión hace falta porque siempre la voluntad del agente debe ser el centro del punto de vista penal, lo que él quiere y lo que consigue son el marco de su punibilidad. Por eso hay que distinguir cuidadosamente las situaciones en que no coinciden voluntad y resultado, que son las situaciones del error de hecho.

El error de hecho – o, como se denomina en otros países con el mismo contenido<sup>4</sup>: de tipo - excluye el dolo y con eso la tipicidad. No podrá ser posible castigar la acción, pero no exime de culpabilidad. Lo que hizo el agente sí significa un agravio; pero como no era ni lo querido ni lo previsto, no hay una base legítima de castigo porque en el estado de derecho solamente hay que castigar lo realmente ocurrido y no la “mala intención”.<sup>5</sup>

### III. EL PRINCIPIO DEL ERROR DE TIPO

El primer error tipificado en el código penal alemán, directamente a continuación del artículo que trata del dolo (§ 15 StGB) es el del error sobre los hechos, § 16 StGB<sup>6</sup>. El derecho penal uruguayo también codifica bajo el nombre de “error de hecho” exactamente el principio del error de tipo regulado en § 16 StGB.<sup>7</sup> Como en Alemania, el dolo del autor queda excluido cuando el agente actúa en una situación de error de hecho, mientras que la culpa queda subsistente. El error debe quedar sin imprudencia, porque si no será posible castigar la simple culpa en el caso de que esta tenga una codificación expresa.<sup>8</sup> El error de hecho uruguayo es entonces en verdad un error de tipo porque recae sobre las circunstancias constitutivas del delito, es decir sobre los supuestos de hecho del tipo objetivo.<sup>9</sup>

Esto significa que es posible equivocarse sobre las distintas partes del hecho de la norma de manera que el sujeto no “sabe lo que hace”. Cada hecho contiene una parte descriptiva y una parte normativa. Junto con la causalidad de la acción u omisión, ellas forman la realización del hecho de la norma.

Hay que considerar esos elementos como el revés del hecho objetivo. Cuando el delincuente no quiere uno de los componentes actúa sin dolo. Podrá ser castigado por simple culpa si el hecho está expresamente tipificado (§ 16 StGB)<sup>10</sup>.

#### A) Concepto

Primero, el punto de partida de toda teoría del error debe ser la distinción objetiva de los diversos casos posibles. De todas maneras el error que excluye el tipo doloso debe ser esencial, inevitable y decisivo.<sup>11</sup>

Para que la realización de un hecho penal sea típica no basta solamente que el sujeto realice todos los elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la conducta descrita en la ley, sino que, además,

<sup>3</sup> TF (Tribunal Federal de Alemania, en adelante TF (BGH)) 2 (libro), pág. 197; Wessels, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires 1980, pág. 129. En muchos casos existen nuevas ediciones alemanas de los libros de doctrina penal. Sin embargo, se utilizan en las notas al pie sobre todo las ediciones en español para que sea posible para el estudiante reflexionar sobre lo escrito en su propia lengua. Solamente en casos en los que no exista una traducción adecuada, o en que la doctrina haya sido modificada, se han aconsejado las ediciones no obtenibles en castellano.

<sup>4</sup> Comparar: Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 270; Cairoli, Curso de Derecho Penal Uruguayo, Tomo 1, Parte General, 1985, pág. 294; de otra opinión: Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, 1998, pág. 417.

<sup>5</sup> Expresión que encuentra su base en la idea alemana del “Gesinnungsunrecht”, comparar: Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 3 B, núm. 33 con ejemplos.

<sup>6</sup> § 16 StGB (Strafgesetzbuch; código penal alemán; en adelante: StGB)

I. Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta.

II. Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna.

<sup>7</sup> Comparar art. 22 C.P.

<sup>8</sup> Cairoli, Curso de Derecho Penal Uruguayo, Tomo 1, Parte General, 1985, pág. 294; también: Soler, Derecho Penal Argentino, 1992, pág. 349.

<sup>9</sup> Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 270.

<sup>10</sup> Para la traducción del Strafgesetzbuch utilizada ver: <http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/stgb.pdf>.

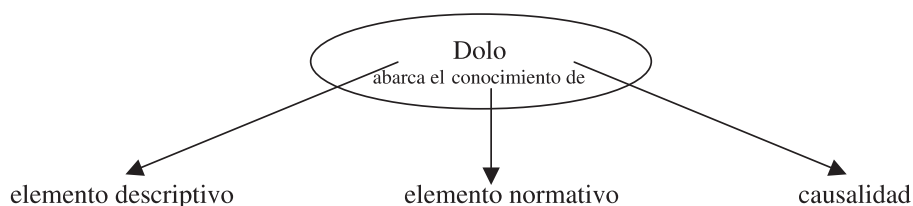
<sup>11</sup> Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 271.

debe operar el tipo subjetivo. Eso significa que el sujeto conozca todos los elementos del tipo y que quiera realizarlo.

El dolo debe concretarse sobre todas las circunstancias constitutivas del delito, así concretado sobre la persona o el objeto que forma el núcleo de la acción contraria a la ley.<sup>12</sup> Si falta esa concreción el autor se equivoca sobre la situación, de modo que realiza algo distinto de lo que pretende, es decir no actúa en forma dolosa. Eso abre el amplio abanico de los distintos errores que serán estudiados a continuación.

En referencia a la estructura de los tipos penales, hay que distinguir entre los distintos componentes esenciales que forman parte de cada hecho, independientemente del correspondiente sistema de derecho penal. Esos elementos son<sup>13</sup>:

- a) los elementos descriptivos
- b) los elementos normativos
- c) la relación entre causa y efecto (causalidad)



Todos esos componentes esenciales tienen que estar cubiertos por el dolo del delincuente para que pueda ser castigado según la realización del hecho respectivo. Diciendo esto también queda claro que según la idea del dolo, de la parte subjetiva de la realización de hechos penales, los demás elementos del crimen como la ilicitud o la culpabilidad no tienen que depender de la voluntad del sujeto. Es decir: en la realización del hecho penal solamente interesa la congruencia del elemento objetivo (texto de la norma) y del elemento subjetivo (la voluntad/ el dolo del delincuente).

El error de tipo entonces está directamente vinculado a la cuestión del dolo porque – resumiendo lo antes dicho – no es otra cosa que la negación de la representación requerida para el dolo.<sup>14</sup> Entonces el error de tipo puede existir tanto en una representación falsa como en una falta de representación. Se trata en términos generales de la discrepancia entre conciencia y realidad.

El momento decisivo para el dolo, igualmente que para la imprudencia (§ 16 I 2 StGB) es el de la realización del hecho.<sup>15</sup>

Ejemplo: El cazador apuntando un objeto que confunde con un animal porque olvidó sus anteojos, y que en realidad, es un compañero suyo, solamente podría ser castigado por imprudencia, si esa estuviera tipificada (aquí en § 16 I 2, § 222 StGB; o en el C.P. art. 22; art. 314).

Así es posible sacar una primera conclusión: el error de tipo supone que el individuo ignora que la conducta que realiza está tipificada o que desconoce erróneamente alguno de los elementos objetivos del tipo penal, de forma que puede decirse que el sujeto cuando actúa no sabe lo que hace. El efecto de ese error es entonces la exclusión del dolo, y por tanto de la tipicidad.

## B) Elementos

Los elementos descriptivos de un tipo penal son las circunstancias reales-objetivas cuya prueba es fácilmente accesible, como p.e. el elemento “cosa” del hurto (§ 242 StGB), correspondiente a la “cosa ajena mueble” en el CP (art. 340).

En referencia a los elementos normativos, se habla de los conceptos jurídicos contenidos en el tipo, como p.e. propiedad, matrimonio o dignidad humana. Si el autor no comprendió el significado de tales elementos

<sup>12</sup> Ver: Langón Cuñarro, Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay, 2003, art. 22 CP, pág. 99.

<sup>13</sup> Por todos: Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 271.

<sup>14</sup> Ver: Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 1973, pág. 275.

<sup>15</sup> Schönke - Schröder - Cramer, 2004, § 16, n.12; comparar § 8 StGB: Momento del hecho: Un hecho se comete en el momento en el cual el autor o el partícipe han actuado, o en los casos de omisión, cuando debería haber actuado. La producción del resultado no es determinante.

normativos, al menos en el marco de la valoración paralela en la esfera del profano, falta el dolo.<sup>16</sup> No basta solamente que el autor haya conocido la base fáctica del concepto jurídico.<sup>17</sup>

Ejemplo <sup>18</sup>: Quien desinfla los neumáticos de un coche ajeno no puede alegar haber creído que dañar significa la lesión de la sustancia de una cosa, pues basta que el vehículo ya no sea utilizable, sin más, conforme a su destino, y esto sí que lo sabía en todo caso el autor.

Concerniente a la cuestión de la relación entre causa y efecto, es decir la causalidad, también tendrá que estar rodeada del dolo del autor, porque solamente podría ser castigado por acciones que quiso realizar. Este error también será tratado a continuación.

## C) Tratamiento

El principio de tratamiento del error de tipo es muy fácil y consecuencia lógica de lo anteriormente dicho: puesto que el dolo requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo si falta este conocimiento a causa de un error por parte del autor del hecho penal, dicho error excluye el dolo. Esta lógica también se aplica para los tipos derivados (p.e. art. 311 C.P.). Si el autor solamente concretó su voluntad en uno de los elementos del tipo le falta el dolo "completo", por lo que solamente podrá ser castigado por la realización del tipo básico (p.e. art. 310 C.P.).

Ejemplo <sup>19</sup>: El autor ha de saber que uno de los participantes en la rapiña lleva un arma de fuego. Si no es así solamente será castigado según el tipo básico de rapiña (§ 249 StGB) y no según el tipo derivado (§ 250 StGB).

Para que el error elimine la tipicidad de la conducta debe ser tanto inevitable como invencible, pues de otro modo quedaría subsistente la culpa, en la medida en que tal estructura típica resultare prevista por la ley <sup>20</sup>. Bajo el término error invencible se entiende aquel error que se produce no obstante haber actuado el sujeto con la diligencia debida, esto es sin dolo ni culpa de su parte (véase art. 22 C.P., §16 I 2 StGB).<sup>21</sup>

## D) Caso particular. El error sobre los elementos del tipo privilegiado

Si el autor se equivoca al estimar que concurren los elementos de un tipo y supone que realiza un hecho menos grave solamente será castigado según la norma privilegiada. Ese escenario será presentado mediante un típico fenómeno alemán, el homicidio a petición, § 216 StGB.<sup>22</sup> Sin embargo la idea general del error vale definitivamente la pena conocerla.

Ejemplo: Si la novia del autor sufre de depresión y habla de suicidarse, el autor se siente motivado a matarla por compasión; aunque en realidad solamente fue una enfermedad mental temporal, él no será castigado por homicidio (§ 212 StGB, pena no inferior de cinco años), sino por la norma privilegiada (§ 216 StGB, pena de seis meses a cinco años).<sup>23</sup>

En cambio cuando el autor no entiende que se da un elemento del tipo privilegiado tampoco debe beneficiarse por el error y será castigado por lo que quiso lograr originalmente: esto supone la infracción de la norma completa o básica. Otro punto de vista carece de sustancia porque una pena solamente basada en lo objetivo no respeta la dualidad del derecho penal que es separado en dos, una parte objetiva y una parte subjetiva. Por la misma causa tampoco será posible un concurso ideal por tentativa de homicidio con el tipo privilegiado consumado, porque el privilegio no forma parte del tipo por lo que no *debe* ser cubierto por el dolo del infractor. Al revés, solamente le beneficia cuando sabe que existe la situación y actúa con la voluntad correspondiente. Como falta una parte de esa combinación, el agente debe ser castigado por lo que en reali-

<sup>16</sup> Muñoz Conde/ García Arán, Derecho Penal Parte General, 1998, pág. 306.

<sup>17</sup> Comparar: Haft, Juristische Ausbildung, año 1981, pág. 281.

<sup>18</sup> Según TF 13, 207.

<sup>19</sup> Según TF 3, 229.

<sup>20</sup> Comparar: art. 19 C.P.

<sup>21</sup> Resumen del error de tipo con vinculación a otras alternativas: Langón Cuñarro, Código Penal, 2003, art. 22 C.P., pág. 99/100.

<sup>22</sup> Para el problema en Uruguay: Montano, Pedro, "Eutanasia y Omisión de Asistencia", FCU 1994.

<sup>23</sup> 216 StGB: Homicidio a petición

I. Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponerse pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años.

II. La tentativa es punible.

dad hay: un homicidio, y lo que era su dolo: cometer un homicidio. El privilegio entonces, en ese escenario, queda excluído.

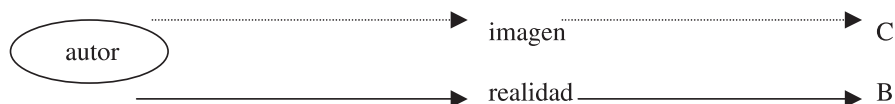
Ejemplo: como el anterior, pero ahora la novia quiere morir. El autor no lo sabe y la mata porque acaba de encontrar otra chica.

## IV. ERROR EN PERSONA

### A) General

Si el autor no realiza lo que quiso no será justo castigarle solamente por lo entonces realizado porque no se evaluaría lo ocurrido verdaderamente. Por eso hay que distinguir entre los diferentes errores posibles. Como cada hecho en particular debe tener un dolo correspondiente, primero hay que investigar la situación como se presenta para preguntarse después si eso corresponde a la voluntad del autor. El castigo adecuado corresponderá al grado de determinación que debe ofrecer el contenido de la representación en el dolo.

El primer fenómeno en el amplio campo de errores particulares que estudiamos será el error en la persona. En este caso el autor se equivoca sobre las características y – sobre todo – sobre la identidad del objeto de la acción.



### B) Alemania

En el derecho penal alemán existe solamente la codificación del error de tipo como legislación base para todo los demás errores que de él surgen<sup>24</sup>. Como acabamos de señalar, hay que considerar el error en persona como un tipo especial del error de hecho que en Alemania también es titulado como “error in persona vel objecto” demostrando así que tiene vigencia igualmente con respecto a las cosas.

Ejemplo: A quiere destruir el coche de B y decide hacerlo por la noche. En la oscuridad se equivoca en referencia al vehículo y destruye el coche de C.

Con este vacío normativo, el campo del error queda abierto para la doctrina y el desarrollo de la jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Federal y encuentra sus raíces en un caso central casi con fuerza de precedente como en la jurisdicción estadounidense con su principio del “stare decisis”.

Ejemplo (Rose- Rosahl)<sup>25</sup>: El comerciante de madera Rosahl (R) de la ciudad Schiepzig propuso a su empleado Rose (R2) pagarle bien para que matase al carpintero de obras Schliebe (S) de Lieskau. Entonces Rose tendió una emboscada entre las dos ciudades para acechar a Schliebe a quien conocía muy bien. Durante el ocaso vio a un hombre acercándose y lo mató pensando que era la víctima adecuada, mientras que en realidad era un joven de 17 años llamado Harnisch (H).

El primer problema en este caso, un verdadero clásico en la historia de la jurisprudencia penal alemana, era cómo tratar el error de persona del autor (R2: asesinato<sup>26</sup> a H o tentativa de matar a S y homicidio involuntario de H). A causa del error del agente sobre la identidad de la víctima podríamos estar en una situación de error de tipo, excluyendo el dolo. Entonces resulta la pregunta de si la identidad de la persona es parte de los elementos (descriptivos o normativos) del tipo.

El autor había actuado equivocándose sobre la identidad del objeto por lo que el Tribunal del Reich tuvo que decidir cómo tratar esta situación. En consecuencia desarrolló un principio que hasta hoy en día está vigente en el derecho alemán: el punto decisivo es si la valoración jurídicopenal cambiaría en el caso de ser acertada la representación del autor. *Cuando el verdadero objeto de hecho tiene igual valor que el represen-*

<sup>24</sup> Ver: 16 StGB

<sup>25</sup> Tribunal del Reich (TdR) (tomo)18, (pág.) 337; TdR 19, 179; TF 11, 268; OLG Neustadt Neue Juristische Wochenschrift, 1964, pág. 311.

<sup>26</sup> El tipo de asesinato es comparable pero no igual con los arts. 311 y 312 C.P.

tado, o el autor se equivoca en la equiparación, el error carece de relevancia.<sup>27</sup> En esos casos se trata solamente de un error de motivación.<sup>28</sup>

La solución puede también ser encontrada en el tipo mismo, que exige que el agente mate a “otra persona” (§ 212 StGB) o “alguna persona” (art. 310 C.P.) estableciendo que para el éxito de la acción, la muerte de una *determinada* víctima no es necesaria.

Si los objetos del hecho que han sido confundidos no se encuentran en igual plano, estamos en una situación en que el error de persona es irrelevante, porque tenemos un error *in objecto* que alcanza idéntico significado que el error de tipo.

Ejemplo: igual que el caso anterior, pero Rose no mata a otra persona sino a un caballo de Schliebe.

Entonces habría que tomar en cuenta que el autor realizó menos de lo que originariamente quiso, de modo que su pena corresponderá a la tentativa de un asesinato – según la etapa de desarrollo de la situación, y de un imprudente daño material que no es punible en el StGB. Así, en ese escenario, el autor podría solamente tener la obligación de pagar por el daño realizado en vía de derecho civil si todavía no alcanzó el estado de la tentativa.

Otro ejemplo clásico también clarifica esta idea:

Ejemplo (Graf zu Dohna)<sup>29</sup>: un campesino abofetea en una tienda a una muñeca-maniquí que cree que le mira fijamente y está se rompe.

Con lo dicho anteriormente la solución resulta bastante fácil: tentativa impune de lesiones y daños imprudentes impunes.

## C) Uruguay

El C.P. codifica de otra manera el error de persona en el art. 23. Ya en el título correspondiente se puede ver una primera diferencia con la doctrina alemana que trata el problema como un error de persona o de objeto. Mientras que el art. 23 C.P. solamente contiene la alternativa de que el objeto de la infracción sea un ser humano. Si bien también la doctrina uruguaya suele tratar el error de persona como un error de hecho, una distinción entre la calidad del objeto de la acción no es exigida. También la voluntad del legislador está orientada en esa dirección porque dice: “el sujeto confunde la persona, pretende, por ejemplo, matar a un extraño y mata al padre, o viceversa”.<sup>30</sup>

El art. 23 C.P. entonces solamente abarca un error sobre la identidad del objeto personal de conducta. El infractor alcanza el fin de su ataque contra un individuo pero equivoca la identidad de su víctima. Hasta aquí el error de persona – con la excepción de no castigar el error en objetos, es decir, cosas – tiene el mismo contenido que la figura del error in persona vel objeto utilizada en Alemania.

Es necesario señalar que se encuentra una gran diferencia en la consecuencia legal del error. Mientras que en el derecho alemán la pregunta clave radica sobre la “identidad de valor” del objeto, es decir sobre la identidad de carácter objetivo (ser humano o cosa) para definir qué consecuencia surge con el error, el C.P. ya lleva la respuesta a todas las dudas posibles consigo: cada error, sea como sea, será castigado como tentativa del delito originalmente querido, es decir según el bien jurídico que intentaba violar. Con eso el énfasis legal no se concentra en el delito realmente cometido sino en el que el sujeto se proponía cometer.

El fin perseguido por el legislador fue específicamente la regulación de escenarios parecidos al parricidio, es decir de tipos agravados del homicidio.<sup>31</sup>

Ejemplo: Hijo H odia a su padre P que siempre suele pegarle después de haber bebido alcohol. Un día le espera con un rifle en una esquina tranquila de la ciudad en que está el bar usual del padre. Cuando sale una persona borracha titubeante por la calle, H piensa que es su víctima y le dispara. Sin embargo fue el transeúnte T que también había tomado un vaso de más.

El derecho uruguayo entonces castiga solamente con la tentativa que trae graves consecuencias consigo. De esta forma se ignora el hecho de que el sujeto acaba de realizar exactamente lo que quiso. Como dijimos antes, el dolo del infractor debe concretarse en los distintos elementos del tipo, es decir tanto en las circunstancias descriptivas como en las normativas y en la causalidad. El sujeto en esta situación, sin embargo,

<sup>27</sup> Jescheck, Tratado de Derecho Penal, 1993, pág. 281 con más citas.

<sup>28</sup> Herberg, Juristische Ausbildung, 1981, pág. 472; Puppe, Goldtammers's Archiv für Strafrecht, 1981, pág. 4; Schreiber, Juristische Schulung, 1985, pág. 873.

<sup>29</sup> Con solución y otros ejemplos: Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 1993, pág. 280.

<sup>30</sup> Comparar: Langón- Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 273.

<sup>31</sup> Comparar: art. 311 n.1 C.P.



alcanza lo querido: ataca exactamente a la persona que quiso atacar en el momento de la acción, que ya hemos definido como momento decisivo. Tal objeto del ataque (la persona en la calle) como la acción (tirar con rifle) como la causalidad (la persona muere a causa del disparo) tienen su equivalente en el dolo, en la voluntad del delincuente.

La única cosa sobre la que se equivoca es sobre la identidad de la víctima de su agresión. El escenario a que se refiere el legislador es el del parricidio, que no existe en esa forma en la ley penal de Alemania.<sup>32</sup>

Dejando de lado esa situación hay que preguntarse qué es lo que el delincuente quiere en el momento en que comete el crimen.<sup>33</sup> La doctrina de Uruguay no toma en cuenta que el sujeto realice (justo en el momento de pulsar el gatillo) lo que quiere realizar. La persona a la que ataca es a la que quiere atacar. El error sobre la identidad en ese caso solamente significa *una distinta motivación para el crimen*. Dejando fuera las dificultades de probar el dolo de cometer el tipo agravado hay que estimar que generalmente el error es irrelevante, porque para un homicidio es suficiente que se mate voluntariamente a “alguna persona”, art. 310 C.P., por lo que el resultado castigado en la norma fue realizado de todas maneras. El delincuente entonces habrá realizado el tipo de base del homicidio. Si también hubiera tentado un tipo derivado más grave (p.e. art. 311 C.P.) eso tendrá que verse en la sentencia en forma de concurso ideal. Por eso parece más aconsejable castigar al infractor por el homicidio cometido aumentando la pena en caso de motivos de especial bajeza o gravedad.

Cuando el texto de la norma solamente prevé la pena por la realización de una tentativa no toma en cuenta que estamos en una situación en que el resultado originalmente querido fue logrado. Entonces no se castiga lo ocurrido sino solamente lo que el delincuente ha pensado. Sin embargo un delito consta de dos partes, la objetiva y la subjetiva.

La pena *no* según el tipo objetivo sino *solamente* según el tipo subjetivo no toma en cuenta esa combinación de requisitos típicos y entonces forma un cierto tipo de mero agravio de carácter (*Gesinnungsunrecht*).<sup>34</sup> Es decir: cada pena tiene que encontrar su base en un componente objetivo, en lo que encuentra su expresión en el mundo corporal, sensible. En el caso del homicidio esto será el cadáver de la víctima. Cuando surge la cuestión de la pena ésta tiene que orientarse estrictamente según esta parte objetiva y no solamente según la voluntad del delincuente. Puede ser que en realidad quiso matar a otra persona, pero lo decisivo es que sí mató a alguien concreto a quien se concretó su dolo en el momento decisivo y sí tiene que recibir una pena que se orienta según ello. Con pocas palabras: la pena contiene lo querido que encuentra su expresión en lo objetivamente ocurrido y no se puede orientar solamente según lo que el delincuente quiso – ni a su favor ni en su contra.

Además habrá problemas de prueba, porque si solamente se castiga lo subjetivo, el delincuente siempre podría decir que no quiso matar a la persona sino que tenía distintos objetivos.

Ejemplo: A dispara en dirección a B pero dice que quiso matar a la cigüeña que está bloqueando su chimenea.

Juzgando solamente el punto de vista interior habrá que concluir que no se produjo un homicidio sino meramente una tentativa de matar al animal junto con una imprudencia respecto de la víctima humana, A. Sin embargo esto es un caso del *aberratio ictus* que será castigado con una pena mucho más pequeña.<sup>35</sup>

No obstante, ese ejemplo enseña claramente que una pena que *solamente* se orienta hacia el aspecto subjetivo carece de un fundamento legal. Por eso habrá de castigar según lo que realmente ocurrió. De lo contrario se ignoraría la dualidad de la acción penal y con ello un pilar básico del estado de derecho.<sup>36</sup>

Un tema muy disputado en la doctrina alemana, es la distinción entre el hecho del asesinato (§ 211 StGB; pena: cadena perpetua) y el homicidio (§ 212 StGB; pena: no inferior a cinco años).<sup>37</sup> La solución del art. 23 C.P. es más simplista cuando se trata de situaciones de inducción en error. Cuando el inductor induce un error en persona en el inducido, la doctrina uruguaya puede – al revés de la alemana – castigar según la intención de ambas partes, es decir según la voluntad del inductor independientemente de la voluntad del inducido.

Ejemplo: A quiere que B muera, por lo que induce a C a matarle. Lo que A no sabe es que B es el padre de C, que mata por fin por error a D.

<sup>32</sup> En Alemania solamente se distingue entre homicidio (§ 212 StGB) y asesinato (§ 211 StGB) que contiene algunos grupos típicos de motivos vulgares de particular bajeza comparable al art. 312 CP, sin nombrar especialmente al parricidio.

<sup>33</sup> Que es el momento decisivo para su penalidad, ver arriba.

<sup>34</sup> Para el concepto del “*Gesinnungsunrecht*” comparar nota al pie número 6.

<sup>35</sup> Para el *aberratio ictus* y sus problemas ver abajo.

<sup>36</sup> Comparar además con art. 18 inc.4 C.P. que declara sin duda la dependencia del castigo a lo realmente acaecido.

<sup>37</sup> En vez de muchos: Lackner/Kühl, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2004, vor § 211, núm. 22 ss con muchas otras citas.

Aquí la ley uruguaya permite castigar a A por la tentativa de homicidio y a C por tentativa de parricidio, un resultado que también alcanza la mayoría en la doctrina alemana, pero con mucha más fuerza. Lo que resulta criticable otra vez es que ambas partes sean castigadas por tentativa, porque el resultado queda ignorado.<sup>38</sup>

## V. ABERRATIO ICTUS

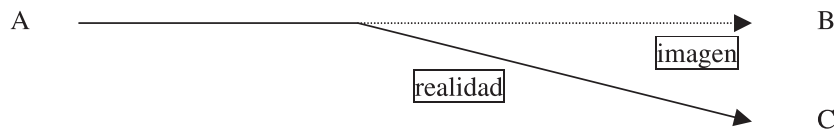
### A) General

En el escenario de un *aberratio ictus*, es decir un error en el golpe, el autor yerra sobre su meta. Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física.

De manera diferente en el error *in objecto*, el resultado se produce sobre el mismo objeto en que originalmente debía producirse conforme a la representación del autor. Por eso, el error en persona solamente es un error sobre la identidad del objeto al que quiso atacar el autor. Si ese objeto es de la misma “calidad” que el realmente lesionado, se trata solamente de un error de motivación que será castigado como si hubiera realizado exactamente lo que quiso desde el comienzo.

En el *aberratio ictus* se produce lo contrario: cuando el autor yerra la meta, el resultado se produce en un objeto diferente del previsto; se presenta una divergencia entre lo que el sujeto quiere y el resultado que en definitiva se produce. Sin embargo, el delito aberrante no supone un error psíquico de parte del agente. Este no se equivoca, sino que lo que se produce es una divergencia entre el evento previsto y el verificado en la realidad.

Ejemplo básico: A quiere matar a B y también apunta a éste. Sin embargo dispara mal y mata al transeúnte C.



### B) Alemania

En el derecho alemán tampoco para el problema del *aberratio ictus* existe una codificación de manera que solamente forma parte de la amplia doctrina que también resulta útil si se consideran los distintos puntos de vista representados. En realidad, el tratamiento de ese problema es muy discutido en la doctrina:

Si los objetos de ataque son desiguales, la solución resulta sencilla. El infractor habrá realizado una tentativa de daños correspondiente a la cosa que quiso dañar en concurso ideal con lesiones imprudentes (v.gr.).

Ejemplo: A le fastidia mucho que el perro de su vecino V ladre durante toda la noche así que un día decide matarlo. Cuando el animal ladra la siguiente vez, B toma su fusil y dispara en dirección al perro. Por coincidencia en ese momento V entra al patio a darle comida a su animal por lo que la bala entra en su cabeza, V muere instantemente.

La problemática ingresa cuando los objetos son iguales.

- Una opinión minoritaria quiere castigar ese escenario igual que un error *in persona vel objecto* por lo que habrá una pena por el delito completo realizado. El argumento central de esa posición doctrinal es que el infractor tenía el plan de dañar un objeto determinado (como “cosa”, o “ser humano”) – y que logró ese fin realizando su ataque.<sup>39</sup>
- La opinión dominante defiende la postura que en el supuesto de igualdad de objeto hay conjuntamente tentativa del hecho deseado y, en su caso, imprudencia respecto del resultado producido.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Un resultado que no sería posible en Alemania donde se castiga a A como homicidio (§ 212 StGB) y a C como asesinato (§ 211 StGB).

<sup>39</sup> Loewenheim, *Juristische Schulung*, 1966, pág. 310; Welzel, *Lehrbuch*, pág. 73; Noll, *ZStW* 77 (1965), pág. 1965; Puppe, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1981, pág. 1 ss.

<sup>40</sup> Backmann, *Juristische Schulung*, 1971, pág. 120; Blei, *Allgemeiner Teil*, pág. 121; Schönke-Schröder-Cramer, 2004, § 15, núm. 56; Baumann/Weber/Mitsch, *Allgemeiner Teil*, pág. 414.



Ejemplo <sup>41</sup>: El desesperado admirador A quiere matar a la bonita B que le rechazó. Ella trabaja como profesora en un liceo. Como A sabe que termina su clase cada día a las doce espera delante del instituto en la calle en su coche. Cuando B sale del edificio enciende el motor y corre a toda velocidad en dirección a ella. Sin embargo, la colega de B, la profesora C, puede avisar a B que le salva la vida con un salto valiente. Lamentablemente C no tiene esa suerte y muere en la colisión con el coche de A.

Se complica la situación aún más si salimos de las relaciones entre dos personas (infractor y víctima) y si entramos en el campo de la participación en acciones penales. Un tema muy importante en este asunto son los *errores en la instigación* que lleva consigo el problema de que no solamente el infractor intermediario (instigado) yerra en el objeto de la acción, sino que también el plan del “hombre de atrás” no se realiza. En ese asunto regularmente hay que distinguir entre un error en persona del organizador del crimen y un *aberratio ictus*, como se ve en los próximos ejemplos.

Ejemplo: Según el caso antes referido, Rose- Rosahl, se estudia el castigo del instigador R. Desde su punto de vista el medio elegido para la realización de la acción, en ese caso un ser humano, R2, yerra. La mayoría en la doctrina trata esta situación como un *aberratio ictus* de R porque a los efectos tiene el mismo valor, tanto si un hombre como un arma, fracasan. En ambas constelaciones es decisivo si el objeto del ataque determinado fue amenazado con el peligro de una lesión, es decir, si fue concretado como víctima. Ese fue el caso por parte de R porque él no pudo influir ya más en R2 cuando este fue a tender la emboscada a S.

Ejemplo <sup>42</sup>: P decidió matar a su hijo H de su primer matrimonio, el heredero de su tierra y propiedades. Consiguió convencer al asesino A de realizar el trabajo por una suma de dinero pagada después del resultado; él mismo se disculpó porque como padre le parecía imposible cometer el homicidio personalmente. El plan era que A esperara a H en el establo anejo a la residencia porque sabía que su víctima solía ocuparse de los caballos por la tarde. Sin embargo, llegó K, el capataz, con una bolsa con trigo para los animales en la mano, como también era la costumbre de H. Entonces A mató a K, equivocándose sobre la identidad de su víctima.

En el caso de A el error *in persona* resulta evidente por lo que el castigo por dolo está fuera de dudas.

En referencia a P el Tribunal <sup>43</sup> tenía que decidir entre las figuras del error in persona y del *aberratio ictus* – y resolvió la cuestión delicada con una fórmula capital: “el error sobre la identidad de la víctima de la infracción es irrelevante para el instigador, salvo que el error del instigado esté fuera de los límites de lo que se puede prever según la experiencia general de vida.” Con esa sentencia, la moderna jurisprudencia mantiene generalmente el tenor de la decisión tomada por el Alto Tribunal Prusiano a cuya sentencia el TF se refiere expresamente.

## C) Uruguay

En Uruguay tampoco existe una regulación expresa del *aberratio ictus*. Surge entonces la pregunta de si el principio de la norma del art. 23 C.P. deberá ser utilizado directamente o en vía analógica.

También en la doctrina uruguaya existen varias posiciones sobre el tratamiento de esta situación:

- a) Un sector quiere solucionarla con el art. 23 C.P. argumentando con el principio de equivalencia porque el agente logró el resultado que era el fin de su ataque. Este punto de vista radica en que el agente intentó realizar una acción castigada con una pena y supo hacerlo con consecuencia del mismo resultado final. La idea entonces es que el agente quiso realizar un delito y terminó realizándolo. Resumiendo, se puede decir que el argumento central es que el resultado se da dentro del marco de lo que la experiencia demuestra como posible concreción del peligro de la acción, y exige por lo tanto no sólo imputación objetiva sino también dolo.<sup>44</sup>
- b) Entre tanto, otros critican en base a que no se trata de una situación regulada por el error de persona. El infractor justamente *no* realiza lo que quiere, sino su acción – por coincidencia – lleva un resultado indeseado consigo. Entonces la solución debe ser otra que la propuesta por la ley y se encuentra en los principios generales del derecho. Esta postura se acerca a la doctrina mayoritaria en Alemania que castiga por homicidio en grado de tentativa por un lado (arts. 310; 5 C.P.) y por la imprudencia por el otro (arts. 310; 18 num.4 C.P.). Ambas acciones entonces se encuentran en régimen de concurso (art.

<sup>41</sup> según TF 34, 53.

<sup>42</sup> Según (Hoferbenfall): otro “clásico” del derecho penal alemán

<sup>43</sup> 1. Strafsenat; sentencia del 25.10.1990.

<sup>44</sup> Ver: nota al pie 27 para Alemania; Cardenal Murillo, pàg. 67 para España; Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, pàg. 111.

54 C.P.) porque tienen su origen en la misma decisión del agente y forman una unidad desde el punto de vista objetivo.<sup>45</sup>

Lo importante en un derecho penal orientado por el punto de vista del agente es ver qué quiso él en la misma situación decisiva (el disparo) que es en la que empieza a realizarse el tipo de hecho previsto en la ley, por sus actos externos (ver: art. 5 C.P.). Si la voluntad -el dolo del infractor- se ha concretado ya en un elemento especial- una víctima concreta- pero el resultado es distinto, estamos en una situación de *aberratio ictus* porque a la acción le falta encontrar "su fin" y provoca un resultado indeseado. Sin embargo, eso no significa un error porque el término "error" exige una voluntad interna *errónea* que tiene que concretarse en un objeto de ataque querido. Sin embargo, en el *aberratio ictus* no podemos hablar de un "error", sino de un "fracaso de acción".

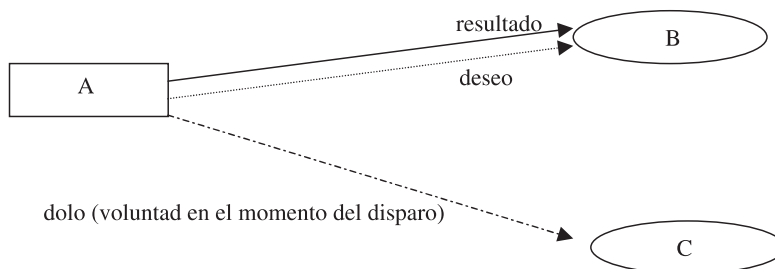
Si por otro lado el infractor solamente desea realizar un resultado especial, concreto, - ya que piensa que la persona que se acerca es su víctima deseada - pero yerra sobre la identidad de la misma, logra lo querido: la acción que se concretó en un objeto particular, lleva el resultado correspondiente consigo, por lo que en caso de equivalencia de calidad de los objetos no estamos en una situación de error de tipo, sino en una situación de realización dolosa que debe ser castigada exactamente con la misma pena prevista para la acción. El error sobre la persona es aquí meramente una *cuestión de motivación*, un verdadero error. La solución de la constelación del delito aberrante por error en el golpe se encuentra entonces fuera de la norma del art. 23 C.P. y hay que tratarla según los principios generales del derecho.<sup>46</sup>

Esta conclusión se confirma por fin con un ejemplo de combinación de los dos "errores":

Ejemplo: A quiere matar a B. Un día está en una calle esperando a su víctima. Se acercan B y su amigo C que es el único al que A puede ver. Pensando que se trata de su enemigo íntimo B, dispara hacia él. No obstante, en el momento de disparar, A tropieza de manera que el rifle cae y la bala entra en el cuerpo de B quien muere en el acto.

Aquí en la persona de A hay un error de persona (sobre la identidad de B) y un *aberratio ictus* (el objeto determinado no es el objeto lesionado).

Aunque A por fin obtuvo exactamente el resultado deseado (la muerte de B) hay que solucionar la situación con la figura del *aberratio ictus*, porque A había consumado su dolo, su ataque a la persona de C. Que por fin logre lo deseado no puede cambiar el hecho de que el resultado no es el que quiso lograr en el momento decisivo (el momento de disparar, como se dijo). Por lo tanto, hay que tratar al infractor según su dolo en el momento del disparo. El error sobre la persona *no* influye sobre la concreción en C porque es una mera cuestión de motivación.



Otra confirmación podría ser una reflexión sobre la hipótesis en la que el autor no lesiona a una persona, que además sería mucho más probable que ocurriese en la vida real.

Ejemplo: A quiere matar a B un enemigo suyo. Para realizar su plan espera al paseo regular que B suele hacer cada día en el parque municipal con su perro. A se esconde detrás de un árbol y dispara mal en dirección a B de tal modo que mata al perro.

La situación de *aberratio ictus* está clara. También queda clara la solución de la opinión que argumenta aplicando el art. 23 C.P. que será una tentativa de homicidio por daño de B, igualmente que la otra posición representada aquí. Lo que queda es la imprudencia en el ataque al perro, que no resulta castigable porque no existe la imprudencia del daño material, tanto en Alemania (§ 303 StGB) como en Uruguay (art. 358 C.P.), de modo que el asunto será solamente competencia del derecho civil.

<sup>45</sup> Ver: Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, pág. 276, nota al pie 28 para Alemania; Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, pág.309 para España.

<sup>46</sup> Ver: TAB 1, tomo 80, LJU Caso 9187 (27.9.1979).

Entretanto el problema se agrava en la situación contraria:

Ejemplo: como en el caso anterior, pero A quiere matar al perro y mata a B.

Cuando se castiga solamente el daño material doloso causado por la muerte del animal, se olvida que también existe una tentativa de matar a un ser humano. Cuando solamente se estima esa tentativa se ignora el delito realizado en referencia al perro. El agravio realizado no queda cubierto y no encuentra su equivalente en la pena. También resulta difícil utilizar el art. 23 C.P. porque justamente no se trata de un error de persona, ya que originalmente, el agente no quiso atacar a un ser humano.

Sin embargo aquí surge un problema típico uruguayo que dificulta la imputación del segundo evento a título de culpa.

Primer requisito de una pena es que el hecho sea punible de acuerdo con las disposiciones de la ley (art. 19 C.P.). Además, como segundo paso a la punibilidad se necesita un elemento objetivo de culpa, que es *la base lícita* del hecho realizado. Ese acto debe ser "en sí mismo jurídicamente indiferente" según el art. 18 inc.2 C.P (arranque lícito de la culpa). Este requisito resulta muy difícil porque la acción imprudente exige una base distinta de la que es fundamental para la tentativa.<sup>47</sup> El problema es que en la situación de un *aberratio ictus* las dos acciones (tentativa e imprudencia) no tienen base diferente -ni penal ni jurídicamente indiferente- porque surgen del mismo contexto de vida.

La pena entonces está excluida por medio de los artículos 4 y 18 num.4 C.P que lleva consigo el problema de ignorar amplias partes del agravio realizado.

Ejemplo <sup>48</sup> de la doctrina uruguayo: A dispara contra B con intención de matarlo en la soledad del campo, por lo cual es absolutamente improbable que resulte muerta una tercera persona, lo que excluye el dolo eventual (que será tratado a continuación). No obstante lo cual, inesperadamente la bala dirigida contra B encuentra en su trayectoria el cuerpo de C, piloto de una avioneta fumigadora que cruzó arriba del campo en ese preciso instante.

Sin duda estamos en el ámbito del *aberratio ictus* porque tenemos un objeto definido (B). El agente será castigado sólo con la pena de la tentativa de homicidio (art. 5 C.P.). También llegan a la misma conclusión los que piensan que el art.23 C.P resuelve el asunto.

Véase que no se podría castigar la imprudencia del agente porque no surge de un hecho en sí mismo jurídicamente indiferente. En esto el legislador comete un error de consideración porque es bien posible realizar dos resultados con una misma acción.

Un buen ejemplo para eso podrían ser las relaciones entre la norma de base y los tipos derivados, agravamientos que surgen de una misma fuente, de una misma acción. Seguramente se podría opinar que esto es así porque se trata de una jerarquía de normas <sup>49</sup> por la que el delincuente va ascendiendo según el agravio que comete. En realidad la situación en un *aberratio ictus* es muy parecida: hay dos resultados que surgen de la misma fuente, de la acción extraviada del agente, que quedan cubiertas por su voluntad, en un caso en forma de dolo, y en otro caso en forma de imprudencia. Lo único que se debe ver es que no se trata de delitos derivados de la misma fuente, sino que esos resultados sí vienen del mismo origen, pero no tienen relación en el resultado, sino solamente existen yuxtapuestos. Es decir: de una sola acción sí puede surgir más de un resultado. En el caso del *aberratio ictus* generalmente hay dos resultados, una tentativa y una imprudencia. Mientras que la tentativa normalmente es bastante evidente (aquello en lo que se concretó la voluntad del agente en el momento decisivo) hay que indagar cuidadosamente si también hay una situación de imprudencia, es decir, si el agente pudo prever el resultado en el momento decisivo. La misma acción, un sólo disparo, entonces puede tener dos consecuencias.

En el caso en el campo una pena de imprudencia probablemente no será posible porque el delincuente no podía haber previsto el resultado de la muerte del piloto. Sin embargo, es muy posible una pena por imprudencia si hubiera visto el avión y si hubiera imaginado el peligro de su acción.

Hablando del límite de la responsabilidad podemos afirmar que es la culpa, es decir, que no se podrá castigar algo que el agente no pudo prever, así, no es sancionable lo imprevisible.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> O con las palabras de Langón Cuñarro, "una de las expresiones más desafortunadas del código"

<sup>48</sup> Ejemplo extraído de Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, pág. 276.

<sup>49</sup> Se podría muy bien utilizar la imagen de una "escalera de agravio".

<sup>50</sup> Ver: Langón-Cuñarro, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, 2003, pág. 276.

## VI. PROBLEMA PARTICULAR: *ABERRATIO ICTUS Y DOLUS EVENTUALIS*

Otra situación se presenta si el agente tiene el dolo de realizar el resultado de cualquier manera posible, es decir, que al infractor no le importe alcanzar su fin haciendo daño también a otra persona.

Ejemplo: La mujer M de C le ha engañado otra vez con su mejor amigo A. Por eso C decide que M tiene que morir. Otro día vuelve más temprano de su oficina para encontrar a M en casa y matarla allí. Por coincidencia ella está teniendo otro romance con A en ese momento. Entonces C entra en el dormitorio y los ve juntos. Toma su pistola y apunta en dirección a M, a quien originalmente quiso matar. Simultáneamente advierte que también podría matar a A pero igualmente acepta esa posibilidad. Como está muy furioso yerra el tiro y mata sólo a M que muere instantáneamente.

Hablamos entonces de una situación del *dolus eventualis*, del dolo eventual o dolo de segundo grado que está regulado por contraste a la *luxuria* en el art. 18 inc.3 C.P. Sin insistir en este asunto digamos que ambos elementos constitutivos del dolo eventual – el componente cognitivo y el elemento volitivo – están presentes en la actuación de la persona que comete el crimen previendo que podría lesionar o matar a otro individuo distinto de aquel en quien se concretó su dolo de primer grado.<sup>51</sup>

En el tema de errores eso no significa ningún cambio. El agente todavía está en la situación de un *aberratio ictus* (no error de persona porque identifica a ambas personas claramente) que entonces se regula según el delito tentado que él originalmente quiso cometer y la imprudencia respecto de la víctima verdadera, con la única excepción de que esa imprudencia que forma parte de la constelación “clásica” del *aberratio ictus* está sustituida por el dolo eventual. El agente entonces será castigado por concurso ideal de un delito de homicidio tentado y otro cometido. Esa distinción – aunque la idea de cometer el mismo crimen tentado y a la vez consumado parece rara a primera vista – es de importancia porque la sentencia deberá tomar en cuenta que el agravio jurídico no solamente existió bajo la forma del dolo eventual, sino también de dolo de primer grado (dolo directo), por lo que deberá reflejar un aumento de pena.

También se puede hablar del dolo eventual cuando el ataque no está determinado a una cierta persona sino a cualquier víctima que puede resultar de las circunstancias.<sup>52</sup>

Ejemplo: como el anterior, pero ahora M está haciendo compras en el Shopping, donde hay también otras cien personas. C quiere matarla justo en el momento en que está pagando en la caja, pero dispara mal y mata a la cajera.

Aquí también el autor podrá haber previsto la posibilidad de la agresión a otra persona que la que quiso atacar conformándose con la posibilidad de realizar algo más de lo que quiso al comienzo. Otra vez estamos delante de una situación del “*aberratio ictus incompleto*” porque hay tentativa de matar a una distinta persona, pero además hay voluntad de lesionar a víctimas indefinidas. Por eso la constelación será castigada igualmente que la presentada antes: tentativa de homicidio (de M) en *concurso ideal* con homicidio completo (de la cajera).

## VII. EL DOLUS GENERALIS

En el ámbito del *dolus generalis* el autor no se equivoca sobre el objeto que lesiona, sino sobre *el desarrollo de la acción que origina la lesión* (el nexa causal). El hecho se ejecuta en dos actos, cuya importancia estima erróneamente el autor puesto que cree haber logrado ya el resultado con el primero de ellos, mientras que en realidad se produce con el segundo, generalmente pensando en ocultar el hecho. El problema es que en el momento de realizar el resultado querido el agente no actúa más con dolo porque ya cree que consiguió su fin; entonces, p.e. no quiere matar a una persona que, en su pensamiento, ya está muerta.

Ejemplo: A quiere matar a su enemigo B y entonces lo golpea hasta que cree que éste ha muerto; luego echa al río lo que él tiene por cadáver de B, con el objeto de hacerlo desaparecer. Sin embargo A se equivocó de la situación con respecto a B, quien, de fuerte consistencia, había sobrevivido al ataque contra su cuerpo

<sup>51</sup> Para una vista panorámica sobre el tema del dolo eventual muy recomendable: Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, pág. 252 ss; Wessels, Derecho Penal Parte General (Alemania), pág. 69; Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General (España), pág. 302. Ver también la famosa fórmula de Frank ya no más vigente en la doctrina alemana, pero sin embargo con gran influencia en la solución del TF 7, 363; TF 36, 1; TF en NSStZ 1999, 508: “también si estuviere seguro de su producción, actuaría”.

<sup>52</sup> Ver también: LJU Tomo 80, Caso 9187, apartado 3.

y todavía estaba vivo cuando A lo echó al agua. Sin embargo, finalmente murió porque no pudo nadar a causa de sus lesiones.

- a) Una postura de la doctrina y también la jurisprudencia anterior lo resuelve como dolo general porque solamente hay una acción (matar a B). Se trata de un homicidio doloso consumado. Sin embargo, ese punto de vista carece de vigencia porque toma en cuenta un acontecimiento histórico (pasado) sin valorar la voluntad del agente en el momento decisivo.<sup>53</sup>
- b) Otras voces entretanto sostienen que hay dos acciones diferentes: se tiene que castigar en la primera la tentativa, y en la segunda el homicidio culposo.<sup>54</sup> En contra de esta doctrina está el argumento antitético de lo dicho con respecto a la primer opinión: una situación de la vida está dividida artificialmente en dos, pero no representa lo que el agente quiso en realidad.
- c) La mejor solución parece ser la misma que dimos antes, a la cuestión del aberratio ictus: hay que analizar cada caso exactamente, en todas sus circunstancias, según los principios generales de derecho, para entonces ser capaz de decidir si se trata de un dolo que cubre todo lo ocurrido, o si hay que dividir la situación en dos partes, una tentada y una culposa. Una fórmula adecuada para esta distinción es la utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Federal de Alemania: es decisivo *lo que se puede prever*. Solamente si el resultado está fuera de todo lo que se podía prever según la experiencia general (causalidad atípica) y según el punto de vista “*ex ante*”, de un tercero imparcial, el dolo está excluido.<sup>55</sup>

En el caso, A sería entonces castigado por homicidio doloso porque hubiera podido prever que una persona todavía viva, pero débil a causa de las lesiones, no podría salvarse. Está realizado el homicidio completo.

## VIII. DELITO PUTATIVO

Una institución tan obvia como inútil es la regulación del delito putativo en el C.P. que no conoce un equivalente paralelo alemán. El art. 8 C.P. declara que un “error al revés”, en que un sujeto actúa lícitamente con un comportamiento que no es prohibido por una ley, y cree ilícita su conducta, no será punible.<sup>56</sup>

Ejemplo: B de 15 años tuvo relaciones sexuales con su novio N de 18 años, quedando embarazada. B decide abortar al niño bebiendo infusiones de menta porque N ha leído que eso era una medida segura para evitar el nacimiento.

El StGB regula en el § 23 III la tentativa inidónea<sup>57</sup>. El término decisivo es el de “falta grave de comprensión” que se define generalmente en lo que para cada uno y según la experiencia de la vida común era obvio.

Sin embargo, este artículo del C.P. uruguayo carece de sentido práctico porque el autor podría realizar todas las circunstancias requeridas para el componente subjetivo del dolo y no obstante nunca podría ser castigado por falta de una norma objetiva violada (tipicidad). En consecuencia el artículo solamente codifica los principios generales “*nulla poena sine lege praevia, stricta, certa et scripta*”. Sin embargo, la norma es de alta importancia porque ofrece al juez la posibilidad de imponer medidas de seguridad (art. 92, 100- 102 C.P.). Por lo tanto en el sistema de derecho uruguayo es posible castigar *la mera tendencia aunque sea inidónea*. Al contrario del derecho alemán que otorga la posibilidad para el juez de renunciar a una pena o de reducirla según su propio criterio, la ley uruguaya deja abierta a la decisión del juez de aplicar las medidas de seguridad. Esas están codificadas en el art. 92 (cuarta alternativa) C.P. donde hay una limitación en las medidas preventivas. La duración máxima encuentra su límite entonces en el art. 94 (tercer alternativa) C.P. que exige una fijación de mínimo y de máximo concretado en el art. 95 segunda alternativa C.P.: limitación a quince años. Aunque con eso la ley ofrece una cierta seguridad legal para el infractor “impotente” se ve enfrentado a un gran peligro legal. El Estado podría, sin salir de los límites de la legalidad castigarle con una pena parecida a la de un homicidio o una violación. Por una parte el codificador reafirma su postura de defensa social tomando en cuenta el “temperamento peligroso” del agente porque puede significar un peligro latente. Por otro lado con esa opción de castigar una mera “tendencia” – porque no hay violación de una

<sup>53</sup> TdR 67, 258; TF 14, 193; OHG 1, 74; OHG 2, 285; también: Wessels, Parte General, pág. 76.

<sup>54</sup> A favor: Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, pág. 111; Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, pág. 282; Maurach/Zipf, Allgemeiner Teil I, pág. 319; Hruschka, JuS 1982, 319; Maiwald, ZStW 78 (1966), pág. 54.

<sup>55</sup> Ver: TF 37, 179; TF en Neue Zeitschrift für Strafrecht 2001, 29.

<sup>56</sup> Ver: Mir Puig, Lección 10, II, 118, 4ª ed., pág. 254, que habla también de una “tentativa inidónea”.

<sup>57</sup> 23 inciso 3 StGB: Si el autor desconoce, por la falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o de los recursos con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme con su facultad discrecional (§ 49 inciso 2 StGB).



ley – surge el peligro de que el Estado “invente” infracciones que den lugar a una jurisprudencia arbitraria sin tomar en cuenta los principios generales del derecho penal liberal.<sup>58</sup>

Ejemplo: Un juez podría sancionar la mera posesión de un cuchillo de caza durante el trabajo en una institución pública que el sujeto tiene por su costumbre de salir a cazar después de la jornada de trabajo, como tentativa de homicidio del jefe. Bastaría con que el tenedor pensara que es un delito la tenencia del cuchillo en esas circunstancias.

Ejemplo: para definir la situación más evidente; el mero deseo de matar a alguien podría bastar para castigar una tentativa de homicidio. Es decir: cuando el punto principal de la punibilidad está fijado en el componente subjetivo, en la mera tendencia el Estado podría encarcelar a todos los que quiera, arbitrariamente, atribuyéndoles la tendencia de dañar a la sociedad. Según el art. 8 C.P. este ejemplo extremo podría ser legítimo.

A causa de esos peligros para el estado de derecho sería aconsejable borrar el artículo 8 del C.P. – aunque desde luego hasta ahora no fue utilizado en ese sentido<sup>59</sup> – o por lo menos definir en éste claramente que la pena no puede superar la pena descrita en el tipo tentado respectivo, o mejor dicho: del tipo que está más cerca de lo realmente ocurrido. Para determinar este tipo se podría orientar según la voluntad del agente.

Ejemplo: A odia a B y quiere matarle. Para conseguir esto echa azúcar en el café cuando coinciden en la cafetería porque antes había oído que B le dijo a C tenía una alergia fatal contra el azúcar. Sin embargo, en realidad fue un chiste entre B y C, por lo que el azúcar a B no le hizo ningún daño.

Estamos ante una situación que encaja en el art. 8 C.P., pero si contuviera el límite de que la pena no puede aventajar la pena del tipo querido no podría ser más que la pena (alta) del art. 310 C.P.

Entonces se ofrecería al tribunal la posibilidad de dar límites a la pena sin abrir la puerta a las medidas de seguridad cuyo abuso podrá así ser evitado fácilmente. Con eso será posible regular las necesidades de una “defensa social” y a la vez mantener las garantías individuales, que deben tener por lo menos el mismo valor.

## IX. ABERRATIO DELICTI

El *aberratio delicti*, como el constructo del *aberratio ictus* es un delito aberrante y con eso queda fuera de la teoría del error.<sup>60</sup> Significa que el resultado producido es de mayor o menor entidad que el representado y querido por el agente, o que resulta ser un evento de distinta naturaleza jurídica que difiere cualitativamente del querido originariamente.<sup>61</sup>

Aunque el *aberratio delicti* no está codificado en el derecho uruguayo se rige de acuerdo con las normas generales.<sup>62</sup> Además encuentra una norma correspondiente en el art. 18 num.4 que fue establecida con la reforma del derecho penal de 1995 y que excluye la responsabilidad por el resultado que no haya podido ser previsto por el autor. Tampoco en Alemania hay una codificación expresa de ese principio aunque la combinación de los §§ 15 y 16 StGB explica claramente que solamente se puede castigar lo querido, el dolo. Otra vez estamos entonces frente a una situación de mezcla entre los principios del error de tipo (o de hecho) y de la idea del delito aberrante. El infractor tiene su dolo dirigido a un resultado concreto en el momento decisivo de la acción. Solamente ese resultado está cubierto con su voluntad. Sin embargo, la noción de tipo aberrante parece un poco mal orientada – el sujeto realiza lo que quiere: solamente yerra en la magnitud de las consecuencias obtenidas.

Ejemplo: A incendió su establo en el campo para cobrar con fraude su seguro contra incendios. Lo que no ha previsto es que los vagabundos V y L habían buscado protección contra un temporal en él, y todavía están dentro de modo que mueren en las llamas (§§ 306, 306a, 306c StGB; arts. 206, 208 num.1 C.P.).

Ejemplo: B es muy celoso y quiere lesionar al pretendiente P de su novia N. Por eso en un paseo juntos en el momento de pasar por un puente decide empujarle fuertemente para que caiga al suelo y se rompan sus anteojos con el fin de que N advierta que P es casi ciego sin sus gafas. Sin embargo B utiliza demasiada fuerza y P cae del puente en un río donde muere de un infarto porque el agua está demasiado fría (§§ 223, 227 StGB; arts. 316, 319 C.P.).

<sup>58</sup> Otra vez estamos ante una situación de mera “mala intención”, comparar notas al pie núm. 6 y 35.

<sup>59</sup> Ver: Langón Cuñarro, Código Penal, 2003, art. 8 C.P., pág. 66.

<sup>60</sup> Ver arriba, principio invocado al estudiar el *aberratio ictus*.

<sup>61</sup> Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, 2003, pág. 274.

<sup>62</sup> Langón Cuñarro, Curso de Derecho Penal, 2003, pág. 277.



Una excepción de punibilidad de este tipo de error son los delitos calificados por el resultado que son un ejemplo paradigmático del delito aberrante y que tienen su norma equivalente en el § 18 StGB.<sup>63</sup>

## X. ERROR DEL AGENTE EN LA DESVIACIÓN DEL CURSO CAUSAL (TAMBIÉN: PROBLEMA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA)

Un tema que hasta ahora no hemos tratado es el tercer elemento del tipo que acabamos de concretar: el nexo causal. Como dijimos, el dolo del infractor tiene que concretarse en los componentes objetivos, subjetivos y también en la forma en que quiere lograr el resultado del delito.

Las cuestiones que surgen en este punto es qué consecuencia resulta si el delincuente logra lo querido, pero *de manera distinta de la que originalmente quiso lograrlo*.

Este problema está estrechamente vinculado con la cuestión de la causalidad.<sup>64</sup> Esta se regula para la mayoría de la doctrina uruguaya según la teoría de la condición (teoría de la equivalencia) que significa que es causa del resultado toda condición que no puede suprimirse mentalmente sin que éste desaparezca en su forma concreta.<sup>65</sup> La jurisprudencia alemana suele tratar estas situaciones en el campo del dolo, del tipo subjetivo del delito<sup>66</sup>, mientras que la doctrina prefiere tratar la cuestión de la imputación objetiva ya en el sector del tipo objetivo.<sup>67</sup> Aunque esta divergencia es de alta importancia dogmática y seguramente aconsejable para reflexionar sobre ella, puede quedar fuera de nuestro estudio. También la pregunta del error sobre la causalidad y la causalidad de la acción misma según la teoría de la imputación objetiva pueden quedar fuera: ambas tienen el mismo fundamento, porque tampoco se puede imputar una acción que no esté cubierta por la voluntad del delincuente.<sup>68</sup>

Hay que preguntarse entonces qué consecuencias tiene la discrepancia de la voluntad del autor con la realidad.

Ejemplo de resultado alcanzado de manera distinta a la querida: A quiere matar a su enemigo B y decide hacerlo con su pistola. Un buen día, cuando están paseando en una alta montaña, de repente saca el arma y dispara en dirección de B queriendo herirle en la cabeza. Pero la bala entra por la espalda de B, que empieza a tropezar y por fin cae por el abismo donde muere en el momento de golpear contra el suelo.

En ese escenario la causalidad está fuera de duda. En referencia al dolo hay que hacer constar que A logró el resultado querido aunque no con la acción querida. La fórmula establecida por la doctrina es que el resultado que puede ser previsto cae en la esfera jurídica de la responsabilidad del delincuente. Esto es el caso si el resultado no fuera imprevisible objetivamente.<sup>69</sup>

En el caso de la montaña se podría prever muy bien que B también podría morir de otra forma que a consecuencia inmediata del disparo. Por eso, se puede castigar su acción como dolosa. Seguramente el lector habrá advertido que estamos casi en la misma situación del *dolus generalis*; la verdad es que la solución de la doctrina alemana para este problema surge de la solución del error sobre la causalidad por lo que una vez entendido el principio será fácil encontrar las soluciones para las situaciones respectivas.

Una buena prueba es el próximo caso:

Ejemplo: A dispara sobre B con la intención de darle muerte. B resulta herido porque la bala solamente hirió su espalda y está tirado en el suelo mientras A huye. Vienen los médicos y llevan a B al hospital donde se recupera perfectamente de manera que ni siquiera quedan rastros de la lesión. Sin embargo, pocos días antes de ser dado de alta fallece durante un incendio en el hospital.

La causalidad del ejemplo según la fórmula *conditio sine qua non* no está clara. Lo que queda problemático aún – independientemente de la solución que se prefiera,<sup>70</sup> pero con el mismo resultado – es si hay que penalizar la acción de A como dolosa (entonces homicidio) o como tentativa. Con lo que hemos desarrollado

<sup>63</sup> § 18 StGB: Pena más grave en consecuencias especiales del hecho: Si la ley asocia una pena más grave a una consecuencia especial del hecho, entonces ella solamente se aplica al autor o partícipe, cuando a él se le imputa esta consecuencia al menos culpablemente.

<sup>64</sup> Buen resumen y muchos ejemplos en Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 1993, pág. 280.

<sup>65</sup> Así: Langón Cuñarro, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2003, pág. 202 con ejemplos y remisiones a otros autores; TdR 1, 373; TF 1, 332; TF 2, 24; para más información y las demás teorías ver: Wessels, *Derecho Penal, Parte General*, 1980, pág. 53.

<sup>66</sup> Por ejemplo: TF 7, 114 con más referencias.

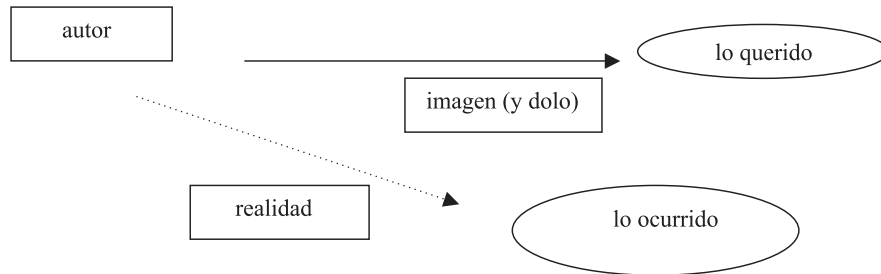
<sup>67</sup> Por todos: Langón Cuñarro, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2003, pág. 211 ss.; Wessels, *Derecho Penal, Parte General*, 1980, pág. 59 ss.

<sup>68</sup> Comparar: art. 18 inc. 4 C.P.

<sup>69</sup> Comparar: Maurach/ Zipf, *Derecho Penal, Parte General* 1, 1994, pág. 46 con otras posiciones de la doctrina.

<sup>70</sup> O en el componente subjetivo o en el sector objetivo, ver arriba.

antes se puede decir que el plan del infractor no se cumplió, de modo que el resultado surge de otra fuente. Por eso solamente se castiga la tentativa.



## XI. DE LA INDUCCIÓN EN ERROR

Una peculiaridad legal uruguaya se encuentra en el art. 25 C.P. al castigar al inductor del error. Esta es necesaria porque la responsabilidad en el art. 22 C.P. no cubre al sujeto que intencionalmente indujo en error al autor del delito finalmente realizado.

Si recordamos el caso Rose-Rosahl se aprecia fácilmente la diferencia de las situaciones. Mientras que el inductor quiere que el inducido actúe según su propia voluntad realizando un injusto aunque “motivado” por el otro, en el caso de inducción en error, existe una situación de autor mediato (art. 60, num.2 C.P., § 25 I (2.Alt.) StGB), porque el inductor “utiliza” al inducido para conseguir fines propios aprovechando un error suyo.

Ejemplo de la doctrina uruguaya: Una celestina acuerda con un cliente que éste mantenga unión carnal con una mujer menor de 12 años (en Alemania: 14 años, ver: § 176 StGB) pero haciéndole creer al hombre que la chica tiene 16 años y que es una prostituta experimentada.

El inducido está en la típica situación de un error de tipo y queda entonces sin dolo y por eso sin pena (art. 22 C.P., § 16 StGB). Además, no está castigada la violación imprudente ni en Alemania ni en Uruguay.

La celestina, por haber determinado a una persona no punible a cometer el delito, será castigada por el art. 25 I C.P. en combinación con el art. 60 num.2 C.P.

Sin embargo, considerando el art. 60 num.2 C.P. hay que preguntarse seriamente por qué existe el art. 25 C.P. Como la noción de “determinar” a alguien a hacer algo requiere un “*minus*” en la acción propia que puede expresarse por una falta de dolo, de ilicitud o de culpa, en el caso de error siempre estaremos dentro del error de tipo “*puro*” imputable, porque en la situación del error en persona el inducido quiere la acción también por sí mismo y entonces es consciente de su infracción. Será más fácil y también útil reducir el artículo 60 num.2 C.P. de tal manera que diga sólo “los que determinan a personas a cometer el delito” como es el caso del § 25 I (2.Alt.) StGB. El punto clave de la norma es el mandato mientras que *la forma de hacerlo tiene que quedar libre*. El tipo de “defecto” que padece el autor instrumental no puede tener consecuencias para el hombre de atrás, tampoco para la magnitud de su pena que siempre estará determinada por el delito realizado utilizando un “instrumento humano”. De esta forma el art. 25 C.P. resulta redundante.<sup>71</sup>

## XII. CONCLUSIÓN

Resumiendo lo desarrollado precedentemente se puede concluir que entre los sistemas penales de Uruguay y Alemania hay unas diferencias que también influyen en el tratamiento del delincuente en la situación penal final ante el juez. Mientras la temática del error de tipo (o de hecho) en principio está tratada casi igualmente, se pueden ver claras discrepancias en el campo de errores especiales, como el *error in persona* y el *aberratio ictus*. En ambos parecen más desarrollados los puntos de vista de la doctrina alemana que encuentra su fundamento en la relevancia que esos casos ya tuvieron para la jurisprudencia del país. Entretanto también los tribunales uruguayos se empiezan a orientar en el sentido alemán (ver anterior) y suelen

<sup>71</sup> Con el mismo resultado: Langón Cuñarro, Código Penal, 2003, pág. 103.

solucionar los casos dudosos más bien según los principios generales del derecho penal. La solución a los problemas del derecho penal debe encontrarse en cada momento para la situación planteada delante del tribunal. Sea como fuere, las circunstancias de cada caso siempre deben ser de mayor importancia que la dogmática.

A causa de esta solución según el caso concreto, tampoco hace falta una ley inamovible, porque así el desarrollo de la doctrina y de los propios puntos de vista puede quedar libre. También se presentaron otros tipos de errores o de escenarios difíciles que requieren una solución dogmática y que podían resolverse solamente aplicando los principios del derecho, tomando en cuenta exactamente lo que quiso el agente comparándolo con lo realmente logrado.

Finalmente, se puede decir que con la orientación de la jurisprudencia uruguaya a las soluciones propuestas o ya existentes en otros países se ofrecería una gran oportunidad de desarrollar más la idea del estado de derecho reconociendo al agente como figura central desde el punto de vista penal.

Un dicho latino dice: *errare humanum est* – hay que destacar eso sin duda; pero también hay que buscar soluciones adecuadas para todos los escenarios posibles. Ni la doctrina, ni el estado de derecho deben descansar en este punto

Noviembre de 2005