

ERRORES DE TIPO EN ALEMANIA Y COLOMBIA: COMPARACIÓN DE DERECHO PENAL

Ingo Bott* y Adela Parra G**.

RESUMEN

Se presenta la distinción entre el error de tipo, que versa sobre los elementos del tipo de injusto, y error de derecho, que se da sobre la prohibición jurídica del hecho. Se estudia el error de tipo, señalando la consecuencia de exclusión del dolo, con la subsistencia de la culpa; también se incluye en ello el error sobre el tipo privilegiado. Luego se explica el error en persona, considerando posibles variaciones a través de ejemplos. Esto lleva a considerar el error en el acto, en la meta del autor para analizar el *aberratio ictus*. Al entrar este “error” en relación con el dolo eventual, surge un problema que también se analiza. Posteriormente se contempla el *dolus generalis* que se refiere al nexo causal, al desarrollo de la acción que origina la acción. A continuación se ve el *aberratio delicti*, fenómeno que se resuelve según la norma del dolo. Finalmente, ocupa la atención el error del agente en la desviación del curso causal, llegando al problema de la imputación objetiva. Lo anterior concluye la cercanía en la codificación y tratamiento del error en los sistemas penales de Alemania y Colombia.

Palabras clave: Error de tipo. Error de hecho esencial. Error en persona. *Aberratio ictus*. *Dolus generalis*. *Aberratio delicti*. Error y causalidad.

ABSTRACT:

The article begins by presenting the difference between a mistake in typification, which involves the elements of a crime's typification, and a mistake in law, which occurs with regard to the legal prohibition of a certain act. Based on this distinction, the article then turns to mistakes in typification, showing the effect of excluding the intention to harm while preserving negligence. This section also includes the mistake of privileged typification. Afterward, the authors explain the mistake in the person, and, through a series of examples, they consider possible variants of this kind of mistake. This leads to the study of mistakes in the act, as part of the authors' goal of analyzing aberratio ictus. When this “mistake” becomes associated with the eventual intention to harm, another problem arises, which is also analyzed in the article. After this, the authors examine dolus generalis, which refers to the link of causality, that is, to the way the action that gives rise to the criminal act is developed. Next, the article focuses on aberratio delicti, an event solved according to the rule of the intention to harm. Finally, the authors turn to the agent's mistake in deflecting the development of the path of causality, which leads to the problem of objective imputation. One can conclude that there are similarities between the German and the Colombian criminal law systems' codification and treatment of mistakes.

Keywords: *Mistake in typification. Essential factual mistake. Mistake in the person. Aberratio ictus. Dolus generalis. Aberratio delicti. Mistake and causality.*

* Titulo Europe de la Albert- Ludwigs- Universität Freiburg. Actividades académicas en las universidades de Freiburg; Pablo de Olavide; de Montevideo; y Passau. Autor de: Wolfgang Kersting: *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, en *Literaturhinweis in Jura* 2/2005; *Übungsklausur für Fortgeschrittene im Strafrecht: Zwei en Doktoranden*; y *Comparación de Derecho Penal: los errores de tipo y los problemas correspondientes en Alemania y Uruguay* (Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo).

** Abogada Javeriana. Formación complementaria en Derechos Humanos y DIH. Litigante en Penal, Disciplinario y responsabilidad fiscal. Asesora en asuntos penales, carcelarios, victimológicos y criminológicos. Consultora Académica del proyecto Justicia Restaurativa, convivencia y paz en Colombia de la Fundación Alvaralce, Vallenpaz y la Universidad Javeriana Cali.

INTRODUCCIÓN

Un campo muy importante en el derecho penal 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 a veces parezcan fuera de la realidad del mundo– también tienen una gran relevancia práctica, como se podrá ver en las próximas páginas, y por eso merece ser investigado profundamente.

A continuación serán vistos el sistema de la codificación alemana respecto a los errores, al igual que el sistema colombiano, con los casos más importantes y clásicos. Luego estos dos sistemas serán comparados para descubrir ventajas o desventajas, y presentar conclusiones que ofrezcan nuevas posibilidades de desarrollo del derecho para las correspondientes doctrinas penales.¹

1. 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, mas hay que diferenciarlo del error de prohibición.² 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 según la cual el sujeto en un 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”.³

¹ 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, p. 11. y para enriquecer: VIEIRA. *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*, 1969, p. 198.

² Sobre esta distinción ver: REYES, Alfonso. *Derecho Penal colombiano, parte general*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1967, p. 233 y ss.; LONDOÑO HERRERA, Taylor Ivaldy et al. *Derecho penal general, Nuevo Código Penal 2001*, Doctrina y ley, bogotá, 2001, p. 259 y ss; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte general*. Temis, Bogotá, 1997, p. 414 y ss.

³ TF (Tribunal Federal de Alemania, en adelante TF (BGH) 2 libro), pág. 197; WESSELS, Johannes. *Derecho Penal, Parte general*, Buenos Aires, 1980, p. 129. En muchos casos existen nuevas

Aunque esa distinción últimamente se ve en una crisis causada por el ingreso de términos normativos en las leyes penales, 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 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 contenido⁴: de tipo- excluye el dolo y con ello la tipicidad. No podrá ser posible castigar la acción, pero no exime de toda 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 hay que castigar lo realmente ocurrido y no la “mala intención”.⁵

2. EL PRINCIPIO DEL ERROR DE TIPO

El primer error tipificado en el Código Penal Alemán, a continuación del artículo que trata del dolo (§ 15 StGB) es el del error sobre los hechos, § 16 StGB⁶. El derecho penal colombiano también trata este error.⁷ 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 – debe ser invencible– porque de lo contrario será posible castigar la simple culpa en

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 consultarlas en la propia lengua. Sólo 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 español. En cuanto a las obras colombianas, por su valor en el estudio de la evolución de la doctrina, se hace referencias a obras en ediciones que no son las más recientes.

⁴ Comparar: LANGÓN CUÑARRO, Miguel. *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, Montevideo, 2003, p. 270; de otra opinión: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, 1998, p. 417.

⁵ Expresión que encuentra su base en la idea alemana del “*Gesinnungsunrecht*”. Comparar: GROPP, Walter. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Gießen* § 3 B, núm.33 con ejemplos.

⁶ § 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.

⁷ “No habrá responsabilidad penal cuando:

el caso de que ésta tenga una codificación expresa. El error de hecho colombiano es entonces un error de tipo porque recae sobre las circunstancias constitutivas del delito, es decir, sobre los supuestos de hecho del tipo objetivo.⁸

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 StGB⁹ y Art. 32 C.P.).

2.1 Concepto

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.¹⁰ Para que la realización de un hecho penal sea típica no basta que el sujeto realice todos los elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la conducta descrita en la ley, sino que 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. 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,

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible, la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.” COLOMBIA. Código Penal (En adelante C.P.), artículo 32.

⁸ YACAMÁN YIDI, Miguel. *Estructura del delito y del error en el Código Penal*. Temis, Bogotá, 1986, p. 81.

⁹ Para la traducción del StGB utilizada ver: <http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/stgb.pdf>.

¹⁰ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, Montevideo, 2003, p. 271.

independientemente del correspondiente sistema de derecho penal. Esos elementos son: descriptivos, normativos y 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, 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 sobre la previsión de la conducta) y del elemento subjetivo (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.¹¹ 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.¹²

Ejemplo: El cazador apunta a un objeto que cree es un animal, pero olvidó sus anteojos y, en realidad, es un compañero suyo. Acá sólo podría ser castigado por imprudencia, si estuviera tipificada (aquí en § 16 I 2, § 222 StGB; o en el Art. 32 C.P.).

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.

2.2 Elementos

Los elementos descriptivos de un tipo penal son las circunstancias reales-objetivas cuya prueba es fácilmente accesible, tal como el elemento “cosa” del hurto (§ 242 StGB), correspondiente a la “cosa mueble ajena” en el C.P. (art. 239).

¹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Freiburg, 1973, pág. 275.

¹² Ver Schönke-Schröder-Cramer. CRAMER, Peter et al., Munich, 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.

En referencia a los elementos normativos, se habla de los conceptos jurídicos contenidos en el tipo, tales como propiedad, matrimonio o dignidad humana. Si el autor no comprendió el significado de tales elementos normativos, al menos en el marco de la valoración paralela en la esfera del profano, falta el dolo.¹³ No basta que el autor haya conocido la base fáctica del concepto jurídico.¹⁴

Ejemplo¹⁵: 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 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.

2.3 Tratamiento

El principio de tratamiento del error de tipo es 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 agravantes.¹⁶ 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.

Ejemplo¹⁷: 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 ley¹⁸. Bajo el término error invencible se entiende aquel que se produce no obstante haber actuado el sujeto

¹³ GARCÍA ARÁN, Mercedes et al. *Derecho Penal Parte General*, Sevilla, 1998, pág. 306.

¹⁴ Comparar: HAFT, Fritjof. *Juristische Ausbildung*, Göttingen, 1981, pág. 281.

¹⁵ Según TF 13, 207.

¹⁶ AGUDELO BETANCUR, Nodier. *El error sobre las circunstancias atenuantes*. Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2002, p. 35 y ss.

¹⁷ Según TF 3, 229.

¹⁸ Comparar: C.P., Art. 32, numeral 10.

con la diligencia debida, esto es sin dolo ni culpa de su parte (§16 I 2 StGB).

Ejemplo: el hombre A tiene relaciones sexuales con la mujer B, quien por su apariencia, comportamiento y manifestaciones le lleva a la convicción que tiene 16 años, cuando en realidad no ha cumplido 14.

Así, en Colombia A se vería enfrentado a un acceso carnal abusivo (Art. 208, C.P.), no obstante hay error de tipo y se desvirtúa el dolo.¹⁹

Otro caso que llama la atención es el de una enfermera quien en la atención que dio a una paciente incurrió en una práctica abortiva a la que siguió la muerte de la mujer que abortó. La enfermera adujo error de hecho por cuanto no tenía conocimiento del procedimiento que realizó con una sonda y sus efectos, pues decía que su labor no le había dado conocimientos para prever ello. No obstante, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desvirtuó tal tesis señalando que sabía previamente del estado de embarazo y que siendo enfermera profesional y con la experiencia que tenía, definitivamente sabía de la maniobra abortiva que realizaba y sus implicaciones.²⁰

Finalmente, se trae el conocido caso de un ciudadano en cuya casa se encontró marihuana en cantidad no permitida (250 gramos), pero lo obtuvo para un remedio a su padre y con permiso previo otorgado por autoridad. En efecto, al mediar permiso de la autoridad competente, no se configura el delito previsto. Ahora, la autoridad que concedió el permiso fue el Inspector de Policía, cuando la competente era el Ministerio de Salud, pero el ciudadano tenía plena convicción que era el Inspector quien daba tal autorización. Acá se reconoce el error sobre un elemento normativo del tipo.²¹

2.4 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

¹⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 21 de abril de 1959. M.P. Simón Montero Torres. En esta sentencia se trata el error esencial de hecho acreditado en relación a la edad exacta de una menor con quien se tuvo relaciones sexuales.

²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 21 de abril de 1977. M.P. Julio Salgado Vásquez. También interesa COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 22 de agosto de 1961. M.P. Gustavo Rendón Gaviria.

²¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 22 de septiembre de 1982. M.P. Luis Enrique Romero Soto.

privilegiada (Art. 32, num. 10, inc. 2° C.P.). Ese escenario será presentado mediante un típico fenómeno alemán, el homicidio a petición, § 216 StGB. Para el problema en Colombia puede verse la inducción o ayuda al suicidio del C.P., Art. 107.²² 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).²³

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 basada únicamente 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 contrario, 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 realidad hay: un homicidio, y lo que era su dolo: cometer un homicidio. El privilegio entonces, en ese escenario, queda excluido.

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

²² “El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años. (Pena incrementada así: de 32 meses a nueve (9) años por la Ley 890 de 2004).

Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de uno(1) a tres (3) años. (Pena incrementada por la Ley 890 de 2004 así: de 16 meses a tres (3) años).” (Paréntesis fuera de texto).

También vale hacer el ejercicio con el homicidio por piedad (C.P. Art. 106), especialmente para el próximo ejemplo. En este caso, no se trataría del homicidio previsto en C.P., Art. 103, cuya pena modificada por la Ley 890 de 2004 es de 208 meses a 450 meses (37.5 años) de prisión.

²³ 216 StGB: Homicidio a petición

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.

La tentativa es punible.

3. ERROR EN PERSONA

En General

Si el autor no realiza lo que quiso no será justo castigarle solamente por lo realizado ya que 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 principalmente sobre la identidad del objeto de la acción.

Ejemplo básico: A mata a B pensando que es su enemigo C.



En Alemania

En el derecho penal alemán existe exclusivamente la codificación del error de tipo como legislación base para todo los demás errores que de él surgen²⁴. 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 auto de B y decide hacerlo por la noche. En la oscuridad se equivoca de vehículo y destruye el carro de C.

Con este vacío normativo, el campo del error queda abierto para la doctrina y el desarrollo de la jurisprudencia, especialmente 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*” –.

²⁴ Ver: 16 StGB

Ejemplo (Rose- Rosahl)²⁵: El comerciante de madera Rosahl (R) de la ciudad Schiepszig 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: asesinato²⁶ 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 representado, o el autor se equivoca en la equiparación, el error carece de relevancia.²⁷ En esos casos se trata solamente de un error de motivación.²⁸

La solución puede también ser encontrada en el tipo mismo, que exige que el agente mate a “otra persona” (§ 212 StGB) o “a otro” (Art. 103 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 se trata entonces de 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

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

²⁶ Comparar con C.P. Art. 103 y ss.

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, Freiburg, 1993, p. 281 con más citas.

²⁸ HERBERG, Rolf Dietrich. *Juristische Ausbildung*, Bochum, 1981, pág. 472; PUPPE, Ingeborg,

asesinato –según la etapa de desarrollo de la situación– y de un imprudente daño material que no es punible en el StGB, tampoco en el C.P. se prevé el daño en bien ajeno culposo. 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)²⁹: 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.

En Colombia

El C.P. no codifica de manera separada el error de persona. Este es igualmente tratado como error de tipo. Al respecto, debe recordarse acá que el C.P. colombiano ha sido objeto de múltiples modificaciones en la última década, incluso en su integridad. Así, el C.P. correspondiente al Decreto-Ley 100 de 1980 y sus modificaciones, fue reemplazado (subrogado) por la Ley 599 de 2000, siendo el actual C.P., pero sin olvidar las reformas introducidas.

Así, también debe recordarse que el anterior C.P. se refería al error de tipo en su artículo 40, numeral 4.³⁰ En relación con esta norma, se encuentra jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que ha señalado que: “El error de tipo comprende no sólo el que recae sobre la totalidad de la descripción, sino también sobre cualquiera de los elementos que lo componen, como los sujetos, los objetos, la conducta y aún los ingredientes normativos.”³¹ Esta afirmación no pierde vigencia por el mencionado cambio normativo. Con

Goldamers's Archiv für Strafrecht, Bonn, 1981, p. 4; SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Juristische Schulung*, Göttingen, 1985, pág. 873.

²⁹ Con solución y otros ejemplos: JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Freiburg, 1993, pág. 280.

³⁰ “No es culpable:

4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal
Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo.”
(C.P. Decreto-Ley 100 de 1980, Art. 40, num. 4.)

Sobre esta disposición, ver: FERNÁNDEZ, Juan. *Delito y error; perspectiva político criminal*. Temis, Bogotá, 1990, p. 69 y ss.

³¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 30 de septiembre de 1999. Exp. 10993. M.P. Nilson Pinilla.

ello, el error puede versar sobre los sujetos o los objetos, reconociéndose explícitamente estos.

En todo caso, al estudiar este error de persona u objeto³², deben considerarse los aspectos objetivo y subjetivo de la tipicidad. Esto por cuanto objetivamente habrá un resultado, como por ejemplo, un occiso; aunque, subjetivamente, el dolo estuviese orientado a la muerte de otra persona o a la caza de un animal. En los dos eventos se debe atender a lo objetivo y a lo subjetivo, mas en el primer caso es claro que el dolo se dirigía a una persona, luego equivocándose de persona, en todo caso se afecta una vida humana, como estaba previsto y deseado. Así, este error no puede llevar a una atipicidad. Así, se puede ver que la respuesta alemana a este error in persona es también válida en Colombia.

3.1 Aberratio Ictus

En general

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

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 ve 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.

³² SALAZAR MARÍN, Mario. *Injusto penal y error*, Gustavo Ibañez, Medellín, 1999, p. 213 y ss.



En Alemania

En el derecho alemán para el problema del *aberratio ictus* tampoco existe una codificación específica, de manera que 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.

Ejemplo: A B 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 arma 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 instantáneamente.

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.³³

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.³⁴

³³ LOEWENHEIM, Ulrich. *Juristische Schulung*, Frankfurt/M, 1966, p. 310; WELZEL, Hans, *Lehrbuch*, Göttingen, p. 73; Noll, ZStW 77 (1965), pág. 1965; Puppe, Goldammer, s Archiv für Strafrecht, 1981, p. 1 y ss.

³⁴ BACKMANN, Leonhard. *Juristische Schulung*, Saarbrücken, 1971, pág. 120; BLEI, Hermann, *allgemeiner teil*, Berlín, p. 121; Schönke-Schröder-Cramer, CRAMER, Peter et al., Munich, 2004, § 15, núm. 56; Baumann-Weber-Mitsch BAUMANN, Jürgen et al. *Allgemeiner Teil*, Bielefeld, p. 414.

Ejemplo³⁵: 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 frente al colegio, 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 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.

Ejemplo³⁶: 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.

³⁵ Según TF 34, 53.

³⁶ Según Hoferbenfall: “clásico” del derecho penal alemán

En referencia a P el Tribunal³⁷ 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.

En Colombia

En Colombia tampoco existe una regulación expresa del *aberratio ictus*, mas se coincide, nuevamente, con la solución alemana.

Se traerá entonces, el planteamiento que como ejemplos hace Velásquez³⁸ sobre el error en el golpe³⁹, que equivale al *aberratio ictus* que venimos tratando.

Ejemplos: “Joaquín dispara sobre un perro y mata a un hombre que de improvisto se atraviesa en la línea de tiro, buscando auyentar al animal; Luis lanza un dardo venenoso contra Carlos, pero alcanza a Miguel que paseaba por el lugar –y a quien no quería matar ni lesionar–.”

Así, resulta más acertado optar por el daño en bien ajeno en grado de tentativa y homicidio culposo, para el primer caso. Para el segundo caso, estará el homicidio tentado y las lesiones personales culposas o el homicidio culposo, según el resultado concretado sobre Miguel.

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. 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

³⁷ 1. STRAFSENAT; sentencia del 25 de octubre de 1990.

³⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. Tercera Edición. Temis, Bogotá, 1997. p. 417.

³⁹ Ver también los ejemplos en: ⁴¹ Ver: SALAZAR MARÍN, Mario. *Injusto penal y error*, Gustavo Ibañez, Medellín, 1999, p. 208 y ss.

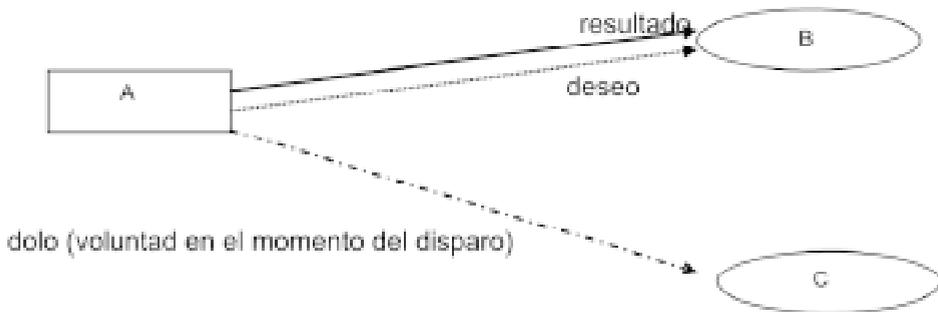
querido. Sin embargo, en el *aberratio ictus* no podemos hablar de un error, sino de un fracaso de acción.

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 se trata de 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 cuestión del delito aberrante por error en el golpe, fuera de la previsión del artículo 32 del Código Penal, hay que tratarla según los principios generales del derecho.

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 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 verá una tentativa de homicidio con daño. Lo que queda es la imprudencia en el ataque al perro, que no resulta castigable porque no existe la imprudencia del daño material en Alemania (§ 303 StGB) ni el daño en bien ajeno culposo en Colombia, de modo que el asunto será solamente competencia del derecho civil.

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 la muerte del ser humano, se olvida que también existe la tentativa del daño sobre el animal. Cuando solamente se estima la tentativa sobre el ser humano, se ignora el delito (culposo) realizado en referencia al perro. El agravio realizado no queda cubierto y no encuentra su equivalente en la pena. También resulta difícil acudir al error *in persona* porque justamente no se trata de un error de persona, ya que originalmente, el agente no quiso atacar a un ser humano.

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 solo disparo, entonces puede tener dos consecuencias.

4. 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, esposa 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 quien muere instantáneamente.

Hablamos entonces de una situación del *dolus eventualis*, del dolo eventual o dolo de segundo grado⁴⁰. 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.⁴¹

⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *A propósito de la culpa y el dolo*. En: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Coordinador). *Derecho penal liberal y dignidad humana, libro homenaje al dr. Hernando Londoño Jiménez*. Temis, 2005, p. 172.

⁴¹ Para una visión panorámica sobre el tema del dolo eventual muy recomendable: LANGÓN CUÑARRO, Miguel. *Curso de Derecho Penal*, Montevideo, p. 252 y ss.; WESSELS, Johannes.

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 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), lo que se reflejará en la 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.⁴²

Ejemplo: como el anterior, pero ahora M está haciendo compras en un centro comercial, 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 diferente a 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).

5. 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 nexo 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

Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, p. 69; GARCÍA ARÁN, Mercedes et al. *Derecho Penal Parte General*, Sevilla, p. 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 NStZ 1999, 508: “también si estuviere seguro de su producción, actuaría”.

⁴² Ver también: LJU Tomo 80, Caso 9187, apartado 3.

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, por ejemplo, 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 y todavía estaba vivo cuando A lo echó al agua. Sin embargo, finalmente murió porque no pudo nadar a causa de sus lesiones.⁴³

Una postura de la doctrina y también la jurisprudencia, 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.⁴⁴

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.⁴⁵ 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.

La mejor solución parece ser la misma que dimos antes a la cuestión del *aberratio ictus*: hay que analizar cada caso, 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.⁴⁶

⁴³ Ver los ejemplos y el tratamiento expuesto en: ⁴⁵ Ver: SALAZAR MARÍN, Mario. *Injusto penal y error*, Gustavo Ibañez, Medellín, 1999, p. 206 y ss.

⁴⁴ TdR 67, 258; TF 14, 193; OHG 1, 74; OHG 2, 285; también: WESSELS, Johannes. *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, p.76.

⁴⁵ A favor: BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal*, p. 111; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Freiburg, p. 282; Maurach/Zipf MAURACH, Reinhart et al. *Allgemeiner Teil I*, Heidelberg, p. 319; HRUSCHKA, JuS 1982, 319; Maiwald, ZStW 78 (1966), p. 54.

⁴⁶ Ver: TF 37, 179; TF en Neue Zeitschrift für Strafrecht 2001, 29.

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.

6. 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.⁴⁷ 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.

Aunque el *aberratio delicti* no está codificado en el derecho penal colombiano se rige de acuerdo con las normas generales. Así, debe seguirse la norma sobre el dolo, que es el artículo 22 del C.P. 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, pero 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 allí, y todavía están dentro de modo que mueren en las llamas (§§ 306, 306a, 306c StGB).

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 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).

Una excepción de punibilidad de este tipo de error son los delitos calificados por el resultado que son un ejemplo paradigmático del delito aberrante.

⁴⁷ Ver arriba, el principio invocado al estudiar el *aberratio ictus*.

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

Ha de tratarse 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 se incluye la forma en que quiere lograr el resultado del delito. Las cuestión que surge 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.⁴⁸ En Colombia, sobre el nexo de causalidad, se han considerado las teorías de la condición, de la causalidad adecuada, de la prohibición de regreso y, más recientemente, la imputación objetiva.⁴⁹ Sin embargo, se tiende a situar el nexo de causalidad dentro de los elementos objetivos del tipo. La jurisprudencia alemana suele tratar estas situaciones en el campo del dolo, del tipo subjetivo del delito⁵⁰, mientras que la doctrina prefiere tratar la cuestión de la imputación objetiva ya en el sector del tipo objetivo.⁵¹ 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.⁵² 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 al abismo donde muere en el momento de golpear contra el suelo.

⁴⁸ Buen resumen y muchos ejemplos en JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Freiburg, 1993, p. 280.

⁴⁹ Ver algunas de éstas y otras teorías: GARCÉS VELÁSQUEZ, Jaime. *Derecho penal general*. Diké, 1999, p. 28 y ss; ROZO ROZO, Julio E. *Derecho Penal General*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 1999, p. 420 y ss.

⁵⁰ Por ejemplo: TF 7, 114 con más referencias.

⁵¹ Por todos: WESSELS, Johannes. *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 1980, p. 59 y ss.

⁵² Comparar: C.P. Art. 9, inc. 1. „Para que la conducta se apunible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.”

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 inicialmente. La fórmula establecida por la doctrina es que el resultado que puede ser previsto cae en la esfera jurídica de la responsabilidad del delincuente. Este es el caso, si el resultado no fuera imprevisible objetivamente.⁵³

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 siguiente 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, mas, en otra teoría, no es imputable objetivamente.⁵⁴ Lo que queda problemático aún—independientemente de la solución que se prefiera,⁵⁵ 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 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.

CONCLUSIÓN

Resumiendo lo desarrollado precedentemente se puede concluir que entre los sistemas penales de Alemania y Colombia hay unas coincidencias en la previsión

⁵³ Comparar: Maurach/Zipf MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal, Parte General I*, Heidelberg, 1994, p. 46 con otras posiciones de la doctrina.

⁵⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. Tercera Edición. Temis, Bogotá, 1997. p. 392.

⁵⁵ Bien en el componente subjetivo o en el sector objetivo, ver arriba.

normativa del error de tipo, así como en su tratamiento, sin olvidar con ello la influencia de las escuelas alemanas en el legislador colombiano. La solución a los problemas del derecho penal se ha encontrado en cada momento frente a la situación de la que se ocupa el juez, y debe ser de mayor importancia que la dogmática, pues, como vimos, con la aplicación de principios generales del derecho se llega a soluciones viables, teniendo en cuenta lo que exactamente quiso el autor frente al resultado realmente logrado.

En todo caso, la doctrina y la jurisprudencia contribuyen en la solución y claro está, en la construcción dogmática, siendo ésta dinámica.