

**La relevancia de la representación causal del hecho del autor, un análisis para el
tratamiento punitivo del *aberratio ictus* en la jurisdicción penal colombiana en el marco
de la Ley 599 de 2000**

**Juan Camilo Navas García, Daniel Alejandro Matéus Rodríguez, Camilo Andrés
Ceballos Pinto**

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

Director

Andrés Hernando Luna Osorio

Magister en derechos humanos

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Derecho

2022

Contenido

Introducción.....	6
1. La relevancia de la representación causal del hecho del autor, un análisis para el tratamiento punitivo del aberratio ictus en la jurisdicción penal colombiana en el marco de la Ley 599 de 2000.....	9
1.1. Planteamiento del problema.....	9
1.2. Justificación.....	15
1.3. Objetivos	18
1.3.1. Objetivo General.....	18
1.3.2. Objetivos Específicos.....	18
2. Marco referencial.....	19
2.1. Antecedentes	19
2.2. Estado del Arte.....	47
2.3. Marco conceptual o referencial	72
2.4. Hipótesis.....	87
3. Metodología.....	88
3.1 Fuentes de información	88
3.2 Participantes	89
3.3 Herramientas	89
4. Resultados.....	90
4.1. Generalidades de la teoría del error y el aberratio ictus en la doctrina nacional e internacional (alemania y españa).....	91

4.1.1.	Concepto del fenómeno del aberratio ictus en la doctrina penal internacional ..	91
4.1.2.	Propuestas de la doctrina para el tratamiento punitivo del aberratio ictus	94
4.1.3.	El aberratio ictus en la doctrina y la jurisprudencia colombiana	113
4.1.4.	El desarrollo jurisprudencial del fenómeno del aberratio ictus en Colombia...	118
4.2.	La relevancia de la representación del curso causal del hecho del autor	129
4.2.1.	Precisiones generales sobre representación, previsibilidad y conocimiento	129
4.2.2.	Relevancia de la representación del curso causal del hecho del autor desde la teoría de la imputación objetiva	138
4.2.3.	Relevancia de la representación del curso causal del hecho del autor desde la teoría de la imputación subjetiva	149
4.3.	Tratamiento punitivo del aberratio ictus en Colombia: propuesta y criterios para su solución en armonía con la ley 599 de 2000	161
4.3.1.	El principio de culpabilidad en la Ley 599 de 2000 y la consecuente proscripción de la responsabilidad objetiva	162
5.	Conclusiones	172
	Referencias	177

Resumen

El presente proyecto tiene como finalidad principal el determinar, a partir de la revisión de la doctrina en dogmática penal colombiana, alemana y española desde finales del siglo XX, la relevancia que pueda tener la representación del curso causal del hecho del autor para la imputación jurídica de resultados lesivos acaecidos por desviaciones del curso causal, especialmente en el caso del fenómeno del *aberratio ictus*, lo que a su vez permite ahondar en lo que debe entenderse por objeto de conocimiento del dolo típico en los delitos de resultado. Al revisar la doctrina penal previamente referida se halló que, a pesar de que el *aberratio ictus* es una temática desarrollada uniforme y pacíficamente por la doctrina, existen autores que han realizado verdaderas críticas sobre la fundamentación teórica de su solución, con las cuales es posible entender en mejor manera cuál debería ser la razón para imputar, en el caso del *aberratio ictus*, un concurso ideal de tentativa y delito imprudente. Del mismo modo, se abordó la solución jurídica de los casos de *aberratio ictus* a partir de la teoría de la imputación objetiva para atisbar la posibilidad de que, en casos determinados, el resultado no previsto objetivamente por el autor resulte atípico objetivamente. Finalmente, se adoptan las propuestas de la literatura en cuanto al tratamiento punitivo del *aberratio ictus* y se explica la viabilidad de su aplicación en el caso colombiano, en armonía con los postulados de la Constitución Política y la Ley 599 de 2000.

Palabras clave: Conocimiento típico, *aberratio ictus*, desviaciones del curso causal, imputación objetiva, concurso de delitos, tentativa e imprudencia.

Abstract

The main purpose of this project is to determine, based on the review of Colombian, German and Spanish criminal dogmatic doctrine since the end of the 20th century, the relevance that the representation of the causal course of the author's act may have for the legal imputation of harmful results caused by deviations from the causal course, especially in the case of the phenomenon of *aberratio ictus*, which in turn allows delving into what should be understood as the object of knowledge of the typical intent in crimes of result. In reviewing the criminal doctrine previously referred to, it was found that, although *aberratio ictus* is a topic developed uniformly and peacefully by the doctrine, there are authors who have made real criticisms on the theoretical basis of its solution, with which it is possible to understand in a better way what should be the reason to impute, in the case of *aberratio ictus*, an ideal concurrence of attempt and reckless crime. Similarly, the legal solution to cases of *aberratio ictus* was approached on the basis of the theory of objective imputation, in order to glimpse the possibility that, in certain cases, the result not objectively foreseen by the perpetrator may be objectively atypical. Finally, it adopts the proposals of the literature regarding the punitive treatment of *aberratio ictus* and explains the feasibility of its application in the Colombian case, in harmony with the postulates of the Political Constitution and Law 599 of 2000.

Keywords: Typical knowledge, *aberratio ictus*, deviations from the causal course, objective imputation, concurrence of crimes, attempt and recklessness.

Introducción

En toda la historia del derecho penal, la teoría del error ha sido transversal para fundamentar diversas situaciones en las que un hecho típico no debe ser objeto de reproche jurídico-penal dependiendo de las particularidades del caso. Dentro de los motivos y eventos que sustentan estas hipótesis, pueden encontrarse los defectos en los que puede incurrir cualquier ser humano al desconocer algún elemento exigido por la ley, o al tener una interpretación defectuosa de la realidad.

Cuando se habla de errores en derecho penal, es necesario apreciar, desde la perspectiva del autor, qué tanto conocimiento tuvo de la realidad objetiva al momento de ejecutar el hecho, lo que a la postre, de hallarse relevante para el derecho penal por abarcar los elementos que configuran el riesgo jurídicamente desaprobado, se denominará conocimiento típico. A su vez, el conocimiento típico es parte fundamental de la modalidad subjetiva de ejecución de conductas típicas denominada dolo, porque su concepto está formado por el conocimiento y la voluntad según la literatura científica, la cual ha sido aceptada por el ordenamiento jurídico colombiano según lo establecido en el artículo 22 de la Ley 906 de 2004.

En ese sentido, el análisis del conocimiento típico, que debería ser abordado en los casos en los que se observe la posibilidad de un error jurídico-penal, ha llevado a los autores de la doctrina penal a preguntarse cuál es el conocimiento que debe poseer el sujeto para poder atribuirle el hecho típico como obra suya, lo que los ha conducido a desarrollar en mayor medida el elemento cognitivo del dolo.

Mayoritariamente, se afirma que el dolo exige para su imputación que el respectivo autor haya conocido todos aquellos aspectos que constituyen la infracción penal según lo

establezca la norma (tipo objetivo), empero, otros autores han centrado su atención en determinar concretamente y con mayor rigor cuál debe ser el contenido exacto y justo de la decisión del autor para que pueda constituirse como conocimiento típico, sentando claramente cuáles aspectos de la ejecución de la conducta y la realidad empírica deben ser conocidos por el autor para que las resultas de su acción puedan serle imputadas dolosamente.

Todo lo anterior es relevante al momento de estudiar el error denominado aberratio ictus, consistente en la desviación del curso causal del acontecimiento en que incurre el autor cuando, producto de una defectuosa ejecución de dicha conducta inicialmente dirigida contra un objeto material concreto, termina impactando en un objeto material distinto a aquel. Así las cosas, en el caso del aberratio ictus se puede apreciar que ha acaecido un resultado penalmente relevante diferente al inicialmente propuesto por el autor, y ello implica que el observador del caso lleve a cabo un análisis acerca de lo que le es exigible conocer al sujeto agente al momento de desplegar su conducta, para posteriormente determinar si el resultado producto de la desviación puede serle imputado. En ese sentido debe profundizarse, en primera medida, en los elementos que pertenecen al tipo objetivo que aparentemente se adecuan a la conducta realizada por el sujeto, donde podrán encontrarse los sujetos activo y pasivo, el curso causal, el resultado y el objeto jurídico o material, entre otros.

Al respecto del caso del aberratio ictus, de cara a encontrar su resolución y respectivo tratamiento punitivo, se ha suscitado un debate dentro del cual pueden identificarse dos posturas principales en la doctrina penal internacional, una con más acogida que la otra. Por un lado, existe una postura dominante según la cual el resultado derivado de un curso causal desviado en el aberratio ictus no puede ser imputado a título de dolo al autor dado que se entiende como producto de un error sobre el curso causal, hallando su tratamiento acorde a los casos de error

de tipo, permitiendo que el resultado no deseado por el autor le sea imputado a título de imprudencia en concurso con el delito intentado inicialmente en grado de tentativa. De forma opuesta se halla la postura minoritaria, según la cual la desviación que se presenta en el caso del aberratio ictus es irrelevante para la imputación dolosa del hecho, esto porque sostiene que el legislador no realiza distinción entre objetos típicamente equivalentes pertenecientes a un mismo bien jurídico, con lo cual en este caso debería imputarse a título de dolo ya que el autor “pretendía impactar a un ser humano (por ejemplo), y ha impactado a un ser humano”.

A lo largo del análisis documental realizado para dar con la tesis aquí defendida, se identificó que el núcleo del problema del caso del aberratio ictus se encontraba en la teoría del dolo, más concretamente en lo que respecta a su faceta cognitiva, determinando cuál debería ser su contenido con exactitud para que existiera o no la posibilidad de imputar o no dolosamente el resultado producto de la desviación al autor concreto, y especialmente si dentro de esos elementos objetivos exigidos para la imputación dolosa se encuentra o no el curso causal como elemento del tipo objetivo; ello por cuanto si se logra establecer de manera afirmativa que el curso causal hace parte del objeto del conocimiento típico del dolo, el tratamiento punitivo del aberratio ictus sería el aplicado por la teoría del error en los casos de error de tipo, tal como lo concluyen los autores que se adscriben a la postura mayoritaria, concluyendo que, en efecto, el aberratio ictus es un error sobre la causalidad del hecho. Por el contrario, en caso de hallarse que el curso causal no sea un punto de referencia obligatorio para el objeto del conocimiento típico, y de no hallarse otro punto de análisis diferente en el cual pueda determinarse la congruencia entre la representación del hecho del autor y la realidad objetiva en que materializa su conducta, esto podría significar un retroceso en el desarrollo teórico de la solución de los

casos de error en el golpe, donde un resultado no deseado por el autor pueda ser atribuido al mismo dolosamente tal como lo plateaba la postura minoritaria.

Como resultado de los esfuerzos que se realizarán en el presente proyecto para desarrollar su objetivo general, se logrará llegar, a su vez, a una aproximación del conocimiento típico, punto de referencia obligatorio para la imputación dolosa en los delitos de resultado, lo que permitirá determinar si el fenómeno del *aberratio ictus* es producido por el conocimiento defectuoso del curso causal como elemento del tipo objetivo, tal como lo plantea la pacífica solución de la postura mayoritaria, o si por el contrario deben hacerse nuevas precisiones en lo que respecta a la fundamentación teórica de esta solución ajustadas a los principios del derecho penal, y las modernas teoría del dolo en la dogmática penal internacional. Esta propuesta buscará sentar bases para establecerse un tratamiento punitivo adecuado y actual para los casos de *aberratio ictus* a partir de criterios de análisis objetivos y normativos, el cual sea compatible y por tanto aplicable en el sistema jurídico-penal colombiano, garantizando el respeto de los derechos y garantías fundamentales de las personas que puedan verse inmiscuidas en casos de *aberratio ictus* en Colombia.

1. La relevancia de la representación causal del hecho del autor, un análisis para el tratamiento punitivo del *aberratio ictus* en la jurisdicción penal colombiana en el marco de la Ley 599 de 2000.

1.1. Planteamiento del problema

En desarrollo de sus fines, se ha concebido a la dogmática del derecho penal tradicionalmente como una teoría tripartita, conformada por las grandes categorías dogmáticas

de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que, dependiendo de la escuela que se estudie o la postura que se adopte, tienden a entremezclar, o separar terminantemente lo que se considera como “objetivo” o “subjetivo” al interior de dicho sistema, identificando como objetivo todo aquello que rodea al agente y su conducta, generalmente susceptible de ser percibido por los sentidos o comprobado empíricamente; mientras que aquello que se clasificó como subjetivo fue todo lo que ocurría al interior del actor, aquellos datos endógenos propios de la psique y la personalidad que orientaban o explicaban el sentido que cada autor quería dar a su obra, y que, con base en la doctrina de la imputación, le hacían responsable de los efectos que esta última pudiera tener en el entorno social.

La doctrina continuó identificando y clasificando los elementos de la conducta que hicieran parte del orden de lo objetivo o del de lo subjetivo, así fue como se identificó que la acción, el curso causal, el objeto material, el bien jurídico, y el resultado típico eran los componentes más evidentes de la faceta objetiva del hecho (Agudelo, 2010, p. 60); mientras que el conocimiento, la intención y la previsibilidad que se encuentran en el dolo, y la imprudencia, así como la culpabilidad y sus componentes fueron encasillados en la cara subjetiva del hecho (Agudelo, 2010, pp. 96 y 97); de modo que en cada esquema del delito se le dio mayor o menor relevancia a cada aspecto. tal como sucedió en el causalismo, donde el resultado lesivo opacaba la preocupación por el lado subjetivo; o como posteriormente pasó en el finalismo, donde el plan final del autor acaparó la atención de la doctrina.

Después de la contienda entre causalistas y finalistas, objetivistas y subjetivistas, se logró identificar que el estudio del derecho penal depende de elementos tanto objetivos como subjetivos. En ese sentido, el *ius puniendi* sólo persigue conductas que se han externalizado y que, en virtud del principio de lesividad, han generado determinada afectación social que puede

ser vista como lesión de bienes jurídicos (Roxin, 1997, p. 52), o de la vigencia de la norma (Jakobs, 1997^a, pp. 9 y 10); y del mismo modo, la sanción que corresponde al resultado típico sólo puede ser aplicada cuando el acto mismo se considera reprochable socialmente, calificativo que solo puede darse, en virtud del principio de culpabilidad, a aquellos actos que provienen de un ser humano racional y libre, conocedor de su entorno, que se comporta de acuerdo con un modelo de conducta socialmente esperado, y comprende las consecuencias de los actos por él emprendidos.

La doctrina jurídico penal del final del siglo XX presentó una mayor preocupación por depurar el análisis objetivo de las conductas delictivas, y fue allí donde, con base en los fundamentos aportados por doctrinantes como Karl Larenz y Richard Honing, los penalistas de la segunda mitad del siglo se enfocaron en llenar de contenido la doctrina de la imputación objetiva, teoría que realmente redujo el espectro de conductas merecedoras del análisis y la intervención del derecho penal, esto a partir de criterios como la elevación o disminución del riesgo, el ámbito de protección de la norma, la prohibición de regreso, el principio de confianza, o las acciones de propio peligro emprendidas por la víctima, entre otros. Sin embargo, con ello se relegó todo el espectro de elementos del aspecto subjetivo del hecho a un segundo nivel de imputación, que algunos han denominado como “imputación subjetiva”, y que, tal como se ha dicho, no se ha visto nutrida por la doctrina penal de los últimos tiempos.

A pesar de todo lo anterior, incluso la corriente funcionalista del derecho penal se ha encontrado con un elemento subjetivo que parece ser coyuntural a toda la estructura del delito, y es la representación del hecho por parte del autor. Se trata de un requisito dogmático que incluso algunas de las teorías de la imputación objetiva del funcionalismo sistémico han encontrado presente previo al estadio de análisis de la acción, llegando a afirmar que no es

posible concebir la acción jurídico-penalmente relevante desprovista de aquella correcta representación de la realidad que debe tener el agente.

Una de las razones que da mayor relevancia al aspecto subjetivo del hecho, y que se relaciona íntimamente con la representación, es la teoría del error, que en el derecho penal estudia aquel fenómeno consistente en la divergencia que existe entre la representación de la realidad del autor, y la realidad misma que le rodea. De los errores es posible diferenciar aquellos que se refieren a la connotación jurídica del acto que se comete, antiguamente denominados errores de derecho, y actualmente como errores de prohibición; así como es posible identificar otro grupo de errores que se aprecian en el caso en que el autor de la conducta no procesa o concibe la realidad correctamente, de la que derivan los elementos objetivos de la tipicidad, de forma correcta. A este grupo de casos se les denominaba errores de hecho, para que posteriormente se les diera el nombre de errores de tipo. Así pues, el error de tipo resulta ser la contracara del dolo, ya que si el dolo en su aspecto cognitivo debe abarcar el conocimiento de todos los aspectos objetivos del tipo y presentes en la realidad que lo rodea, en caso de que haya un conocimiento defectuoso o de plano se desconozca determinado componente del tipo objetivo, será posible reducir o anular por completo la punibilidad de la conducta objeto de análisis.

Con base en lo anteriormente expuesto está claro que la representación defectuosa del hecho por parte del autor tiene una incidencia directa en la posibilidad de que se le sancione en mayor o menor medida, sin embargo, existen algunos puntos problemáticos dentro de la teoría del error que aún no encuentran una solución pacífica por parte de la doctrina, entre estos casos se encuentran las distintas hipótesis de desviación del curso causal, que por la postura mayoritaria en la doctrina, se han ubicado dentro de la teoría del error como casos particulares

de error de tipo. Dentro de este grupo de desviaciones se encuentran: el *error in objecto*, el *dolus generalis*, y, finalmente, el *aberratio ictus*, caso particular sobre el que se centrarán los esfuerzos del presente proyecto.

El *aberratio ictus* implica un caso concreto de especial análisis dogmático pues versa sobre la ejecución defectuosa del delito por parte del autor, que desemboca en un resultado jurídico penalmente relevante no previsto, como cuando A, con la intención de disparar a B, termina impactando a C, ya sea porque su mano temblaba, porque B se movió y C se encontraba detrás, o porque el cañón del arma se encontraba sutilmente doblado. Lo que es común en todos estos casos es que el autor se representó una ejecución causal del hecho totalmente diversa a la que ocurrió materialmente, motivo por el cual nace el interrogante de si debe sancionarse al agente por la comisión del resultado no previsto, en adición al delito tentado que efectivamente se había propuesto. Frente a ello, la doctrina mayoritaria se encuentra dividida entre los autores que piensan que el resultado no previsto por el actor debe ser sancionado como delito imprudente; y el grupo (mucho más reducido) de doctrinantes que consideran que debería sancionarse como delito doloso consumado. Sin embargo, estos solo son intentos de solución del caso más sencillo que implica el fenómeno del *aberratio ictus*, pues este puede darse en casos hipotéticos que dificultan su análisis, y que abren la puerta a nuevas propuestas de solución incluso en el escenario de la imputación objetiva.

Aterrizando lo anterior al caso del ordenamiento jurídico penal colombiano, es preciso advertir que, por la implementación de la Constitución Política de 1991, se exigía la modificación de todas las áreas del derecho, de las cuales el derecho penal no era una excepción. De esta manera, en 1998 se inicia la creación de un nuevo código penal, caracterizado por una

perspectiva integradora, donde se tomaron institutos de cada escuela del derecho penal, sin adscribirse a ninguna de ellas en particular.

Se orientó el proyecto, principalmente, por no encasillar la normatividad en ninguna corriente dogmática en especial. La idea que tuvo el legislador es que la doctrina y la jurisprudencia perfilen y adecúen la interpretación de los enunciados normativos abstractos conforme a los principios y la dogmática jurídico penal internacional

En efecto, la Ley 599 de 2000 es un verdadero esfuerzo por armonizar y sistematizar diversos conceptos e ideas propios de varias líneas de pensamiento del derecho Penal, y como resultado de estos fines, la indeterminación de algunas instituciones establecidas en su articulado exige del intérprete desentrañar su contenido acudiendo a distintas fuentes históricas, jurisprudenciales y doctrinales, para así llenar de sentido estos preceptos legales abstractos.

Tal indeterminación e inseguridad jurídica es la suerte que corren distintas hipótesis de error establecidas en los numerales 10, 11 y 12 del artículo 32 del Código penal, de los que se coligen de manera relativamente explícita los errores de tipo y de prohibición vencibles e invencibles, el error de prohibición indirecto, el llamado error sobre el tipo penal privilegiado, y el error sobre las circunstancias de atenuación punitiva, todos con su respectivo tratamiento punitivo disminuido. Sin embargo, lo problemático surge en el entendido de que en los numerales mencionados no se hace referencia a la totalidad de hipótesis de errores reconocidas por la dogmática penal, tales como el ya mencionado *aberratio ictus*, hipótesis que no está exenta de acontecer en la realidad y que, por no tener un tratamiento punitivo claro, permite la imposición de penas inmerecidas o la impunidad de quienes transgreden la norma injustificadamente.

Como se puede ver, la dinámica del derecho penal es constante, por lo que es trabajo del jurista nutrir de sentido las disposiciones legales abstractas que orientan y limitan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Ante la inexistencia de un tratamiento diferenciado por parte de la normatividad penal colombiana, y el escaso estudio de las ya mencionadas hipótesis particulares de error por parte de la jurisprudencia, se encuentran en vilo las consecuencias jurídicas que merecen las distintas formas de desviación en el curso causal, lo que puede llegar a propiciar injusticias a través de sanciones impuestas a personas por resultados lesivos que, en algunos casos, eventualmente no les son siquiera objetivamente imputables, o situaciones de impunidad donde se precisa de la intervención estatal para la reafirmación de la norma y la prevención de este tipo de conductas.

Así pues, el presente análisis tiene por tema transversal el de la relevancia de la representación causal del hecho típico por parte de su autor en el marco de los delitos dolosos, específicamente para la hipótesis particular de error del *aberratio ictus*, mayormente conocido como error en el golpe, para así determinar si la ausencia de dicha representación causal, o su presencia defectuosa en el caso concreto del *aberratio ictus* implican un cambio en su respectivo tratamiento punitivo en el ámbito de la tipicidad, finalizando con la posibilidad de proponer parámetros uniformes de cara al tratamiento punitivo del *aberratio ictus* en el caso del ordenamiento jurídico penal colombiano.

1.2. Justificación

Debido a las características del sistema jurídico-penal colombiano, ciertos enunciados normativos se encuentran sin la posibilidad de adscribirse a una teoría consolidada que nutra de interpretación la descripción de su contenido y su configuración. La relevancia de la

representación causal del hecho como criterio para resolver las desviaciones del curso causal no ha sido desarrollada por el sistema jurídico-penal colombiano con solidez, relativizando la solución de casos con desviaciones del curso causal, sometiendo a los destinatarios de las normas penales a la adecuación arbitraria de conductas que, eventualmente, no ameritan una atribución de responsabilidad penal, o son merecedoras de determinada reducción punitiva.

Esta notable insuficiencia de criterios es un motivo superior para abarcar un análisis de las formas en las que la dogmática jurídico-penal contemporánea ha resuelto los problemas derivados de las desviaciones del curso causal, bajo un análisis de la representación del hecho del autor.

Este estudio permitirá dotar de herramientas teóricas a los intervinientes en el sistema jurídico-penal colombiano: los defensores, quienes luchan incansablemente contra el monopolio del poder punitivo estatal, cuya labor emprende la defensa de los derechos fundamentales de los procesados que son sancionados penalmente sin el análisis riguroso de los acontecimientos que determinan la incursión en el denominado *aberratio ictus*, como desviación del curso causal específica, podrán encontrar elementos de defensa que permitan contradecir las acusaciones ambiguas de los representantes del estado, garantizando el debido proceso; las autoridades de investigación que, apoyadas por el castigo legítimo, realizan acusaciones que escapan de la realidad objetiva, al inobservar el tratamiento punitivo que amerita la configuración de desviaciones en el curso causal, podrán encontrar un sustento sólido para sus teorías del caso, acorde con los principios de la ley 599/2000; y, finalmente, los Jueces de la República tendrán a su disposición una contribución teórica que les permita enriquecer su convicción sobre los elementos que serán objeto de prueba o comprobación, en circunstancias

procesales tramitadas por la acusación de comportamientos anti-normativos producto de la configuración del *aberratio ictus*.

Las formas en las que la dogmática jurídico-penal contemporánea, ha desarrollado la relevancia de la representación del autor en las desviaciones del curso causal, puede implicar un triunfo al derecho penal garantista, el Estado social de Derecho y los Derechos Humanos, puesto que, son estos los que promulgan la imposición de penas justas, de *ultima ratio*, supeditadas a la superación y presencia de cada uno de los elementos que componen la teoría del delito.

Dar a conocer la forma en la que debe ser analizado un hecho cuyo resultado sea producto de la desviación en el curso causal, concretamente de la configuración del *aberratio ictus*, es una garantía para todos los ciudadanos que, por errores que escapan de su ámbito de representación y conocimiento, podrían enfrentarse al poder punitivo del Estado en el marco de un proceso penal, incluso, llegando a ser reclusos en establecimientos carcelarios por resultado simplemente se adecuan a lo descrito en las normas del derecho penal especial, sin superar el filtro que proporciona el esquema del delito en su integridad, encontrándonos con un reclutamiento injusto y desproporcionado.

Por consiguiente, la difusión de un tratamiento coherente, acorde con los principios constitucionales y del derecho penal colombiano consignados en la Ley 599 de 2000, que tiene por objeto la defensa de la libertad de todos los ciudadanos sometidos a procesos penales bajo adecuaciones típicas que puedan ser inadecuadas, conformaría un motivo socio-jurídico suficiente, digno de estudiar y desarrollar, que debe ser realizado en aras del mejoramiento del análisis sistemático del delito por parte de la jurisdicción penal colombiana y la implementación

armónica de la dogmática penal para todos aquellos que confían y ven en el derecho penal la espada y la balanza de la convivencia en sociedad.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Analizar la incidencia de la representación causal del hecho del autor en el estadio de la creación del riesgo desaprobado para el tratamiento punitivo del *aberratio ictus* en la jurisdicción penal colombiana conforme a la ley 599 de 2000

1.3.2. Objetivos Específicos

Estudiar el desarrollo conceptual de la categoría dogmática de la tipicidad, la teoría del error, y el *aberratio ictus* en la doctrina nacional, alemana y española.

Exponer las distintas teorías en torno al tratamiento punitivo del fenómeno del *aberratio ictus* en la doctrina jurídico penal nacional, alemana y española.

Determinar la relevancia de la representación causal del hecho del autor a partir del uso de criterios normativos para la afirmación o negación de la imputación objetiva o subjetiva del resultado lesivo no deseado por el autor según corresponda.

Proponer criterios y soluciones para el tratamiento punitivo del fenómeno del *aberratio ictus*, teniendo en cuenta la relevancia de la representación causal del hecho, en armonía con los principios y reglas de la Constitución Política de 1991, y la Ley 599 de 2000.

2. Marco referencial

2.1. Antecedentes

En primera oportunidad, sobre el estudio del error, se destaca Carrara (1986), fundador de la escuela clásica italiana, quien en su vasta obra intenta abordar la temática planteada a través de la teoría del grado, o lo que es lo mismo, los escenarios donde es posible la graduación de la pena por deficiencias en la conducta del sujeto.

El autor dejó por sentado que las deficiencias de la conducta del agente nacen por la ignorancia y el error como formas de perturbación de la consciencia. En ese sentido, surge la teoría del error como una forma de graduar la pena o imposibilitar su atribución por los defectos del sujeto en la acción, teniendo en cuenta el análisis de los elementos del delito en el caso concreto.

Según este autor, los errores son de hecho y de derecho, pueden ser vencibles o invencibles y, en su causa, accidentales o esenciales. Esta subdivisión se torna relevante, por cuanto intenta explicar que, existen diversos errores producto de circunstancias ajenas o no representadas por el autor, cuya insignificancia no modifica o tergiversa el resultado querido, considerándose un accidente sin repercusiones en la calificación jurídica. Asimismo, pueden

concurrir errores esenciales, cuando el resultado del comportamiento delictivo no fue previsto o representado por el agente, pero recae sobre un elemento esencial del delito.

Ahora bien, para arribar a las consecuencias jurídicas de los errores y su clasificación, se analiza el elemento subjetivo del delito, denominado fuerza moral subjetiva de la que hacen parte el dolo y la culpa como modalidades de la conducta punible, las cuales determinan si el resultado es atribuible o no a su autor. De esta manera, si el dolo es el conocimiento y la voluntad de realización del delito, cuando su ejecución se tergiversa por un error accidental que no modifica el resultado querido por el autor, se entiende que su voluntad de realización persiste desde el inicio del hecho hasta su culminación, sin importar que, en el camino, se haya presentado dicho error, dada su insignificancia.

No puede tratarse de la misma forma el error esencial, por cuanto, la voluntad de realización de una conducta punible se ve abarcada por un déficit intelectual que da como resultado una conducta no querida y no conocida por el autor, siendo esto, en primera medida, atribuible a título de culpa, teniendo en cuenta que el sujeto voluntariamente omitió la diligencia de calcular las posibles y previsibles consecuencias de su hecho.

En ese sentido, el error esencial exige un análisis de los elementos estructurales de la culpa; la voluntariedad del acto, la previsión y la posibilidad de prever, para así concluir que, al realizar la conducta punible se incurre en error esencial vencible, cuando el sujeto no previó el resultado pero podía preverlo; y error esencial invencible, cuando el sujeto no previó el resultado y no podía preverlo, configurándose en ambos casos un déficit intelectual que recae sobre la fuerza moral subjetiva.

Huelga resaltar que, ese déficit subjetivo tiene consecuencias divergentes, en tratándose de los errores vencibles e invencibles. En el primero de ellos, la negligencia con la que obra el sujeto agente al no prever las consecuencias jurídicas del hecho pudiendo hacerlo, aminora la imputación del resultado, de dolo a culpa. En el segundo caso, la invencibilidad del error producto de la no posibilidad de prever tiene como resultado la degradación de la culpa al caso fortuito. Este tratamiento disímil, es explicado por Carrara (1988) al señalar que “el no haber previsto la consecuencia ofensiva, distingue la culpa del dolo, y el no haberla podido prever, diferencia el caso fortuito de la culpa” (p.84)

Entonces, dentro de la teoría del grado del delito planteada por Carrara, los errores son un componente para atenuar la imputación o excluirla, y este mismo tratamiento se ofrece para analizar los errores que el autor denomina errores al reaccionar en donde se encuentra la aberración o *aberratio ictus* y que puede producirse cuando un sujeto A intenta cometer homicidio frente a B, pero en su ejecución causa la muerte de C.

Esta discusión fue resuelta bajo dos variables: si el homicidio frente a B era un acto lícito, es decir, de legítima defensa, por concurrir en él los elementos de dicho instituto, la acción defensiva se extiende hasta la muerte del tercero, considerándose un caso fortuito no atribuible al sujeto agente. La segunda variable, se produce cuando el acto era ilícito, es decir, que, sin ninguna justificación, se produce la muerte del tercero, ajena al resultado querido por el autor. Esta variable también representa, per se, un caso fortuito, pero deberán concurrir en el autor la no previsibilidad y la no posibilidad de prever para que pueda ser eximido de responsabilidad.

El autor concluye que la naturaleza del planteamiento es un problema de índole subjetivo o psicológico del sujeto agente, que debe resolverse mediante la teoría del error vencible e

invencible, dependiendo del grado de intervención, el cual se determina a través de la capacidad de prever el efecto del hecho, más que por la posibilidad de haberlo previsto, en razón a que, la posibilidad de prever no representa un análisis del autor concreto, sino una dimensión que sobrepasa la mente del sujeto, desbordando la naturaleza estrictamente subjetiva del problema.

A partir del año 1880, más concretamente en Alemania, se gesta un esquema del delito en el cual se aprecia un esfuerzo por delimitar el contenido de cada elemento del delito, y es desde este punto que se habla concretamente del delito como la comunión de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en una conducta humana, la escuela Causal Naturalista. Aquí el método dogmático demostraba un claro énfasis por desarrollar un estudio científico de la acción, de la imputación de sus resultados considerada como conexión causal del mundo fenoménico a través de estudios científicos empíricamente comprobables, y de las causas de la pena desde una perspectiva político criminal (Mir, 2003: 200).

Dentro del esquema Causal – Naturalista del delito, destacaron, entre otros, juristas como Franz Von Lizst, y Ernst Beling, quienes definieron a la acción humana como la modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos (Von Lizst, 1927, como se citó en Agudelo, 2010, p. 55). Ahora bien, este sistema estratificado del delito buscó dividir contundentemente los aspectos de índole objetivo y subjetivo, relegando los primeros a la tipicidad y la antijuridicidad; y los últimos al ámbito de la culpabilidad, esta última de mayor importancia para los fines del presente proyecto.

En cuanto a la culpabilidad, se le caracterizó como aquel vínculo psicológico que media entre el sujeto determinado y el hecho o resultado lesivo, y este vínculo psicológico mayormente se ve desarrollado en el dolo, que para este estadio de desarrollo de la teoría del delito se muestra

como forma o grado de la culpabilidad. En el caso del dolo, implica la unión del conocimiento y de la voluntad dirigidos a la realización de la conducta objetivamente antijurídica (Beling, 2002, pp. 106 y 107), y lo diferencia de la imprudencia que la intención del autor orienta su acción hacia la comisión del tipo penal, mientras que esta última se caracteriza por la negligencia o descuido del autor.

Según Beling, el primero de los elementos del dolo, también conocido como conocimiento, debe abarcar algunos presupuestos fácticos y jurídicos puntuales respecto de la realización del tipo penal, en primer lugar, i) debe contener las circunstancias descriptivas que corresponden al delito o al tipo; ii) por otra parte, no requería que el autor conociera el delito tipo o los elementos que lo componen, pues solo se requiere del conocimiento de las circunstancias del hecho, más no las consideraciones jurídicas de su actuar; iii) el autor debe haberse representado el hecho típico lo más ampliamente posible; iv) así mismo, requiere por parte del autor del conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento que comete (Beling, 2002, pp. 111 y 114).

Ahora bien, Beling logra hacer una apreciación relevante frente al elemento cognitivo del dolo, precisando que las palabras que la doctrina ha empleado para determinarlo, entre ellas: representación, conocimiento, consciencia, entre otras; tienen como finalidad común el asegurar que, para que la conducta sea reprochable a título de dolo, el autor tuvo que haberse representado la posibilidad de la ocurrencia del resultado típico (para el caso de los delitos de resultado), y ello implica que el dolo del autor al ejecutar una simple acción, puede estar dirigido hacia la posible realización de distintos tipos penales, o distintos resultados compatibles con un mismo tipo penal (Beling, 2002, p. 114).

Dicha representación como elemento del dolo, comporta un aspecto negativo según se presente la ejecución del hecho, esto porque, de no abarcar la totalidad de los elementos del tipo, o en caso de hacerlo defectuosamente, dependiendo del carácter esencial o inesencial que revista el yerro, podría implicar la anulación del dolo, veamos:

Por una parte, el error será esencial cuando el conocimiento del mundo en el autor implique que su configuración no le hubiere representado la comisión de una conducta punible, así como cuando el error bajo el que actúa el autor oculta a su vez la antijuridicidad de la conducta que realiza, haciendo que al agente le pareciera lícito su proceder (Beling, 2002, pp. 106 y 115).

Conforme a lo anteriormente expuesto, también existen los que se denominan yerros o errores inesenciales de cara a la comisión dolosa del tipo penal, que por consiguiente no afectan su punibilidad, punto en el que la escuela causal – naturalista responde al objeto del presente proyecto, esto es, en lo que tiene que ver con las desviaciones causales y su representación en el autor.

Este grupo de casos se conforma por aquellas inconsistencias en cuanto a la representación de la realidad del autor que, por recaer sobre aspectos que no tienen relevancia para la realización del tipo, en nada interfieren para la configuración del dolo. Entre ellos están el error en el objeto (doy muerte a A creyendo que se trata de B), y el error sobre el modo y manera del curso causal, ya que en nada afecta que el autor haya previsto que el resultado ocurrirá de un modo, pero el mismo resultado ocurre de otro.

También Beling plantea que, contrario a lo que la doctrina de su tiempo establecía respecto a que en casos de *aberratio ictus* donde el objeto representado por el autor como blanco

de su acción y el efectivamente impactado, no representado por el autor fueran iguales como objeto material del tipo penal concreto (como lo sería la vida de A o de B indistintamente de cara a un homicidio), el resultado efectivamente conseguido, que para algunos a lo sumo debería catalogarse como delito imprudente, debe imputarse a título de dolo, configurando un error inesencial, esto porque el homicidio doloso tan solo requiere de la acción de matar a otro, sin que importe de qué miembro de la especie humana se trate (Beling, 2002, p. 116).

Posteriormente, a manera de respuesta en el marco de la discusión académica acerca del enfoque del método dogmático positivista que caracterizó la escuela clásica alemana, a comienzos del siglo XX se origina la corriente del derecho penal que demostró una clara preocupación por ir más allá del método de investigación científico positivista, consciente de que la ciencia jurídica hace parte de las denominadas ciencias del espíritu, y no podía compartir método con ciencias exactas cuyo objeto de estudio inmutable dista de los fenómenos sociales por los cuales se preocupa el derecho penal. Este interés por el retorno a la filosofía en el estudio de la norma penal fue lo que principalmente caracterizó a la que se denominó Escuela Neokantiana, también conocida como Escuela Neoclásica Alemana, y sus mayores representantes fueron Gustav Radbruch, Edmund Mezger y Reinhard Frank (Agudelo, 2010, pp. 207 y 208.).

Ahora bien, entre los múltiples cambios que sufrió la teoría del delito en el tránsito al neokantismo, y teniendo en cuenta lo que a los fines del presente proyecto respecta, corresponde que se delimite aquí el objeto de estudio a la categoría dogmática de la culpabilidad, puesto que el dolo (y consecuentemente el conocimiento de las circunstancias del hecho) permaneció ubicado en dicho eslabón del estudio dogmático del delito, empero, la entera categoría de la culpabilidad evolucionó, y se le imprimió una naturaleza normativa que vale la pena mencionar.

En cuanto a la tercera categoría dogmática del estudio del delito, quien mayormente tuvo influencia en esta corriente fue Reinhard Frank, quien refutó fervientemente las hipótesis de las teorías psicológicas de la culpabilidad, e incluso ponía en tela de juicio que el componente principal del dolo fuera la voluntad (como mayoritariamente era aceptado por la doctrina en su tiempo), pues para este autor lo era la representación del hecho en el autor, el conocimiento del dolo (Frank, 2002, p. 39). Las teorías de la representación de Frank son un referente en cuanto a la evolución del concepto del dolo se refiere, puesto que, sin negar el momento volitivo de la conducta (el cual hallaba suficientemente abarcado por la acción), afirmaba que el dolo implicaba que el autor decidiera actuar a pesar de haberse representado el resultado de su acción, las circunstancias del tipo penal, las que agravan la punibilidad, y las que hacen posibles que la acción emprendida conduzca a dicho resultado.

En el mismo esquema del delito se encuentra Mezger quien, por su parte, atribuye al dolo los componentes de conocimiento y previsión de las circunstancias del hecho que fundamentan la pena, y frente a estos elementos establece que la representación del autor debe referirse a i) las circunstancias del hecho que existen al momento de la comisión u omisión, en donde se encuentran incluidos los ingredientes normativos del tipo y, por consiguiente, su significación; ii) las circunstancias del hecho futuras que fundamentan la pena, en donde entre otros aspectos se encuentra el resultado, con lo cual, el sujeto debe conocer las consecuencias de su acto u omisión; iii) y, finalmente, el conocimiento y previsión de la serie causal que conduce al resultado, es decir, el conocimiento de la conexión entre la conducta y el resultado (Mezger, 1958, pp. 238 y 239.).

En punto al último de los objetos de conocimiento señalados por el autor, hace la claridad de que no es poco común que el resultado ocurra de una forma distinta a la prevista al

idearse la realización de su plan, y por ello propone la solución que acoge la doctrina mayoritaria, la cual implica una valoración objetiva de la representación el autor, y el aspecto sobre el cual recae la desviación del curso de su acción, ello implica que si la desviación entre el curso causal representado y el ocurrido no es esencial, la desviación no afecta el dolo, sin embargo, de ser esencial la desviación del curso el dolo se anula, al igual que la culpabilidad del comportamiento (Mezger, 1958, p. 240).

Como casos destacados a mencionar de estas desviaciones del curso, el autor expone dos que ya son bien conocidos por la doctrina. El primero de ellos es el *error in objecto*, que ya se ha definido y, en segundo lugar, el autor expone al “extravío del hecho” o *aberratio ictus*, al cual no define literalmente, pero se vale de un ejemplo para informar al lector, ejemplo que permite concluir que su concepto de *aberratio ictus* sigue la línea trazada por sus antecesores, y que ya ha sido referido en líneas anteriores. Frente al tratamiento punitivo del fenómeno, el autor se mantiene en la tesis mayoritaria que dicta que, en todos los casos el autor que yerra por su defectuosa ejecución responderá por tentativa respecto del objeto que pretendía afectar, y según el contexto del caso, responderá por imprudencia respecto del objeto efectivamente afectado (Mezger, 1958, p. 240).

Finalmente, el autor hace precisión en lo que respecta a los aspectos del hecho que no son suficientemente relevantes como para deber ser previstos por el autor, y entre ellos plantea a: i) las circunstancias del hecho que fundamentan la imputabilidad del autor, y ii) las llamadas condiciones objetivas de la punibilidad (Mezger, 1958, p. 241).

En los años posteriores, la dogmática penal continuó evolucionando, y no tardaron en llegar las críticas y discusiones relativas a las flaquezas que presentaba la Escuela Neokantiana

del delito. Uno de los autores que pudo contemplar estos aspectos débiles de la teoría fue Graf Zu Dohna, quien apreció que existían inconsistencias en la determinación del contenido o naturaleza de las categorías dogmáticas, y que, a diferencia de como lo plantearon los neokantianos, apreció que no solo en ocasiones la tipicidad contenía aspectos subjetivos, sino que existía un tipo subjetivo, que contenía la relación del hecho con el autor concreto que prevé la norma penal (Agudelo, 2010, pp. 93 y 94).

De este modo, Graf Zu Dohna encuentra que existe una confusión en los autores anteriores, y que si se parte del hecho de que siempre hay un lado subjetivo de la tipicidad, ello permite apreciar que las siguientes dos categorías dogmáticas; antijuridicidad y culpabilidad, son auténticas valoraciones de las facetas objetiva y subjetiva de la tipicidad, respectivamente, pues si la antijuridicidad hace referencia a la relación del hecho con la norma, debe ser considerada como la valoración del tipo objetivo, mientras que si la culpabilidad refiere a la relación del autor concreto con el hecho típico, esta debe ser la valoración del aspecto subjetivo del tipo (Agudelo, 2010, p. 94).

A pesar de que Graf Zu Dohna hubiera apreciado tal inconsistencia en la teoría sistémica de sus antecesores, sus esfuerzos no fueron suficientes como para explicar cuál debía ser concretamente el contenido del lado subjetivo de la tipicidad, pero su aporte permitió que se abriera la puerta a quien se considera exponente por antonomasia del esquema Finalista del delito, Hanz Welzel. Este autor coincidió con Graf Zu Dohna en que antijuridicidad y culpabilidad eran categorías dogmáticas de valoración, y el objeto valorado por ellas estaba descrito al interior de la tipicidad, bien en su lado objetivo o en su lado subjetivo. Sin embargo, pudo observar que, de mantenerse el dolo y la imprudencia al interior de la culpabilidad, se está

frente a una contrariedad, pues si el dolo es el objeto valorado por la culpabilidad, éste no puede ser a su vez parte de la categoría valorativa del objeto (Agudelo, 2010, p. 95).

Por su parte, Welzel encontró el fundamento filosófico de la teoría Finalista del delito, una visión ontológica del concepto de acción, que puede resumirse en la siguiente línea de su obra: “La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer finalista y no solamente causal.” (Welzel, 1956, p. 39). Esto quiere decir que, a diferencia de como tradicionalmente se había analizado la acción por parte de las corrientes del derecho penal antecesoras, en el Finalismo la acción se muestra como una consecución de resultados a manera de objetivos, de cierto modo previamente determinados por el autor, a través de la previsibilidad, y no como el simple conjunto de relaciones causales de fenómenos del mundo que indistintamente explican en mayor o menor medida la ocurrencia de determinada consecuencia o fenómeno. Así pues, si el dolo es la voluntad de realizar el hecho típico a partir del conocimiento de sus elementos y circunstancias particulares, no debía hacer parte de la culpabilidad, sino de la tipicidad, más concretamente de la tipicidad subjetiva (Welzel, 1956, p. 39).

El dolo es, entonces, una característica del tipo de injusto sin el cual la adecuación típica de lo que sucede o se materializa no puede ser entendida por completo, ni ubicarse su realización por parte de un autor, y al igual que en los esquemas antecedentes, se compone de los elementos cognitivo y volitivo, toda acción final es llevada a cabo por la decisión voluntaria de una acción consciente, y es así como se constituye el tipo subjetivo de injusto en los delitos dolosos. Por su parte, al autor fundamenta el delito imprudente de manera distinta, pero consecuente con la filosofía de la acción final. Para Welzel los delitos culposos también encuentran su pilar en la voluntad del autor, sin embargo dicha voluntad no se refiere al resultado punible acaecido, pues

es presupuesto que se carezca de dicha voluntad para que haya imprudencia, sino que se refiere a los medios que el autor escogió para conseguir un resultado final que generalmente es distinto al que efectivamente acaece, transgrediendo la norma que prevé deberes de cuidado en el tráfico para aquellos que emprenden acciones potencialmente peligrosas de cara a la consumación de delitos (Welzel, 2004, p. 39).

Ahora bien, volviendo al contenido del dolo como parte del tipo subjetivo, se trata de una creación consciente de la realidad, donde se concreta el tipo objetivo, y por ello el conocimiento del dolo exige el conocimiento de ciertos elementos de dicha realización típica, como lo son: i) el conocimiento de las circunstancias del hecho ya existentes; ii) la previsión del resultado; y iii) la previsión del curso causal de la acción (Welzel, 1956, p. 78).

Así pues, Welzel afirma que el acontecer exterior solamente será tipo doloso cuando ha sido previamente ideado por la voluntad consciente del autor, y conducido hacia el fin del mismo modo, de esta manera puede observarse la clara relevancia que presenta la voluntad para el autor, puesto que si el resultado dejó de ser dominado por la voluntad consciente del autor y por el contrario es una consecuencia meramente causal de situaciones ajenas e imprevistas, dejará de hablarse de un delito de tipo doloso.” (Welzel, 1956, p. 78).

En ese sentido, los resultados lesivos que no puedan explicarse con base en la voluntad consciente del autor al emprender su acción no podrán serle imputados a título de dolo, y en este segmento se encuentran las denominadas desviaciones del curso causal, especialmente, el *aberratio ictus*. Al respecto debe aclararse que, si bien la voluntad consciente del autor nunca podrá encerrar hasta los más mínimos detalles del acontecer causal real, el curso causal que corre la acción sí debe haber sido previsto y querido por el autor, al menos en sus rasgos esenciales, y ello es todo lo que se encierra en lo que el autor denomina como *marco de la*

experiencia diaria, para así referirse a aquellas consecuciones atípicas y anómalas de resultados lesivos que, por no responder a la acción final del autor, no podrán imputarse a título de dolo .” (Welzel, 1956, p. 79).

En lo que al caso concreto de *aberratio ictus* respecta, el autor precisa que puede tratarse como un error inesencial (que por estar contenido en el dolo y referido al tipo objetivo debe considerarse como error de tipo), cuando en el ejercicio de la acción finalista del autor pudo preverse la posibilidad de desviación del curso causal al interior del marco de la experiencia diaria, entonces puede afirmarse que, si se afecta un objeto distinto (pero típicamente equivalente) al previsto en el plan del autor, podrá imputarse el delito doloso consumado .” (Welzel, 1956, p. 79), como en el caso de que un sujeto A situado en la terraza de un edificio apunte con un ladrillo en dirección a impactar la cabeza del transeúnte B, que camina por el andén del edificio, pero que, por un error en los cálculos de A, al soltar dicho ladrillo cae sobre la cabeza de C, quien caminaba tras B y muere por el impacto, en este caso, la muerte de C debe ser imputada al autor A, a título de dolo.

Con lo anterior Welzel se opone parcialmente a la doctrina mayoritaria que afirma que en tales casos debe imputarse como tentativa el daño pretendido y no materializado por la acción del autor, así como debe imputarse por imprudencia el resultado no querido y efectivamente realizado por dicha acción. Sin embargo, si el objetivo de la acción no es típicamente equivalente con el realmente afectado gracias a la desviación causal, solo entonces podrá imputarse un delito tentado de cara al objetivo previsto, mientras que el resultado no previsto se imputará a título de imprudencia (Welzel, 1956, p. 79).

Dentro del funcionalismo se encuentran dos grandes exponentes, de los cuales han nacido dos vertientes del mismo esquema del delito con diferentes posturas y criterios respecto

de determinados conceptos, ellos son: Claus Roxin, a quien se le atribuye el denominado Funcionalismo principalístico o moderado; y Gunther Jakobs, conocido como el creador del “Funcionalismo sistémico”. Si bien los pormenores de estas vertientes se escapan al objeto del presente apartado del proyecto, se realizará una breve exposición de lo que las teorías de estos autores implican para la resolución de la problemática aquí planteada.

Por su parte, Jakobs plantea toda una reestructuración del concepto de acción que se aparta de lo que tradicionalmente le han impreso sus antecesores, estructurando todo un esquema social de interpretación de los comportamientos humanos que, al pasar por dicho tamiz que desentraña su sentido social, se muestran de interés para el derecho penal (Jakobs, 1997b, p. 101).

Es importante que se mencione lo que representa la teoría de la acción de Jakobs, puesto que para este autor la acción es la causación individualmente evitable, dolosa o imprudente, de consecuencias previstas por los tipos penales. Esta definición tiene varias consecuencias de cara a la resolución del problema, puesto que, en primer lugar, implica que la conducta desplegada por el autor solo será relevante para el derecho penal si puede ser interpretada al interior de un contexto comunicacional dado por la sociedad, y que por tanto es compartido por la persona que ejecuta la conducta. Esto quiere significar que tanto el sujeto que se expresa (autor), como el sujeto que interpreta (coasociado) deben comprender el sentido del acto a través del esquema comúnmente establecido, la conducta se convierte así en una auténtica toma de postura por parte del autor, que desborda los límites de la norma como esquema interpretativo al contrariarla (Jakobs, 1997b, p. 101).

El sentido comunicativo de la acción para Jakobs implica además que, en el marco de la interpretación de la conducta en sede de acción, la inevitabilidad de la posibilidad de ocurrencia

de una contrariedad a la norma ocurra tiene relevancia para establecer las consecuencias para su autor, y esta evitabilidad se compone, en gran medida, por la representación que tenga el autor acerca de los efectos adversos de su conducta, lo cual es un requisito para que su acto tenga un sentido comunicativamente relevante, y, por tanto, que sea de interés para el derecho Penal (Jakobs, 1997b, p. 120).

Un ejemplo de lo anterior puede dar cabida a un caso en el cual, un sujeto que juega lanzando unas piedras en lo alto de una colina deshabitada, mientras que en la falda de la colina se encuentra otra persona realizando senderismo, quien es impactada en su cráneo por una de las piedras que lanzó aquel, y por dicha razón sufrió unas lesiones en su cabeza. En este caso puede apreciarse que para el autor no era posible conocer que en la parte más baja de la montaña se encontraba el senderista, y, por tanto, su conducta no se muestra de interés para el derecho penal, pues su sentido no transmite la contravención de la norma que esta precisa como esquema de interpretación social.

Lo anterior es aterrizado por el autor, de forma más concreta, en su explicación del lado subjetivo del hecho, donde establece que uno de los requisitos que configuran la faceta subjetiva de la conducta delictiva es el conocimiento o al menos la cognoscibilidad de la realización del tipo, afirmando la importancia del lado subjetivo del hecho, pues ante la ausencia de alguno de sus requisitos se estaría frente a un comportamiento desprovisto de sentido social, que no comunica nada más que la simple naturaleza que le caracteriza, y que por tanto no puede ser reprochado por el derecho penal (Jakobs, 2003, p. 75).

En punto a la carencia de cognoscibilidad por parte del autor, Jakobs mantiene la denominación de error invencible, uno de los fenómenos que afectan la motivación contraria a la norma que según este autor es necesaria para que haya responsabilidad penal, esto porque

para querer transmitir un sentido mediante un hecho propio al interior de un mundo, hay que conocerlo, y hay que conocer los efectos potencialmente peligrosos que este hecho encarna, de lo contrario, ante una acción que carece del conocimiento de su peligrosidad como mucho podrá predicarse la responsabilidad penal pero a título de imprudencia.

Ahora bien, en cuanto al objeto del conocimiento del dolo, Jakobs afirma que el nexo causal hace parte del tipo, pero aclara que el conocimiento del curso causal del autor (relación arriesgada) no es condición del comportamiento doloso, sino que el resultado lesivo sea consecuencia del riesgo no permitido desplegado por el autor (Jakobs, 1997a, p. 357). Ello quiere decir que, a pesar de que el curso causal deba ser previsto por su autor, al menos en sus aspectos más esenciales de cara a la realización típica para fundamentar la imputación dolosa, debe aclararse que no se trata sólo de si una relación arriesgada creada dolosamente es una condición del resultado desde la perspectiva de la simple causalidad natural; por el contrario, el hecho típico debe acaecer con ocasión del riesgo no permitido que fue creado dolosamente por el autor.

Así pues, puede que el autor, al emprender la realización de un riesgo permitido o no permitido, dolosamente desencadene un curso causal diverso por otro riesgo que no se representó previamente, en esos casos dado que la segunda realización típica no hacía parte de la representación del autor, a lo sumo podrá sancionarse por imprudencia.

Ahora, en lo que tiene que ver con el análisis del problema planteado, Roxin (1997) se ha pronunciado al respecto, precisando que, las desviaciones causales no ameritan una teoría especial y tampoco hacen parte de los errores concebidos tradicionalmente, puesto que, se solucionan en sede de imputación objetiva. En ese sentido, no hay una exclusión del dolo producto de la desviación causal; contrario a ello, al ser objetivamente no posible la imputación

de resultado por la imprevisibilidad del mismo, no es necesario realizar valoraciones más allá de las existentes en sede objetiva.

El método utilizado por el autor tiene por base un eslabón intermedio entre la imputación al tipo objetivo y la imputación al dolo. El contenido de dicha barrera, son los parámetros normativos denominados realización del peligro y realización del plan. El primero, valora exclusivamente el tipo objetivo; consecuentemente, la realización del plan es valorada para la atribución subjetiva del resultado. Así las cosas, determinar si una desviación causal es esencial o inesencial, afirma Roxin (1997) “exige una valoración que no tiene nada que ver con los procesos de consciencia de sujeto” (p. 485) pues se hace a través de la valoración al tipo objetivo y utilizando los parámetros normativos intermedios entre el tipo objetivo y subjetivo, (realización del peligro y realización del plan) sin alcanzar el escenario subjetivo del delito.

Para explicar la existencia de los parámetros normativos intermedios, se define el plan del autor como realización adecuada de un peligro creado. Ello implica que a la adecuación le incumbe lo representado objetivamente por el sujeto, y su posterior realización que, de forma independiente, permite la valoración objetiva. Un ejemplo donde se vislumbran estos elementos del injusto sucede cuando el sujeto A tiene una rencilla con el sujeto B, y quiere golpearlo en el ojo derecho, pero se produce una desviación que hace que el golpe se realice en el ojo izquierdo. En este caso, el resultado no requiere otra valoración objetiva porque se encuentra dentro del plan representado por el autor y puede adecuarse a él.

De esta forma, el Autor concluye que las desviaciones son inesenciales cuando no requieren una valoración objetiva adicional, teniendo en cuenta que el resultado, si bien desviado respecto del plan del autor, es adecuado al riesgo creado. No obstante, no sucede lo

mismo en la *aberratio ictus* o desviación del golpe, porque el resultado se produce en un objeto de la acción diferente al que originariamente se dirigía la acción voluntaria del sujeto agente.

Para apartarse del tratamiento de las desviaciones causales inesenciales, Roxin aborda la teoría de la concreción y la teoría de la equivalencia, para luego afirmar que no se adscribe de forma directa a alguna de ellas, pero su solución tiende a la planteada por la teoría de la concreción; allí se afirma que el dolo presupone su concreción en un objeto determinado por el sujeto. De la misma forma, el planteamiento de este autor está ligado al objeto de la acción elegido por el sujeto, como muestra del criterio del plan del autor. Sin embargo, cuando la realización del peligro se ve abarcado por un desvío no representado objetivamente por el sujeto, el resultado producido no hace parte de la realización del plan, y no puede atribuirse como hecho doloso consumado.

Entonces, Si el sujeto A tiene determinado al sujeto B para matarlo con arma de fuego, y al disparar, la bala se desvía y rebota por diversos objetos hasta dar en el sujeto B y producir su muerte, si bien el resultado recae en el objeto determinado por el autor, el desvío no representado objetivamente por el sujeto no hacía parte de la realización del plan, lo que conlleva a una valoración jurídica adicional a la del riesgo creado por el plan del autor.

Finalmente, dentro del funcionalismo el *aberratio ictus* está caracterizado por una desviación imprevisible objetivamente por el sujeto, que implica distinguir el plan del hecho del autor y el resultado, puesto que, un resultado que no sea el producto de la realización del plan no puede ser imputado al dolo. En las desviaciones causales esenciales, existen dos hechos que deben ser valorados objetivamente de forma independiente, lo que hace que, un resultado ajeno a la realización del plan, excluya el dolo, y frente al riesgo creado no realizado, se impute

tentativa, debiendo analizar frente al resultado desviado la posibilidad de atribuir la imprudencia del hecho al autor.

Por su parte, Silva Sánchez se refirió al problema de la relación presente entre los casos de *aberratio ictus*, y su relación con la teoría de la imputación objetiva. Para empezar, el autor expone las teorías imperantes respecto a la solución de los casos de error particulares de *aberratio ictus* y de *error in objecto*, señalando que, en primer lugar, existe una postura a la que se adscribe la doctrina mayoritaria, que dicta que en los casos de *aberratio ictus* cuyos objetos materiales o sujetos pasivos estén en condición de equivalencia típica, el delito o resultado pretendido por el autor no consumado en la realidad debe ser sancionado como delito tentado, mientras que el delito efectivamente realizado, no pretendido por el autor, deberá ser sancionado, a lo mucho, como delito imprudente (Silva, 1984, p. 350).

Por otro lado, el autor expone que hay otra solución, a la que se adscribe una parte más reducida de la literatura, que responde al problema de la desviación causal presente en el *aberratio ictus* en los casos de equivalencia típica de los objetos, la cual fue sostenida por autores como Ingeborg Puppe, y que afirma que el *aberratio ictus* presenta una desviación igual de inessential que el *error in objecto*, y que por dicha razón la solución manda a que se sancione como delito doloso consumado, sin importar que el objeto al cual apuntaba afectar el autor sea distinto al que efectivamente afecta de forma accidental, bajo la fórmula de que “se quería matar a una persona, y se ha matado a una persona” (Silva, 1984, p. 351).

En un primer momento Silva Sánchez expone los argumentos de ambas posturas, para posteriormente plantear críticas sobre sus postulados en busca de una teoría que en mejor medida sustente una solución a la problemática de la mano de la imputación objetiva. Para estos fines, el autor ubica como la raíz del asunto a una imprecisión dogmática de lo que son el objeto

material y el bien jurídico en el marco del análisis gramatical de los tipos por parte de los autores que sostienen la solución del delito consumado, puesto que defienden que el dolo tan solo debe contener lo que prescriba el tipo penal correspondiente, el cual generalmente no hace referencia a condiciones específicas o particularidades concretas, sino que está construido de la manera más general y abstracta, donde lo que importa de cara a la constatación del objeto del daño es su pertenencia a un bien jurídico concreto visto como valor (vida, integridad personal, patrimonio económico entre otros), en tanto que todos los objetos contenidos en estos valores generales demuestran una equivalencia típica que impide un tratamiento diferenciado. Ello implica que en el caso del *aberratio ictus* y del *error in objecto* el dolo de la acción contenga con suficiencia los aspectos que conforman el tipo, presentándose una desviación inesencial sobre condiciones extratípicas sin relevancia para la imputación subjetiva (Silva, 1984, pp. 353 y 354).

Por su parte, los autores que sostienen la postura del delito tentado y el delito imprudente señalan que el objeto del dolo no se concreta de manera previa y por tanto se reduce a lo contenido en el tipo, sino que se trata de un proceso que contiene en su aspecto cognitivo la exteriorización de la conducta pues el curso lesivo también es objeto del dolo (al menos en sus rasgos esenciales). Por esta razón es que la solución implica un tratamiento diferenciado para el *aberratio ictus* y para el *error in objecto*, ya que, mientras que en el *error in objecto* existe congruencia entre lo apuntado y lo efectivamente impactado (se apuntó a una persona y se impactó en la persona a quien se había apuntado), en el *aberratio ictus* no existe esta congruencia objetivo-subjetiva, pues ocurre una desviación relevante del curso causal previamente imaginado por el autor, afectando a un objeto distinto al que se había apuntado

previamente, y por tanto, se materializa un curso lesivo no contenido en el dolo del autor (Silva, 1984, p. 358).

Para Silva Sánchez, ninguna de las posturas se muestra suficiente, pues es posible establecer serias críticas que ponen en duda la precisión del tratamiento punitivo de las desviaciones objeto de estudio. En el caso de la solución minoritaria del delito doloso consumado, se aprecia que se trata de una teoría que depende mayormente de la concepción de bien jurídico que se tenga, puesto que la equivalencia típica de los objetos pretendido y efectivamente afectado depende de su pertenencia a un bien jurídico concreto visto como valor, lo cual puede ser refutado con una concepción de bien jurídico distinta, como la que establece Mir Puig, quien afirma que los bienes jurídicos no son valores generales, sino que responden a realidades jurídicas concretas y empíricamente comprobables, el derecho no protege el valor de la vida, sino vidas concretas y existentes en el tiempo y en el espacio, lo que implica una estrecha relación entre el objeto material y el bien jurídico que imposibilita que se sancione indistintamente la afectación de un objeto determinado cuando el dolo del autor estaba dirigido a afectar uno distinto (Silva, 1984, p. 355).

Por otra parte, la inconformidad del autor respecto de la teoría de la doctrina mayoritaria, y su solución de tentativa y delito imprudente, radica en una diferencia insalvable entre la concepción del objeto del dolo de los autores que la defienden, y la que tiene el propio Silva Sánchez. En primer lugar, advierte que la solución planteada por los autores adscritos a la teoría mayoritariamente respaldada se relativiza si se le enfrenta con las soluciones planteadas respecto de aquellos errores que se denominan inesenciales por recaer sobre elementos que no configuran el tipo objetivo, así que no se entiende por qué para algunos casos de desviaciones en el curso causal (como el del error in objectio) el tratamiento deba diferenciarse de aquellos

que se consideran relevantes (Silva, 1984, p. 363). Adicionalmente, para este autor, el nexo causal a pesar de hacer parte del tipo objetivo, no es uno de los elementos que configuran decisivamente el riesgo jurídicamente desaprobado, y dado que es el riesgo jurídicamente desaprobado el injusto de la conducta, solo pueden ser estos elementos que configuren la creación de un riesgo jurídicamente los que deben ser abarcados por el conocimiento del dolo del autor.

Toda la problemática antecedente encuentra solución para Silva Sánchez en la teoría de la imputación objetiva. Lo que importa realmente no es si el objeto alcanzado por la conducta es típicamente equivalente al que se pretendía alcanzar sin éxito; ni tampoco lo es el que en el ámbito de la imputación dolosa se haya previsto el curso causal tendiente al resultado en sus rasgos esenciales o inesenciales; ni lo es el que se haya logrado un resultado querido o no querido por el autor; lo que verdaderamente reviste de interés para la norma es que la conducta emprendida por el autor se muestre adecuada para la producción del resultado efectivamente realizado. Esto encuentra asidero en la visión preventiva del derecho penal que adopta el autor, puesto que la conducta deviene injusta, o adquiere relevancia penal, cuando verdaderamente encarna un peligro para los bienes jurídicos que la norma protege, y este puede apreciarse *ex ante*, bajo la óptica del espectador objetivo en la posición del autor con sus conocimientos y capacidades en ese preciso momento (Silva, 1984, pp. 366 y 367).

La relación de causalidad se muestra solo en el segundo nivel de análisis de la imputación objetiva, este es, el de la realización del riesgo en el resultado acaecido, y para este autor solo tiene relevancia de cara a la punición del hecho, puesto que la punibilidad de la conducta dolosa presupone que el resultado ocurrido se corresponda con el riesgo previsto por

el dolo del autor, y en caso de que esté ausente la realización del riesgo en el resultado no habrá lugar a imputación dolosa sino, a lo sumo, por tentativa.

Finalmente, Silva Sánchez precisa que, en el marco de la imputación dolosa de resultados, existen múltiples caminos que puede seguir un mismo riesgo no permitido hacia la realización de este en el resultado previsto desde la perspectiva *ex ante* por el observador objetivo, y ello encarna que la mayoría de las desviaciones causales no impliquen un verdadero cambio para la imputación de los resultados. Un ejemplo propuesto por el autor dicta lo siguiente: “A dispara sobre B para matarlo en plena montaña nevada y al borde de un precipicio. En la conducta de A se dan una serie de riesgos constatables *ex ante* por un espectador objetivo.” (Silva, 1984: 374). En el planteamiento anterior, para el autor era previsible y probable que con la conducta que emprendió pudieran desencadenarse distintas formas de producción de lesiones e inclusive la muerte de B, ya fuere porque la bala impactó en uno de sus órganos vitales, o porque el ruido hizo que la nieve de la montaña se desprendiera provocando una avalancha, o porque el ruido del disparo hizo que B resbalara y cayera por el precipicio, por decir algunos, sin que importe realmente que el autor haya escogido uno de estos caminos para materializar su plan, puesto que el riesgo que creó entrañaba cada uno de estos cursos causales previsible y probables.

Para finalizar el presente apartado de los antecedentes del problema de investigación escogido, se ha optado por analizar la situación y el desenvolvimiento del fenómeno problemático en la doctrina nacional, para lo cual se han escogido algunos exponentes de la dogmática penal cuyas teorías se enmarcan en las distintas corrientes del derecho penal adoptadas por el Estado colombiano históricamente.

Se ha escogido como punto de partida a Alfonso Reyes Echandía, quien por el contexto y la época en que desarrollo su doctrina podría adscribirse a un esquema del delito de perfil causalista, razón por la cual encontraba ubicados al dolo y la imprudencia al interior de la culpabilidad como categoría dogmática.

En punto al dolo, este autor establece un concepto que pretende ser ecléctico respecto de las teorías de la voluntad y de la representación anteriormente expuesta, dando relevancia tanto al aspecto cognitivo como al volitivo. Es así como concluye que el dolo es la reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de la conducta típica y antijurídica (Reyes, 2017, p. 214). Sin embargo, otorga mayor valor al aspecto cognitivo, pues en algunas líneas hace que la voluntad incluso dependa del conocimiento, esto al establecer que para que un comportamiento sea voluntario es porque el autor se ha representado el hecho previamente, y esta representación debía referirse a los requisitos de la descripción típica del comportamiento que ejecuta (Reyes, 2017, p. 215).

Por otra parte, dado que el dolo y la culpa o imprudencia son formas de culpabilidad para este autor, su aspecto negativo (entiéndase el caso fortuito o la fuerza mayor, los errores de prohibición o de tipo, la coacción, entre otros) es a su vez causal de inculpabilidad.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno del error en el golpe, el autor le da la denominación de *aberratio delicti*, y, al igual que lo hace la doctrina mayoritaria, le define como la discordancia existente entre el hecho previsto por el autor, y el hecho típico realmente acaecido, ubicándolo además entre los errores accidentales, donde la concurrencia de este deja intacta la adecuación típica o reprochabilidad de la misma. Así pues, si el autor pretende impactar con un proyectil de arma de fuego a un sujeto A con intención de quitarle la vida, y en su lugar termina

impactando a B, quien se interpuso entre la bala y A, causándole la muerte, el error que se presenta debe entenderse de índole eminentemente accidental por no recaer sobre los elementos del tipo concreto, con lo cual no afectará la posibilidad de reprochar la conducta, ya que el tipo de homicidio no discrimina en cuanto a la calidad o individualización de las personas, y su sujeto es indeterminado lo que, para el autor, implica que, en la situación antes descrita, haber matado a B sea equivalente a haber matado a A, concluyendo que el agente deberá responder por un homicidio doloso (Reyes, 2017, pp. 248 y 249).

Siguiendo con el tratamiento del *aberratio ictus* en la doctrina colombiana, Carrasquilla, intentó diferenciar los errores que permitían excluir la tipicidad de aquellos que configuraban supuestos de inculpabilidad. La intención del autor en diferenciar las clases de errores (y posteriormente definir en qué error puede clasificarse la *aberratio ictus*) no era otra que orientar sobre las repercusiones que trae consigo dentro de la teoría del delito, la configuración de un error. En ese sentido, el error fue conceptualizado, de manera genérica, como aquel que necesariamente excluye el conocimiento de los hechos por una inexacta representación de la realidad; por lo que su configuración imposibilita la culpabilidad del autor.

Ahora bien, para adentrarse en los fenómenos que configuran el error en el derecho penal, el autor optó por clasificarlos en esenciales y accidentales. Los primeros, son aquellos con relevancia jurídico-penal, y los segundos, son tan insignificantes que no exigen un análisis adicional al hecho punible, puesto que no modifican su estructura. Por consiguiente, el estudio de los errores fue centrado en aquellos denominados esenciales y que, a su vez, fueron subclasificados en errores esenciales vencibles e invencibles. Esto lo llevó a concluir preliminarmente que, todos los errores invencibles (de tipo o de prohibición) tienen la misma consecuencia jurídica: la inconsciencia de la antijuridicidad del hecho.

Luego de exponer cuestiones genéricas del error, abordó lo referente al error de tipo. Lo definió como aquel que recae sobre cualquier elemento descriptivo, normativo y personal del tipo de injusto, por falsa o falta de representación del hecho. De esta concepción se derivan diversos errores que recaen sobre el tipo, dentro del cual se encuentra el objeto de estudio planteado, cuya primera relación se vislumbra del denominado error sobre el nexo causal, donde “el sujeto carece de representación sobre el curso causal del suceso que desencadena con su acción” (Carrasquilla, 2011, p. 313).

Sin embargo, del error sobre el nexo causal no se deriva, para el autor, la *aberratio ictus*. Esta, si bien hace parte de los errores del tipo de injusto, tiene su origen de forma independiente, dentro del denominado error en el objeto material (objeto de la acción).

La aberración se puede presentar por error en la persona, en el objeto de la acción, en el golpe, en la causa o en el delito propiamente dicho, Genéricamente en el derecho penal se habla de “aberración” cuando lo que se produce es de algún modo distinto a lo que el sujeto pretendía. (Carrasquilla, 2011, p. 314)

De esta manera, se estudia de forma directa el presente planteamiento, en donde Carrasquilla (2011) afirma que, hay *aberratio ictus* o error en el golpe cuando, por fallido manejo de los medios, no por confusión mental, la acción recae sobre persona o cosa diferente (p. 315), el cual es ejemplificado, en un caso común: cuando el sujeto A desea matar al perro del sujeto B, quien lo acompaña a su paseo diario, y yerra en su disparo, matando al sujeto B y no a su perro. La solución a la hipótesis anterior, que representa al fenómeno de la *aberratio ictus*, debe ser la derivada de las reglas comunes de la culpabilidad, es decir; tentativa frente al hecho de matar al perro (daño en bien ajeno) y homicidio culposo frente a B.

Lo anterior, representa la conclusión y el tratamiento que ofrece el autor al configurarse el error que da origen al *aberratio ictus*. Empero, en aras de abarcar todos los problemas derivados de la desviación, adiciona a su discurso la obligación de verificar la imprudencia sobre el segundo hecho, en razón a que, la tentativa sobre el primer delito sin el resultado esperado, no deriva consecuentemente en el segundo una imputación por culpa; ésta debe verificarse, a través de la vencibilidad o invencibilidad del error, puesto que, si se tratara de un error invencible, es decir, un hecho sin conocimiento y bajo la ausencia de la consciencia de la antijuridicidad, el resultado sería el producto de un caso fortuito, el cual no es punible en la legislación penal.

Más recientemente, doctrinantes colombianos como Fernando Velázquez Velásquez se han pronunciado respecto a la problemática abordada en el presente estudio. Sin que este jurista haya innovado en las temáticas fundamentales de la tipicidad, del dolo y del error, más allá de lo propuesto por los autores extranjeros, sí advierte lo que podría considerarse una nueva perspectiva en lo que refiere a la concepción del nexo de causalidad como elemento de conexión lógica entre la conducta y el resultado, ya que afirma que, en la corriente funcionalista del derecho penal esta conexión de causalidad evolucione, y sea visto como un vínculo de tipo normativo en virtud de la teoría de la imputación objetiva, a lo que añade la denominada *relación de determinación*, para él expuesta en el artículo noveno, inciso segundo del Código Penal colombiano, donde se determina que la mera causalidad no es suficiente para la imputación jurídica del resultado (Velázquez, 2004, p. 439).

En ese orden de ideas, la relación de determinación es de índole normativa, e implica que, más allá de la causalidad, exista una verdadera correspondencia entre el riesgo que encarna la acción, y el resultado producido, nexo que, al igual que se ha señalado por algunos de los autores antecedentes, pertenece al tipo objetivo como uno de sus elementos.

Pues bien, dado que el nexo de causalidad es un elemento del tipo objetivo, y su conocimiento es requisito para la imputación dolosa, se le puede relacionar con la teoría del error, concretamente, la del error de tipo. En lo que respecta al conocimiento del nexo causal por parte del autor requerido por la norma, este no debe ser perfecto, “el agente debe prever -no conocer de manera efectiva, a diferencia de los demás elementos del aspecto objetivado del tipo- el nexo de causalidad y el resultado” (Velázquez, 2004, p. 398), con lo cual, tanto el *aberratio ictus* como los demás casos de desvío del riesgo pertenecen a un reducido grupo de casos especiales de error de tipo para el autor.

De este modo, el autor encuentra más lógica la postura de la doctrina mayoritaria respecto de la solución de la tentativa por parte del delito pretendido por el autor, y el delito imprudente por parte del delito efectivamente consumado, por encima de la solución de la equivalencia típica de los objetos o bienes jurídicos en cuestión (Velázquez, 2004, p. 400). Sin embargo, el autor contempla, al igual otros en la literatura penal, que es posible que existan desviaciones e incongruencias tan flagrantes entre la previsibilidad del autor y el efectivo rumbo que toma el curso causal de la conducta, que impidan la imputación dolosa de los resultados penalmente relevantes alcanzados, esto en razón a que existe un error esencial sobre el curso causal, que anularía incluso la posibilidad de imputar por imprudencia.

2.2. Estado del Arte

Uno de los grandes aportes que la literatura científica en el campo de la dogmática penal ha realizado al tema que aquí se estudia, es la monografía del jurista prusiano, nacionalizado alemán, Wolfgang Frisch, que se titula Comportamiento típico e imputación del resultado, investigación que fue impresa y publicada en 1987. En esta ocasión, el autor va a defender una tesis básica y que es transversal a toda su obra, esta es, la de identificar en qué lugar se debe ubicar la línea que separa al desvalor de acción y el desvalor del resultado en el estudio sistemático de la norma penal, determinando cuáles de los elementos del delito son propios de analizarse en cada una de estas dos grandes categorías en los delitos de resultado, desde la perspectiva funcional del derecho penal.

En ese sentido, el título de su obra se muestra bastante dicente de lo que allí se desarrolla, puesto que, para Frisch, las grandes categorías de análisis del delito deben ser, en primer lugar, el comportamiento típico, en el que se enmarca el desvalor de acción y por tanto la creación de riesgo desaprobada; y en segundo lugar, la imputación del resultado, teoría en la que mayormente se enfocaron los esfuerzos de la doctrina que precede a este autor, según el cual se trata de una imprecisión sistemática que ha favorecido que elementos propios del desvalor de acción se hayan ubicado en la doctrina de la imputación, en mayor medida gracias al afán de desarrollar la teoría de la imputación objetiva, presentando de forma correlativa una mayor preocupación por nutrir adecuadamente la doctrina del comportamiento típico.

Teniendo en cuenta esta idea fundamental, Frisch aborda con ojo crítico a las distintas teorías, criterios y planteamientos de la literatura en torno a la imputación objetiva establecidos por los más respetados exponentes en la materia, encontrando en ellas algunas imprecisiones,

yerros y flaquezas argumentativas que evidencian la carencia de utilidad o de provecho de estas de cara a una adecuada construcción del estudio sistemático del delito.

Ahora bien, para efectos de desarrollar las ideas de esta monografía en lo que tiene relación con el objeto del presente estudio, necesariamente debe remitirse a la doctrina del comportamiento típico, en donde el autor encontrará como núcleo central de esta a la denominada creación de riesgo desaprobado, la cual es el elemento fundamental del injusto de comportamiento, y condición necesaria para la imputabilidad objetiva de los delitos de resultado. La creación de riesgo desaprobada es un concepto mayormente abordado por la teoría de la imputación objetiva, siendo su primer eslabón de análisis, sin embargo, Frisch rescata aspectos que tradicionalmente se entendían en niveles ulteriores del análisis, para encontrarlos al interior de la doctrina del comportamiento típico, ahorrando pasos autónomos del análisis que, en el sentir del autor, pueden ser suficientemente abarcados por una adecuada concepción de la teoría de la conducta típica (Frisch, 2004, pp. 86 y 87).

Así pues, el comportamiento típico contendrá todos los aspectos (internos y externos) que atañen al desvalor de acción como creación de riesgo desaprobada, distinguiendo los que pueden clasificarse como propios del orden objetivo por materializar los requisitos objetivos de los tipos penales, así como los que pueden identificarse como propios del orden subjetivo, por hacer parte de la decisión del autor (en los delitos dolosos), o de su actuar descuidado (en los delitos imprudentes).

Dado que el examen que aquí se pretende realizar centra sus esfuerzos en lo que respecta al delito de resultado doloso, se expondrán algunas líneas básicas del pensamiento del autor plasmado en su monografía, partiendo de que se debe realizar, en un primer momento, un análisis objetivo de la conducta para determinar que se haya creado un riesgo jurídicamente

desaprobado, constatando la concurrencia de los contenidos de los distintos tipos penales en la conducta, así como realizando las debidas limitaciones con base en los criterios normativos de la teoría de la imputación objetiva, todas situaciones que, de no constatarse en el análisis de la conducta, implicarán la ausencia de creación de riesgo desaprobada, cuya consecuencia es la atipicidad de la conducta del autor, sin que exista mérito para continuar con el análisis dogmático de la misma (Frisch, 2004, p. 94).

Vale la pena resaltar que, en la doctrina de la conducta típica construida por el autor, se sientan bases para que problemas que tradicionalmente eran resueltos en el ámbito de la teoría del dolo o la denominada imputación subjetiva, ahora sean suficientemente abarcados por el ámbito del tipo objetivo, puesto que en la mayoría de casos, cuando las teorías tradicionales encuentran situaciones de exclusión del dolo, para Frisch se hace referencia a aspectos que sencillamente desvirtúan la creación de riesgo desaprobado, y por tanto, devienen en conducta atípica (Frisch, 2004, p. 54). En este orden de ideas, la creación de riesgo desaprobada, en el caso del delito doloso, requiere que se pueda constatar en el autor el conocimiento y reconocimiento del riesgo desaprobado que entraña la conducta de manera *ex ante*.

El paso a seguir en el análisis corresponde a lo que tradicionalmente se entiende como imputación subjetiva en la doctrina, sin embargo, podría pensarse que, dado que Frisch encuentra satisfecha gran parte de los contenidos del dolo y la imprudencia en el ámbito del tipo objetivo, este escalón del estudio se encuentre vacío o carente de utilidad, a lo cual el autor responde en el último capítulo de su monografía, en donde critica las posturas tradicionales mayormente acogidas, y pretende encontrar la importancia de preservar una teoría de la imputación subjetiva que se dirija a resolver cuestiones que no están suficientemente abarcadas por la imputación objetiva (Frisch, 2004, p. 488). De este modo plantea que los casos en que

tradicionalmente se excluye el dolo por no haberse si quiera previsto o conocido la posibilidad de realización del riesgo desaprobado, o por no haber tenido conocimiento efectivo de alguno de los requisitos del tipo objetivo (y por tanto aspectos de la desvaloración de la conducta), no sustentan la necesidad de que se construya una teoría autónoma de la imputación subjetiva, aseverando que esta debe dirigirse a aspectos diferentes para encontrar su utilidad (Frisch, 2004, p. 489).

Para Frisch, la imputación subjetiva encuentra su mayor utilidad en la resolución de los casos donde, a pesar de existir un suceso objetivamente típico, que conduce a la producción de un resultado objetivamente imputable a la conducta dolosa (o imprudente) del autor, no obstante no existe una relación o correspondencia entre ese acontecer objetivo, y lo abarcado por el dolo del autor, siendo casos insigne los denominados como desviaciones del curso causal, dentro de los que se encuentra, entre otros, el caso del *aberratio ictus* (Frisch, 2004, p. 604).

Para desarrollar esta idea, el autor refiere que las teorías del desvío presentan inconsistencias en el debate actual, pues la doctrina dominante ha dado suma relevancia a factores como la previsibilidad de los rasgos esenciales del curso causal, el curso causal como objeto del dolo (Frisch, 2004, p. 606), la equivalencia de los objetos (pretendido y verdaderamente impactado) afectados del bien jurídico, o la equivalencia del curso causal imaginado y el real, todas ellas teorías y criterios que, para Frisch, no tienen asidero en una auténtica teoría de la imputación subjetiva del resultado, puesto que complican el debate y resultan superfluas de cara a una solución sistemática y funcional de los casos (Frisch, pp. 2004: 614 y 615).

Finalmente, el autor contempla que existen necesidades y aspectos de la relación entre la conducta típica objetivamente y la realización del riesgo desaprobado que no se encuentran

suficientemente abarcados por el tipo objetivo, que a su vez sustentan la importancia de que se perfile adecuadamente la teoría de la imputación subjetiva, lo cual, en el caso de los delitos dolosos de resultado, se aprecia en el contenido de la decisión del autor como conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado que entraña la acción que realiza (Frisch, 2004, p. 497). Para Frisch, la decisión del autor en el delito doloso de resultado debe contener requisitos de índole normativa (no naturalística como puede ser el curso causal) tales como: la referencia a un determinado tipo de creación de peligro; la limitación del objeto (donde se hacen importantes claridades frente al objeto y el bien jurídico) y el grado de menoscabo al mismo; la admisión de una acción adecuada para la realización del riesgo; y la capacidad de realización de la decisión del autor, estos como requisitos especiales de imputación subjetiva (Frisch, 2004, p. 629 a 635).

Otra de las investigaciones científicas pertenecientes al estado del arte del tema escogido, es la de Yesid Reyes Alvarado, denominada Imputación objetiva, la cual fue elaborada por el autor como resultado de su paso por el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn en Alemania, durante una beca de investigación por parte de la Fundación Alexander von Humboldt durante el año de 1992.

En esta monografía, el autor colombiano busca desentrañar las teorías que históricamente han buscado clarificar el tema de la atribución de los resultados lesivos a las conductas por ellos desplegadas, algunas desde la perspectiva causal – naturalística, otras por medio de criterios normativos. Es así como inicia realizando un breve repaso por las teorías históricas de la causalidad, tales como la de la causalidad adecuada, la de la causalidad relevante, la fórmula de las condiciones legales, la de la causalidad anticipada o adelantada, entre otras, exponiendo al lector sus críticas y reconocimientos a este respecto, llegando al concepto de imputación objetiva, para lo cual toma como pilar central la idea hegeliana de que

a un ser humano solo puede serle imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad de la nada, la suerte, o el destino, con lo cual asevera que la verdadera tarea del derecho penal como mecanismo de control social es construir un sistema que regule exclusivamente las relaciones sociales con sentido comunicativo, y no los fenómenos naturales, sin que se desconozca la importancia de estos, puesto que las normas no tienen sentido sin un mundo natural al cual regir, y el derecho penal es una superestructura normativa que presupone la existencia de una estructura natural (Reyes, 2005, p. 94).

Luego de haber repasado las bases históricas de la imputación objetiva como teoría, refiriéndose a exponentes como Richard Honing y Karl Larenz, busca sentar los fundamentos teóricos básicos de esta teoría. Aquí el colombiano pretende perfilar y depurar los contenidos y criterios que pertenecen a cada elemento de la imputación objetiva, siendo estos la creación de un riesgo jurídicamente relevante, y la realización del riesgo jurídicamente relevante en el resultado lesivo.

Para abordar el tema de la creación de riesgo desaprobada como primer paso del análisis, rebate y acomoda las teorías que, a su parecer, impiden que la solución dogmática fluya, tales como la del hombre medio, la de la *conditio sine qua non*, o la del ámbito de protección de la norma, entre otras, y concluye que los factores principales a tener en cuenta en este estadio son, el análisis de la solución concreta y no de situaciones hipotéticas; y la aplicación adecuada de los criterios de la imputación objetiva (originalmente acuñados por Jakobs), tales como el riesgo permitido, la prohibición de regreso, las acciones de propio peligro de la víctima y el principio de confianza.

Posteriormente, Reyes hace precisiones rigurosas acerca de la realización de los riesgos, debate que se encauza principalmente en lo que a las teorías de la causalidad respecta, toda vez

que la realización del riesgo necesariamente plantea la necesidad de hacer referencias a la creación del riesgo desaprobado para encontrar su relación con esta, es allí donde plantea que la causalidad a tener en cuenta debe ser de índole eminentemente normativo, sin recurrir a la causalidad física o a imaginar el resultado a partir de cursos lesivos hipotéticos, planteando los principios como la evitabilidad, conducibilidad y dominabilidad del hecho que la norma exige del agente.

Es importante que se señale una de las acotaciones del autor en lo que al tema del presente proyecto respecta, dado que en un apartado de la realización del riesgo desarrolla los conceptos de previsibilidad objetiva y subjetiva, asegurando que la primera es la que todo ser humano puede tener de la causalidad y consecuencias de su acción, sin que importe el análisis de la situación particular, mientras que, con otros fines, se desarrolla el concepto de previsibilidad subjetiva, que sí tiene en cuenta las particularidades del autor concreto que rondan su actuar (Reyes, 2005, p. 80). De este modo, el autor afirma que para el ámbito de la imputación objetiva solo reviste de relevancia la previsibilidad objetiva, relegando la subjetiva al ámbito de la imputación subjetiva, conclusión que conlleva a que se afirme que, en caso de la ausencia total de esta previsibilidad objetiva del suceso, el resultado no puede ser objetivamente imputable al autor por ausencia de creación de riesgo desaprobado (Reyes, 2005, p. 69 y 70).

Como conclusión principal de la obra de este autor, debe resaltarse su método de identificación del aporte causal que en mayor medida explica el resultado lesivo, entendiéndolo como pauta de solución de los casos cuyo acontecer causal presenta problemas para encontrar una solución dogmática. Así pues, el colombiano concuerda con que, el criterio determinante para establecer la posibilidad de imputar un resultado lesivo a un autor (ya en el ámbito de la imputación del resultado) es que la conducta que él mismo ha creado o desplegado (entendida

como creación de riesgo desaprobada) sea la contribución causal que en mejor medida explique la ocurrencia del resultado, analizando el caso concreto y no otro hipotético, teniendo en cuenta la situación del autor concreto, y no la de una ficción como el hombre medio, reconduciendo el debate hacia una perspectiva probatoria, dado que la explicación generalmente será hallada a partir de las pruebas que en un proceso relacionen la conducta de un autor con el resultado prohibido por la norma, y en aquellos casos en que no sea posible encontrar la explicación del resultado a partir de las pruebas del proceso, deberá respetarse el principio *in dubio pro reo*, sancionando a lo mucho por tentativa, dependiendo del caso (Reyes, 2005, p. 293).

Finalmente, resulta de interés para este análisis que se haga referencia al último de los capítulos de la investigación del colombiano, el cual está dedicado a exponer someramente la teoría con la que concuerda en cuanto a la ubicación sistemática y la solución de los casos de desviaciones del curso causal de la conducta. Aquí encuentra fallas en las posturas de tendencia finalista que proponen la solución de las desviaciones como problema de la imputación subjetiva, trasladando el debate a la teoría del dolo, sin embargo, el autor admite estar de acuerdo con otra postura que plantea que la solución de las desviaciones se debata en el ámbito de la imputación objetiva, puesto que, en caso de que para el autor no sea objetivamente previsible la desviación del curso que altera las consecuencias de su acción, ello implicará que el riesgo desaprobado creado por el autor no sea el que se realizó en el resultado efectivamente acaecido, con lo que no habrá lugar a la imputación objetiva del resultado (Reyes, 2005, pp. 405 a 408).

Ahora bien, en lo que a la imputación subjetiva respecta, más concretamente en lo que al dolo se refiere, la literatura también ha tenido importantes aportes en los últimos años, en los que, a pesar del auge de la teoría de la imputación objetiva, se ha retomado el interés por los temas que pertenecen a este escalón del análisis. En este sentido, uno de esos aportes es el

realizado por Ramon Ragués I Vallés, denominado “La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa”, el cual elaboró por su título de doctorado en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona en 1998, y cuyo director fue el maestro José María Silva Sánchez.

Desde el principio, Ragués I Vallés hace observaciones que permiten determinar el objetivo de su investigación, que se encuentra enmarcado por la clara preocupación de la escasa producción que hay en la doctrina por nutrir el aspecto práctico-probatorio del dolo, mientras que la teorización abstracta de este tema se muestra tan desarrollada. Una aplicación correcta del dolo en los fallos judiciales supone un adecuado ejercicio probatorio de cara a su prueba, y esto a su vez presupone un adecuado conocimiento del aspecto material del dolo como concepto jurídico-penal.

El autor no da por sentado el debate doctrinario acerca del dolo para pasar inmediatamente al análisis de su prueba y aplicación, sino que desde un principio manifiesta sus discrepancias con las teorías de la doctrina mayoritaria (para su época) del conocimiento y voluntad, y dedicará el primer apartado de su monografía a la discusión de las falencias de las teorías tradicionales, para aterrizar en una concepción del dolo distinta, y que ha sido respaldada por juristas modernos.

En primer lugar, el autor aprecia que, a pesar de que las teorías antecesoras presentan serias diferencias, estas no trascienden del aspecto terminológico, puesto que sustancialmente casi todas las teorías encuentran puntos de consenso, siendo el punto de partida en común de todas ellas el considerar al fundamento del dolo como algo propio de la esfera interna del sujeto (conocimiento o voluntad); y el segundo punto de acuerdo es que todas ellas plantean como necesidad para la imputación subjetiva que el sujeto se haya representado un determinado grado

de realización de un riesgo penalmente relevante (contar con, tomar en serio, etc.) (Ragués I Vallés, 1998, p. 182). Al respecto de las teorías volitivas, el autor las descarta en razón a que la aceptación de los elementos del conocimiento del dolo antes descritos implica que, ante la realización de una conducta a la cual su autor ha ligado la realización de un riesgo no permitido, resulta lógico interpretar la exteriorización de esa conducta como una aceptación de la probabilidad de realización del riesgo, con lo que la voluntad del autor al respecto ya resulta superflua, pues la previa representación del riesgo punible no incide lo suficientemente en el autor como para disuadirlo de ejecutar su acción (Ragués I Vallés, 1998, p. 143).

Así las cosas, para Ragués I Vallés, aspecto que caracteriza a la concepción moderna del dolo con mayor importancia necesariamente es el de la representación del riesgo que encarna la acción, y dedica un apartado a delimitar el vago concepto de “representación” tan usado por la doctrina en esta materia. Para estos fines, se remite a los elementos objetivos del tipo que pueden ser circunstancias preexistentes a la acción, o de ocurrencia futura en los delitos de resultado, cuyo conocimiento caracteriza a la previsibilidad siendo estos su objeto de referencia. Ahora bien, los casos en que hay conocimiento cierto, o hay un desconocimiento total por el autor no suponen ningún problema a la hora de su análisis, por el contrario, los esfuerzos deben dirigirse a los casos en que el autor obró con un conocimiento incierto de las circunstancias del hecho típico (Ragués I Vallés, 1998, pp. 190 y 191).

Es necesario que el autor se haya representado previamente la capacidad lesiva o riesgosa de su actuar, y no solamente que tenga un conocimiento vago de la probabilidad de realización del riesgo en abstracto, y en ese sentido, la realización dolosa del actuar depende de que el autor conozca previamente a su actuar las circunstancias típicas, y aun así haya ejecutado a conducta peligrosa (Ragués I Vallés, 1998, p. 191 y 192).

Otras conclusiones a las que llega el autor como parte de su propósito de investigación refieren al aspecto práctico de la cuestión del delito doloso que, si bien excede los límites del presente proyecto, vale la pena presentar brevemente las conclusiones a las que se pudo llegar en esta ocasión. El español afirma en primer lugar que, si la prueba del dolo dependiera estrictamente de que se corrobore la situación psicológica del autor a la hora del hecho, sería imposible que existieran condenas por delitos dolosos dadas las claras limitaciones que presentan las ciencias exactas a la hora de la exploración de la psique de la persona. Así pues, el autor plantea que la prueba del dolo debería depender de un nuevo aspecto, y es su sentido social como criterio para determinar la concurrencia o no del grado de conocimiento que el dolo precisa (Ragués I Vallés, 1998, pp. 387 y 389).

El sentido social de la acción es un concepto ampliamente trabajado por autores de la corriente funcionalista del delito, especialmente por Günther Jakobs, quien elabora todo un entramado de roles y deberes como entorno de relación de las personas en sociedad cotidiana. Las acciones tienen un sentido comunicativo, y así mismo lo tienen las conductas que revisten las características de un delito, las cuales transmiten el mensaje de que niega o desconoce el mandato de determinada norma penal, desde el autor hacia los demás participantes del entorno social en que actúa.

Así las cosas, el sentido social de la acción puede trasladarse al ámbito de la prueba del dolo en los tribunales a través de un proceso de valoración en el que se escruta el hecho desde la óptica de los demás destinatarios de la norma, lo que trasciende la imposible valoración del contenido de la mente del autor, y va más allá de las apreciaciones subjetivas que presente el juzgador para con el caso concreto. (Ragués I Vallés, 1998, p. 390) Esta idea presupone el hecho de que toda persona que se hace partícipe del tránsito social renuncia en ciertas proporciones a

su individualidad en aras de garantizar la convivencia colectiva, con lo cual, la subjetividad del autor en lo que respecta a su representación particular de la situación del hecho, pierde relevancia contra la valoración que se hace de su acción como un riesgo socialmente relevante desde la óptica de los demás sujetos que hacen parte del contexto en el que actúa (Ragués I Vallés, 1998, pp. 395 y 396).

En lo que respecta a la teoría que transversalmente es abarcada por el objeto de investigación aquí elegido, otro aporte de importancia es el artículo científico elaborado por el maestro Santiago Mir Puig, que está titulado Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal, que fuere publicado en el libro Modernas tendencias en la Ciencia del derecho Penal y en la Criminología, y posteriormente en la Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología en el año 2003.

En un primer momento, el español hace referencia a que la teoría de la imputación objetiva, a pesar de ser tendencia dentro de la literatura contemporánea en derecho penal, no siempre fue así, dado que con la entrada del naturalismo que caracterizó las primeras escuelas y construcciones del estudio dogmático del delito se olvidaron esos conceptos valorativos que actualmente son bien conocidos, que permiten delimitar el estudio causal de los fenómenos penalmente relevantes, los cuales no surgieron sino hasta la entrada del neokantismo, con autores como Radbruch Y Engisch (Mir, 2003, p. 2).

De este modo nace la imputación objetiva como teoría en el año 1927, en un primer momento aplicada por Larenz al Derecho civil, y encausada por Honig hacia el campo del derecho penal, en el que se ha nutrido en mayor medida (Mir Puig, 2003, p. 3). Así, el autor contempla que en teorías como las de la acción final de Welzel, o las de la representación objetiva del resultado de autores como Engisch, aunque aparentemente tengan métodos de

solución y enfoques distintos, sustancialmente presentan el mismo sustrato ontológico de causalidad o de la acción que afectaba a la Escuela Positivista. Así, citando algunas críticas de Gimbernat, el autor concluye que el análisis del tipo presupone una valoración, dado que se trata de un concepto normativo, lo que abrirá paso al marcado interés por la teoría de la imputación objetiva.

Con esta recapitulación de algunas de las teorías fundantes de las bases de la imputación objetiva, el español llega a concluir que, dado que todas estas teorías surgen en un mismo contexto espacio-temporal y científico (Europa continental, primera mitad del siglo XX y la decadencia del naturalismo del método positivista), encarnando un retorno a la filosofía en la Ciencia Penal que había estado tan influida por el método científico positivista, un verdadero interés por la comprensión del significado de la acción más allá de la simple comprobación causal (Mir, 2003, p. 5).

A continuación, el autor realiza un acercamiento al concepto de imputación desde lo gramatical y la filosofía analítica, así dice que la imputación es atribución o adscripción, con lo cual la misión de la doctrina y de la jurisprudencia penales no es la de resguardar un concepto preconcebido de acción, sino que su función es imputar a los verbos de los tipos que describen la acción típica el sentido preferible para los fines del derecho penal (Mir, 2003, P. 8).

Otra de las manifestaciones de la imputación objetiva es su relación con el principio de legalidad, dado que hace que se flexibilice y permita modificar el sentido común de las palabras empleadas por la ley penal, si con ello se restringe el alcance de lo punible y se atiende mejor a los fines del derecho penal (Mir, 2003, p. 8).

Sin embargo, el autor indaga por el sentido claramente adscriptivo que presenta el término de *imputar* en cualquiera de sus acepciones en la dogmática penal, dado que tanto la imputación objetiva, la subjetiva y la personal, son términos que se usan para, desde distintas perspectivas, llegar a identificar la relación normativa entre el resultado lesivo o puesta en peligro con el autor en armonía con el principio de culpabilidad, hallando a su vez la similitud que presentan estos modos de imputación, así como su constante presencia en cada eslabón del estudio dogmático del delito (Mir, 2003, pp. 10 y 11).

Pues bien, el autor da a la imputación objetiva y subjetiva un alcance mayor al tradicionalmente entendido que les limitaba al análisis de la tipicidad, puesto que cuando el sujeto cree que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, la situación de ausencia de estos presupuestos sólo puede ser imputada objetivamente cuando hubiera sido observada *ex ante* por una persona prudente, de lo contrario decaerá la antijuridicidad del hecho, con lo cual, la imputación objetiva y la subjetiva también están ligadas al análisis de antijuridicidad, ya que para que se predique una causal de justificación que excluya la responsabilidad penal primero deben concurrir una serie de presupuestos del tipo permisivo o justificante, añadiendo además que el dolo o la imprudencia también deben estar dirigidos a la representación de estos elementos por el autor (Mir, 2003, pp. 12 y 13).

Entender a la imputación objetiva como parte del análisis del tipo objetivo que permite identificar la relación entre la conducta desplegada por un autor y el resultado lesivo o puesta en peligro como obra suya impide extender el objeto de análisis de la imputación objetiva más allá de estos elementos típicos (Mir, 2003:, p. 14). La imputación objetiva no equivale al ejercicio de comprobación de la tipicidad objetiva, sino a las condiciones o requisitos que permiten atribuir el resultado penalmente relevante al autor.

El español asevera que no existe razón para evitar extender el alcance de la imputación objetiva hacia el ámbito de los delitos de mera actividad, ya que en este tipo de conductas el desvalor de acción se encuentra en la valoración ex ante de la idoneidad de la conducta para realizar el tipo, en caso de que sea inidónea, no habrá conducta típica. Del mismo modo puede pensarse en la aplicación de los criterios propios de la imputación objetiva tradicionalmente aplicados a los delitos de resultado, que pueden ser aplicados correctamente a los de mera actividad.

Finalmente, el autor entiende que la imputación objetiva vista como continuación de la teoría de la adecuación social y herramienta para la identificación de conexiones entre conductas y resultados corresponde al entendimiento de la imputación objetiva estricta o de primer nivel, pero en los casos de los delitos de comisión por omisión se requiere de requisitos adicionales a la simple relación de riesgo, estos precisan además la posición de garante y los deberes de aseguramiento. Criterios como la intervención de la víctima o de terceros, la competencia que corresponde a un rol social, la delimitación de autoría, participación punible y participación impune, etc. no corresponden al primer nivel de la imputación objetiva, pero pueden ser incluidos si se le interpreta en sentido amplio.

Igualmente, relevante es el libro del profesor mexicano Enrique Díaz Aranda, titulada dolo – Causalismo- Finalismo- Funcionalismo y La Reforma Penal En México obra prologada por el maestro Claus Roxin, siendo el resultado de la monografía realizada por el profesor Díaz como becario de la Fundación Alexander Von Humboldt, en el instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Múnich en Alemania en el otoño de 1999.

La reforma constitucional referente a temas penales del año de 1994 en México y la contrarreforma de 1999, fue la causa de la obra del profesor Díaz, tomando su postura en la

línea funcionalista, retoma las ideas del profesor Roxin, referente a la política-criminal, acorde a los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, asimismo apoyándose en la teoría clásica y finalista, siendo crítico de las mismas, pero extrayendo los postulados que a día de hoy aún siguen vigentes, en ese sentido, el centro de investigación del mexicano, es como de manera anticipada lo señala el título, el análisis del dolo en particular.

La línea central del profesor Enrique Díaz Aranda, es el funcionalismo, postulado que nace a partir de las concepciones de los neohegelianos y neokantianos, interrumpidos por el periodo entreguerras, y se desarrolla sistemáticamente bajo la teoría de los fines de la pena, enmarcándose dentro de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho. El sistema funcionalista puede guiarse por las finalidades del derecho penal (Díaz, 1999, p. 82). Es crítico entonces, de las estructuras de realidades ontológicas previas, pues no está de acuerdo con la idea que la acción es un contra de cursos causales dirigidos a un determinado objetivo, pues no logra enmarcarse en lo que es la culpa ni la omisión.

Sentando sus bases y líneas de pensamiento, comienza a desarrollar la idea de acción, para el mexicano, la acción es definida por la identidad del aspecto voluntario ello se determina, si los efectos de su manifestación se le pueden atribuir a él como persona, del hacer o dejar hacer (Díaz, 1999, p.81). Es entonces, un criterio de atribución eminentemente normativo, desechando lo causal y lo final, crítico de estas líneas como previamente ha hecho énfasis. Ahora bien, señala que la acción penalmente relevante, es aquella que constituye una manifestación de la personalidad del individuo conforme a su relación con su medio circundante, es entonces, el rol del individuo y su relación con la sociedad, lo que determinan los límites de la acción, bajo esta definición quedan excluidas las conductas del ámbito penal, como son las actitudes internas, los supuestos de movimientos reflejos, el automatismo, entre otros.

Ahora bien, el profesor Díaz precisa que en la acción, la representación causal del autor, deja de ser relevante de cara al resultado, pues basta que la conducta aparezca como peligrosa y que el resultado sea efecto del peligro que, desde una perspectiva *ex ante*, entrañaba la conducta para poder ser imputada al autor, su tesis, contraría lo fundamentado por el maestro Welzel, quien señalaba la representación como relevante para la imputación, a tal punto que sin ella, la finalidad dejaba ser rectora del curso causal y en consecuencia excluía el dolo.

El profesor Díaz, define a el dolo como una interacción causal-normativa-final que concurre en el autor al momento de realizar su conducta, de manera que, el conocimiento que es propio del dolo, y su posterior verificación dependen de una perspectiva *ex ante*, ahora bien, la realización o ejecución de la conducta, consumada, tentada o de omisión, bien sea el caso, lo que materializan el resultado, siendo este un hecho *ex post*, no tendrá como relevantes los procesos causales o la representación del autor, pues lo importante, señala el profesor, es el peligro intrínseco de la conducta prohibida.

El mexicano, limita el problema en la definición del dolo al contenido del mismo, siendo estos, lo que desde antaño ha señalado la doctrina como el conocimiento y voluntad del autor, expone que, este último depende en esencia del primero, por cuanto no se puede querer lo que no se conoce. Señala que el conocimiento se adquiere a través de la experiencia, como bien se puede adquirir por la vida cotidiana, también es cierto que hay conocimientos especiales que se adquieren por el estudio y la investigación, en realidad es lo que se concibe a través del trabajo intelectual. Díaz toma como punto de partida la representación del hecho del autor de Taranowski y la valoración en la esfera del profano, para delimitar los conocimientos del autor frente de los elementos objetivos del tipo, tanto descriptivos como normativos. Realiza un

examen frente a las descripciones que hacen parte del conocimiento del dolo, ejemplificando lo que se entiende por matar o lesionar.

La construcción del concepto del conocimiento en el dolo, señala Díaz, es una mezcla de los postulados de la teoría de la adecuación y del finalismo, puesto que su punto de partida es el juicio de probabilidad, es este, la línea trascendental de su estudio, esquematizando dos criterios en el conocimiento, como es el conocimiento ontológico y nomológico, el primero que consiste en el conocimiento del hecho *per se* y el último referente a los conocimientos generales que se consiguen a partir de la experiencia, en estos escenarios, se logra limitar el conocimiento del autor, no por capricho, sino por razones científicas, pues el tener un conocimiento total es en medida imposible, en consecuencia, el conocimiento se mide a través de las probabilidades y el conocimiento de ellas, oponiéndose a la teoría de la necesidad, que predica un conocimiento robusto del todo, en ese escenario, la probabilidad de conocimiento del autor en un hecho, es el elemento del dolo (Díaz, 1999).

Ahora bien, delimita el contenido del conocimiento del autor en el tipo objetivo, señalando, que los conocimientos específicos de los autores son determinantes para la imputación subjetiva del resultado, puesto que, en principio, lo que no es objetivamente imputable, a una persona del común, puede resultar típico, si se verifica ese conocimiento especial en la imputación subjetiva, es entonces, un asunto de roles y conocimiento.

Finalmente, la crítica de autor al finalismo, consiste en que el resultado que no ha sido representado por el autor, hace inexacto su conocimiento y en consecuencia su voluntad final, por lo cual no se puede imputar el resultado al faltar los elementos del dolo. Para Díaz Aranda, la representación es un dato a considerarse, pero el centro de la imputación radica en el elevado peligro de la conducta del autor para los bienes jurídicos tutelados, dando prioridad a los

conocimientos nomológicos y ontológicos generales, de dominio de la mayoría de los seres humanos, en otras palabras, el juicio de probabilidad, pues se reitera, si el sujeto ha desencadenado un proceso causal que para la mayoría resulta claro que eleva el riesgo de provocar no solo un resultado, sino una multiplicidad, así el autor no haya representado *ex ante* todos los resultados posibles, es suficiente ese elevado riesgo para fundamentar la imputación de todos los resultados a su conducta.

Otra de las investigaciones que aportan al planteamiento problema que aquí nos convoca, es la realizada por Bott (2007), denominada Errores de tipo en Alemania y Colombia. La justificación que sustenta la investigación del autor es la relevancia práctica que puede tener la comprensión del tratamiento jurídico-penal del error en ambos países, teniendo en cuenta que, para él, son tratados en similares condiciones.

Así, plantea genéricamente que el error de tipo ocurre cuando no hay una coincidencia entre la voluntad y el resultado del hecho del autor, cuya observancia es posible identificando la carencia de algunos de los elementos que pertenecen al tipo, como son: la causalidad, la acción, los elementos normativos y los elementos descriptivos. En el error de tipo, afirma, existe una indebida representación que impide la adecuación del hecho al dolo, porque la representación requerida debe estar dotada de comprensión y significado de los elementos típicos.

Ahora bien, ahondando en su trabajo, se realizan las comparaciones del tratamiento de los errores en la persona, en el objeto y la *aberratio ictus* en los sistemas jurídicos de Alemania y Colombia. En primera medida, sostiene que el tratamiento en si es el mismo, puesto que, si subsiste la culpa y esta se encuentra codificada, entonces se castiga el hecho mediante ese título de imputación subjetiva.

Sin embargo, cuando da inicio a su argumentación sobre la *aberratio ictus*, plantea que esta figura no es un error, entre otras cosas, porque, en el error el resultado es querido pero el conocimiento es erróneo, contrario a ello, en la *aberratio* no hay error sino un defecto en la acción. En ese sentido, Bott (2007) señala que la *aberratio* no es un error que recaiga sobre la psique del sujeto; es la divergencia entre lo previsible y la realidad, porque el delito tiene un origen y el resultado no es adecuado a él.

Finalmente, en lo que respecta a su tratamiento, expone que tanto en Alemania como en Colombia no está regulado de forma expresa en el código. Sin embargo, concluye que el tratamiento es similar, y consiste en la equivalencia de los objetos, es decir, si el objeto en el que recae la acción es igual al querido inicialmente, no es necesario hacer un análisis adicional. En cambio, si los objetos son desiguales, se debe imputar tentativa frente al primero e imprudencia sobre el segundo, pero no de forma consecuencia, pues deberán verificarse los elementos de la imprudencia en el caso particular.

A modo de conclusión, el autor resalta que el nexo causal en Colombia es tratado desde la imputación objetiva, y en Alemania se trata como un problema de dolo, y que, en casos no regulados de forma expresa en las codificaciones penales, es viable acudir a los principios generales del derecho para resolver las situaciones difíciles.

De los resultados investigativos, ha de encontrarse a Varela (2015) como un referente para el planteamiento del problema formulado. La tesis doctoral sustentada por la autora titulada dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva, aborda en grandes rasgos los conceptos de dolo, conocimiento y representación. Uno de los objetivos de la investigación es determinar qué forma parte del conocimiento del dolo, e identificar la relación o distinción entre el conocimiento, la consciencia y la representación.

En ese sentido, da inicio a su argumentación afirmando que el dolo está constituido por un elemento denominado conocimiento, el cual no puede ser una figura jurídica carente de contenido; de esta premisa se parte para afirmar que existen diferentes significados de materias preexistentes y extrajurídicas que deben dotar de contenido al conocimiento como figura jurídica.

Al respecto, expone que la consciencia es jerárquicamente la que debe existir como eslabón previo al conocimiento y a la representación. Acude a las definiciones filosóficas para adscribirse a la distinción del conocimiento como aquel fenómeno de percepción de un acto que se aprehende cognitivamente en la mente del sujeto, a diferencia de la representación, que es la actualización de un conocimiento ya existente. Se puede representar algo a través de los sentidos, pero no conocer su significado, debe existir consciencia previa del objeto representado, pero la representación no implica su valoración o aprehensión de su significado.

De lo anterior, se afirma que la consciencia hace posible el conocimiento. Sin embargo, la autora no niega que el conocimiento también puede existir en un estado de inconsciencia o coconsciencia. Estos conceptos hacen parte de los niveles de consciencia propios de la psicología humana, donde la consciencia hace referencia a la existencia de un conocimiento actual de la experiencia y la coconsciencia a conocimientos que existen en la periferia de la consciencia. “En conclusión, la consciencia central o actual son la misma cosa, así como la consciencia periférica o sobreactual”. (Varela, 2015, p. 173)

A partir de la descripción de la geografía de la consciencia, la autora determina que el conocimiento es un fenómeno racional que se diferencia de la consciencia, representación y las creencias del sujeto. En ese sentido, resultan dos definiciones de conocimiento; “como estado mental es la representación de la realidad en el sujeto, como proposición es la congruencia entre

la realidad y la representación mental del sujeto, el segundo no es un proceso mental, sino proposicional” (Valera, 2015, p.173) Asimismo, se advierte que el conocimiento debe estar sujeto a un modelo de racionalidad limitada, que comprenda la naturaleza imperfecta del ser humano, que tenga como principio la imposibilidad de advertir la totalidad de las posibles consecuencias de los actos, en tanto no hay capacidad humana para medir con suma precisión dichas consecuencias, así como nadie está capacitado para tomar las decisiones perfectas y dominar o controlar lo que de ellas se derive.

Realizadas las precisiones genéricas sobre el concepto de conocimiento de la autora, nos trasladamos a las figuras del desconocimiento y el error. Si se tiene en cuenta la definición de conocimiento, el desconocimiento es, de forma lógica, lo opuesto. Es la ausencia de correspondencia entre la realidad y la representación que el sujeto hace de la misma. Empero, aquí el error no es la ausencia de correspondencia, sino la no correspondencia entre la realidad y la representación. Al respecto, la autora afirma que deberían distinguirse, en tanto no comportan el mismo desvalor; dicha distinción puede realizarse a través de la división entre la dimensión conceptual y sensorial de la realidad. Es decir, partiendo de un conocimiento previo, el sujeto confunde un objeto con otro desde el punto de vista de su esencia o concepto, y desconoce estrictamente no cuando confunde el significado del objeto, sino cuando no sabe sobre su esencia o concepto. (Varela, 2015, pp. 215-220)

Ahora bien, estas definiciones van a integrar el concepto de conocimiento típico. Este elemento del dolo, es definido por la autora como el conocimiento del tipo, e implica una congruencia entre la realidad objetiva y la aprehensión que el sujeto tiene de ella (dimensión empírica) y una congruencia en cuanto a la valoración del hecho (dimensión valorativa). Los dos subelementos forman parte del conocimiento típico, en el sentido de que el primero de ellos,

se refiere a la dimensión factual y el segundo al significado social del hecho del autor, siendo necesaria la concurrencia de ambos para hablar de conocimiento típico. Por ende, el objeto del conocimiento son los elementos del tipo, de donde se espera determinar el grado de congruencia es necesario para realizar el juicio de imputación doloso o imprudente.

Como puede apreciarse, existen dos planos (empírico y normativo) de donde la autora intenta definir el concepto de conocimiento típico. Esto lleva a distinguir que todo lo que pueda ser objeto de normativización tenga como límite el plano empírico-ontológico; asimismo, a afirmar que el conocimiento típico está integrado por elementos empíricos y normativos. De empírico tiene lo psicológico y de normativo la proposición de lo típico. Varela (2015) señala que “el dolo como criterio de imputación es un concepto jurídico pero el conocimiento como presupuesto de imputación es un fenómeno psicológico, que encierra una proposición acerca de lo típico. (p.233) De ahí que el conocimiento sea en principio un acto mental que se normativiza en la exigencia de conocer, abarcando el significado social del hecho y el deber de evitación.

Bajo la misma línea, se encuentra la distinción de lo que tiene por objeto el dolo y del conocimiento. El objeto del dolo es el conocimiento típico y el objeto del conocimiento típico son los elementos del tipo. Dichos elementos tienen una dimensión fáctica (consciencia de los hechos) compuesta por el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo; y expresiva (consciencia de los valores) referida al conocimiento del sentido social dañoso del tipo. En ese sentido, el conocimiento es la aprehensión cognitiva del objeto, y la valoración del objeto aprehendido, y las formas de arribar a dicho acto mental pueden ser a través de la comprensión intelectual, comprensión sensorial o valorativa. La forma en la que se concibe la aprehensión cognitiva es fundamental para la teoría del error, pues una aprehensión defectuosa de la dimensión fáctica o valorativa es un error.

Finalmente, en lo que respecta a la teoría del error planteada por la autora, se intenta abordar la trascendencia en el mundo exterior de las distintas representaciones del sujeto. Así, la distinción entre el error vencible e invencible, radica en la peligrosidad ex ante de la conducta valorada desde la previsibilidad subjetiva de la misma, una previsibilidad intelectual que implica la no correspondencia entre la realidad y lo representado, ya sea desde su dimensión fáctica o expresiva. Varela (2015) afirma que “el error fáctico en sí se da en aquellos supuestos en donde el sujeto desconoce que concurre, o se representa equívocamente que no concurre algún elemento del tipo penal” (p.259). Estos elementos, como se ha expuesto, son descriptivos y normativos, y la representación de los mismo implica el conocimiento como aprehensión cognitiva, intuitiva y valorativa, de acuerdo al elemento del tipo.

En ese sentido, pueden configurarse errores en la dimensión fáctica y expresiva, sobre el sustrato fáctico o sobre el sustrato conceptual de cada elemento. El error es producto de un déficit cognitivo sobre la comprensión de dichos elementos, que, sin embargo, no desplaza la responsabilidad penal, pues habrá que indagar sobre el origen de la no comprensión de los elementos típicos, ya que existe un bagaje teórico o conocimiento previo de la realidad que permite la comprensión de los elementos al momento del hecho. Así las cosas, los errores burdos ni siquiera superarían la esfera objetiva del tipo, pues basta la previsibilidad objetiva para acreditar que el riesgo es socialmente intolerable y que alegar un desconocimiento en sede subjetiva resultaría vano; ello, sin desconocer que la imputación dolosa no puede comportar una auténtica intersubjetivización; es excepcional y sólo aplicable a riesgos con notoria dañosidad social.

Otra de las propuestas de investigación que deben traerse a colación de acuerdo al planteamiento del problema, es la de De la Fuente (2014), quien propone un enfoque

proposicional del dolo. Para entender su planteamiento, debemos diferenciar entre el significado de dolo y los elementos para su determinación, es decir, qué es dolo difiere de cómo se determina el dolo. En ese sentido, el dolo es una actitud dirigida a una proposición. Esa actitud dolosa contiene un estado cognitivo de certeza o duda (una interpretación normativa de sus estados mentales) y una disposición de realización (una interpretación intersubjetiva). Aquí debemos precisar que el tipo penal es una proposición que describe el hecho, por ende, una actitud proposicional del dolo es una disposición de su realización producto de una atribución de significado.

Para desarrollar detalladamente el planteamiento del autor, se advierte que, previo al análisis del dolo, se discute la forma de descripción de las acciones, es decir, antes de atribuir significado a un hecho debemos poder describirlo en tanto que acción. “La distinción dolo y culpa constituye más una bipartición trazada sobre la gama de actitudes en que un individuo, al realizar una conducta, puede encontrarse en relación con una determinada descripción de ella” (De la Fuente, 2014, p. 313). Entonces, podemos concluir preliminarmente que la calificación jurídica es un problema de atribución de significado. Para ello, debe distinguirse la naturaleza bimodal de las acciones, su contenido externo puede ser un evento dotado de relación causal y su contenido interno, la realización de un deseo-creencia del sujeto.

Teniendo en cuenta lo anterior, la atribución de significado es intersubjetiva. Como sociedad hemos definido ciertos conceptos y poseemos un lenguaje común que nos permite calificar o describir un hecho como tal, de ahí que el significado del acto y la intención del sujeto puedan ser objeto de determinación intersubjetiva. “La concurrencia del dolo requiere como condición necesaria-pero no suficiente- que el contenido de la decisión del agente realice el contenido semántico del tipo. Consiste en establecer si la descripción contenida en el tipo es

también aplicable intersubjetivamente a la dimensión interna de su realización” (De la Fuente, 2014, p.316). Ello, por cuanto las acciones pueden describirse de diversas formas, y una acción que no tiene por fin la descripción típica, pero se puede describir a través de ella, sería susceptible de calificación jurídica.

2.3. Marco conceptual o referencial

De cara a resolver la problemática de investigación previamente planteada, teniendo en cuenta las tendencias modernas del derecho penal, se ha optado por partir desde el esquema funcionalista del derecho penal. El funcionalismo, tal como su nombre lo indica, es una corriente del estudio sistemático del delito que nace en la década de 1970 principalmente en Alemania, preguntándose por la función, en términos político-criminales que el derecho penal representa para la concreta sociedad en la que se gesta (Mir, 2006, p. 136 y 137), cuyos autores orientaron sus esfuerzos en aras de modernizar y normativizar los componentes de la teoría del delito para la resolución de los problemas político-criminales que la evolución de la sociedad trajo consigo en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Este cambio implicó no solamente una nueva interpretación de las categorías dogmáticas del delito, pues lo que realmente significó fue una nueva fundamentación filosófica del derecho penal y del comportamiento jurídico-penalmente relevante. Con el funcionalismo se entendió que el derecho Penal es un instrumento creado por la sociedad para garantizar la estabilidad de su identidad normativa, que responde a problemáticas de orden social (Velázquez, 2014, pp. 252 y 253); no se trata pues de un método de solución de fenómenos naturales o vagamente causales a partir de fundamentos ontológicos, sino del análisis de aquellas conductas contrarias

a la identidad social del entorno en que se desarrollan, a partir de conceptos y criterios normativos y referencias a ciencias extrajurídicas tales como la sociología, psicología y la política, entre otras.

Desde siempre, pudo relacionarse al delito con la exteriorización o materialización de una conducta que socialmente se considera perturbadora o desviada, que podía identificarse, desde finales del siglo XIX, como la causación de una lesión o destrucción de un bien legal y socialmente protegido (Jakobs, 1997b, p. 209), encontrando a su vez la relevancia del análisis causal de las conductas perturbadoras socialmente, de cara a su imputación o atribución a una persona concreta, contra la que se dirigiría la respuesta del Estado frente a la perturbación causada.

Así, la causalidad se convirtió en condición o presupuesto de la imputación penal, y el análisis causal de las conductas tomó absoluta relevancia para aquellos primeros esfuerzos del estudio sistemático del delito, los cuales fueron centrando su atención en lo que se conoce como el concepto causal de acción. De este modo, mientras que aquellos juristas intentaban identificar el aporte causal determinante de un autor para con determinado resultado lesivo, se gestaron numerosas teorías de corte causal tales como la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad relevante, entre otras (Reyes, 2005, pp. 15 a 17), cuyo objetivo principal era el de identificar el aporte humano que hubiera producido el resultado determinadamente al interior de la infinita cadena causal de sucesos, con el fin de poder atribuir a este causante la responsabilidad penal por las consecuencias de su acción.

A pesar de los ingentes trabajos y estudios de los teóricos de la primera mitad del siglo XX, no tardaron en llegar críticas de nuevos autores que exponían los puntos débiles de sus

soluciones causales, y del precario, y en ocasiones inexacto, método de imputación jurídica del hecho.

Posteriormente, gracias a la discusión teórica, pudo distinguirse que el principal yerro de los esquemas del derecho penal de aquella época se encontraba en el mismísimo punto de partida para su análisis, su enfoque científico y su concepción del objeto de estudio. Las teorías creadas hasta ese momento habían nacido del influjo del positivismo y el método científico, que había permeado todas las ciencias exactas, e incluso las sociales y humanas, entre ellas el derecho penal. Esta influencia implicó que los métodos y teorías de análisis causal al servicio de la imputación jurídica de resultados lesivos entendieran como causa a cualquier condición entendida en el plano naturalista, lo que conducía a imprecisiones insalvables, ya que el objeto de estudio de la ciencia jurídico-penal no es el mismo que el de las ciencias exactas.

El derecho penal se entiende como mecanismo normativo de control social, siendo las normas (y su análisis como método) y la sociedad (como objeto de estudio) conceptos construidos intersubjetivamente y no dados ontológicamente en el plano natural, del mismo modo que son diferentes las leyes jurídicas a las leyes de la naturaleza, es por ello que el derecho penal y su método científico deben tener un enfoque valorativo y normativo sobre los fenómenos sociales que son su objeto de estudio (Mir, 2003, p. 4).

Con este enfoque valorativo aunado los aportes que realizaron autores como Karl Larenz (desde el derecho civil) y Richard Honig (en derecho penal), se gesta la teoría de la imputación objetiva. En términos generales, puede decirse que la imputación objetiva es una teoría que fue adoptada y mayormente nutrida en el campo del derecho penal, mediante la cual se busca, a partir de criterios o requisitos de índole normativo y valorativo, limitar y reducir el ámbito de imputación de resultados jurídico-penalmente relevantes para identificar los aportes realizados

por una persona que, materializando el injusto objetivo, se muestran como causa de aquel resultado y, por tanto, permite concluir que éste es obra suya (Reyes, 2005, p. 76).

En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico-penal, se vinculan un suceso en el mundo y un destinatario de imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso: es él el que lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar. (Jakobs, 2011, p. 23)

Así, gracias a la imputación objetiva se puede seleccionar, dentro de todo el conjunto de acciones, fenómenos, y situaciones naturalmente entendidas, aquellas que revisten relevancia para el derecho penal siendo merecedoras de reproche. En la imputación objetiva importa únicamente que el comportamiento contenga los requisitos objetivos del tipo penal, y que en ella se haya excedido el ámbito de competencia del autor por haber defraudado las expectativas que son propias del rol que ocupa en la sociedad (Reyes, 2005, p. 68), sin que importen los aspectos individuales o personales de cada autor, tales como el dolo, la imprudencia, y demás componentes de la categoría dogmática de la culpabilidad, que tradicionalmente se han relegado al ámbito de lo que se conoce como imputación subjetiva.

Esta teoría tradicionalmente ha sido dividida en dos grandes niveles de análisis que presentan sus requisitos y criterios independientes. El primero de estos niveles (en el cual se hará mayor énfasis dado el objeto de estudio del presente proyecto) es el de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado. Para identificar al riesgo creado por el autor como un riesgo que reviste la relevancia suficiente para interesar al derecho penal, se parte de la base de que previamente existe una relación de causalidad entre la conducta del autor y el resultado lesivo, y con este nivel de análisis se indaga, en primer lugar, i) que el riesgo creado por el autor sea típicamente relevante por reunir las características del tipo objetivo, encarando un menoscabo

o puesta en peligro de determinado bien jurídico, y en segundo lugar ii) que se trate de un peligro que, visto a través de una serie de criterios normativos, trascienda el umbral de lo socialmente permitido, convirtiéndose en un riesgo no tolerado socialmente o jurídicamente desaprobado (Velázquez, 2014, pp. 365 y 366).

Como se ha podido prever, la creación de riesgo desaprobado es el primer concepto normativo que compone la imputación objetiva, en la cual se constata la peligrosidad que encarna la conducta para con el bien jurídico, y su relevancia jurídico-penal a partir de algunos criterios normativos. La creación de riesgo desaprobada es el núcleo del injusto de comportamiento, pues a través de ella se puede apreciar lo disvalioso del comportamiento transgresor de la norma (desvalor de acción) (Frisch, 2004, pp. 47 y 48). El problema que se pretende resolver en la etapa de la creación del riesgo es cuáles son aquellos comportamientos que deben ser desaprobados, lo que implica un debate incluso de índole constitucional, pues desaprobando un comportamiento peligroso en nombre de la salvaguarda de los bienes jurídicamente tutelados trae consigo una restricción soportable y racional de la libertad de los asociados.

Para determinar el riesgo desaprobado que encarnan las conductas que causalmente están relacionadas con algún resultado lesivo, así como la respectiva imputación de este resultado como obra del autor concreto, se han creado una serie de criterios que tienen por objetivo delimitar aún más el espectro de conductas no tolerables socialmente, entre ellos, los más importantes son los que se atribuyen a Claus Roxin y a Günther Jakobs.

Por su parte, Roxin se apartó de los contenidos de la acción final de la teoría de Welzel, y centró su atención en descifrar el contenido social de los distintos tipos de la parte especial, y hacia ello orientó su teoría de la imputación objetiva. Para estos fines, Roxin concibe la imputación objetiva a partir de i) la disminución del riesgo o aumento del riesgo permitido; ii) La creación del riesgo jurídicamente relevante; y iii) el ámbito de protección de la norma.

En cuanto al primer elemento de la imputación objetiva, el profesor de Múnich advierte que no hay lugar a la creación del riesgo en los casos en los que el autor modifica el curso lesivo de tal manera que mengua o disminuye el peligro preexistente al que se encontraba sometida la víctima (Roxin, 1997, p. 365); sin embargo, correlativamente, en los casos en que el autor, por el contrario, posibilita o causa un aumento determinante del riesgo permitido, la consecuencia será que exista la posibilidad de imputar objetivamente ese resultado (Roxin, 1997, p. 379). En cuanto a la creación del riesgo desaprobado o creación de peligro, Roxin asevera que no habrá lugar a atribuir jurídico-penalmente un resultado si previo a ello el autor no ha posibilitado u ocasionado una situación de peligro para el bien jurídico, acá se encuentran las conductas que *per se* se hallan dentro del ámbito del riesgo permitido, como las acciones jurídicamente irrelevantes, situaciones que no dan paso a que haya imputación objetiva, dado que son socialmente aceptadas (Roxin, 1997, pp. 366 y 367).

Finalmente, el concepto que caracteriza a la imputación objetiva de la teoría de Claus Roxin es el denominado ámbito de protección de la norma, en el cual se identifica a las conductas irrelevantes para el derecho penal que, no estando cobijadas por los criterios anteriores, no ejecutan la conducta o la lesión de la forma en que la previó el legislador en la construcción del tipo penal concreto, dado que hay casos en los cuales la norma no busca proteger las consecuencias adversas que desborden dicho ámbito tutelado (Roxin, 1997, p. 377).

Del mismo modo, Günther Jakobs erigió un edificio de criterios normativos al servicio de la imputación objetiva del resultado, el cual se construye sobre una base sociológica de competencias por organización y por instituciones sociales en las que las personas tienen injerencia y por cuyos efectos se hacen responsables, esto a partir de un sistema de roles que permite identificar en cada caso los deberes especiales o generales que le asistían al enjuiciado. Para ello, el autor desarrolló una serie de instituciones dogmáticas que delimitan progresivamente el ámbito de interés del derecho penal (Jakobs, 2011, p. 30), ellas son: i) el riesgo permitido; ii) el principio de confianza; iii) la prohibición de regreso; y iv) el ámbito de competencia de la víctima.

Conforme a lo anterior, Jakobs advierte en primer lugar que no todo riesgo le compete a todo ciudadano, y por tanto, existen riesgos que éstos no tienen el deber de evitar por no hacer parte de los deberes derivados de su rol, ello compone el ámbito de riesgo permitido (Jakobs, 2011, p. 32). Del mismo modo, dado que los seres humanos conviven en las distintas sociedades con la garantía de su libertad de autodeterminación, a las personas no les compete controlar el comportamiento ajeno, dado que en sociedad es posible esperar que los coasociados se comporten siendo fieles al derecho y las reglas que procuran esta convivencia (Jakobs, 2011, p. 34).

Así mismo, existen comportamientos inocuos cuyas consecuencias no revisten de relevancia para el derecho penal, los cuales son susceptibles de ser tomados o utilizados por terceras personas con la convicción de delinquir, en estos casos el autor del comportamiento inocuo generalmente no delinque, puesto que su comportamiento hace parte del riesgo permitido y respecto de él existe una prohibición de regreso para la imputación objetiva de los resultados lesivos que se generen de dicho aprovechamiento (Jakobs, 2011, p. 36). Finalmente,

existen casos en los cuales los resultados de lesión que sufran algunas personas se muestren como consecuencia exclusiva de su propio comportamiento o incluso del destino

Otro aspecto de relevancia para los fines de este proyecto que se desarrolla en el ámbito de la tipicidad objetiva, parte del tema de la imputación objetiva, es lo que la doctrina ha denominado como previsibilidad objetiva, la cual por largo tiempo fue asociada a la imprudencia como uno de sus elementos junto a la diligencia debida, sin embargo, autores como Reyes Alvarado han dado una nueva interpretación al concepto, ubicándolo al interior de la imputación objetiva (Reyes, 2005, p. 277).

La previsibilidad objetiva definida por Reyes encuentra su fundamentación filosófica en Hegel, dado que el filósofo alemán precisó que el ser humano solo actúa sobre lo que está en el mundo, y para poder actuar sobre aquello que se encuentra en el mundo es necesario que el humano tenga una previa representación de la realidad, y es esta representación previa a lo que Hegel en su momento denominó como “*dolo*”, concepto básico de la imputación de efectos de la acción humana, puesto que a una persona solo le es imputable aquello que conoce (Reyes, 2005, p. 69).

En ese entendido, el autor colombiano realiza la diferenciación entre la previsibilidad objetiva y subjetiva como niveles de cognoscibilidad de la imputación penal. Respecto de la primera, se afirma que es la representación del curso causal o los resultados de la conducta que cualquier ser humano tiene antes de actuar, sin que interese la situación concreta en la cual la persona específica y concreta se encontraba, sino la simple posibilidad de prever la manera de desenvolvimiento de un suceso. Por lo anterior, la previsibilidad objetiva pertenece al análisis de la imputación objetiva en el ámbito objetivo del injusto, mientras que la subjetiva pertenece a los demás niveles del análisis en la imputación subjetiva (Reyes, 2005, p. 277).

Es así como se llega a la conclusión de que la previsibilidad objetiva y genérica del suceso desencadenado y su resultado, ocasionados por la conducta del autor, es un requisito de la imputación objetiva, dado que en los casos donde ésta no se presente en el autor a la hora de cometer el hecho, las consecuencias del comportamiento no tendrán relevancia penal por no configurar un riesgo desaprobado (Reyes, 2005, p. 69).

En cuanto al concepto de error a tratarse, para efectos del presente proyecto se abordará únicamente el error de tipo, sus elementos y sus categorías, entendiéndose por error de tipo “Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por eso se le llama error de tipo” (Muñoz, 2010, p. 275). En igual postura el profesor Fernando Velásquez Velásquez señala que hay error de tipo cuando no existe conocimiento de que se realiza el aspecto objetivo del tipo, por lo que la conducta deviene atípica (Velásquez, 2014, p.398).

En ese sentido, el error recae en los elementos que integran la tipicidad, asumiendo el conocimiento a la misma categoría de conocimiento que exige el dolo, en el entendido que, no existiendo el elemento cognitivo del dolo, no es posible configuración de la conducta delictiva, en el mismo sentido, existiendo error los componentes de la tipicidad, excluye el dolo y existiendo otro camino que no sea la imprudencia, es decir, como tipo penal, estaremos en el interregno de la impunidad.

Frente a al desconocimiento o representación errónea de los elementos del tipo, bien se puede especificar que el conocimiento es ausente cuando el autor no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo. (Roxin,1997, p. 458). Teniendo en cuenta que se debe representar correctamente el autor los elementos normativos o descriptivos del tipo para encuadrarse típicamente, es claro, que su ausencia, concluye en una exclusión de la tipicidad.

Si bien el conocimiento requerido por el autor de los elementos objetivos del tipo penal, bien sea sobre sus elementos descriptivos y comprensión de sus elementos normativos a menudo entra en discusión el punto exacto de conocimiento que debe asumir el autor frente a la conducta, en consonancia con investigaciones en derecho y en psicología, la doctrina ha propiciado delimitar el estudio en herramientas como el paralelo en la esfera del profano o la coconciencia, la literatura en un inmenso esfuerzo ha delimitado el conocimiento no a la categoría de jurista, sino que conocimiento significa la percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las normativas (Roxin, 1997, p.460).

El error de tipo bien puede ser vencible o invencible, depende exclusivamente del cuidado en la realización de la conducta, Mir Piug, señala que:

Error vencible es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, por lo que puede considerarse error imprudente. Error invencible es, por el contrario, el que no hubiese logrado evitarse ni aun aplicando la diligencia debida (error no imprudente). (Mir Piug, 2006, p. 270)

Frente al error vencible, se tiene que, dado el grado de previsibilidad del mismo, su consecuencia frente a la modalidad de la conducta es que excluye el dolo, pero dado el caso de existencia del tipo imprudente, se tendrá por tal y, por consiguiente, se responderá por delito imprudente, si este último no se encuentra dentro de la ley penal, habrá impunidad. Ahora bien, respecto del error de tipo invencible, este excluye tanto el dolo como la imprudencia, no encontrándose otra modalidad de la conducta, y en síntesis, la conducta es atípica.

Dado el alcance del error en el tipo penal objetivo, mayoritariamente la doctrina ha precisado los errores que se pueden suscitar frente al tipo, siendo estos, *el error in objectio*, el *aberratio ictus* y las desviaciones causales.

El error en el objeto, bien sea una persona o una cosa, se presenta cuando el agente representa su actuar en un objetivo específico y termina impactado a otro del que quería dañar, el problema se presenta en si existe equivalencia con el objeto afectado o no, puesto que en el ejemplo que una persona quisiera matar a B, pero lo confunde con b, quien termina siendo la víctima, pues el autor ha incurrido en un error que al ser equivalente los objetos en los que se dirigía la conducta, no tiene relevancia desde el punto de vista penal, pues el autor quería matar a un hombre y lo ha conseguido (Velásquez, 2014, p. 399).

Ahora bien, frente al *aberratio ictus*, se diferencia del primero teniendo en cuenta que este consiste en un error en la ejecución o en el golpe, no existe por tanto la confusión del objeto por otro, sino sólo que se yerra la dirección del ataque. A manera de ejemplo, piénsese en que el autor tenía certeza que a quien apuntaba era su objetivo, dispara, pero no da en el blanco y la bala alcanzó a otra persona, si bien tiene relevancia la equivalencia del objeto afectado bien sea el caso, el yerro ocurre en la ejecución. (Mir, 2006, p. 275)

Parte de la doctrina, resuelve estos casos en el sentido de señalar que frente la conducta desplegada por el autor, frente al objeto que se tenía en mira y se erró, ocurre tentativa y frente al objeto alcanzado producto de la desviación o falla en la ejecución, es de comisión imprudente, sin embargo, existe aún discusión de y otra posición de la literatura resolver estos casos de la misma manera que en lo tocante al error sobre el objeto, al afirmar que en las dos últimas hipótesis existe hecho consumado. (Velásquez, 2014, p.400).

Puede ocurrir que la desviación sea irrelevante, por ejemplo, cuando (A dispara contra B con ánimo de matarle, pero sólo lo hiere, muriendo B a los pocos días a causa de la gravedad de la herida). En tal supuesto fáctico, el resultado es imputable a su autor, por homicidio. Sin embargo, puede ocurrir que, en realidad, la muerte de B se deba por causas de un tercero, como es un incendio en el hospital o un accidente en el trayecto a una intervención quirúrgica, “En este caso, aunque se dé el tipo subjetivo del delito doloso de homicidio, falta la realización en el resultado del peligro implícito en la acción lesiva inicial y, por tanto, falta la *imputación objetiva* del resultado a la acción.” (Muñoz, 2010, p. 276)

Ahora bien, el conocimiento como elemento del dolo y aspecto fundamental de la atribución subjetiva del delito, ha tenido diversas discusiones en los últimos tiempos en cuanto a su contenido, teniendo en cuenta que la normativización del derecho penal ha desvinculado cualquier aspecto psicológico u ontológico que pueda hacer parte de la teoría del delito, como lo sería la voluntad del sujeto. En ese sentido, diversos autores han profundizado su estudio sobre el conocimiento como elemento del dolo, y para lo que aquí respecta, es de gran utilidad el aporte de Varela (2015) quien define el conocimiento “como estado mental es la representación de la realidad en el sujeto, como proposición es la congruencia entre la realidad y la representación mental del sujeto, el segundo no es un proceso mental, sino proposicional” (p.173). De lo anterior, se tiene que el conocimiento posee dos facetas; una interna-mental y otra externa-proposicional, que hace alusión a todos los elementos del tipo desde el ámbito de la probabilidad y la certeza, y del desvalor social de la conducta del agente.

Hasta ahora, se cuenta con la definición de conocimiento a utilizar. Sin embargo, es menester describir cómo se llega a ese conocimiento típico. Por ende, debe tomarse como punto de partida un sustrato básico del conocimiento, como lo es el conocimiento consciente y el

conocimiento coconsciente. Como sólo se es consciente de algo que se conoce, el conocimiento consciente hace referencia al conocimiento actual que se tiene sobre un objeto, y el coconsciente hace referencia a aquel conocimiento que se halla en la periferia de la consciencia, es decir, del que se conoce, pero no se piensa expresamente al momento de la conducta.

A partir del contexto previo, surge la incógnita sobre cuál es el conocimiento que puede ser objeto de imputación. Para la doctrina mayoritaria, basta un conocimiento coconsciente para el dolo, sin ser necesario un conocimiento consciente o reflexivo. No obstante, para la autora, habrá que distinguir los grados de certeza y probabilidad que acompañan al conocimiento para determinar su caracterización como conocimiento típico. Así las cosas, se fijan dos grados de conocimiento típico: cierto (seguro) e incierto (dudoso).

El conocimiento cierto se presenta en aquellas situaciones en las que el agente sostiene como segura la concurrencia del riesgo o de las circunstancias típicas o concomitantes o prevé con certeza la producción del resultado. El objeto de su certeza es la probabilidad que él se representa” (Varela, 2015, p.317).

Contrario a ello, el conocimiento incierto no posee la certeza para contemplar la realización del riesgo o la producción del resultado como seguro.

Si son armonizados los grados de conocimiento típico y la definición de conocimiento, podrá entenderse que el conocimiento cierto es la correspondencia total entre la realidad objetiva y la aprehensión subjetiva por parte del sujeto, y una concordancia parcial entre dicha relación, es la explicación del conocimiento incierto. Por ende, para la autora, los grados de conocimiento aquí relacionados fundamenta la imputación dolosa y no imprudente, aunque el agente ignore (conocimiento incierto) algún elemento no esencial del tipo, pero tenga presente,

de forma genérica, el significado del daño social de su conducta. Con la certeza e incerteza, cuyo objeto viene dado por los índices de probabilidad, se superan las críticas a la teoría clásica de la probabilidad, que considera como dolosos sólo aquellos casos en que el sujeto se había representado una alta probabilidad de la producción del resultado y dejaba fuera aquellos en donde concurría una baja probabilidad. (Varela, 2015, p.319).

Seguidamente, se realiza una descripción de la previsibilidad subjetiva desde los aportes de Varela (2015). En primera medida, se advierte que el abordaje de la previsibilidad subjetiva por parte de la autora difiere del tratamiento mayoritario. El punto de partida es la diferencia entre los juicios de certeza y de probabilidad. Teniendo en cuenta las dimensiones externas e internas de la imputación subjetiva, lo empírico y normativo de la estructura planteada, la certeza se ubica como un estado mental del sujeto que tiene por base un conocimiento preexistente o evidencia presenta ya conocida respecto de un dato o acontecimiento.

De lo anterior, puede relacionarse a los juicios de certeza con los de probabilidad al momento de intentar prever la producción de resultados futuros. No obstante, “A diferencia de los estados de certeza, los grados de probabilidad son una cuestión ontológica que sometemos a nuestro juicio, pero sobre lo que no tenemos pleno control, de allí que sea incorrecto intentar igualar los grados de certeza con la probabilidad” (Varela, 2015, p. 284). Ello en razón a que la probabilidad está ligada a las leyes de la naturaleza y de la lógica, mientras que la certeza es una creencia sujeta a la lógica del individuo, es decir, la probabilidad trae consigo un juicio externo objetivo, contrario al juicio subjetivo de la certeza que posee el autor sobre el hecho.

Entonces, si los juicios de probabilidad tienden a analizar de forma objetiva la posibilidad cuantificada de la realización del riesgo, los juicios de probabilidad no son más que la

extensión de la atribución objetiva, que se miden desde la previsibilidad de la persona promedio, luego en el ámbito de la imputación subjetiva tienen que pasar el filtro de la mirada del autor a través del juicio de certeza” (Varela, 2015, p.288).

En ese sentido, la autora quebranta el esquema tradicional de la previsibilidad en sede subjetiva, puesto que la entiende como un baremo objetivo de medición, que se diferencia de la certeza que posee el sujeto sobre la producción del resultado, toda vez que, esta se edifica a través de la capacidad del sujeto sobre la situación concreta, elementos y evidencia que tiene a su alcance. En consecuencia, la probabilidad tiene una relación directa con la previsibilidad de la imputación objetiva, contrario a ello, el juicio de certeza trae consigo el análisis subjetivo a la imputación subjetiva.

Ahora bien, como se observa, la autora diferencia la probabilidad de las creencias, sin embargo, para comprender su utilidad en la imputación subjetiva, intenta profundizar en el método para calcular las probabilidades. Aquí encontraremos una interrelación entre los juicios de certeza y probabilidad, en el entendido de que “no puede asumirse ni una interpretación basada en los datos de la naturaleza de los fenómenos, así como tampoco sobre la exclusiva base de los cálculos de un sujeto” (Varela, 2015, p.294). Esta conclusión nace a partir de la discusión entre las teorías de la probabilidad objetiva y subjetiva, y está acorde al planteamiento empírico-normativo que intenta desarrollar.

El concepto utilizado de probabilidad en el dolo por la doctrina mayoritaria es la representación que hace el autor de la probable producción del resultado de acuerdo las leyes causales. La autora adiciona a dicha concepción la idoneidad del riesgo como forma de calcular el grado de probabilidad de un acontecimiento, y el azar, advirtiendo que no es el azar *per se* el

que se tiene en cuenta para la imputación, sino el juicio que el sujeto hace del mismo teniendo en cuenta el conocimiento humano, el cual puede contemplar la ignorancia del sujeto o la incapacidad de previsión.

En todo caso, la autora contempla la previsibilidad objetiva de la imputación objetiva como suficiente para la imputación dolosa, en tratándose de cursos de riesgos intersubjetivamente nocivos, es decir, “existirán riesgos socialmente intolerables que impedirán en sede de la imputación subjetiva el alegato de error, bastando la previsibilidad objetiva como fundamento de la atribución dolosa” (Varela, 2015, p.262), sin que ello impida el desarrollo de una autentica imputación subjetiva, pues la excepción a la subjetivación del dolo se aplica ante riesgos evidentemente antisociales.

2.4. Hipótesis

A partir del enfoque del proyecto, así como de las fuentes a las cuales se acudió en busca de la información del marco teórico, se podrá concluir en este trabajo que, desde la perspectiva del derecho penal funcional, así como de la imputación objetiva y la concepción del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa, por regla general, la representación del curso causal del hecho típico del autor no reviste de relevancia suficiente como para variar el tratamiento punitivo del fenómeno del *aberratio ictus* dado que, en primer lugar, la previsibilidad requerida en la imputación objetiva es general, referida a lo que el observador imparcial ubicado desde la posición *ex ante* pudiera o no prever en la misma posición del autor, y no se preocupa por el específico modo en que se realiza el resultado de las conductas punibles y, en segundo lugar, el curso causal no es objeto de conocimiento del dolo en el derecho penal

moderno, puesto que este requisito para la imputación dolosa se salda tan solo con que el autor haya actuado teniendo conocimiento de que realizaba un riesgo jurídicamente desaprobado, sin importar que dicho conocimiento incluya las particularidades y pormenores del curso causal, ya que estos, a pesar de ser elemento del tipo objetivo en delitos de resultado, no configuran lo injusto de la conducta, que es a lo que sí está dirigido el dolo típico.

3. Metodología

La presente investigación tiene como propósito, a partir de la revisión doctrinal y jurisprudencial de la dogmática penal del funcionalismo, determinar la relevancia de la representación del curso causal del hecho del autor, las generalidades de la teoría del error en diferentes países, la previsibilidad del hecho, que en conjunto, permiten especificar la variación o no del tratamiento punitivo del *aberratio ictus* dentro del marco la Ley 599 de 2000, en ese sentido, el tipo de investigación es de índole descriptivo, por cuanto a partir de la recopilación de información se pretende, estudiar y especificar el tratamiento punitivo de un fenómeno de índole jurídico como es el *aberratio ictus*, así pues, su enfoque es cualitativo, pues la recolección de información, su posterior evaluación y desarrollo del fenómeno a investigar, a través de la técnica inductiva, son los que permiten expandir los datos al no existir un único criterio la doctrina frente a la teoría del error y el uso de la teoría de la imputación objetiva, como herramientas para solucionar la hipótesis planteada.

3.1 Fuentes de información

Los medios para obtener el conocimiento del problema planteado y su correspondiente desarrollo se construyeron a través de las fuentes de investigación primarias y secundarias.

Dentro de las fuentes primarias utilizadas encontramos; *libros, artículos de investigación científica, artículos y tesis doctorales.*

Dentro de las fuentes secundarias utilizadas encontramos; *libros* que procesan información de fuentes primarias a través del análisis y la reorganización.

Ambas fuentes de información son utilizadas para el planteamiento del problema y para su desarrollo.

3.2 Participantes

Teniendo en cuenta la técnica utilizada para el desarrollo del proyecto de investigación, no existen participantes o sujetos de los cuales se haya obtenido información o hayan aportado conocimientos sobre la materia objeto de estudio. En el mismo sentido, tratándose de una investigación que implica la revisión y observación de documentos en la literatura del derecho penal, no existe muestreo como punto de partida del análisis.

3.3 Herramientas

Teniendo en cuenta flexibilidad de las investigaciones cualitativas, el enfoque de investigación, el tipo y el método de análisis, no era pertinente acudir a herramientas comunes como entrevistas o formatos de observación, puesto que, fundamentados en el análisis de documentos, nuestra única herramienta utilizada fueron las reflexiones y observaciones obtenidas a través de la comprensión de dichos documentos.

3.4 Procedimientos

Se observaron las cláusulas de error previstas en el artículo 32 del código penal colombiano, ley 599 del 2000, y las mismas no abarcaban todas las posibilidades de error previstas por la literatura, especialmente, el denominado *aberratio ictus*.

Se iniciaron las indagaciones preliminares en la literatura relacionada con el *aberratio ictus*, donde se encontró un tratamiento jurídico-penal especial, no previsto en el sistema jurídico-penal colombiano, esto es, en su legislación y jurisprudencia.

Dentro de las indagaciones preliminares se registraron autores de nacionalidad alemana, española y colombiana, donde se encontró que existe alguna relación entre los errores establecidos en cada sistema jurídico-penal.

Se encontró que el *aberratio ictus* tiene un tratamiento distinto según el autor o la época en la que se analiza el fenómeno, por una parte, lo ubican en el ámbito de la imputación subjetiva, concretamente como un error en el nexo causal que anula el dolo; por otra parte, autores modernos lo han ubicado en el ámbito de la imputación objetiva, en la creación de riesgo desaprobado y desde la previsibilidad.

Se realizaron las profundizaciones conceptuales sobre los elementos que abarcan el fenómeno del *aberratio ictus*: el conocimiento, la representación, la previsibilidad objetiva y subjetiva, y el dolo.

Se encontró que la representación causal del hecho no era trascendente desde la teoría de la imputación objetiva, contrario a ello, se observó la relevancia de la representación en la imputación subjetiva

4. Resultados

4.1. Generalidades de la teoría del error y el *aberratio ictus* en la doctrina nacional e internacional (alemania y españa)

4.1.1. Concepto del fenómeno del *aberratio ictus* en la doctrina penal internacional

El derecho penal se ha visto transformado por la introducción de nuevos paradigmas o re-conceptualizaciones que intentan explicar de mejor manera la comisión de conductas punibles. Un moderno derecho penal, caracterizado por ser un sistema normativo, ha dejado atrás argumentos naturalistas que fundamentaban elementos del delito, como la causalidad o los datos referidos al ser, y se ha enfocado en construir un sistema respetuoso de sus fines esenciales. Los avances más significativos de la moderna doctrina penal internacional se han centrado en la teoría de la imputación objetiva; restando atención a la teoría de la denominada teoría de la imputación subjetiva del hecho, dentro de la que se encuentran las modalidades subjetivas de ejecución de la conducta (dolo e imprudencia) y las hipótesis de error de tipo.

El fenómeno del *aberratio ictus* es definido como la desviación en el curso causal de una conducta desplegada por un autor determinado, quien apuntando a cierto objeto material ejecuta defectuosamente su conducta, lo que genera un resultado distinto al deseado por el autor, ya que termina impactando a un objeto material diferente (Roxin, 1997, p. 492), como en el caso en que un sujeto A apunta con un arma de fuego a un sujeto B con la intención de matarlo, pero por alguna razón el proyectil termina impactando a un tercer sujeto C, que se encontraba en las inmediaciones del lugar de los hechos, causándole la muerte.

Ahora bien, la conceptualización y ubicación sistemática del *aberratio ictus*, debe situarse congruentemente entre los avances en la teoría del delito y el sistema de derecho penal ideado por el legislador colombiano en la ley 599 del 2000. En dicho estatuto normativo, encontramos cláusulas abiertas que describen las formas en las que un hecho jurídicamente relevante no trasciende la esfera objetiva por la no concurrencia de elementos objetivos o subjetivos en su realización. La caracterización de estas causales de ausencia de responsabilidad, delimitadas en los errores de tipo y de prohibición para lo que aquí respecta, está dirigida al estudio del conocimiento que posee el sujeto agente sobre los elementos típicos del hecho, por lo que su contenido depende en gran medida de lo que se entiende por conocimiento típico.

De lo anterior, puede inferirse que, previo al análisis del error, deben abordarse los elementos en que lo constituyen, es decir, lo que es erróneo. En ese sentido, el conocimiento, de forma general es la aprehensión cognitiva de la realidad por parte de un sujeto, que tiene como sustento la consciencia y la representación. Empero, estas concepciones no son jurídicas, para calificarlas como tal, debemos adicionarle al conocer, la exigencia de lo típico, es decir, el conocimiento típico. El objeto del conocimiento tendrá que componerse de los elementos objetivos del tipo penal. Al añadirle lo típico al conocimiento, imprimimos en un concepto no jurídico la nota de juridicidad (Varela, 2016, p. 228).

En cuanto a lo típico, es decir, lo que se debe conocer y que está determinado, se constituye por las dimensiones fácticas y expresivas de cada tipo penal. Forman parte de la dimensión fáctica lo que la doctrina mayoritaria denomina distintivamente como elementos descriptivos y normativos del tipo penal (Varela, 2016, p. 247). Por ejemplo, conocer la persona a la que se le apunta con un arma para matar o el menor de edad al que se somete sexualmente.

Asimismo, conocer su realización, ya sea disparar mortalmente, yacer con el menor de edad, entre otras; la dimensión expresiva, está compuesta por el conocimiento sobre el sentido social del hecho y del riesgo de afectación a bienes jurídicos.

Todos los elementos precitados edifican el concepto de dolo. Ante un déficit o carencia de alguno de estos elementos que componen el conocimiento típico, entraría la teoría del error a mostrar su utilidad de cara a la valoración del hecho. Una definición detallada de error fue manifestada por Varela (2016), afirmando que “En la teoría del error se estudian todos aquellos supuestos en que la realidad socialmente valorada representada por el sujeto ha sufrido distorsiones en términos de déficits o excesos, dando lugar a errores burdos, vencibles o invencibles” (p.253). Es decir, el error típico es una incongruencia entre lo aprehendido por el sujeto y la realidad objetiva.

El curso causal en sentido naturalista no hace parte del conocimiento típico (de su dimensión fáctica y expresiva). Varela (2016) afirma que “Por lo general, las circunstancias presentes son aquellas que no se refieren a los efectos de la acción típica como el resultado” (p.245) Por ende, el conocimiento del curso causal no hace parte de lo que *ex ante* puede ser objeto de aprehensión por parte del sujeto, desde la perspectiva de los elementos que conforman el tipo y su valoración *ex post* sobrepasa los límites de la imputación jurídica de resultados.

Entonces, debe advertirse que el análisis de las desviaciones en el curso causal, concretamente, del fenómeno del *aberratio ictus*, dentro del esquema del delito no es diáfano. Ello por cuanto algunas definiciones no concuerdan, per se, con un tratamiento desde la teoría del error, puesto que, se ha manifestado que el dolo debería abarcar la causalidad de la acción, empero, al ser poco probable tal conocimiento, debería ser el conocimiento del riesgo suficiente, sin adentrarnos en el conocimiento concreto del curso causal. Por ejemplo, Roxin (1997)

describe el *aberratio ictus* así “si el autor no conoce que podría resultar afectado otro objeto, responderá por el ataque intentado al objeto al que apuntaba, y a lo sumo además por la lesión imprudente del objeto alcanzado, pero no por consumación dolosa” (p.365).

En consecuencia, desde ya se advierte, no es viable hallar la solución del fenómeno del *aberratio ictus* como si se tratara de un error sobre el curso causal (dado que no hace parte del conocimiento típico), puesto que, si bien los resultados pueden ser previstos, el lapso existente entre la acción y el resultado, en sentido naturalista no compone al riesgo jurídicamente desaprobado dado que no es uno de los factores que denoten lo disvalioso de la conducta. Como se argumentará en líneas posteriores, esta desviación en el curso causal deberá ser analizada, en primer lugar, bajo el tamiz de la teoría de la imputación objetiva, en razón a que, en primera medida, el origen de la desviación no trasciende la esfera objetiva del delito, y en caso de que dicha desviación supere la esfera de análisis de la imputación objetiva (siendo objetivamente imputable la conducta al autor), se procederá con el análisis del fenómeno en sede de imputación subjetiva, indagando por la posibilidad de imputar o no el resultado no deseado al autor en modalidad dolosa o imprudente, según corresponda.

4.1.2. Propuestas de la doctrina para el tratamiento punitivo del aberratio ictus

El fenómeno del *aberratio ictus* no encarna una problemática novedosa que se plantea la dogmática penal, por el contrario, existen numerosos antecedentes dentro de la literatura científica en lo que respecta a las vicisitudes que sufre la conducta a lo largo del curso que siguen los acontecimientos de relevancia penal hasta su consumación, en el caso de los delitos de resultado.

Así pues, el *aberratio ictus* ha sido abordado de una u otra manera por los distintos autores de la dogmática penal desde principios del siglo XX, con un consenso pacífico en lo que respecta a su concepto. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata de arribar a su solución, puesto que se han construido distintas propuestas para hallar un correcto abordaje del fenómeno en los casos concretos, y así dar con su adecuado tratamiento punitivo.

Teniendo en cuenta que el error en el golpe puede presentarse en multiplicidad de casos, en primer lugar, debe precisarse que en este acápite se abordará el análisis del tratamiento punitivo dado por la doctrina internacional al fenómeno del *aberratio ictus* delimitándolo exclusivamente a aquellos casos en los que: i) se presenta la desviación del curso causal de un delito de resultado, 2) donde el cometido del autor es realizar dicho delito en modalidad dolosa, 3) en el que el resultado previsto por el autor no se consuma, en razón a que una defectuosa ejecución de su conducta le encamina hacia un objeto material distinto al que se esperaba lesionar, y 4) en el cual el objeto material que se pretendía afectar y el efectivamente afectado son típicamente equivalentes, lo que quiere decir que realizan el mismo delito y afectan el mismo bien jurídicamente tutelado.

Con el ánimo de esquematizar las soluciones a las que ha llegado la doctrina en lo que tiene que ver con el tratamiento punitivo del *aberratio ictus* para el grupo de casos escogido se expondrán las diferentes propuestas de solución de algunos autores, clasificándolas en tres grupos, como se ve a continuación.

4.1.2.1. La solución de la imputación por el delito doloso consumado. En primer lugar, debe analizarse la solución que ha sido propuesta originalmente para el

caso del *aberratio ictus*, que se gesta en la dogmática penal de principios del siglo XX, y que es defendida por algunos autores modernos que, en términos generales, respetan las mismas argumentaciones de sus antecesores. A este conjunto de autores pertenecen, entre otros, Ernst Von Beling, Hans Welzel E Ingeborg Puppe. A continuación, se exponen las argumentaciones de estos autores que respaldan la posibilidad de imputar el resultado no pretendido por el autor como consumación dolosa, en el caso del error en el golpe.

4.1.2.1.1 La solución de Ernst Von Beling. Este autor perteneció al esquema del derecho penal clásico positivista alemán, y como es dable a pensar, su construcción dogmática del delito ubica al dolo y la imprudencia en el último escalón del análisis, ya que las que ahora se conocen como modalidades de imputación subjetiva del delito entonces eran conocidas como componentes que juntos (dolo e imprudencia) conformaban la categoría de la culpabilidad. Dado que en este esquema la culpabilidad como categoría dogmática encierra todo lo que concierne a la psique del sujeto agente, es en este escenario, más concretamente en el ámbito del dolo, donde encontraremos el tratamiento de los distintos errores del tipo penal, los cuales, para este autor, pueden presentarse como esenciales o inesenciales, según corresponda. El error será esencial cuando el conocimiento del mundo en el autor implique que su configuración no le hubiere representado la comisión de una conducta punible, así como cuando el error bajo el que actúa el autor oculta a su vez la antijuridicidad de la conducta que realiza, haciendo que al agente le pareciera lícito su proceder (Beling, 2002, pp.106-115). Errores inesenciales de cara a la comisión dolosa del tipo penal, que por consiguiente no afectan su punibilidad, punto en el que la escuela causal – naturalista responde al objeto

del presente proyecto, esto es, en lo que tiene que ver con las desviaciones causales y su representación en el autor. También este autor plantea que, contrario a lo que la doctrina de su tiempo establecía respecto a que en casos de *aberratio ictus* donde el objeto representado por el autor como blanco de su acción y el efectivamente impactado, no representado por el autor fueran iguales como objeto material del tipo penal concreto (como lo sería la vida de A o de B indistintamente de cara a un homicidio), el resultado efectivamente conseguido, que para algunos a lo sumo debería catalogarse como delito imprudente, debe imputarse a título de dolo, configurando un error inesencial, esto porque el homicidio doloso tan solo requiere de la acción de “matar a otro”, sin que importe de qué miembro de la especie humana se trate (Beling, 2002, p.116).

4.1.2.1.2 La solución de Hans Welzel. Por su parte, el padre del esquema finalista del delito encontró al dolo en una ubicación sistémica distinta a la percepción de los autores de esquemas anteriores, puesto que dotó al derecho penal de una visión ontológica del concepto de acción, que puede resumirse en la siguiente línea de su obra: “La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer finalista y no solamente causal.” (Welzel, 1956, p.39). Así pues, si el dolo es la voluntad de realizar el hecho típico a partir del conocimiento de sus elementos y circunstancias particulares, no debía hacer parte de la culpabilidad, sino de la tipicidad, más concretamente de la tipicidad subjetiva. Para este autor, el dolo es una creación consciente de la realidad en que se materializa el tipo objetivo, y por ello el conocimiento del dolo exige el conocimiento de ciertos elementos de dicha realización típica, como lo son: i) el conocimiento de las circunstancias del hecho ya existentes; ii) la previsión del

resultado; y iii) la previsión del curso causal de la acción (Welzel, 1956, p.78). Consecuentemente, el autor afirma que el acontecer exterior solamente será tipo doloso cuando ha sido previamente ideado por la voluntad consciente del autor, y conducido hacia el fin del mismo modo, de esta manera puede observarse la clara relevancia que presenta la voluntad y la representación mental del curso de los acontecimientos para el autor, puesto que si el resultado dejó de ser dominado por la voluntad consciente del agente, y por el contrario es una consecuencia meramente causal de situaciones ajenas e imprevistas, dejará de hablarse de un delito de tipo doloso (Welzel, 1956, p.78). Al respecto, el alemán afirma que las desviaciones del curso causal, especialmente, el *aberratio ictus*, son casos en los que la voluntad del autor ha dejado de dominar el hecho típico, puesto que ya se ha dicho que el curso causal que corre la acción sí debe haber sido previsto y querido por el autor, al menos en sus rasgos esenciales, y ello es todo lo contenido en lo que el autor denomina como “marco de la experiencia diaria”, para así referirse a aquellas consecuciones atípicas y anómalas de resultados lesivos que, por no responder a la acción final del autor, no podrán imputarse a título de dolo .” (Welzel, 1956, p.79). En lo que al caso concreto de *aberratio ictus* respecta, el autor precisa que puede tratarse como un error inesencial cuando en el ejercicio de la acción finalista del autor pudo preverse la posibilidad de desviación del curso causal al interior del marco de la experiencia diaria, entonces puede afirmarse que, si se afecta un objeto distinto (pero típicamente equivalente) al previsto en el plan del autor, podrá imputarse el delito doloso consumado (Welzel, 1956, p.79), como en el caso de que un sujeto A situado en la terraza de un edificio apunte con un ladrillo en dirección a impactar la cabeza del transeúnte B, que camina por el andén del edificio, pero que, por un error en los cálculos

de A, al soltar dicho ladrillo cae sobre la cabeza de C, quien caminaba tras B y muere por el impacto, en este caso, la muerte de C debe ser imputada al autor A, a título de dolo. Con lo anterior este autor se opone parcialmente a la doctrina mayoritaria que afirma que en tales casos debe imputarse como tentativa el daño pretendido y no materializado por la acción del autor, así como debe imputarse por imprudencia el resultado no querido y efectivamente realizado por dicha acción. Sin embargo, si el objetivo de la acción no es típicamente equivalente con el realmente afectado gracias a la desviación causal, solo entonces podrá imputarse un delito tentado de cara al objetivo previsto, mientras que el resultado no previsto se imputará a título de imprudencia (Welzel, 1956, p.79).

4.1.2.1.3. La solución de Ingeborg Puppe. Esta autora de origen polaco presenta una solución que ha causado polémica dentro de la doctrina para efectos de resolver la problemática del *aberratio ictus*, puesto que se aparta de lo establecido por la doctrina mayoritaria, y dado que se trata de una autora relativamente moderna, expone algunas críticas a sus antecesores que están de acuerdo con la solución del delito tentado en concurso con delito imprudente. Con miras a dar soporte a su propuesta de sancionar la lesión efectivamente acaecida pero no deseada por su autor en el caso del *aberratio ictus*, esta autora propone que se le coteje rigurosamente con la solución que la doctrina ha dado de forma pacífica al fenómeno del *error in obiecto* (A pretende dar muerte a B, a quien está seguro de observar unos metros adelante, sin embargo cuando dispara da muerte a C, que tiene similares características fisiológicas que B), según la cual el conocimiento errado de la identificación del sujeto pasivo del delito que se pretende

ejecutar es un error inesencial que no afecta la posibilidad de que se sancione por dolo consumado sobre el delito que se materializa (Silva, 1984, p.352). Para esta autora, tanto en el caso del *error in obiecto* como en el caso del *aberratio ictus* existe una afectación a un bien jurídico igual que el que el autor había pretendido atacar desde un comienzo, y dado que en los tipos penales no se protegen identidades sino valores generales y abstractos, es posible concluir que pueda imputarse el resultado no querido por el autor en modalidad de dolo consumado, ya que pretendía cometer un delito concreto y efectivamente lo cometió, dado que las cualidades específicas como la identidad del sujeto no son significativas para el tipo, lo anterior se entiende mejor rememorando la frase de “se ha querido matar a un hombre y a un hombre se ha matado” sin importar si se mató a B o a C (Silva, 1984, p.353). Así pues, la autora critica a los autores que respaldan la solución mayoritaria del concurso de conductas tentada e imprudente, dado que, en su sentir, no pueden fundamentar con suficiencia la razón por la que el *aberratio ictus* deba tener un tratamiento diferenciado del *error in obiecto*, ya que ambos fenómenos ocurren en razón a yerros del autor respecto de lo que la autora considera cuestiones extratípicas irrelevantes para variar su tratamiento punitivo (Silva, 1984, p.357).

4.1.2.2. Solución de la doctrina mayoritaria imputación del delito tentado en concurso con delito imprudente. El segundo grupo de las propuestas que tratan de resolver el fenómeno del error en el golpe es al que se ha adscrito la mayoría de los juristas del derecho penal en Alemania desde mediados del siglo XXI. A este grupo pertenecen autores como Edmund Mezger, Hans Heinrich Jescheck, Francisco Muñoz Conde, Y Günther Jakobs. Para entender mejor la argumentación que respalda las hipótesis del tratamiento construidas por estos autores, corresponde analizarles de manera individual, tal como se hará a continuación.

4.1.2.2.1. La solución de Edmund Mezger. Este autor, ubicado en el esquema del delito de la escuela neoclásica por su parte, atribuye al dolo los componentes de conocimiento y previsión de las circunstancias del hecho que fundamentan la pena, y frente a estos elementos establece que la representación del autor debe referirse a i) las circunstancias del hecho que existen al momento de la comisión u omisión, en donde se encuentran incluidos los ingredientes normativos del tipo y, por consiguiente, su significación; ii) las circunstancias del hecho futuras que fundamentan la pena, en donde entre otros aspectos se encuentra el resultado, con lo cual, el sujeto debe conocer las consecuencias de su acto u omisión; iii) y, finalmente, el conocimiento y previsión de la serie causal que conduce al resultado, es decir, el conocimiento de la conexión entre la conducta y el resultado (Mezger, 1958, pp. 238-240.).

Este autor le abre campo al curso causal dentro del ámbito de conocimiento por abarcar para constatar el dolo, haciendo la claridad de que no es poco común que el resultado ocurra de una forma distinta a la prevista al idearse la realización de su plan,

adjudicando una clara relevancia a la representación del curso causal del autor de cara a la posibilidad o no de la imputación dolosa del resultado. Por esta razón propone la solución que acoge la doctrina mayoritaria, la cual implica una valoración objetiva de la representación el autor, y el aspecto sobre el cual recae la desviación del curso de su acción, ello implica que, si la desviación entre el curso causal representado y el ocurrido no es esencial, la desviación no afecta el tratamiento punitivo del hecho, y podrá imputarse el resultado no deseado dolosamente. Sin embargo, de ser esencial la desviación del curso causal el dolo se anula, y la conducta deviene no culpable, dado que en este esquema del delito el dolo es uno de los elementos de la culpabilidad del comportamiento (Mezger, 1958, p.240).

Como casos destacados a mencionar de estas desviaciones del curso causal, el autor expone dos que ya son bien conocidos por la doctrina. El primero de ellos es el *error in obiecto*, considerado un error de tipo inesencial. Por otra parte, en segundo lugar, el autor expone al extravío del hecho o *aberratio ictus*, al cual no define literalmente, pero se vale de un ejemplo para informar al lector, ejemplo que permite concluir que su concepto de *aberratio ictus* sigue la línea trazada por sus antecesores, y que ya ha sido referido en líneas anteriores. Frente al tratamiento punitivo del fenómeno, el autor se mantiene en la tesis mayoritaria que dicta que, en todos los casos el autor que yerra por su defectuosa ejecución responderá por tentativa respecto del objeto que pretendía afectar, y según el contexto del caso, responderá por imprudencia respecto del objeto efectivamente afectado (Mezger, 1958, p.240).

4.1.2.2.2. La solución de Hans Heinrich Jescheck. Para establecer la cabida del aspecto cognitivo del dolo, o el objeto al que este debe estar dirigido, el autor afirma que dicho contenido debe ser “concreto”, abarcador de un suceso desplegado bajo la voluntad del autor e individualizado en el tiempo y en el espacio, haciendo referencia expresa a que el curso causal del acontecimiento debe haberse previsto en sus aspectos más esenciales, dado que sería imposible para el autor conocer con exactitud los vericuetos que seguirá su acción hasta impactar al objeto material escogido (Jescheck, 2002, p.333).

Conforme a lo anterior, este autor asevera que existen unos supuestos de error de tipo cuya solución depende del grado de determinación del contenido ideal del dolo, errores en los cuales se presenta una desviación del curso causal que, como puede entenderse, es elemento del tipo objetivo, y así mismo un referente obligatorio del conocimiento del dolo típico, con lo cual resulta causal de error de tipo en caso de representar una desviación esencial del curso causal del hecho, aclarando que previamente debe haberse determinado que tanto el delito pretendido como el accidentalmente acaecido deben ser imputables al autor objetivamente, para así poder estudiar el tema en sede de imputación subjetiva (Jescheck, 2002, pp. 333-334).

Para determinar el carácter esencial de la desviación del hecho que produce el resultado no deseado por el sujeto agente, este autor contempla que las desviaciones esenciales son las que precisan una valoración ético-jurídica distinta, como sucede en el caso del que este autor denomina “desarrollo equivocado del hecho” o *aberratio ictus* (Jescheck, 2002, p.335). En cuanto a este fenómeno, el autor afirma que se trata de una concurrencia de dos desviaciones en la ejecución del hecho, pues el autor fracasa en

impactar al objeto que había apuntado su acción, a la vez que alcanza por casualidad a un objeto distinto que no había sido prevista por éste, siendo posible la imputación en grado de tentativa por la primer desviación en lo que respecta al objeto pretendido, mientras que solo cabrá la posibilidad de imputar por la infracción del deber de cuidado o imprudencia al resultado no previsto, causado por la segunda desviación (Jescheck, 2002, p.336).

4.1.2.2.3. La solución de Francisco Muñoz Conde. Este autor de origen español identifica al dolo al igual que la doctrina mayoritaria, como la realización voluntaria y conocedora del hecho típico por parte del autor, modalidad de imputación subjetiva del hecho. Del mismo modo, incluye dentro de los elementos contenidos por el elemento intelectual del dolo al curso causal como arista que hace parte de la composición del tipo objetivo, y que es requisito de conocimiento dentro del elemento cognitivo del dolo típico (Muñoz, 2010, p.268).

En ese mismo sentido, afirma que no habrá lugar a imputación dolosa de una conducta en aquellos casos en los cuales exista cualquier desconocimiento de uno de los elementos constitutivos del tipo objetivo por parte del autor al momento de cometer la conducta, casos en los que se predica la concurrencia de un error de tipo (Muñoz, 2010, p.275).

Finalmente, este autor concuerda con la solución de la doctrina mayoritaria en cuanto al tratamiento del error en el golpe, y asevera que el mismo puede revestir de la relevancia necesaria para hacer parte de los supuestos de error de tipo. En estos casos se

presenta una producción de un resultado no pretendido debido a un defecto en la ejecución de la conducta por el autor en los casos de los delitos contra la vida y la integridad física, y al ser un error de tipo solo cabe la posibilidad de sancionar por tentativa el delito intentado, y por imprudencia el delito efectivamente consumado (Muñoz, 2010, p.277).

4.1.2.2.4. La solución de Günther Jakobs. En punto a la carencia de cognoscibilidad por parte del autor, este autor mantiene la denominación de error invencible, uno de los fenómenos que afectan la motivación contraria a la norma que según este autor es necesaria para que haya responsabilidad penal, esto porque para querer transmitir un sentido mediante un hecho propio al interior de un sistema determinado (como la sociedad), hay que conocerlo, y hay que conocer los efectos potencialmente peligrosos que este hecho encarna, de lo contrario, ante una acción que carece del conocimiento de su peligrosidad como mucho podrá predicarse la responsabilidad penal pero a título de imprudencia.

Ahora bien, en cuanto al objeto del conocimiento del dolo, afirma que el nexo causal hace parte del tipo, pero aclara que el conocimiento del curso causal del autor (relación arriesgada) no es condición del comportamiento doloso, sino que el resultado lesivo sea consecuencia del riesgo no permitido desplegado por el autor (Jakobs, 1997a, p.357). Ello quiere decir que, a pesar de que el curso causal deba ser previsto por su autor, al menos en sus aspectos más esenciales de cara a la realización típica para fundamentar la imputación dolosa, debe aclararse que no se trata sólo de si una relación arriesgada creada dolosamente es una condición del resultado desde la perspectiva de la

simple causalidad natural; por el contrario, el hecho típico debe acaecer con ocasión del riesgo desaprobado que fue creado dolosamente por el autor.

Así pues, puede que el autor, al emprender la realización de un riesgo permitido o no permitido, dolosamente desencadene un curso causal diverso por otro riesgo que no se representó previamente, en esos casos dado que la segunda realización típica no hacía parte de la representación del autor, a lo sumo podrá sancionarse por imprudencia (Jakobs, 1997a, p.365).

Vale la pena que se aclare que, dada la concepción eminentemente cognitiva del dolo que presenta la teoría de este autor, es de suma importancia que se pueda determinar que el riesgo efectivamente acaecido escapó del ámbito de conocimiento del autor al momento de la ejecución del hecho, o se trata de un riesgo permitido, esto porque en caso de que el riesgo haya sido comprendido por el agente con probabilidad de ocurrencia, habrá lugar a imputación dolosa del resultado lesivo no deseado por el autor, pero sí conocido por este (Jakobs, 1997a, pp.365-366).

4.1.2.3. Crítica a las soluciones tradicionales. Los grupos de soluciones expuestas previamente son las mayormente acogidas por la literatura en razón al consenso que diversos autores presentan cuando de identificar el tratamiento del *aberratio ictus* se trata, soluciones que, en algunos casos, pertenecen a etapas pretéritas de desarrollo de la ciencia penal, y que efectivamente respondieron a la problemática con base en lo que la sociedad y la discusión académica permitieron en el momento.

Gracias al pacífico acuerdo de la postura mayoritaria de la imputación por delito tentado en concurso con delito imprudente, por cierto tiempo la problemática del error en el golpe, así como las demás situaciones particulares de desviación del curso causal del hecho (*error in obiecto* y *dolus generalis*) fueron temas olvidados por la literatura científica, y su solución empezó a ser aplicada en los estados de tradición de derecho continental a los casos concretos.

A pesar de la pasividad que presentó la dogmática en torno al estudio de las desviaciones del curso causal, existen autores que han contemplado con ojo crítico estas posturas, formulando una serie de críticas a sus postulados fundamentales, exponiendo algunas imprecisiones científicas en torno a las soluciones del dolo consumado, y la del concurso del delito en grado de tentativa y el delito imprudente. Uno de esos autores es el español José María Silva Sánchez, quien realizó un riguroso estudio de las soluciones tradicionales al *aberratio ictus*, y se propuso a identificar su posible relación o abordaje desde la teoría de la imputación objetiva.

Para empezar, el español enfoca su atención en demostrar las fallas que presenta la propuesta de solución de la imputación del delito doloso consumado en los casos de *aberratio ictus*, para ello identifica desde el principio las razones fundamentales de los autores que la respaldan, hallando que el argumento base de esta solución tiene que ver con la concepción del dolo y su referencia al tipo objetivo. Los autores de la teoría del delito doloso consumado conceptúan al dolo como la consciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo, identificando que en la realidad existen las propiedades típicas que se pueden materializar con el hecho (Silva, 1984, p. 352), así como otra serie de

particularidades que, por no compadecerse con los elementos de la tipicidad objetiva, no son más que situaciones extratípicas irrelevantes para el derecho penal.

De ese modo, autores como Puppe han afirmado que tanto en el *aberratio ictus* como en el *error in obiecto* existe una desviación o un yerro por parte del autor en pormenores del hecho que, de cara a la posibilidad de imputación del resultado, se muestran extratípicos y sin la fuerza suficiente para variar la posibilidad de achacar el resultado acaecido al autor de forma dolosa. Este postulado encuentra su fundamento teórico en la concepción del bien jurídico como objeto de protección por parte de los tipos penales, apreciándolos como una suerte de valores abstractos que no contemplan las especiales características de los objetos materiales que estén contenidos en aquellos (Silva, 1984, p.353).

Con base en la argumentación anterior, resultaría muy sencillo concluir que, a pesar de que tanto en el error en el objeto como en el caso del error en el golpe se ha afectado a una persona distinta a la que se ha pretendido alcanzar con la conducta, ello no es óbice para que quepa la posibilidad de sancionar este resultado en apariencia no deseado por el autor a título de dolo consumado, dado que se ha querido matar a una persona y efectivamente se ha matado a una persona, sin que pueda hallarse diferencia entre los casos de *error in obiecto* y los de *aberratio ictus*. Sin embargo, Silva Sánchez (1984) aprecia que la raíz del problema de esta solución radica en su concepción misma del bien jurídico y del objeto material (p.355).

Para apreciar de mejor manera el problema, y analizar los puntos flacos de la solución del dolo consumado, conviene que se traiga a colación una teoría del bien jurídico diferente, tal como lo es la de Santiago Mir Puig. Este autor plantea que no

puede confundirse los conceptos de: i) bien jurídico y ii) substrato del bien jurídico u objeto material del hecho. Así pues, debe partirse de que, si bien los bienes jurídicos pueden ser de carácter material (como el patrimonio económico) e inmaterial (como el honor), ellos no pueden confundirse con el substrato del bien jurídico, que es la realidad empírica y constatable desprovista de la valoración axiológica que le falta para llegar a ser tenido como bien jurídico (Mir, 2006, p.162). En ese sentido, la vida entendida como dato biológico es el substrato del bien jurídico de la vida, que va más allá por revestir de una valoración funcional y jurídica que le da la sociedad. Por otra parte, el objeto material o substrato es el blanco material sobre el cual recae el delito (Mir, 2006, p.162).

Pues bien, tanto para Silva, como para Mir, el derecho penal está dirigido a proteger realidades materiales del mundo, no valoraciones abstractas e inabarcables, con lo cual debe interpretarse al bien jurídico también teniendo en cuenta su substrato. No se debe tener en cuenta al valor de la vida en general sin más, sino que debe tenerse como objeto de protección a la vida como dato empírico, materializado en un ser humano ubicado en el tiempo y en el espacio (Silva, 1984, p.355).

Conforme lo anterior, puede descartarse la asimilación que pretende dar a los casos de *aberratio ictus* y de *error in obiecto* la postura de la solución del delito doloso consumado, puesto que no es lo mismo que en un caso A le haya causado la muerte a B creyendo que se trataba de C (caso del *error in obiecto*), a que A, quien quería dar muerte a B con un disparo, haya ejecutado defectuosamente su maniobra y ello haya desembocado en la muerte de C, que se encontraba en las inmediaciones del lugar (caso del *aberratio ictus*), la razón es simple: en los casos de *error in obiecto* el autor realmente se ha equivocado sobre la identidad de un sujeto (dato extratípico que

generalmente, en efecto, no es relevante para la imputación dolosa), pero no sobre la ubicación temporal y espacial del mismo y su caracterización como persona, que es lo verdaderamente relevante para el derecho penal, en efecto ha lesionado el bien jurídico que pretendía afectar desde un principio, y es por esta razón que puede sancionarse al autor dolosamente (Silva, 1984, p. 357-358).

El análisis es diferente en el caso del error en el golpe, ello porque el autor se ha representado previamente un objeto o substrato de bien jurídico distinto al que efectivamente impacta con su conducta, ya que el sujeto agente había identificado en el tiempo y en el espacio a un objeto empírico determinado, pero en virtud de la desviación de los acontecimientos que se producen, los efectos nocivos de la acción recaen sobre un objeto empírico que este no se había representado, lo cual es razón suficiente para que no pueda imputársele este resultado en modalidad dolosa, puesto que el impacto efectivamente ocurrido ha excedido el ámbito de la decisión disvaliosa del autor (Silva, 1984, p.358).

Ahora bien, el autor español no solo encuentra razones para controvertir la solución y fundamentación teórica que encuentran los partidarios de imputar el delito doloso consumado en los casos de *aberratio ictus*, sino que también esgrime críticas a la fundamentación teórica de la postura mayoritaria cuya solución es la del concurso de delito tentado e imprudente, y que tienen gran relevancia para los fines del presente proyecto.

Como ha podido advertirse, la solución que han dado los autores adscritos a la postura mayoritaria para la solución de los casos de *aberratio ictus* ha consistido en imputar a modo de delito tentado la acción dirigida al objetivo que se yerra, mientras

que se sanciona por imprudencia la lesión que efectivamente se ocasiona a un segundo objeto material, por encontrar que no existe una congruencia entre los planos objetivo y subjetivo del hecho, ya que el curso causal se ha extendido fuera del contenido del conocimiento del dolo del autor (Jakobs, 1997a, p.365), o su acción por mera casualidad, ha impactado un objetivo no previsto (Jescheck, 2002, p. 336).

Dado que la problemática de la desviación causal del hecho ha sido abordada por la postura mayoritaria desde la faceta subjetiva del delito, a partir de la concepción del elemento cognitivo del dolo como continente del suceso externo y del curso lesivo, la postura mayoritaria alemana llega a la conclusión de que el caso del *aberratio ictus* excede los límites del dolo del autor porque éste no solamente debe contener a la conducta y al resultado, sino que además debe abarcar al curso causal, al menos en sus rasgos esenciales (Silva, 1984, pp.358-362). Frente a la solución anterior, este autor halla su principal falencia en sus mismos cimientos teóricos desde la imputación subjetiva, concretamente en lo que al objeto o contenido del conocimiento del dolo respecta (Silva, 1984, p.357).

Para explicar la fundamentación de este autor, en primer lugar se debe hacer la claridad de que el dolo equivale al conocimiento del hecho típico, el conocimiento de los elementos del tipo en cuanto constituyan el “injusto típico objetivo del hecho” (Silva, 1984, p.367), y dado que el injusto es el hecho que deviene penalmente relevante por el peligro que representa para la integridad de un bien jurídico, es concretamente ese peligro o riesgo jurídicamente desaprobado el contenido que debe ser abarcado por el dolo del autor (Silva, 1984, p.367), mas no las situaciones o elementos que no doten el disvalor de la acción ejecutada.

Así pues, el injusto típico es el “injusto de la conducta”, el hecho del autor que emana el riesgo de afectación o puesta en peligro objetiva del bien jurídico, perceptible desde la perspectiva *ex ante* por el espectador objetivo, y es concretamente este peligro lo que debe entenderse como objeto de conocimiento del dolo, dejando fuera del mismo ámbito de cognoscibilidad a las situaciones que tienen ocurrencia *ex post* al riesgo desaprobado, como lo son el resultado y el mismo curso causal (Silva, 1984, p.367), la presente idea será desarrollada a profundidad en un capítulo posterior.

De esta manera pierden firmeza los argumentos con los que la doctrina ha intentado resolver los casos de las desviaciones en el curso causal, especialmente el del *aberratio ictus*, respecto del cual la mayoría de los autores, partiendo de la base de que el curso causal (al menos en sus rasgos esenciales) debe ser abarcado por el conocimiento del dolo, le han resuelto tradicionalmente como si se tratase de un caso particular de error de tipo sobre el curso causal que había sido previsto por el autor, ya que si se asevera que el injusto típico es el peligro objetivo y desaprobado que representa la conducta del autor para un bien jurídico, y que son los factores que configuran disvaliosa la conducta desencadenada por el autor los que debe conocer el autor *ex ante* ejecutar su acción para que el resultado que devenga pueda serle imputado dolosamente, tanto el curso causal como el resultado terminan siendo situaciones contingentes que no necesariamente debe conocer a cabalidad el autor para la imputación dolosa, puesto que no son elementos determinantes a la hora de identificar el riesgo jurídicamente desaprobado que encarnan los actos y omisiones humanas.

La fundamentación teórica para el tratamiento punitivo de las desviaciones causales propuesta por Silva Sánchez demuestra mayor claridad y representa utilidad

para una mejor comprensión de la verdadera naturaleza del fenómeno del *aberratio ictus*, sacando a relucir las falencias argumentativas de las posturas dominantes, y refutando que el denominado error en el golpe sea un caso particular de error de tipo sobre el nexo causal, puesto que, como se ha podido comprender, el curso causal, aunque elemento del tipo objetivo, no resulta ser uno de los referentes o elementos que deben ser comprendidos por el conocimiento del dolo, ya que el curso causal no es uno de los factores que encarnan el riesgo jurídicamente desaprobado.

4.1.3. El aberratio ictus en la doctrina y la jurisprudencia colombiana

En el presente acápite se analizarán las diferentes propuestas realizadas por algunos de los más destacados autores colombianos sobre el tratamiento punitivo del *aberratio ictus* en la cual se podrá determinar la adherencia o no conforme a las soluciones expuestas con anterioridad, a su vez se examinará el desarrollo jurisprudencial de distintos tribunales en Colombia así como de la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la solución material del *aberratio ictus*.

4.1.3.3. La solución de Alfonso Reyes Echandía. Este autor ubica el dolo y la imprudencia dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad, señalando que su aspecto negativo se nutre del caso fortuito, la fuerza mayor, los errores de prohibición y de tipo, entre otros. Frente al dolo, este autor propone una postura eclética sobre las teorías de la voluntad y de la representación, dando relevancia tanto al aspecto cognitivo como al volitivo. Pese a lo anterior, en ciertas ideas que desarrolla, torna un mayor valor

al aspecto cognitivo, pues en su postura, destaca que la voluntad del autor depende del conocimiento, ya que el autor debe haberse representado el hecho previamente, y dicha representación debe referirse a los requisitos de la descripción típica del comportamiento (Reyes, 2017, pp.214-215).

El autor denomina al *aberratio ictus*, como *aberratio delicti*, señalando que este consiste en la discordancia del hecho previsto por el autor y el hecho típico realmente acaecido, sin embargo, advierte que este se encuentra dentro de los errores accidentales, donde la ocurrencia de este deja intacta la adecuación típica o reprochabilidad de la misma. Así pues, quien pretende impactar con arma de fuego a un sujeto A, con la intención de quitarle la vida, y en su lugar termina impactado a B, quien se interpuso entre la bala y A, causándole la muerte, el error debe entenderse de índole accidental por no recaer sobre los elementos del tipo concreto, con lo cual no afecta la posibilidad de reprochar la conducta a título de dolo, puesto que el tipo de homicidio no discrimina la calidad o individualización de las personas, siendo un sujeto indeterminado, por tanto, haber matado a B es equivalente a haber matado a A, y en consecuencia el agente responderá por homicidio doloso consumado (Reyes 2017, pp.248-249).

Por lo anterior, para este autor el objeto material y el bien jurídico tutelado son idénticos, asimismo se delimita error en el golpe como un error accidental, difiere entonces de la posición mayoritaria sobre el tratamiento punitivo del *aberratio ictus*, inclinándose por la teoría del delito doloso consumado, y señalando lo inesencial del *aberratio ictus* en la producción del resultado, puesto que lo querido, así fuera diferente, no afecta el reproche de la conducta.

4.1.3.4. La solución de Juan Fernández Carrasquilla. Para el colombiano el error de tipo invencible consiste en el yerro que recae sobre uno o cualquiera de los elementos descriptivos, normativos o personales del tipo objetivo, el cual logra la exclusión del tipo subjetivo, es decir elimina el dolo, la imprudencia, o la preterintención según corresponda, tornando la conducta delictiva en atípica, sin embargo, si el error es vencible excluye únicamente el dolo, subsistiendo el título de imputación imprudente, solo si existe el tipo culposo (Carrasquilla, 2011, pp.675-677).

El autor diferencia el error vencible o invencible según la diligencia y cuidado con la cual actuó el agente, para la verificación de estos postulados se debe comprobar la ligereza o ausencia de cuidado del autor en el injusto de ese modo, conforme a lo exigible a personas del medio de clase al cual pertenece el sujeto activo, se ponen en la misma situación que ha desplegado el autor. Ahora bien, el conocimiento del agente se torna relevante conforme a la duda o sentido que ha actuado, precisamente la ligereza o liviandad en la conducta, permite concluir la configuración del error vencible o invencible (Carrasquilla, 2011, p.665)

En el manejo del *aberratio ictus*, el autor se adhiere a la solución mayoritaria, describe el error en el golpe como un fallido manejo de los medios de modo que la acción recae sobre una persona o cosa diferente a la querida, es decir, si alguien por desviación en el golpe mata a B en lugar de C, responderá por tentativa de homicidio frente a C, en concurso con homicidio imprudente de B, solo si existe el tipo penal en modalidad culposa (Carrasquilla, 2011, p.696).

Ahora bien frente el título subjetivo de imputación del homicidio consumado, advierte el autor que siempre debe ser verificado, abriendo la posibilidad del caso fortuito, el dolo eventual o la imprudencia según sea el caso. Señala que al haber inexistencia del tipo imprudente, podría hablarse de un caso fortuito por el cual no hay responsabilidad penal, empero existe la posibilidad de imputar el homicidio a título de dolo eventual si se logra verificar la alta probabilidad del injusto, esto es, si ya no se trata solo de un descuido o ligereza del autor según el cuidado objetivo debido en el respectivo ámbito de la vida, de manera que la responsabilidad del sujeto agente será por tentativa en concurso con dolo eventual, teniendo en cuenta que en este caso en particular el *aberratio ictus*, no excluye el dolo.

4.1.3.5. La solución de Fernando Velásquez Velásquez. La solución del profesor Velásquez a los casos de error en el golpe, se desarrolla conforme a los casos de error de tipo y los define como aquella discordancia entre la conciencia del agente y la realidad, esto supone que el autor se represente de manera equivocada lo existente (falta la conciencia pero la realidad existe) y el resultado realmente acaecido, es decir, se presenta una discordancia entre lo representado y lo ocurrido en la realidad (Velásquez, 2004, pp.398-399). La representación equivocada del sujeto agente, desde luego recae en el aspecto cognitivo del dolo que al excluir partes de la esfera objetiva del tipo, estructura una clara ausencia de conocimiento que en recae en uno o varios elementos del tipo objetivo, situación que deviene en atípica la conducta, tratándose de error de tipo invencible y con una exclusión únicamente del título subjetivo del dolo al tratarse de error de tipo vencible, dejando la posibilidad de imputar el resultado a título de imprudencia (Velásquez, 2004, p.402).

Ahora bien, en el *aberratio ictus*, tratando por el colombiano como un error en el nexo de causalidad con una solución particular y específica, se presenta cuando existe un extravío del acto doloso, una "aberración", en cuya virtud si bien el autor individualiza de manera suficiente el objeto de la acción y dirige sobre él su actuación, en el proceso causal en realidad se impacta a un objeto distinto, no incluido en su representación (Velásquez, 2004, pp.399-403). El ejemplo clave que señala este autor es el siguiente: "A" dispara sobre "J" y alcanza a "P", quien se interpone para evitar una riña, la solución específica del autor, es la desarrollada por la postura mayoritaria, en el entendido que el autor al disparar contra de "J" debe responder por tentativa de homicidio y frente al hecho consumado, es decir frente a "P" a título imprudencia, ahora

bien el autor advierte que varios sectores de la doctrina, asimilan al error en el golpe, con el *error in objecto* de ese modo su tratamiento punitivo en todos los casos es doloso (Velásquez, 2004, p.400).

Ahora bien, resulta de importancia la solución específica desarrollada por el autor, pues en el contenido de su obra, se resalta la relevancia como la irrelevancia del error tipo, situación que no aplica para el *aberratio ictus*, pues señala que no se trata de un error de tipo común o general, sino especial con un tratamiento particular, que por serlo se han sometido a un estudio particularizado que se ciñe a sus propias reglas (Velásquez, 2004, p.403).

4.1.4. El desarrollo jurisprudencial del fenómeno del aberratio ictus en Colombia

En el presente título, se traerán las providencias más relevantes frente al tratamiento punitivo del *aberratio ictus* en Colombia, se analizará en cada una de ellas, la postura y modulación de la tesis acogida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el transcurso del tiempo. Conforme a las soluciones propuestas por la literatura, se determinará bajo que parámetros se han resuelto los casos del error en golpe que se han presentado en Colombia.

4.1.4.1. CSJ SP- 826-1948 del 5 de abril de 1948 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa de

F. O. en contra de la sentencia del 18 de diciembre de 1946 proferida por el Tribunal Superior de Pamplona.

Los hechos que sirvieron de base para la sentencia consistieron en que F.O disparó en contra de L.G en la oscuridad de la madrugada, cuando su propósito era atacar contra la vida de O.C, con quien tenía ciertas diferencias, el desatino en la identidad de la víctima fue producto de la oscuridad de la mañana y del sombrero que era típico del señor O.G, situación que hizo que el actor confundiera a L.G por O.G y le terminara dando muerte a este último (SP- 826,1948).

Fueron dos los cargos propuestos por la defensa y uno de ellos consistía en lo siguiente “se está por tal razón en presencia de una *aberratio delicti* por error in persona por cuanto O.G por equivocación dirigió su acción contra un sujeto determinado distinto de aquel que quería eliminar” a su vez, concluía que el procedimiento había incurrido en una causal de nulidad al haberse errado en la denominación del *nomen iuris* de la infracción al habersele imputado el homicidio denominado *aberratio ictus*”

La Sala señala que, en el *aberratio ictus*, tanto los elementos objetivos como los subjetivos son los mismos, porque tratándose de delitos como el homicidio o las lesiones personales, el objeto material del ilícito es el mismo sujeto pasivo, es decir siempre es un hombre y no es este hombre determinado en vez de aquel otro a quien se dirigía la acción física del sujeto agente, pues el tipo penal no se refiere a un sujeto determinado, y por tanto dicha situación no exime de responsabilidad al agresor que ejecuta el injusto (SP- 826, 1948).

Líneas más adelante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia advierte que, para determinar la responsabilidad del sujeto agente, no se atiende exclusivamente a la cantidad del daño producido como resultado de la acción, sino principalmente a la intención, propósito o fin perseguido por el autor y a su peligrosidad o capacidad antisocial a la que se revela por la gravedad y modalidades concurrentes en el hecho delictuoso.

Si bien la desestimación del cargo fue producto de la indebida interpretación sobre denominación de la conducta, es decir, homicidio *aberratio icuts*, situación que tornó la pretensión hacia una latente nulidad en sede de casación, no se debe descuidar la postura que toma el colegiado cuando señala que la *aberratio ictus* no extingue la responsabilidad del actor, pues no se está frente a la inexistencia de los elementos objetivos ni subjetivos del tipo, al tiempo que precisa que el objeto material es un sujeto indeterminado, solución que similar a la desarrolla por la postura minoritaria el tratamiento del *aberratio ictus*. Ahora bien, frente al caso en concreto, se evidencia la inexistencia de un error en el golpe, pues en la descripción fáctica se observa la materialización de un caso de *error in persona* dado que el condenado confunde en la oscuridad de la madrugada al sujeto pasivo sobre el cual *ex ante* se había representado con una persona diferente.

4.1.4.2. Sentencia del 22 de enero 1963 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo en conocimiento el recurso de casación interpuesto por la defensa del señor U.T en contra de la sentencia de fecha 24 de abril del año de 1962 dictada por el Tribunal Superior de Neiva, quien le encontró penalmente responsable y fue condenado como autor del delito de homicidio por la muerte del señor José Rodolfo Lodoño.

Los hechos objeto de estudio ocurren el día 10 de septiembre de 1961 cuando varias personas en la cantina del señor U.T ubicada en el caserío Belén del municipio de La Plata, y en la cual varias personas concurrían a consumir bebidas embriagantes, entre ellas el señor A.S, quien decidió solicitarle al señor U.T dueño del establecimiento que le fiara el consumo. Ante dicha circunstancia el condenado, molesto, decidió negársela por lo cual el señor Sánchez optó por injurarlo y en razón de ello el señor U.T, armado de un revolver que sacó del cajón del mostrador, avanzó hacia A.S y en el instante en que se disponía disparar se interpuso el señor R.L, el cual vino a recibir el disparo que terminó con su vida.

Fueron tres los cargos propuestos por el casacionista: el primero de ellos, bajo la tesis de que el homicidio debía imputarse a título de imprudencia, puesto que el disparo realizado por el señor U.T se debió a un hecho imprevisto generado por la reacción de la propia víctima, dado que la víctima decidió forcejear con él y en el intento fallido de tratar de desarmarlo fue impactado en su humanidad. El segundo cargo no deviene mayor importancia al repetir el anterior, y el tercero consistió en que las circunstancias del homicidio perpetrado por el señor U.T conducen a apreciar un error en el golpe, pues su intención era impactar al señor A.S, situación que no ocurrió. Finalmente señala

que su defendido obró en estado de ira e intenso dolor causado por las agresiones verbales sufridas y, en virtud de lo anterior, llevaba a la necesidad de imponerle la pena mínima (Sentencia, 22 de enero de 1963).

Las súplicas de la defensa no fueron de recibo por la Corte y en su contra sustentaron las consideraciones en las pruebas obrantes del expediente, las cuales encaminaron a determinar que el señor U.T fue autor del homicidio conforme con el análisis de necropsia y de los testimonios, a su vez, el juzgador tuvo en cuenta la circunstancia de ira e intenso dolor en las que actuó el señor U.T, situación que le permitió aplicar una atenuación en la pena.

En el análisis del homicidio imprudente debido al hecho imprevisto, precisa la Corte que no accede a dicha suplica en el entendido que “los hechos ocurridos tuvieron génesis en la riña entre el condenado y el señor A.S, del mismo modo que en la interposición de la víctima al momento en que el condenado decidió disparar” (Sentencia 22 de enero de 1963, Corte Suprema de Justicia).

En lo considerativo de la sentencia , no existe un análisis del *aberratio ictus*, ni siquiera una advertencia de la Corte frente a la manera en que fue formulado por la defensa, pues resulta relevante la hipótesis aportada por el apoderado del condenado al señalar que existe un error en el golpe por error in persona, es decir, hay un entremezclamiento de dos institutos del error: primero el error en el golpe, y segundo el error *in objectio* o persona, que distan en su esencia por ser el primero una desviación en el curso causal, y el otro una representación errónea de la persona que se pretendía impactar.

Finalmente, no fue desarrollado el instituto jurídico de la autoapuesta en peligro de la víctima, la cual sin lugar a dudas fue determinante para causación del resultado no querido por el condenado, el cual conforme a nuevas posturas de la imputación objetiva, tendría la suficiente relevancia para tener como atípica la conducta.

4.1.4.3. AP1018-2014 Radicado 43033 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En esta providencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resuelve la admisión de un recurso extraordinario de casación interpuesto por la apoderada del señor M.Z en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla mediante la cual confirmó de manera parcial la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, en la cual se le encontró responsable del delito de homicidio simple en concurso con tentativa de homicidio.

La base fáctica fue la siguiente, el 30 de agosto de 2003, A.C y su padre J.C llegaron hasta la casa de P.P, donde se encontraba M.Z y otras personas más, con la intención de ingerir licor en la casa de la mencionada señora, una vez llegaron a dicho inmueble A.C lanzó improperios y amenazó de muerte con un arma de fuego a P.P, por lo cual M.Z llamó la atención a A.C y éste último respondió con disparos que impactaron en la humanidad de M.Z, quien a su vez disparó causándole heridas a A.C y contra J.C quien falleció a causa de las heridas. (Auto 1018, 2014)

Si bien la corte inadmite el recurso de casación interpuesto por la defensa, por la escasa argumentación de la demanda tanto que lo señala de ser más un alegato, que una

demanda de casación, pues al ser extraordinario, requiere de una técnica especial frente a los cargos que se quieren demostrar, sin embargo, la Sala Penal decide casar de manera oficiosa las sentencias, conforme a las siguientes consideraciones, en primer lugar señalado que el señor M.Z, había actuado en legítima defensa frente a las agresiones de provocadas por A.C, dado que este último le propinó dos disparos, al momento que el ofendido desenfundo su arma de dotación personal y la accionó en tres oportunidades en contra de su agresor, con tan mala fortuna que un tercer disparo impactó al señor J.C en el área abdominal, situación que finalmente le causó su muerte sin embargo, la legítima defensa no se presentaba frente al occiso J.C, pues este último no había ejecutado agresión alguna en contra del primero.

Resalta la Corte, a través de la teoría de la imputación objetiva, la autoapuesta en peligro de la víctima, que conocedora del riesgo al que se sometía lo acentuó en desmedro del deber de autoprotección a tal punto que, con el propósito de defender a A.C, su hijo, en un momento de forcejeo, una bala de la recámara de señor M.Z terminaría con su vida, de ese modo señala la Corte que habiendo una autoapuesta en peligro de la víctima deviene en atípica la conducta del condenado (Auto 1018, 2014).

La Corte aborda el estudio del caso, a partir de la teoría del error, concretamente en las desviaciones del curso causal, entre las cuales clasifica el *aberratio ictus*, distinguiendo el error ocurrido en la adecuación típica de la conducta endilgada al señor M.Z, en este punto, el alto Tribunal reitera el concepto del error en el golpe, como aquel que recae en el nexo causal entre la conducta y el resultado que hace parte de la faz objetiva de la tipicidad, es decir, el nexo de causalidad hace parte de la tipicidad objetiva (Auto 1018, 2014).

Frente al tratamiento punitivo del *aberratio ictus*, el Tribunal comparte opinión con la postura mayoritaria, señalando que existe grado de tentativa el resultado querido pero errado y a título de imprudencia con relación al resultado no querido pero consumado. Motivo por el cual el título de imputación por el homicidio consumado es por imprudencia y no a título de dolo como habían señalado los jueces de primera y segunda instancia, sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el análisis de la imprudencia frente al homicidio, determina la autoapuesta en peligro de la víctima, motivo suficiente para declarar atípica la conducta. No obstante dada la existencia de la prescripción del delito imprudente, decide absolver al autor por este instituto jurídico-procesal y no por la atipicidad de la conducta (Auto 1018, 2014).

4.1.4.4. Sentencia del 12 de octubre de 2020 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Juan de Pasto, tuvo en conocimiento del recurso de apelación interpuesto por la defensa de una persona procesada por homicidio doloso en concurso con porte ilegal de armas. Los hechos consistieron en que el procesado estaba departiendo en una fiesta, en la cual se vio inmerso en una riña dentro de un grupo de personas, más tarde, en compañía de otra persona busca un arma de fuego que se encontraba en su casa, posteriormente se dirige nuevamente a la festividad y abre fuego en dos ocasiones en contra del grupo con el cual previamente había tenido el altercado, con tan mala suerte que una de las balas impacta a un tercero ajeno a la gresca, causándole la muerte.

El colegiado procede a estudiar el caso, definiendo el *aberratio ictus* como la divergencia entre lo pretendido y el resultado que obedece a un error que se presenta en el nexo causal. Señala en el análisis del caso, que se encuentra bajo un supuesto fáctico que la doctrina ha definido como error en el resultado o *aberratio ictus*, puesto que la intención del hoy procesado era impactar al grupo de personas con las cuales previamente había tenido un altercado, y no frente al occiso.

Pese a la anterior consideración en una muy crítica postura, el Tribunal confirma la sentencia de primera instancia, pues estimó que el condenado realmente actuó con dolo eventual, vale decir, que la colegiatura, reconoce el siguiente tratamiento punitivo del *aberratio ictus*:

(...) ello conlleva que se presenten dos tipos de investigaciones, una determinada por la tentativa de homicidio contra la persona contra la que inicialmente se dirige la acción criminal (...) Y el resultado no querido pero que se ha producido, de ahí el error en el golpe o que podía también llamarse error en el resultado por cuanto es una divergencia en lo pretendido (...) Sentencia del 12 de octubre de 2020, M.P Héctor Agredo, Radicado: 521106000507201800001.

Sin embargo, el colegiado determina que la conducta del autor se ha realizado a título de dolo eventual, dado que el procesado ha dejado al azar el resultado. La anterior premisa resulta contraproducente con el tratamiento punitivo que el Tribunal realiza previamente, puesto que reconoce la configuración del *aberratio ictus* pero amolda la conducta a título de dolo eventual.

AP3098-2020 Radicado 52974 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En esta oportunidad la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve la admisión del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del señor F.P, en contra de la sentencia proferida el 3 de abril de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, que confirmó la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Puerto Tejada Cauca, mediante la cual lo condenó por los delitos de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego por los hechos ocurridos el día 25 de diciembre de 2016, cuando en horas de la noche, sobre el frente de la residencia con nomenclatura 16-73, del barrio El Centro del municipio de Puerto Tejada, la niña I.P.B de 12 años de edad, quien jugaba con dos primos en el andén junto con su familiares departiendo de las fiestas decembrinas en la calle, en ese momento la menor fue impactada por disparo de arma de fuego en la altura del tórax, proyectil que provenía del taller de motocicletas “Los Pencua” (Auto 3098, 2020).

El *aberratio ictus* fue el argumento del segundo cargo de la demanda de casación, señalando que el señor F.P apuntó su disparo a dos terceras personas que supuestamente le habían intentado herir con antelación sin éxito, sin embargo, el impacto de bala no dio contra sus agresores, y terminó con la vida de la menor debido a un error, dado que el autor nunca tuvo intención de lesionarla.

La Corte señala que en el *aberratio ictus* : el sujeto activo del delito de resultado dirige su conducta contra un determinado sujeto, pero no logra lesionarlo efectivamente, porque sobreviene alguna desviación causal, generando, en cambio, un daño no querido en otro individuo, concluye que en tal situación se trata de una imprudencia respecto al

riesgo que se realiza en el resultado efectivamente producido. En ese caso, el riesgo inicial frente al objetivo trazado se encuentra abarcado por el dolo, pero el segundo daño que se produce no está comprendido por la intención, porque, en estas circunstancias, el sujeto conoce el riesgo y prevé el resultado lesivo del bien jurídico y confía en que no se producirá el daño pero, a pesar de ello, el resultado no querido es el finalmente realizado (Auto 3098, 2020).

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, indica que el título de imputación subjetiva en la conducta del señor F.P es el dolo eventual, pues el condenado tenía la intención de realizar el resultado lesivo, sin que le importara la alta probabilidad de lesionar a los sujetos que se encontraban alrededor en el momento de accionar su arma de fuego, excediendo así el riesgo permitido, con tan mala fortuna que el resultado terminó con la vida de la menor, razón por la cual la Corte despachó desfavorablemente la solicitud de la defensa y puntualizó la inexistencia de una desviación del curso causal, pues lo cierto, es que el actor estimó de forma alternativa, que su actuar también podía herir o ultimar a una persona distinta sobre la que inicialmente se había representado.

Finalmente si bien la Corte trae a consideración los cargos propuestos por la defensa, determina la inadmisión de la demanda de Casación pues la censura propuesta no cumplía con los requisitos mínimos de lógica y argumentación que se deben satisfacer al ser la Casación un recurso extraordinario distante al de apelación, es decir, conlleva una mayor carga argumentativa diferente por su técnica al de una simple impugnación, motivo por el cual, fue suficiente para el alto Tribunal no conceder su admisión.

4.2. La relevancia de la representación del curso causal del hecho del autor

Habiendo delimitado la problemática existente en torno a la resolución de los casos en los cuales existe un resultado jurídicopenalmente relevante distinto al que había planeado el autor, debido a un defecto en su ejecución provocando un desvío del curso causal, conviene analizarle desde una perspectiva diferente, con la finalidad de que se arribe a conclusiones más acordes con la doctrina penal moderna, para entender la verdadera incidencia que pueda llegar a tener la representación del curso causal que tenga el autor de un hecho que pueda catalogarse como producto de un error en el golpe.

En las líneas que proceden se planteará el problema de si puede tener alguna incidencia la representación causal del hecho de un autor para efectos de llegar a provocar un tratamiento punitivo distinto en los casos en que haya *aberratio ictus* o si, por el contrario, no existen razones para pensar que dicha representación causal juegue un papel importante en los distintos niveles de imputación del resultado lesivo a su autor, más concretamente, al acontecer la desviación causal.

4.2.1. Precisiones generales sobre representación, previsibilidad y conocimiento

En principio, se ha expuesto lo concerniente a la ubicación sistemática del fenómeno del *aberratio ictus*, su tratamiento por distintos autores y la jurisprudencia colombiana. De dichos presupuestos, puede observarse que la descripción de *aberratio ictus* abarca, en la mayoría de los tratadistas, parte de los elementos que componen la atribución jurídica del resultado o que son presupuestos de esta, como la representación, la previsibilidad y el conocimiento.

4.2.1.1. Concepto de Representación. No sería viable continuar con el análisis de la desviación causal, sin antes realizar precisiones sobre los presupuestos en mención, los cuales constituyen parte de la resolución del problema que se abordará en líneas posteriores. Por ende, será necesario adscribirse al que se ha considerado de mayor rigor científico, sin desmeritar los demás estudios al respecto.

Así las cosas, y en armonía con la ubicación sistemática ya delimitada, la representación en el derecho penal ha sido utilizada para fundamentar la forma en la que los sujetos pueden conocer o concebir algún objeto. Por ejemplo, De la Fuente (2016) afirma que “Nosotros empleamos la representación de un individuo para conocer las propiedades de la voluntad que ha dado origen a sus actos” (p.325) Por su parte Roxin (1998) afirma sobre la teoría de la representación que “Se apoya sobre todo en la idea de que la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando” (p.433) y Varela (2016) difiere de lo anterior, al exponer que “el acto de representación se concibe como una forma de actualizar el «tener conocimiento de algo», de modo que un objeto dado en la representación no proporciona un nuevo saber al sujeto” (p.478).

La conceptualización de la representación por parte de los autores viene dada por remisiones a otras áreas, la mayoría de las veces acuden a la psicología o filosofía para describir lo que en cada área significa dicho concepto, para posteriormente adecuarlo y normativizarlo. Hasta aquí, la representación podría parecer inherente al acto de conocer, empero, como fue objeto de advertencia, la definición de Varela (2016) es el resultado de un profundo estudio sobre el conocimiento en el derecho penal, y a

efectos de resolver el problema planteado, será necesario adscribirse al mismo con las siguientes precisiones.

En el ámbito de la fenomenología, la representación es un suceso que requiere de la consciencia previa, y que se ejecuta con la observación de un objeto o la imaginación del mismo. En la epistemología, no sucede lo mismo, y la representación es limitada a situaciones puramente psíquicas, alejadas de la realidad. En la filosofía, el concepto varía de acuerdo con el autor, pero de modo general, se distingue el acto de representación del de percepción, tal como lo ha planteado esta autora:

Por percepción ha de entenderse toda forma de aprehensión cognoscitiva en la que el objeto se presenta y se revela tal como es en sí mismo a la mente de sujeto. Por el contrario, el acto de representación se concibe como una forma de actualizar el conocimiento de algo (Varela, 2016, pp.167-169).

A partir de la definición de la autora, es viable afirmar que la representación requiere de un conocimiento previo sobre el objeto representado para poder comprenderlo, es decir, no podría representarse un objeto desconocido o simplemente percibido; percibir el objeto no implica conocerlo, conocer su significado requiere de un bagaje teórico anterior, previo al hecho y ese bagaje teórico o conocimiento previo, se encuentra en la consciencia, o en la coconsciencia del sujeto.

Lo anterior, traído a la teoría del dolo, tiene un impacto relevante, puesto que, en la mayoría de los casos, el conocimiento es definido a través de un acto de representación, que aquí también seguirá siendo utilizado, pero precisando su alcance, en el sentido de que, cuando se describe al conocimiento típico como la representación de la conducta, dicha representación se limitará a la actualización del conocimiento, de

algo que previamente se sabe, y que no es concomitante al hecho. “En efecto, el mero percibir la concurrencia de los elementos del tipo o la simple representación no son suficientes por sí solos como para sostener que el sujeto sabía lo que hacía en términos de dolo” (Varela, 2016, pp.169).

Por ende, la representación no tendría la entidad suficiente para ser objeto del conocimiento típico. Lo que se representa debe ser previamente conocido, y se encuentra en el sujeto o sobre la consciencia o coconsciencia, e implica, más allá de la percepción, la comprensión del hecho.

4.2.1.2. Concepto de Conocimiento Típico. El conocimiento como elemento del dolo y aspecto fundamental de la atribución subjetiva del delito, ha sido objeto de discusiones interminables en los últimos tiempos, teniendo en cuenta que la normativización del derecho penal ha desvinculado cualquier aspecto psicológico u ontológico que pueda hacer parte de la teoría del delito, como lo sería la voluntad del sujeto. Conocer el hecho delictivo es el sustento de un mayor reproche jurídico-penal y la línea divisoria entre el dolo y la imprudencia. Por ejemplo, Varela (2016) afirma que el conocimiento tiene dos facetas “como estado mental es la representación de la realidad en el sujeto, como proposición es la congruencia entre la realidad y la representación mental del sujeto, el segundo no es un proceso mental, sino proposicional” (p.173).

Otros autores como De la fuente (2015) también exponen dos facetas al referirse al conocimiento para el dolo; en la primera de ellas, se encuentra un estado mental relativo a la intención de realizar el hecho típico (elemento empírico) y el otro

relativo al conocimiento sobre el hecho (elemento normativo). Al igual que Varela (2016), este autor posee un elemento psicológico en el conocimiento típico, empero, por cuestiones de racionalidad práctica, terminan sosteniendo que el conocimiento para afirmar el dolo depende de elementos normativos.

De acuerdo con lo anterior, surge la incógnita sobre lo que debe conocer el sujeto efectivamente, es decir ¿Qué ha de conocer el sujeto para afirmar *ex post* que realizó un hecho doloso? Para ello, habrá que indagar sobre los elementos que componen el concepto normativo de conocimiento típico. Al respecto, se tiene como punto de partida un sustrato básico del conocimiento, como lo es el conocimiento consciente y el conocimiento coconsciente. Como sólo se es consciente de algo que se conoce, el conocimiento consciente hace referencia al conocimiento actual que se tiene sobre un objeto, y el coconsciente hace referencia a aquel conocimiento que se halla en la periferia de la consciencia, es decir, del que se conoce pero no se piensa expresamente al momento de la conducta.

Así, la consciencia permite sostener la relación de congruencia entre la realidad objetiva y la aprehensión que el sujeto hace de la misma; ese acto mental valorado constituye, para Varela (2016), la proposición de conocer. Ahora bien, hace falta relacionar la congruencia objetiva-subjetiva conforme al derecho penal, es decir, cuándo la correspondencia entre la aprehensión que el sujeto hace de la realidad es suficiente para imputar el conocimiento típico. Sobre el particular Varela (2016) afirma que “objeto del conocimiento son los elementos del tipo objetivo, primordialmente el comportamiento típico, en el cual va ínsito un riesgo de afectación a un bien jurídico-penalmente protegido” (p.244). Bajo una línea similar Frish (2004) señala que la

conducta típica está delimitada por el contenido de la decisión del autor y la realización de dicha decisión, pero ese contenido, debe estar determinado por una acción ubicada espacio-temporalmente, limitada a un determinado tipo normativo de creación de peligro y dirigida a un determinado sustrato normativo del bien jurídico.

El autor tiene que haber apreciado no sólo que su comportamiento entrañaba la posibilidad de desencadenar consecuencias típicas; sino que debe añadirse la captación de aquellos datos imprescindibles para calificar la conducta como creación de riesgo desaprobada: esto es, que determinado objeto de bien jurídico ha sido expuesto, mediante la conducta, a un curso causal incontrolable; que se trate del riesgos a los que uno suele ajustarse en el sentido de evitarlos, y no sólo de riesgos que uno asume como riesgos generales de la vida.” (Frish, 2004, p.622)

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que el objeto del conocimiento serían los elementos del tipo objetivo que efectivamente configuran el riesgo jurídicamente desaprobado o injusto de la conducta (desvalor de acción).

Entonces, el acto de conocer se entiende definido a partir de la aprehensión cognitiva del sujeto. Empero, si ese conocimiento recae sobre el tipo, es necesario abordar los elementos que hacen parte del tipo penal y de los que se exige su conocimiento para la atribución jurídica de resultados. En ese sentido, el sujeto debe conocer la dimensión fáctica y expresiva del hecho típico; el primero corresponde a los elementos descriptivos y normativos y el segundo a los valores que expresa con su conducta. Sobre esta división Roxin (1997) afirma “el conocimiento de los elementos del tipo se define tanto como la percepción sensorial (descriptivos) como la comprensión intelectual (normativos) de los elementos típicos” (p.475) Por su parte, y de una forma

más descriptiva, Varela (2016) manifiesta que “se entenderá que todos los elementos del tipo requieren la aprehensión cognitiva de su significado, aunque algunos puedan percibirse ya por los sentidos y otros precisen, además, de una valoración” (p.248)

Hasta aquí, podría creerse que la dimensión fáctica no requiere de mayor profundización, sin embargo, el problema de percibir los elementos típicos, no necesariamente conlleva a conocer su significado y el no conocer impediría la atribución del conocimiento típico del hecho, al menos, desde un tipo de modalidad subjetiva. Hay que hacer claridad en la comprensión que debe tener el sujeto de los elementos, es decir, no es necesario que el sujeto califique las circunstancias del hecho con precisión conceptual o jurídica; es suficiente que tenga un conocimiento ordinario en los términos de la vida social. Asimismo, lo que podrá conocer el sujeto sólo se limitará a las circunstancias presentes que expone el tipo penal. Para Varela (2016) “Los elementos de la dimensión objetiva del tipo penal pueden quedar referidos a realidades existentes en el momento del hecho o inexistentes, es decir, circunstancias futuras” (p.244). De las realidades futuras se entiende el resultado al que hace referencia el tipo y las existentes son aquellas que pueden conocerse previa o concomitantemente al hecho. En todo caso, el resultado no podrá ser conocido hasta su existencia, por lo que sólo podrán crearse pronósticos de cara a su realización.

En conclusión, el objeto del conocimiento (entendido como la relación de congruencia entre la realidad objetiva y la aprehensión que hace de ella el sujeto) será el tipo objetivo, en sus dimensiones fácticas y expresivas, y deberá abarcar cada uno de los elementos que componen dichas facetas, concretamente los preexistentes y concomitantes al hecho, pero no podrá exigirse el conocer circunstancias futuras como

el resultado o aquellas existentes entre el lapso de la acción y el resultado, como lo sería el curso causal, porque este sólo se conoce *es post*, por lo que será necesario utilizar otros elementos de cara a la atribución jurídica de resultados que puedan evaluarse en clave *ex ante*.

Misma conclusión a la que arribó Silva Sánchez (1987), al manifestar que, bajo la óptica de que el injusto penal es un injusto de la conducta, “el curso causal y el resultado en tanto que, aunque elementos del tipo punible de los delitos de resultado consumados, no configuran un injusto típico, no son objeto del dolo” (p.367). En ese sentido, existen bases sólidas para afirmar que, el objeto del conocimiento son los elementos del tipo objetivo, pero no todos los que el tipo objetivo contemple, sino los que se pueden conocer *ex ante* a la conducta, de los cuales es exigible su conocimiento. Concretamente en las modalidades subjetivas de la conducta, puesto que, ante la imposibilidad de conocer circunstancias futuras, se ha creado este concepto, entre otras cosas, para analizar el nexo causal entre la conducta y el resultado. Corcoy (2008) afirma que “la previsibilidad del resultado y del curso causal es un criterio utilizado, tradicionalmente, por la jurisprudencia en el examen del nexo causal” (p.433).

Ahora bien, como la mayoría de los elementos del derecho penal, han nacido en escuelas o teorías de pensamiento que con posterioridad son reevaluadas o normativizadas. Por ejemplo, la previsibilidad tiene su origen en Liszt, quien veía en ella la función de conocimiento del hecho imprudente o culposo; posteriormente, se sostuvo que la previsibilidad tenía la misma entidad que la voluntad en el dolo. Empero, para el objeto de investigación planteado, sólo será necesario precisar las clases de

previsibilidad que actualmente son objeto de debate en el derecho penal contemporáneo, y que serán de utilidad de cara a la resolución del problema.

Es posible advertir que, existen dos clases de previsibilidad en el esquema del delito, correspondientes a la previsibilidad objetiva y subjetiva, por lo que podría inferirse que el análisis de la primera es propio del tipo objetivo y la restante se realiza en sede subjetiva. Lo cierto es que, “la previsibilidad objetiva *ex ante*, es decir, la posibilidad advertida por el espectador objetivo de que la conducta, desde una perspectiva *ex ante*, lesione un bien jurídico constituye un elemento esencial para afirmar la creación de un riesgo penalmente relevante” (Corcoy, 2008, p.19). A partir de tal precisión, el abordaje de la previsibilidad objetiva se realiza conforme al análisis de tipicidad objetiva de la conducta, a través de la imputación objetiva.

Ahora bien, superado el tipo objetivo, con lo que se entiende que la conducta, más allá de los demás elementos que la componen, creó un riesgo jurídico-penalmente relevante y este fue previsible objetivamente, procede a analizarse la modalidad en la que ese hecho jurídicamente relevante fue cometido, es decir, dolosa o imprudentemente (como géneros de otras modalidades de imputación subjetiva). En ese sentido, se afirma que:

La previsibilidad subjetiva se tendrá en cuenta *ex ante* en el ámbito del tipo subjetivo y en relación con el error que ha de existir, en el hecho imprudente, en la conciencia del autor sobre la efectiva peligrosidad de su conducta (Corcoy, 2008, p.19)

Si bien es cierto el autor entiende el delito imprudente como un error, lo que debe resaltar de su definición es la relación entre previsibilidad y peligrosidad, entendida como el elemento de la imprudencia que se deriva del incumplimiento de los deberes de

cuidado por la no previsión por parte del sujeto de que su conducta generaría un riesgo penalmente relevante.

4.2.2. Relevancia de la representación del curso causal del hecho del autor desde la teoría de la imputación objetiva

Como primer momento de análisis a la hora de realizar el estudio dogmático ya propuesto, se ha determinado al nivel de la imputación objetiva, actualmente ubicado dentro de la tipicidad objetiva. Al respecto, se ha planteado el cuestionamiento de si en esta etapa del estudio sistemático del delito puede plantearse un criterio de solución para dar con el tratamiento punitivo del *aberratio ictus*, lo cual tendría consecuencias relevantes para el entendimiento del problema, puesto que dejaría de limitarse el análisis de la figura a la imputación subjetiva en sede del dolo y su contenido tal como se estila tradicionalmente, e incluso podría afirmarse que el error en el golpe puede resolverse con algún criterio de la teoría de la imputación objetiva.

4.2.2.1. Generalidades sobre la teoría de la imputación objetiva, especialmente sobre la creación del riesgo jurídicamente desaprobado. Desde siempre, pudo relacionarse al delito con la exteriorización o materialización de una conducta que socialmente se considera perturbadora o desviada, que podía identificarse, desde finales del siglo XIX, como la causación de una lesión o destrucción de un bien legal y socialmente protegido (Jakobs, 1997b, p209), encontrando a su vez la relevancia del análisis causal de las conductas perturbadoras socialmente, de cara a su imputación o atribución a una persona concreta, contra la que se dirigiría la respuesta del Estado frente a la perturbación causada.

Así, la causalidad se convirtió en una temática de pleno interés para el derecho penal, y el análisis causal de las conductas tomó absoluta relevancia para aquellos primeros esfuerzos del estudio sistemático del delito, los cuales fueron centrando su atención en lo que se conoce como el concepto causal de acción. De este modo, mientras que aquellos juristas intentaban identificar el aporte causal determinante de un autor para con determinado resultado lesivo, se gestaron numerosas teorías de corte causal tales como la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad relevante, entre otras (Reyes, 2005, pp.15-17), cuyo objetivo principal era el de identificar el aporte humano que hubiera producido el resultado determinantemente al interior de la infinita cadena causal de sucesos, con el fin de poder atribuir a este causante la responsabilidad penal por las consecuencias de su acción.

A pesar de los ingentes trabajos y estudios de los teóricos de la primera mitad del siglo XX, no tardaron en llegar críticas de nuevos autores que exponían los puntos

débiles de sus soluciones causales, y del precario, y en ocasiones inexacto, método de imputación jurídica del hecho.

Posteriormente, gracias a la discusión teórica, pudo distinguirse que el principal error de los esquemas del derecho penal de aquella época se encontraba en el mismísimo punto de partida para su análisis, su enfoque científico y su concepción del objeto de estudio. Las teorías creadas hasta ese momento habían nacido del influjo del positivismo y el método científico, que había permeado todas las ciencias exactas, e incluso las sociales y humanas, entre ellas el derecho penal (Mir, 2003a, p.205). Esta influencia implicó que los métodos y teorías de análisis causal al servicio de la imputación jurídica de resultados lesivos entendieran como causa a cualquier condición entendida en el plano naturalista, lo que conducía a imprecisiones insalvables, ya que el objeto de estudio de la ciencia jurídico-penal no es el mismo que el de las ciencias exactas.

El derecho penal se entiende como mecanismo normativo de control social, siendo las normas (y su análisis como método) y la sociedad (como objeto de estudio) conceptos construidos intersubjetivamente y no dados ontológicamente en el plano natural, del mismo modo que son diferentes las leyes jurídicas a las leyes de la naturaleza, es por ello que el derecho penal y su método científico deben tener un (Mir, 2003b, p.4), ya no se trata de averiguar la causa dentro del conjunto de situaciones que llevaron a un resultado lesivo, sino de empezar a valorar jurídicamente esa causalidad ya verificada naturalísticamente.

Con este enfoque valorativo aunado los aportes que realizaron autores como Karl Larenz (desde el derecho civil) y Richard Honig (en derecho penal), se gesta la teoría de la imputación objetiva. En términos generales, puede decirse que la imputación objetiva

es una teoría que fue adoptada y mayormente nutrida en el campo del derecho penal, mediante la cual se busca, a partir de criterios o requisitos de índole normativo y valorativo, limitar y reducir el ámbito de imputación de resultados causalmente provocados, a aquellos que fueren jurídico-penalmente relevantes, lo que permitió identificar los aportes realizados por una persona que, materializando el injusto objetivo, se muestran como causa de aquel resultado y, por tanto, permite concluir que éste es obra suya (Reyes, 2005, p.76).

En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico-penal, se vinculan un suceso en el mundo y un destinatario de imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso: es él el que lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar. (Jakobs, 2011, p.23)

Así, gracias a la imputación objetiva se puede seleccionar, dentro de todo el conjunto de acciones, fenómenos, y situaciones naturalmente entendidas, aquellas que revisten relevancia para el derecho penal siendo merecedoras de reproche. En la imputación objetiva importa únicamente que el comportamiento contenga los requisitos objetivos del tipo penal, y que en ella se haya excedido el ámbito de competencia del autor por haber defraudado las expectativas que son propias del rol que ocupa en la sociedad (Reyes, 2005, p.68). Lo que verdaderamente importa al juicio de imputación objetiva (por ser objetivo) es todo aquello que compete a la expresión externa del hecho y a su relación objetiva, normativa e intersubjetivamente entendida para con un sujeto de imputación, sin que importen los aspectos individuales o personales de cada autor, aspecto del que se encargan las modalidades de imputación subjetiva del hecho (el dolo y la imprudencia), y la reprochabilidad del mismo (Reyes, 2005, p.68).

Esta teoría tradicionalmente ha sido dividida en dos grandes niveles de análisis que presentan sus requisitos y criterios independientes. El primero de estos niveles (en el cual se hará mayor énfasis dado el objeto de estudio del presente proyecto) es el de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado. Para identificar al riesgo creado por el autor como un riesgo que reviste la relevancia suficiente para interesar al derecho penal, se parte de la base de que previamente existe una relación de causalidad entre la conducta del autor y el resultado lesivo, y con este nivel de análisis se indaga, en primer lugar, i) que el riesgo creado por el autor sea típicamente relevante por reunir las características del tipo objetivo, encarando un menoscabo o puesta en peligro de determinado bien jurídico, y en segundo lugar ii) que se trate de un peligro que, visto a través de una serie de criterios normativos, trascienda el umbral de lo socialmente permitido, convirtiéndose en un riesgo no tolerado socialmente o jurídicamente desaprobado (Velázquez, 2014, pp.365-366).

Como se ha podido prever, la creación de riesgo desaprobado es el primer concepto normativo que compone la imputación objetiva, en la cual se constata la peligrosidad que encarna la conducta para con el bien jurídico, y su relevancia jurídico-penal a partir de algunos criterios normativos. La creación de riesgo desaprobada es el núcleo del injusto de comportamiento o del comportamiento típico, pues a través de ella se puede apreciar lo verdaderamente disvalioso del comportamiento transgresor de la norma (desvalor de acción) (Frish, 2004, pp.47-48). El problema que se pretende resolver en la etapa de la creación del riesgo es cuáles son aquellos comportamientos que deben ser desaprobados, lo que implica un debate incluso de índole constitucional, pues desaprobando un comportamiento peligroso en nombre de la salvaguarda de los bienes

jurídicamente tutelados trae consigo una restricción soportable y racional de la libertad de los asociados, con el fin de salvaguardar determinados bienes dignos de tutela jurídica (Frish, 2004, pp.86-87).

En efecto, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado es el escenario de análisis en el cual se lleva a cabo el primer cometido de la imputación al tipo objetivo, que es determinar aquellas circunstancias que hacen de una causación una acción típica, especialmente corroborando si la conducta del autor ha creado un peligro para un bien jurídicamente tutelado y, por ende, da la connotación de jurídicamente desaprobada a la actuación del autor (Roxin, 1997, p.363).

A pesar de lo anterior, no es dable afirmar que toda afectación de un bien jurídico pueda considerarse creación de riesgo desaprobada, esto porque existen algunos supuestos fácticos que, de considerarse típicos y por tanto dignos de prohibición penal, implicarían una restricción insoportable de la libertad como derecho que le asiste a los asociados, reduciendo el arsenal de conductas posibles, imposibilitando la vida cotidiana en sociedad (Jakobs, 1997a, p.243).

En ese orden de ideas, la anterior preocupación condujo a que la doctrina penal ideara la manera de seleccionar aquellas conductas que efectivamente pudieran configurar un peligro digno de prohibición jurídica, para lo cual teorizaron sobre criterios de tipo normativo con los que se pudiera cumplir este objetivo. Por su parte, Roxin (1997) limitó el ámbito de imputación, dentro de la creación del riesgo desaprobado, a aquellos casos en los que no concurriera una disminución de un riesgo preexistente; y lógicamente en aquellos en que lo que no se trate de un riesgo permitido. Por otro lado, Jakobs (1997a) identificó que existía creación de riesgo jurídicamente

desaprobado en casos donde no concurriera un riesgo permitido; o donde no pudiera decirse que existía un principio de confianza; o en los que exista una prohibición de regreso.

4.2.2.2. Acerca del concepto de previsibilidad objetiva dentro del juicio de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado. Otro aspecto de relevancia para los fines de este proyecto que se desarrolla en el ámbito de la tipicidad objetiva, parte del tema de la imputación objetiva, es lo que la doctrina ha denominado como “*previsibilidad objetiva*”, la cual por largo tiempo fue asociada a la imprudencia como uno de sus elementos junto a la diligencia debida, sin embargo, autores como Reyes (2005) han dado una nueva interpretación al concepto, ubicándolo al interior de la imputación objetiva.

La previsibilidad objetiva definida por Reyes (2005) encuentra su fundamentación filosófica en Hegel, dado que el filósofo alemán precisó que el ser humano solo actúa sobre lo que está en el mundo, y para poder actuar sobre aquello que se encuentra en el mundo es necesario que el humano tenga una previa representación de la realidad, y es esta representación previa a lo que Hegel en su momento denominó como “*dolo*”, concepto básico de la imputación de efectos de la acción humana, puesto que a una persona solo le es imputable aquello que conoce (Reyes, 2005, p.69).

En ese entendido, la diferenciación entre la previsibilidad objetiva y subjetiva debe realizarse a partir de niveles de cognoscibilidad de la imputación penal. Respecto de la primera, se afirma que es la representación del curso causal o los resultados de la

conducta que cualquier ser humano tiene antes de actuar, sin que interese la situación concreta en la cual la persona específica y concreta se encontraba, sino la simple posibilidad de prever la manera de desenvolvimiento de un suceso. Por lo anterior, la previsibilidad objetiva pertenece al análisis de la imputación objetiva en el ámbito objetivo del injusto, mientras que la subjetiva pertenece a los demás niveles del análisis en la imputación subjetiva (Reyes, 2005, p.277).

Conforme a lo anterior, la doctrina se vio en la tarea de establecer figuras jurídicas desde las cuales analizar la conducta desplegada por un autor, indagando por la posibilidad de determinar, al margen del juicio de imputación subjetiva, la posible previsión de la peligrosidad de que revestía la conducta para con determinado bien jurídicamente tutelado no para el propio autor del hecho analizado, sino para cualquier persona que se pudiera ubicar en su posición al momento de ejecución del mismo, a manera de criterio generalizador que colabore con la identificación de los límites de la atribución intersubjetiva de las conductas lesivas (Varela, 2016, p.360).

Así pues, surge el baremo de análisis de la conducta, de corte objetivo e intersubjetivo, de la “persona razonable”, constructo que ha sido denominado de diversas maneras tales como persona promedio, o espectador objetivo en la posición del autor desde la perspectiva *ex ante*, pero que en sus rasgos esenciales ha sido creado para cumplir la función de encontrar el límite del conocimiento actual que se entiende posee una persona promedio respecto de todos aquellos riesgos que socialmente gozan de un consenso general en cuanto a su naturaleza lesiva para los bienes jurídicos, conforme al cual, en caso de que en la posición del autor no sea posible predicar aquel conocimiento general e intersubjetivo, ni de forma actual o potencial, pueda concluirse que

efectivamente existe un desconocimiento de la naturaleza típica del riesgo jurídicamente desaprobado que se muestra invencible para la persona promedio (Varela, 2016, p.361).

Ahora bien, este juicio debe diferenciarse con claridad del análisis sobre la subjetividad del autor, conforme a sus conocimientos y capacidades especiales, el cual pertenece al apartado de la imputación subjetiva dentro del estudio dogmático, siendo la valoración de la previsibilidad objetiva un momento de análisis previo y necesario para sentar las bases mínimas de análisis de una posterior y más profunda imputación subjetiva. Al respecto, con claridad afirma Varela:

Sólo una primera atribución intersubjetiva revela la potencialidad de una consiguiente imputación subjetiva. Lo que no es posible atribuir en general a las personas sería dudoso que fuera posible imputar a una persona en particular, porque lo que no es intersubjetivamente peligroso no puede ser peligroso para nadie (Varela, 2016, p.362).

En efecto, puede decirse que existe un momento de atribución del comportamiento, ubicado en un punto intermedio de la imputación del comportamiento voluntario y el conocimiento o error típicos, el cual cuenta con una base de corte objetivo o intersubjetivo, el cual resulta ser la atribución objetiva de la conducta o del resultado, en la que se debe constatar la creación del riesgo jurídicamente desaprobado como juicio de previsibilidad de la peligrosidad *ex ante* que reviste el propio comportamiento, y su respectiva realización del riesgo en el resultado (Varela, 2016, pp.67-68).

Es así como se llega a la conclusión de que la previsibilidad objetiva y genérica del suceso desencadenado y su resultado, ocasionados por la conducta del autor, es un

requisito de la imputación objetiva, dado que en los casos donde ésta no se presente en el autor a la hora de cometer el hecho, las consecuencias del comportamiento no tendrán relevancia penal por no configurar un riesgo desaprobado (Reyes, 2005, p. 69), ya que no es posible imputar, si quiera objetivamente, las consecuencias lesivas producidas por el hecho que causalmente ha producido el autor, si ni siquiera para el consenso social desde la perspectiva *ex ante* hubieran sido previsibles las consecuencias riesgosas del hecho que lo hubieran hecho típico (Varela, 2016, p.361).

Finalmente, la conclusión anterior es incluso aplicable para el grupo de casos de los cuales se ocupa el presente estudio, y es el de las desviaciones causales, puesto que, teniendo como base una adecuada teoría de la imputación objetiva del resultado, puede afirmarse que en aquellos casos en los cuales no exista la previsibilidad del curso causal de los acontecimientos, o del respectivo desvío del mismo, también debe negarse que exista una creación de riesgo jurídicamente desaprobada, anulando la tipicidad objetiva del hecho analizado (Frisch, 2004, pp.612-613).

4.2.2.2.1. Primer criterio para la solución del *aberratio ictus*, eventos en los que el resultado no deseado por el autor no era objetivamente previsible. Con base en las anteriores argumentaciones, puede tenerse como punto de partida para el análisis del fenómeno del *aberratio ictus* a la creación del riesgo jurídicamente desaprobado dentro de la imputación objetiva. Puesto que, al igual que cualquier otra conducta humana, el error en el golpe debe, además de cumplir con los demás requisitos que precisa la imputación objetiva, para el caso del *aberratio ictus* aquel resultado no deseado por el autor debe haber sido objetivamente previsible para poder concluir que puede serle

atribuido objetivamente al autor, y así continuar con los siguientes eslabones del estudio dogmático.

Si para el espectador objetivo *ex ante*, desde la perspectiva del autor, no le era posible haber previsto el peligro que entrañaba el comportamiento analizado y que efectivamente produjo en el resultado no previsto por el autor para el caso del *aberratio ictus*, entonces no existen las bases elementales para poder atribuir objetivamente este resultado lesivo al autor, ya que le fue *ex ante* objetivamente imprevisible (Silva, 1984, p.374), lo cual deriva en la no punibilidad de este resultado no previsto por el autor, en razón a que no configura una creación de riesgo jurídicamente desaprobado y por tanto, este resulta objetivamente atípico.

Así, dentro de esta etapa del estudio objetivo e intersubjetivo del hecho podrán analizarse todos aquellos casos de *aberratio ictus* en los cuales el autor, consciente de que va a cometer una conducta punible, se toma todas las precauciones posibles para evitar que el riesgo que pone en marcha no desborde las fronteras de su plan, encontrándose así en una situación en la que cualquier espectador objetivo de su consenso social no hubiera podido prever, desde la perspectiva *ex ante*, el riesgo de lesión a un bien jurídico distinto al que el autor ya había apuntado previamente.

A manera de ejemplo, resulta diáfano el caso propuesto por Silva (1984) en el cual no es posible imputar objetivamente el resultado no perteneciente al plan del autor por no haber sido objetivamente previsible. Piénsese en un duelo acordado por dos contendientes con todas las precauciones para no dañar a terceros, en un paraje desierto

y de madrugada. Uno de los intervinientes falla en su disparo que se pierde en unos matorrales lejanos, donde alcanza mortalmente a un vagabundo que allí dormita. (p.374)

4.2.3. Relevancia de la representación del curso causal del hecho del autor desde la teoría de la imputación subjetiva

4.2.3.1. La solución tradicional de la congruencia o exclusión del dolo a partir de la previsibilidad del curso causal en sus rasgos esenciales. Acerca de la irrelevancia de la representación causal del hecho del autor para la imputación dolosa del resultado. Como se pudo ver en apartados anteriores, parte de la solución a la que llegaron algunos autores de la dogmática penal de la sanción por el delito tentado en concurso con el delito imprudente en el caso del error en el golpe, encuentra su fundamentación teórica en la tradicional teoría del desvío, según la cual, para que pudiera imputarse una conducta a un autor a título de dolo era necesario que para éste fuera posible haber previsto el curso causal materialmente desencadenado al menos en sus rasgos esenciales, aseverando por demás que el curso causal, así entendido, debía hacer parte de los elementos típicos objeto de conocimiento del dolo (Jescheck, 2002, p.333).

Con esta teoría del desvío se buscaba realizar una suerte de cotejo entre el sendero causal que el autor se había representado que seguiría su conducta *ex ante* a la ejecución de la misma, y el curso causal que efectivamente se había materializado en la realidad gracias al aporte causal del sujeto agente. Así las cosas, si el curso causal

planeado y el efectivamente realizado coincidían al menos en sus rasgos esenciales (equivalencia valorativa del curso causal imaginado y el real), podría concluirse que se trata de un desvío inesencial del curso causal y, en caso de que concurrieran los demás requisitos para el efecto, el resultado lesivo efectivamente acaecido podría ser imputado al autor dolosamente (Frisch, 2004, p.605).

Este requisito adicional para la imputación dolosa del resultado fue adoptado por la doctrina mayoritaria alemana para determinar la relevancia o irrelevancia de las desviaciones causales, y así determinar su tratamiento punitivo por medio de la teoría del error de tipo, sin embargo, es una teoría que actualmente cuenta con detractores que han cuestionado su validez, resaltando lo ambiguo de su criterio de valoración, concretamente, lo “esencial” e “inesencial” de la desviación causal, sobre lo cual se plantea el interrogante de por qué deben excluirse del análisis del conocimiento del dolo aquellos detalles del curso causal que se consideran “inesenciales”, teniendo en cuenta exclusivamente los elementos “esenciales” del mismo, más allá del argumento de que, en la mayoría de los casos, el autor no conocerá cabalmente cada detalle del camino que seguirá su conducta hasta dar con el resultado, sin que se precisen criterios normativos concretos a partir de los cuales se pueda hallar lo esencial o inesencial de esta desviación (Frisch, 2004, p.607).

El punto más débil de la teoría de la equivalencia valorativa o congruencia entre el curso imaginado y el acaecido quizá sea el de la exigencia de la representación causal del hecho en sus rasgos esenciales para la imputación dolosa o, en resumidas cuentas, la pertenencia del curso causal del hecho al objeto de conocimiento del dolo, aspecto que ha sido abordado por los críticos de esta solución a los casos de desvío.

En primer lugar, tal como se advirtió en un apartado precedente, y teniendo como base las consideraciones dogmáticas que aquí se han hecho sobre la teoría del dolo y del conocimiento, debe hacerse claridad acerca de lo que efectivamente constituye objeto del conocimiento del dolo. El dolo como conocimiento del hecho típico o de aquellos requisitos o elementos que hacen de un hecho una conducta típica, solo se puede presentar en caso de que al conocimiento concurren aquellos aspectos que hacen a la conducta una creación de riesgo jurídicamente desaprobada como decisión de un autor contra el bien jurídico (Frisch, 2004: 608). En ese sentido, en el ámbito de los delitos de resultado, la conducta típica está caracterizada esencialmente por la creación de un determinado riesgo, normativamente prohibido y castigado, dirigido a un determinado resultado típico, con lo cual, el autor solo obra dolosamente respecto del resultado acaecido si con su accionar ha aprehendido cognitivamente aquellos aspectos que configuran el riesgo que en la valoración normativa proporciona el motivo de la desaprobación (Frisch, 2004, p.608).

Si el injusto típico es el “injusto de la conducta”, el hecho desencadenado por el autor del que emana el riesgo de afectación o puesta en peligro objetiva del bien jurídico que protege la norma, perceptible desde la perspectiva *ex ante* por el espectador objetivo, es lógico concluir que es concretamente este peligro lo que debe entenderse como objeto de conocimiento del dolo, dejando fuera del mismo ámbito de cognoscibilidad a las situaciones que tienen ocurrencia *ex post* al riesgo jurídicamente desaprobado, como lo son el resultado y el mismo curso causal, a pesar de que sean parte del tipo objetivo (Silva, 1984, p.367).

Lo anterior encuentra fundamento en la misma teleología de la norma penal, cuya principal función es la motivación del comportamiento de las personas conforme a derecho para la evitación de lesiones sobre los bienes jurídicamente tutelados, puesto que, si la norma precisamente pretende evitar que la persona lleve a cabo conductas que encarnen peligro para estos bienes, ésta no puede pretender prohibir al destinatario que lleve a cabo conductas cuya peligrosidad para el bien jurídico no puede advertirse sino hasta después de realizada la misma (Mir, 1982, p.65).

Así las cosas, si la norma penal preventiva apunta al momento de realización de la conducta peligrosa para los bienes jurídicos, intentando motivar su evitación, el juicio valorativo para identificar esta peligrosidad debe realizarse *ex ante* (Mir, 1982, p.64), lo que correlativamente implica que las cuestiones que tienen ocurrencia *ex post*, tales como el resultado e incluso el curso causal, no configuren injusto de la conducta o injusto típico, y por tanto, no sean factores que deban estar abarcados por el conocimiento del dolo, lo que deviene en que resulte desacertado plantear que pueda errarse sobre el curso causal, o que las desviaciones del curso causal tales como el *aberratio ictus* configuren supuestos de error sobre el curso causal, si se tiene como base que el error solo recae sobre elementos del hecho que le convierten en injusto típico (Silva, 1984, p.367).

Con ello no quiere negarse la importancia jurídicopenal del curso causal o del resultado, puesto que es bien sabido que la relación de causalidad entre la conducta y el resultado es un requisito básico para la atribución de éste al autor, y que, por su parte, el resultado típico aunque forme parte de los delitos de resultado, tiene la especial función de demostrar la verdadera peligrosidad de determinados comportamientos y la idoneidad

de la norma penal para evitarlo, aumentando el desvalor que previamente ya representaba la conducta típica traspasando el umbral de la tentativa, sin embargo, lo específicamente disvalioso del comportamiento está representado por las dimensiones de riesgo desaprobadas que le son propias al hecho desencadenado *ex ante* (Frisch, 2004, p.489).

Lo relevante para el conocimiento típico de la faceta cognitiva del dolo no resulta ser la planificación del autor dirigida voluntariamente a determinado fin respetando los pormenores específicos de su plan, sino que efectivamente se trate de la realización de una conducta a la cual su autor ha ligado la realización de un riesgo no permitido, siendo la exteriorización de esa conducta una aceptación de la probabilidad de realización del riesgo, con lo que la voluntad del autor al respecto y sus particulares percepciones respecto del curso causal ya resultan superfluas, pues la previa representación del riesgo punible no incide lo suficientemente en el autor como para disuadirlo de ejecutar su acción (Ragués, 1998, p.143).

La precisión dogmática de que el curso causal, a pesar de que sea un elemento del tipo objetivo, no sea un aspecto de referencia del ámbito de conocimiento del dolo por no configurar al riesgo jurídicamente desaprobado, resulta útil teniendo en cuenta que los resultados lesivos relevantes para el derecho penal pueden ocurrir deviniendo de una infinidad de cadenas causales complejas que el autor puede representarse o no, con mayor o menor nivel de detalle, siendo estas cadenas causales y su representación situaciones contingentes que, a pesar de que presenten variaciones e inconsistencias entre lo que el autor espera y lo que sucede en la realidad, no implican cambios para la

imputación dolosa del resultado cuando el riesgo jurídicamente desaprobado ya ha sido abarcado por la decisión dolosa del autor.

Si se entiende que la decisión del autor que comete un punible dolosamente está referida a la realización de uno o varios tipos normativos de creación de peligro para bienes jurídicos, esta decisión puede contener a su vez cierto espectro de cursos causales a través de los cuales puede consumarse dicho plan (Frisch, 2004, p.636). Así pues, es posible que una sola conducta desplegada por un autor concreto encarne una serie de formas de ocurrencia de riesgos distintos, o un riesgo concreto para el bien jurídico que puede concretarse de diferentes maneras, las cuales pueden estar contenidas en su decisión y, por tanto, serle imputable el resultado a título de dolo indistintamente a pesar de que dichas variaciones no hayan sido previstas por el sujeto agente. Al respecto resulta sumamente ilustrativo el ejemplo planteado por Silva (1984) que a continuación se cita:

A dispara sobre B para matarlo en plena montaña nevada y al borde de un precipicio. En la conducta de A se dan una serie de riesgos constatables *ex ante* por un espectador objetivo. Por un lado el riesgo del impacto directo del proyectil. Por otro lado, el riesgo de que el disparo asuste a B y que este, en un movimiento brusco, se despeñe. En tercer lugar, que el ruido del disparo, en combinación con la gran cantidad de nieve acumulada, provoque un alud que sepulte a su víctima, etc. (Silva, 1984, p.373)

Según el ejemplo anterior, se aprecia que con la conducta de A se están creando una serie de riesgos de producción de un resultado típico (la muerte de B), y aunque estos demuestren diferencias desde el plano causal naturalista, desde el plano normativo todos ellos resultan valorativamente equivalentes, puesto que en todos los casos de

creación de peligro concreto por obra del autor conducentes a la muerte sin ulterior comportamiento humano son típicos en igual medida (Frisch, 2004, p.485).

Así pues, lo que verdaderamente importa para la imputación dolosa del resultado típico resulta ser el conocimiento efectivo que puede atribuirse al autor sobre el riesgo que encarnaba *ex ante* la conducta por él desplegada, y que *ex post* se realizó en el resultado (Silva, 1984, p.368), siendo jurídicopenalmente irrelevantes las particulares consideraciones o estimaciones que tenga el autor respecto de los detalles y especiales formas de realización de su comportamiento, dado que éstos no son los que le convierten a este último en injusto típico. La representación causal del hecho del autor sobre cómo el resultado se producirá por cierta vía es irrelevante para la imputación jurídicopenal del mismo, y la decisión del autor por un determinado tipo normativo de creación de peligro que puede materializarse a través de distintos cursos causales puede a su vez abarcarles a todos o algunos de ellos, y por tanto, motivar suficientemente la imputación dolosa de éste (Frisch, 2004, pp.636-637).

4.3.2.1 Tratamiento punitivo del *aberratio ictus* a partir de una nueva fundamentación teórica, la solución de Wolfgang Frisch, Jesús María Silva Sánchez, y Santiago Mir Puig. Dado que en este estudio se ha expuesto cuál es el concreto contenido del dolo, así como la irrelevancia de la representación del curso causal de los acontecimientos a través de los cuales el autor ha imaginado la consumación de su hecho, se precisa de una fundamentación teórica distinta a la que adoptó la postura mayoritaria de la doctrina penal en torno a la solución de los casos de *aberratio ictus*. Para este efecto se recordarán los aspectos del hecho que efectivamente

debe contener el dolo típico, así como las precisiones realizadas respecto del concepto de bien jurídico y substrato del bien jurídico en acápites anteriores.

En efecto, el curso causal no debe ser abarcado por el conocimiento típico, pero no por ello se debe llegar a la conclusión de que en los casos de *aberratio ictus* deba imputarse dolosamente el resultado acaecido y no deseado en principio por el autor, mucho menos por la razón de que, en un caso de homicidio, la vida de A sea típicamente equivalente a la vida de B, tal como lo ha planteado la solución del dolo consumado.

El que la vida de una u otra persona (o cualquier otro bien jurídicamente tutelado) sean igualmente protegidas por el derecho penal no implica que lesionar una u otra sean la misma cosa, puesto que, como ya se ha aclarado, los bienes jurídicos como valores abstractos deben diferenciarse de su sustrato normativo y de los objetos materiales del delito. Cuando una persona pretende cometer un homicidio no se representa a la vida en abstracto de cualquier persona como objetivo de su acción, al contrario, por lo general individualiza a una persona determinada y a ella apunta los medios que previamente ha escogido para tal fin.

A pesar de que los bienes jurídicos emulen abstracciones axiológicas dignas de protección, lo que el derecho verdaderamente protege es el substrato de estos bienes jurídicos (Mir, 2006, p.162), la encarnación apreciable y concreta de dicho valor ya sea en la persona, la cosa, o demás ideas y atributos valiosos del ser humano, puesto que son estos los que concretamente se lesionan con la ejecución de conductas típicas, y que, al contrario que el nexo causal, sí deben formar parte del conocimiento del autor para poder imputarle su lesión dolosamente.

El dolo normativamente concebido y dirigido a específicos elementos del hecho que le hacen típico, por el cual se ha tomado postura en este análisis, hace las veces de la decisión que el autor ha tomado respecto de determinada conducta típica, y es el contenido de esta decisión lo que determina que pueda imputarse un resultado típico a título de dolo. Como ya se ha dicho, el dolo del autor en los delitos de resultado por lo general está dirigido a afectar un objeto material concreto, un substrato de bien jurídico determinado y, por tanto, la toma de decisión por afectar este objeto específico es una limitación para el ámbito de la imputación dolosa (Frisch, 2004, pp.634-635).

Esta limitación del alcance de la decisión del autor exige que, para poder imputar dolosamente un resultado, se haya captado o conocido *ex ante* por el autor el riesgo concreto de lesión que se realizó en el resultado *ex post*, y no cualquiera que se realice desbordando los límites de tal decisión, es por eso que en los casos de *aberratio ictus*, en los que se pone en peligro conscientemente un substrato de bien jurídico determinado y se termina lesionando uno diferente, puede así mismo hablarse de que lo planeado y lo acaecido son dos riesgos totalmente diferentes (Silva, 1984, p.371), ya que se trata de dos substratos de bien jurídico independientes sin importar que pertenezcan a un mismo bien jurídico.

Así las cosas, si lo que se esperaba lesionar y lo que efectivamente se afecta con la acción desplegada por el autor son dos riesgos diferentes, y que para la posibilidad de imputar dolosamente éste último se requiere de que haya sido cubierto por la decisión del autor, puede decirse que en el caso del error en el golpe, en el que el autor se ha decidido por atacar una concreta encarnación del bien jurídico identificada en el tiempo

y en el espacio, pero por una defectuosa ejecución no se le ha lesionado y en su lugar se ha impactado a una encarnación (del mismo o diferente bien jurídico) diferente, no se ha realizado en el resultado el riesgo concreto de lesión que el autor se había representado, por lo que la lesión ocurrida excede los límites de la decisión tomada por el autor y (a pesar de serle objetivamente imputable) no puede serle reprochada dolosamente, ya que, en este caso, sería desacertado suponerle al autor una decisión general contra cualquier objeto que impacte su conducta (Frisch, 2004, p.652).

En este sentido, Wolfgang Frisch ha afirmado lo siguiente:

Aun cuando es explicable a partir de la creación de peligro concreta vinculada a la materialización de la decisión del autor contra el bien jurídico, y aun cuando se acierta a un objeto equivalente, falta la cobertura de esta creación de peligro por la decisión disvaliosa del autor. (Frisch, 2004, pp.652-653)

Lo anterior conduce directamente a la conclusión de que en los casos de *aberratio ictus* en los que concurren riesgos sobre objetos materiales distintos, y en los que el ataque emprendido por el autor sigue un curso que ha sido delineado por él mismo al haber identificado el objeto empírico del bien jurídico en el tiempo y en el espacio, si no se alcanza al substrato del bien jurídico previamente representado y, por el contrario, se alcanza a otro objeto empírico distinto, éste resultado no está abarcado por el dolo del sujeto agente, pues su acción dolosa no se dirigía contra este último (Mir, 2006, p.276).

Con base en las consideraciones antecedentes, Wolfgang Frisch, Jesús María Silva Sánchez, Y Santiago Mir Puig, aunque en contra de la fundamentación teórica propuesta por la postura dominante para la solución del *aberratio ictus* como caso de

error sobre el curso causal, aceptan que su solución de sancionar por tentativa al ataque sobre el objeto material representado dolosamente por el autor, y por imprudencia a la lesión que se le ha causado al objeto material distinto que excede la decisión del autor, resulta ser muy adecuada y sistemáticamente correcta, y será esta fundamentación teórica erigida sobre un adecuado concepto del bien jurídico, del substrato del bien jurídico, y del verdadero contenido de la decisión dolosa del autor, la que será tomada en cuenta en este trabajo para efectos de proponer criterios de solución para los casos de *aberratio ictus* en armonía con el régimen penal colombiano.

4.3.2.1.1 Segundo criterio para la solución del *aberratio ictus*. Eventos en los que el resultado no deseado por el autor era objetivamente previsible, pero excede el conocimiento del autor por afectar un objeto material diferente. Conforme a las precisiones realizadas anteriormente puede colegirse un segundo criterio útil para la solución de los casos de error en el golpe, el cual servirá para determinar el tratamiento punitivo de aquellos casos en que se supera el umbral de análisis de la imputación objetiva ya que el resultado no deseado por el autor es objetivamente previsible, pero en el desarrollo del análisis de la imputación subjetiva no se satisfacen los requisitos necesarios para predicar la imputación dolosa del resultado no deseado por el autor.

En efecto, tal como se ha planteado en el acápite precedente, la solución de la doctrina mayoritaria en punto a la sanción por el concurso de tentativa y delito imprudente en los casos más comunes de *aberratio ictus* podría mostrarse correcta,

rescatando el tratamiento punitivo a su vez que aclarando la fundamentación teórica que le sustenta.

Los casos de error en el golpe no son errores de tipo sobre el curso causal, puesto que el curso causal no hace parte de las referencias del conocimiento como elemento del dolo, empero, en vista de que el *aberratio ictus* excede los límites de la decisión dolosa del autor por impactar un substrato de bien jurídico distinto al pretendido por el autor, es posible que se mantenga el tratamiento punitivo de la tentativa (respecto del resultado pretendido) y la imprudencia (respecto del resultado acaecido) si al acto concurren los requisitos objetivos y subjetivos de esta última.

Así las cosas, un ejemplo de *aberratio ictus* en el que puede predicarse la imputación por tentativa respecto del delito pretendido por el autor, en concurso con la imputación imprudente del resultado acaecido puede ser el siguiente: A pretende disparar a B, quien al ver que le están apuntando corre por la acera de una zona residencial, con lo cual A dispara sin dar con su objetivo, pero impactando en la cabeza de C que se encontraba durmiendo al interior de su residencia, pues la bala penetró por la ventana de una de las casas que A tenía en frente.

En el caso anterior es claro que existe un delito de tentativa respecto de la acción desplegada por A contra B, sin embargo, no es posible imputar dolosamente la muerte de C a A dado que se trata de un resultado que excede el ámbito de su decisión (causar la muerte a B), sin embargo, es un resultado punible por imprudencia en vista de que era previsible subjetivamente para A que sus disparos impactaran a las personas que se encontraban dentro de las residencias aledañas, siendo el acto de disparar en zonas

residenciales algo que transgrede las normas más básicas del cuidado debido en sociedad.

4.3. Tratamiento punitivo del *aberratio ictus* en Colombia: propuesta y criterios para su solución en armonía con la ley 599 de 2000

De conformidad con los objetivos propuestos para la presente investigación, corresponde en este acápite intentar armonizar las conclusiones obtenidas de los acápites precedentes sobre la fundamentación teórica y el tratamiento punitivo del *aberratio ictus* desde la dogmática internacional, con los postulados normativos y principialísticos que orientan el sistema jurídico penal colombiano establecido en la Ley 599 de 2000.

Para el efecto, resulta relevante que se establezcan precisiones dogmáticas en lo que respecta a algunos principios e institutos jurídico penales inmersos en el Código penal colombiano que, sin necesidad de variar su naturaleza, permitirán dar aplicabilidad a las soluciones dogmáticas ya encontradas en el proyecto, es decir, las conclusiones a las que ha llegado la dogmática internacional, no son ajenas o lejanas a las podrían darse analizando el tratamiento punitivo del *aberratio ictus* desde las normas que rigen el sistema jurídico-penal colombiano. Así las cosas, serán relacionados los institutos a través de los cuales puede concretarse el traslado de conclusiones internacional a locales, garantizando el respeto de los principios nacionales y la política criminal que el estado ha intentado aplicar desde la labor legislativa.

4.3.1. El principio de culpabilidad en la Ley 599 de 2000 y la consecuente proscripción de la responsabilidad objetiva

El principio de culpabilidad ha sido el pilar fundamental de la evolución jurídico-penal sobre la responsabilidad individual o subjetiva. Actualmente, se discute si, en vigencia de fines preventivo-especiales, la imposición de la pena sigue sujeta a la medida de la culpabilidad del autor; también, si los avances de la neurociencia, pueden sostener la posibilidad humana de determinarse o no; análisis que se escapan del objeto de investigación.

Ahora bien, lo cierto es que en Colombia, el principio de culpabilidad ha sido previsto por el legislador en la ley 599/2000, como la base fundamental del juicio de reproche, al estipular en su artículo doce que “sólo se impondrán penas por conductas realizadas con culpabilidad, queda erradicada toda forma de imputación objetiva”. Dicho postulado normativo encuentra armonía con el concepto de conducta punible del mismo estatuto penal, que afirma “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”. Una conclusión preliminar sobre dicha normatividad, es que el principio de culpabilidad prohíbe que el reproche jurídico-penal se sustente en la responsabilidad objetiva, régimen de responsabilidad en donde la causalidad por si sola es suficiente para la imputación jurídica de un resultado a un sujeto activo.

Desde la jurisprudencia constitucional, existen pronunciamientos donde exponen con precisión el significado del principio de culpabilidad y el alcance que posee en el sistema jurídico penal colombiano, teniendo en cuenta que su fuente es la constitución misma.

El principio de culpabilidad, derivado de artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento tiene las siguientes consecuencias: (i) El Derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer (Sentencia C-181/16, 2016).

Seguidamente, la jurisprudencia constitucional diferencia entre el principio de culpabilidad y la categoría dogmática de la culpabilidad, pues siendo el primero un mandato de optimización que se encuentra materializado en todos los elementos de la conducta punible, tiene especial relevancia dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad, con precisiones necesarias de cara a la presente propuesta.

La jurisprudencia de esta Corporación estableció que la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer (Sentencia C-181/16, 2016).

En ese sentido, a diferencia de la categoría dogmática, la culpabilidad como principio reúne ciertas características que consolidan un régimen de responsabilidad subjetiva, los cuales se muestran esenciales de cara a la sanción penal. Al respecto, se dice que el ser humano debe

tener capacidades mentales para poder decidir las acciones que realiza, es decir, tener libertad de acción, lo que inicialmente se obtiene con la mayoría de edad y con el no padecimiento de enfermedades mentales. Así, cuando la persona tiene libertad para decidir, es asequible normativamente, concepto que, según Roxin (2015), implica que hay que afirmar la culpabilidad del sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico (p.1). Por consiguiente, el primer elemento esencial radica en la libertad de acción y de decisión, pues al ser un régimen de responsabilidad subjetiva e individual, el hecho típico y antijurídico debe ser atribuido a un sujeto como suyo, producto de su libertad de acción y decisión.

Para verificar la existencia de la libertad de acción y decisión, el sistema jurídico penal colombiano ha establecido elementos dentro de las categorías dogmáticas, pues al ser el principio de culpabilidad un mandato de optimización, las normas de inferior o igual jerarquía deben materializar u optimizar dichos mandatos, como lo son la tipicidad subjetiva y la categoría dogmática de la culpabilidad. Estas categorías tienen en común analizar elementos cognitivos normativizados, de los que se infiere que una acción fue realizada como resultado de la libertad de decisión que posee un sujeto.

En sede de tipicidad objetiva, existe el la prohibición de configurar un hecho como típico por la mera causalidad existente entre la acción del sujeto y el resultado; ello, en razón a que la sanción penal debe fundamentarse en aspectos subjetivo-normativos, impidiendo que circunstancias particulares que pongan de relieve una conexión causal entre acción y resultado, no sean suficientes para su adecuación. Por ende, podría hablarse de atipicidad objetiva cuando la comunidad en general no habría podido conocer la circunstancia particular que dio origen al

resultado, por resultar abiertamente imprevisible, bajo el principio que abole la responsabilidad objetiva o por la mera causalidad.

Ahora, cuando la conducta se adecua objetivamente al tipo, se deriva un análisis al lado subjetivo del hecho a través del dolo y la imprudencia, instrumentos que buscan corroborar si el sujeto tenía conocimiento del hecho típico que estaba realizando, o si el mismo fue producido por infracciones a sus deberes objetivos de cuidado. Luego de terminado el injusto, la culpabilidad aborda la consciencia del sujeto frente al hecho típico, la capacidad de determinarse conforme a derecho, es decir, si sus capacidades mentales son suficientes para comprender el alcance de las normas penales y finalmente, verificar si le era exigible otra conducta.

Todo lo expuesto es el desarrollo del principio de culpabilidad, en el que se aboga por un derecho penal que reprocha la decisión del sujeto como obra suya y producto de su libertad de acción. Esto, se encuentra directamente vinculado con las desviaciones en el curso causal como la *aberratio ictus*, puesto que, como se ha expuesto, el resultado generado con ocasión de la conducta del sujeto, no es el que inicialmente había decidido libremente, sino, en múltiples circunstancias es producto del azar o de defectos que pueden analizarse a través de la teoría del error.

Así las cosas, cuando se puede corroborar la existencia de un tipo penal desde su aspecto objetivo, pero el sujeto agente no tenía el conocimiento básico del mundo en que interactúa (entendido como previsibilidad objetiva) exigido para atribuirle el resultado como suyo, aun cuando la causalidad entre uno y el otro tenga validez natural, el principio de culpabilidad prohíbe realizar la imputación jurídica, pues la mera causalidad entre la conducta y el resultado no será suficiente para la atribución del resultado; situación que se analiza en la desviación en el curso causal, donde el desvío produce un resultado distinto y alejado del

buscado con la acción que libremente había sido tomada por el sujeto, aun cuando el resultado desviado tenga relación causal con la acción del autor, ya que éste no le será si quiera objetivamente imputable.

4.3.2.1. El error de tipo en la Ley 599 de 2000 y su desarrollo sistemático para el tratamiento punitivo del *aberratio ictus*. En Colombia, la Ley 599 de 2000 hace referencia a la teoría del error de tipo en uno de los artículos de su parte general, más concretamente en el numeral 10 del artículo 32. El artículo 32 del Código Penal colombiano está titulado: “Ausencia de responsabilidad” y como es apenas natural, contiene las causales que sistemáticamente tienen como consecuencia la imposibilidad de responsabilizar penalmente al autor por el hecho investigado según corresponda.

Dado que, para la existencia de la responsabilidad penal por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado, la conducta realizada por el autor reúna una serie de requisitos establecidos por la dogmática jurídico penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), y que ante la ausencia de uno de estos requisitos lo que procede es la no aplicabilidad de la consecuencia punitiva prevista por la Ley, el Legislador colombiano de forma pragmática estimó que todas las causales que atacan directamente a los distintos requisitos o elementos del delito estuvieran agrupadas en el mismo artículo, dado que la consecuencia jurídica en la mayoría de los casos sería la misma. De ese modo, en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 se encuentran previstas tanto las causales de justificación y exculpación, los eventos de fuerza mayor y caso fortuito, así como los casos de error de tipo, de prohibición, y los errores sobre la

conurrencia de elementos objetivos de una causal de exclusión de la responsabilidad penal.

El primer inciso del numeral 10 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000 reza de la siguiente manera:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad: No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

|...|

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.

|...| (Ley 599 de 2000, artículo 32 numeral 10)

Por su parte, el artículo 22 del Código penal establece el concepto del dolo que actualmente está vigente en el ordenamiento penal colombiano, de la siguiente forma:

Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. (Ley 599 de 2000, artículo 22)

De la redacción del numeral del artículo que contiene el concepto de error de tipo, así como el precitado relativo a la imputación dolosa, se extrae que, en Colombia, el error de tipo se interesa exclusivamente por la faceta cognitiva del dolo típico,

consistente en un yerro sobre aquellos de los elementos que constituyen la infracción típica y que están contenidos en el tipo penal correspondiente. Esa representación de los elementos que componen al tipo penal que se debería hacer cualquier sujeto al momento de pretender llevar a cabo un hecho típico es la que no está presente en los casos de error de tipo, y esta carencia puede presentarse de manera invencible o vencible, dependiendo de la situación.

En el Código penal colombiano existe la referencia a la vencibilidad o invencibilidad del error de tipo, sin embargo, esta mención tan solo hace referencia a su tratamiento punitivo, sin que se haga claridad sobre su concepto, no obstante, autores colombianos tales como Velásquez (2004) han aportado a la determinación de la vencibilidad o invencibilidad del error, así:

c) Efectos del error de tipo: Cuando se presenta este fenómeno se elimina el dolo y, por ende, la tipicidad dolosa de la conducta; debe aquí distinguirse, sin embargo, el error evitable, relativo, superable o vencible del inevitable, absoluto, insuperable o invencible. El primero, es aquel en el que no se habría incurrido si se hubiera aplicado la diligencia debida, y está en manos de la persona salir de él con esfuerzo más o menos grande; así sucede en la hipótesis del espantapájaros mencionada más arriba si el autor, prestando un poco más de atención, se hubiese podido dar cuenta de que se trataba de un amigo. El segundo, a su vez, es el error de quien a pesar de poner la diligencia debida hubiese podido salir de él, pues al agente no le era posible superarlo dentro de las posibilidades razonables de la vida social, como sucede en el evento mencionado si el tirador toma todas las precauciones de rigor y, dadas las condiciones en que actúa, no le era factible llegar a otra conclusión.

Ahora bien, el error inevitable descarta la tipicidad dolosa y la culposa, mientras que el evitable excluye la dolosa, pero deja subsistente la culposa, siempre y cuando la ley haya previsto el hecho como tal. [...] (Velázquez, 2014, p.402)

De este modo, la vencibilidad del error depende de la diligencia y cuidado con la cual actuó el agente conforme a lo exigible a personas promedio de la sociedad o el ámbito de desenvolvimiento del sujeto activo, se ponen en la misma situación que ha desplegado el autor, ahora bien, el conocimiento del agente se torna relevante conforme a la duda o sentido que ha actuado, precisamente la ligereza o liviandad en la conducta, permite concluir la configuración del error vencible o invencible. (Carrasquilla, 2011, p.665)

Como puede verse, en Colombia el error de tipo consiste en la no existencia o existencia parcial del conocimiento de que se realiza el aspecto objetivo del tipo, en el caso del error de tipo invencible, su concurrencia impide la imputación dolosa del hecho al autor derivando en la atipicidad subjetiva de la conducta y, por tanto, excluye la responsabilidad penal. Por otra parte, en el caso del error de tipo vencible, se sanciona al autor por imprudencia en vista de que, con el cuidado debido, hubiera podido evitar el resultado lesivo.

Tal como se expuso en apartados pretéritos de este proyecto, se llegó a la conclusión de que el fenómeno del *aberratio ictus* definitivamente era un supuesto de hecho que implicaba la materialización de una lesión a un bien jurídico que excedía el conocimiento atribuible al autor en el ámbito de la imputación dolosa, puesto que la acción emprendida por el autor iba direccionada a afectar un objeto o substrato de bien jurídico distinto al que efectivamente se logró impactar. Así las cosas, resulta diáfano

que la propuesta para la solución del *aberratio ictus* efectivamente encuentra su fundamentación teórica y posible aplicación práctica a partir de la teoría del dolo y del error de tipo, cuestiones que serán abarcadas a continuación.

Con estas precisiones previas, y teniendo claras las disposiciones de la Ley 599 de 2000, es posible que se establezcan los parámetros de solución de los casos de *aberratio ictus* en los que, a pesar de que el resultado no deseado por el autor era previsible objetivamente y por tanto objetivamente imputable, este resultado excedía el plan del autor por afectar un objeto material distinto al que este se había representado, todo ello a partir del numeral 10 del artículo 32 del Código penal colombiano, solucionando este caso de error en el golpe como si se tratase de un error de tipo, ya que el conocimiento del autor sobre la realidad del hecho no es perfecto, pero es posible que éste se impute imprudentemente en vista de la ausencia del cuidado debido por el sujeto agente en el caso concreto.

En este punto debe traerse a colación una de las conclusiones de los capítulos anteriores. En esa oportunidad se advirtió que existían falencias en la fundamentación teórica de la solución del *aberratio ictus* a la que se adscribe la doctrina mayoritaria, puesto que el nexo causal no era uno de los aspectos a los que debía estar dirigido el conocimiento típico del hecho, y su conocimiento imperfecto no era un obstáculo para poder imputar dolosamente un resultado lesivo.

Del mismo modo pudo apreciarse que el error en el golpe puede presentarse de tal modo que el autor del hecho, persiguiendo la lesión de determinado substrato de bien jurídico, yerra en su cometido e impacta a un substrato de bien jurídico distinto que no se había representado pero que, siendo este resultado objetiva y subjetivamente

previsible, y respetando el cuidado debido en la situación concreta, puede serle imputado a título de imprudencia en concurso con el delito tentado que dolosamente cometió sin éxito en su consumación.

Así las cosas, dado que el objeto material o substrato de bien jurídico es un elemento del tipo objetivo que, a diferencia del curso causal, sí debe ser conocido precisamente por el autor para la imputación dolosa del resultado, no existe óbice para que el *aberratio ictus* pueda ser tratado como caso particular de error de tipo en el que el yerro recae sobre la individualización del objeto material previsto por el autor, teniendo como consecuente tratamiento punitivo el previsto en el primer inciso del numeral 10 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, en lo que refiere a la exclusión de la imputación dolosa del resultado no previsto por el autor, y su posible sanción a título de imprudencia en los casos de delitos que presenten modalidad culposa al interior de la parte especial del Código penal, en concurso con la respectiva sanción del delito inicial pretendido pero no consumado a título de tentativa.

Con esta propuesta para la solución del error en el golpe se respeta el tratamiento punitivo que la doctrina dominante plantea, corrigiendo la fundamentación teórica que hay tras la solución, y respetando las bases presentes en el régimen jurídicopenal colombiano. El *aberratio ictus* será tratado como error de tipo sobre el objeto material de la conducta, y no como una desviación en el curso causal relevante, tal como lo sostuvo la doctrina mayoritaria nacional e internacional.

5. Conclusiones

El *aberratio ictus* es una desviación del curso causal que implica que, a pesar de que un determinado sujeto que apunta afectar a un objeto previamente determinado por éste en el tiempo y en el espacio, por situaciones extrañas a él termina impactando con su conducta un objeto distinto al inicialmente representado, dejando ileso al primero. Este fenómeno ha sido analizado por la doctrina penal mayoritaria alemana y española como un caso particular de error de tipo, sancionando el hecho inicialmente pretendido por parte del sujeto agente como delito tentado, mientras que el hecho efectivamente cometido y no pretendido por el sujeto agente, ocurrido a raíz de su defectuosa ejecución, será sancionado como delito imprudente.

Por otra parte, el tratamiento punitivo del *aberratio ictus* también ha sido abordado por un reducido grupo de autores de Alemania, que discrepan de la solución hallada por la doctrina mayoritaria, negando que el error en el golpe configure un caso de error de tipo dado que, en su sentir, se trata de un error o desviación inesencial del curso causal, que no afecta el tratamiento punitivo del fenómeno y que implica que se sancione por un delito doloso consumado indistintamente del objeto al que efectivamente se afecte en casos de equivalencia típica.

Por su parte, la postura minoritaria del delito doloso consumado arriba a esta solución en razón a que tiene en cuenta una concepción imprecisa del bien jurídico como elemento del tipo penal, afirmando que la identidad del sujeto pasivo del delito no es un elemento del tipo, restando relevancia a las desviaciones del curso causal que provocan una lesión en un objetivo diferente no pretendido por el autor, con lo cual el tratamiento punitivo no debería variar.

Del mismo modo, se han hallado defectos en la fundamentación teórica a partir de la cual los autores que se adscriben a la postura mayoritaria llegan a la solución del concurso del

delito tentado y el delito imprudente en el caso del *aberratio ictus*, principalmente encontrada en su percepción de los elementos del tipo penal que a su vez son el objeto de conocimiento del dolo, dado que estos autores afirman que el dolo del autor debe abarcar incluso al curso causal que sigue la conducta al menos en sus rasgos esenciales, con lo cual, en caso de que el curso causal se desvíe y desborde el dolo del autor, se presentará un error de tipo respecto del resultado no previsto, requiriendo de un tratamiento punitivo diferente.

Actualmente existen autores de la doctrina penal alemana y española que han aportado a la discusión de las desviaciones causales tales como el caso del *aberratio ictus*, según los cuales la solución de la postura mayoritaria resulta ser adecuada en cuanto al tratamiento punitivo del fenómeno, no obstante, su fundamentación teórica no resulta adecuada a una moderna concepción del dolo. Según aquellos autores, el aspecto cognitivo del dolo típico no necesariamente debe estar referido a cada uno de los elementos del tipo objetivo, puesto que elementos como el resultado y el nexo causal no son aspectos determinantes que configuren el riesgo jurídicamente desaprobado, siendo este último el verdadero objeto de referencia del conocimiento típico, por esta razón no resulta acertado que puedan existir “errores sobre la causalidad”

Por otro lado, dado que es correcto afirmar que los casos de *aberratio ictus* más ortodoxos puedan ser tratados por tentativa (por el hecho no consumado al cual se dirigía la acción) e imprudencia (por el hecho consumado al cual no estaba dirigida la acción), se hace necesario exponer la fundamentación teórica que permita dar aplicación a ese tratamiento punitivo. Para el efecto debe afirmarse que, en los casos de *aberratio ictus*, el autor se había representado la lesión de un objeto determinado en el tiempo y en el espacio al cual dirigía su acción, sin embargo, por situaciones ajenas al mismo dicha acción se desvíe e impacta a un

objeto diferente que no hace parte de su plan original, siendo importante resaltar que, a diferencia del nexo causal, la representación del objeto material sí resulta ser un punto de referencia obligatorio para la imputación dolosa, dado que si el sujeto adolece de la representación del objeto material, o con su conducta se afecta a un objeto material distinto al que se había dirigido la acción según su plan, el resultado excedió los límites de su conocimiento típico, y por tanto no le puede ser imputado dolosamente, dejando abierta la posibilidad de sancionar este último a título de imprudencia.

Desde el punto de vista de posturas modernas sobre la teoría de la imputación objetiva y del dolo puede afirmarse que, en primer lugar, debe diferenciarse el tratamiento punitivo del fenómeno del *aberratio ictus* dependiendo de las particularidades del caso, dado que si en el evento concreto el sujeto activo adolecía de cualquier tipo de representación previa (objetiva) del objeto material que efectivamente fue lesionado por la desviación causal, no será posible que ese resultado le pueda ser imputado siquiera objetivamente en virtud de la teoría de la imputación objetiva que precisa un conocimiento básico y objetivo de la realidad por parte del autor.

Por otra parte, en caso de que el resultado lesivo hubiera podido ser previsto objetivamente por el autor (y por tanto le es objetivamente imputable), deberá procederse con el análisis referente a la imputación subjetiva, en el cual se buscará determinar si en el caso concreto el autor actuó con descuido o negligencia obviando sus deberes de cuidado, produciendo un resultado lesivo que era previsible subjetivamente a pesar de que el curso causal ya representado se desviara para impactar un objeto material distinto al que se había apuntado previamente (ajeno a su representación dolosa), resultado que podrá serle imputado a título de

imprudencia en concurso con el hecho intentado pero no consumado, que será sancionado por tentativa.

En Colombia se han encontrado oportunidades en las que la doctrina y la jurisprudencia estudiaron el *aberratio ictus* adhiriéndose en la postura del delito doloso consumado, sin embargo, actualmente se respeta el concepto que pacíficamente ha acuñado la doctrina internacional, haciendo énfasis en que se trata de un caso particular de error de tipo que se presenta en la causalidad, puesto que el nexo causal a su vez que es un elemento del tipo objetivo, también resulta ser una referencia del elemento cognitivo del dolo, con lo cual el error en el golpe encarna un error de tipo sobre el nexo causal.

En Colombia no existe una postura clara frente al tratamiento punitivo del *aberratio ictus* ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, en la primera los pocos autores que desarrollan el tema se adhieren a posturas que en la actualidad no son aplicables, por otro lado existen autores que realmente no crean una solución sino que se adscriben a teorías foráneas, siempre fluctuando entre la solución del delito doloso consumado y la del concurso de delito tentado e imprudente, sin sentar criterios objetivos válidos para analizar los casos en que se presente este fenómeno, necesidad que tampoco ha sido saldada por la jurisprudencia, lo cual puede deberse a la extrañeza de que se presente el fenómeno en la realidad (puesto que son pocos los casos de *aberratio ictus* presentes en la jurisprudencia)

A pesar de que no exista una solución uniforme para el *aberratio ictus* que obedezca a criterios de imputación claros en la legislación y la jurisprudencia colombianas, debe advertirse que es posible efectuar el tratamiento punitivo del *aberratio ictus* de conformidad con el tratamiento punitivo de la postura mayoritaria (dolo e imprudencia) a partir de una adecuada fundamentación teórica de la misma. Para estos fines deben ser usados artículos tales como el

noveno (relativo a la teoría de la imputación objetiva), el duodécimo (relativo al principio de culpabilidad), y el numeral décimo del artículo trigésimo segundo (relativo al error de tipo vencible) de la ley 599/2000, a partir de los cuales puede llegarse a la aplicación correcta del tratamiento punitivo del fenómeno del error en el golpe.

Así las cosas, podrá ser impune la desviación de la conducta de la persona que no podía representarse al objeto material impactado producto de la desviación siquiera objetivamente, puesto que tanto la jurisprudencia como la misma legislación colombiana han aceptado la incorporación y aplicación de la teoría de la imputación objetiva, lo cual a su vez se encuentra acorde con el principio de culpabilidad que rige en materia penal.

Finalmente, en los casos de error en el golpe en los cuales el objeto afectado producto de la desviación haya sido representado o previsible (objetiva y subjetivamente), siendo este resultado lesivo imputable a la negligencia o el descuido del autor de cara a sus deberes en sociedad (error de tipo vencible), este podrá serle imputado, a lo sumo, a título de imprudencia, dado que para la imputación dolosa del resultado se necesita que este haya sido objeto del conocimiento típico del autor, no siendo así el caso del *aberratio ictus*, en el que se termina impactando por desviación causal un objeto material diferente al que inicialmente se había apuntado y hacía parte del plan del autor, lo cual posibilita que se trate judicialmente como un caso de error de tipo vencible que no recae sobre el curso causal del hecho, sino sobre la representación del objeto material del mismo.

Referencias

Agudelo, N. (2010). *Curso de derecho penal, escuelas del delito*. Ediciones Nuevo Foro. Medellín. Reimpresión de la tercera edición.

Bott, I. (2007). *Error de tipo en Alemania y Colombia: comparación de derecho penal*. Criterio Jurídico V.7 ISSN 1657-3978.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2668497>

Carrasquilla, J. (2011). *Derecho penal parte General vol. 1*. Editorial Ibáñez. Bogotá D.C.

Corte Constitucional (13 de abril de 2016) Sentencia C-181. *Reincidencia como circunstancia de agravación punitiva*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-181-16.htm>

Corte Constitucional (16 de mayo de 2012) Sentencia C-235. *Control de constitucionalidad en estado de emergencia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-235-12.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (5 de abril de 1948). SP- 826. Publicada en Gaceta Judicial: Tomo LXV n.º 2066 A 2072, pág. 167 – 169.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (22 de enero de 1963). Publicada en Gaceta Judicial Tomo CI n.º 2266, pág. 250 – 256.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (05 de marzo de 2014). AP1018 de 2014. [file:///D:/Downloads/AP1018-2014\(43033\).html](file:///D:/Downloads/AP1018-2014(43033).html)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (18 de noviembre de 2020). AP3098 de 2020. [file:///D:/Downloads/AP3098-2020\(52974\).html](file:///D:/Downloads/AP3098-2020(52974).html)

De la Fuente, F. (2016). *El error sobre los elementos típicos de antinormatividad*. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona. chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/373910/tfdfh.pdf;jsessionid=C9BF0E2AC70C996DE7FFD0A444E88D5C?sequence=1

Frank, R. (2002). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Editorial Bde F. Montevideo. Chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/09/doctrina34601.pdf

Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. (J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González. trad.) Ed. Marcial Pons. Madrid. (Trabajo original publicado en 1988)

Jakobs, G. (1997a). *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. (J. Cuello Contreras y J. S. Serrano González. trad.) Editorial Marcial Pons. Madrid. (Trabajo original publicado en 1991).

Jakobs, G. (1997b). *Estudios de Derecho Penal*. (E. Peñaranda Ramos, C. J. Suárez González y M. Cancio Meliá. trad.) Editorial Civitas S.A. Madrid. (Trabajo original publicado en 1997)

Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la Dogmática jurídico - penal*. Editorial Civitas S.A. Madrid. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=122084>

Jakobs, G. (2011). *La imputación objetiva en el Derecho penal*. (M. Cancio Meliá. trad.) Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. (Trabajo original publicado en 1998)

Jescheck, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal*. (M. Olmedo Cardenete. trad.) Editorial Comares, S.L. Granada. (Trabajo original publicado en 1996)

Mezger, E. (1958). *Derecho Penal*. (R. C. Núñez. trad.) Editorial Bibliográfica de Argentina, Buenos Aires.

Mir Puig, S (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. (2ªed). Bosch, Casa Editorial. Barcelona

Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Reppertor. Barcelona.

Mir Puig, S. (2003a). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. (2ªed). Editorial B de F. Buenos Aires.

Mir Puig, S. (2003b). *Significado y alcance de la imputación objetiva*. (2ªed). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194.

Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

Ragués, R. (1998). *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*. Ed. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.

Reyes, A. (2017). *Derecho penal*. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C.

Reyes, Y. (2005). *Imputación objetiva*. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (D. M. Luzón Peña, J. M. Paredes Castañón, M. Díaz y García Conlledo y J. V. Remesal. trad.) Editorial Civitas S.A. Madrid. (Trabajo original publicado en 1994).

Roxin, C. (2017). *La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. ISS 02310-3001. Págs, 9-26.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930581>

Silva, J. (1984). *Aberratio ictus e imputación objetiva*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. ISSN 0210-3001. Págs, 347-386.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46256>

Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal (12 de octubre de 2020). SP 2018-001.

Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho Penal*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Varela, L. (2015). *Dolo y Error: Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*.

Universidad Pompeu Fabra. Barcelona.

Von Beling, E. (2002). *Esquema de derecho penal, la doctrina del delito-tipo*. (S. Soler. trad.)

Librería El Foro. Buenos Aires. (Trabajo original publicado en 1930)

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Roque Depalma Editor. Buenos Aires.

chrome-

[extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www.derechopenalenlared.com/libros/DERECHO_PENAL_PARTE_GENERAL_HANS_WELZEL.pdf](https://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www.derechopenalenlared.com/libros/DERECHO_PENAL_PARTE_GENERAL_HANS_WELZEL.pdf)

Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*. (J. Cerezo Mir. trad.) Editorial B de F. Montevideo.