

“Aberratio ictus” e imputación objetiva (*)

Por JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Becario de Investigación
1.ª Cátedra de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

I

1. Con la expresión *aberratio ictus* (1) se designan usualmente una serie de casos, de relativa frecuencia en algunos delitos de resultado, en los que el sujeto dirige efectivamente su conducta contra un determinado objeto, pero no consigue lesionarlo, produciéndose el efecto lesivo en otro objeto (2). El ejemplo estándar reza así: A quiere matar a su enemigo B y contra él apunta su arma, pero, sea que apunta mal, sea que el aparato de puntería del arma es defectuoso, etc., el caso es que no es B quien resulta muerto sino C, que se hallaba en las proximidades (o bien, en otra variante, el perro que acompañaba a B). El yerro se produce, pues, en la *ejecución* (3). Ello permitiría distinguir, en una primera aproximación, estos supuestos de los de error in obiecto. El núcleo de estos últimos consiste en una incorrecta identificación (confusión en la *identidad* o *características*) del objeto de la acción con-

(*) Deseo hacer constar aquí mi agradecimiento a la CIRIT de la Generalitat de Catalunya, una de cuyas becas financió mi estancia en el Max-Planck-Institut de Derecho Penal de Freiburg i.Br. en el último trimestre de 1983. Durante dicha estancia, dedicada esencialmente a la obtención de bibliografía para mi Tesis doctoral sobre la dogmática jurídico-penal de la omisión, pude recopilar asimismo los materiales necesarios para la elaboración de este trabajo.

(1) Literalmente, «desvío del golpe».

(2) MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II (trad. Rodríguez Muñoz), 3.ª ed. (act. por Quintano Ripollés), 1957, p. 125; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 73; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 3.ª ed. (Trad. y adiciones Mir Puig-Muñoz Conde), tomo I, p. 419; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Lehrbuch, 1983, p. 247, núm. 80. En nuestra doctrina, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, tomo I, 2.ª ed., 1981, p. 435. El término «objeto» debe entenderse como objeto de la acción, realidad empírica que sirve de base al bien jurídico. Cfr. MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, pp. 369-370. Sobre este punto, más importante de lo que pueda parecer, volveremos más adelante.

(3) BACKMANN, *Die Rechtsfolgen der aberratio ictus*, en *Juristische Schulung* (JuS), 1971, pp. 113-120, p. 113.

tra el que el sujeto dirige su conducta y al que efectivamente lesiona (4). De modo que el error surgiría aquí ya antes del comienzo de la ejecución (5) o, de aparecer durante la misma, no provocaría una desviación de ésta en forma incontrolada por el sujeto (6). El ejemplo, también clásico, es el siguiente: A, queriendo eliminar a B, le espera apostado en un camino. Al aproximarse alguien, cree reconocerle, de modo que apunta su arma contra él haciendo un blanco perfecto. Pero resulta que ese «alguien» no era B, sino el paseante C (o, en otra variante, el padre de A).

2. Tanto el *error in obiecto* como la *aberratio ictus* pueden ser *relevantes* desde la perspectiva de la teoría general del error de tipo. Esto es así cuando el objeto efectivamente lesionado goza de una protección penal distinta de la disfrutada por el objeto que el sujeto quería lesionar y creía estar lesionando (en los casos de «error in obiecto») o por aquel contra el que el sujeto dirigió su conducta (en las «aberrationes ictus»). Dicho con otra terminología más usual para la aberratio ictus relevante, *cuando los resultados no son típicamente equivalentes* (7). Casos de este carácter son los constituidos por las variantes de los dos ejemplos arriba citados.

Ellos no van a ser objeto de nuestra consideración. La doctrina es concorde en solucionarlos apreciando un delito intentado en eventual concurso ideal con un delito imprudente (8).

(4) MEZGER, *Tratado*, II, pp. 117-118; WELZEL, *Strafrecht*, p. 75; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 249, núm. 82; CEREZO MIR, *Curso*, p. 433. Una variante del *error in obiecto* es el *error in persona*, en el que la confusión del sujeto activo afecta concretamente a la *identidad* del objeto de la acción-sujeto pasivo-persona humana.

(5) BACKMANN, JuS 1971, p. 113, nota 7; también ROXIN, *Gedanken zum «Dolus generalis»*, en *Kultur, Kriminalität, Strafrecht, Festschrift für Thomas Württenberger zum 70. Geburtstag* (Württenberger-F). Berlín, 1977, pp. 109-128, p. 123, nota 53.

(6) HERZBERG, *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW 85 (1973), pp. 867-892, p. 890 y nota 42: a pesar del error, el sujeto sigue dominando el curso de los acontecimientos (es «Herr des Geschehens»).

(7) Sobre lo significativo y criticable de esta expresión volveremos más adelante.

(8) Evidentemente, siempre que el objeto que se pretendía lesionar gozara de protección penal. Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pp. 74 y 75; JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 417 y 419; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 247, núm. 80. En la doctrina española vid., por ejemplo, CEREZO, *Curso*, pp. 433 y 435. Sin embargo, es de todos conocido que, en nuestro país, algunos de estos casos de error in persona y aberratio ictus han venido siendo discutidos dentro del núcleo de problemas de la preterintencionalidad. Vid., sumariamente, sobre el tema de los errores que implican preterintencionalidad, MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, pp. 432-433. Afortunadamente, al ser derogados los antiguos artículos 1, 3.º y 50 C. p. por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, ha desaparecido la mayor parte de los problemas relativos a este punto, específicamente español. Sobre el alcance de la reforma puede verse la descripción de ALONSO ALAMO, *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del art. 50 del Código Penal*, en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1983-3, p. p. 1059-1073.

Más conflictiva es la cuestión cuando los objetos gozan de una protección penal equivalente. Con todo, respecto al «error in obiecto», hoy *casi nadie* duda que, cuando el objeto efectivamente lesionado y el que el sujeto, por *error en su identidad*, creía estar lesionando, son *equivalentes desde la perspectiva típica*, hay que castigar por delito doloso consumado (9). Pero nada de eso sucede con la «aberratio ictus» (10).

3. Sobre la «aberratio ictus» en los casos de equivalencia típica de los objetos en consideración se discute precisamente si da lugar al castigo por delito doloso consumado. El resultado de esta polémica, ya centenaria en Alemania (11), pero que ha reverdecido en los últimos años, es una doctrina dominante en aquel país contraria a la citada solución; no obstante lo cual, existe una importante postura minoritaria con argumentos de peso en casos límite. En España hemos asistido en los últimos años a la progresiva quiebra de una constante doctrina favorable a la tesis del delito consumado (12). Y es posible que recién

(9) MEZGER, *Tratado*, II, p. 118; WELZEL, *Strafrecht*, p. 75; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 249, núm. 82; en España es ésta también la doctrina unánime: por todos, CEREZO, *Curso*, p. 433. Una antigua doctrina alemana proponía la resolución de estos casos de error in obiecto por la vía de castigar por delito intentado en eventual concurso con otro imprudente; es decir, el criterio hoy dominante para la aberratio ictus con equivalencia de objetos. La referencia a dicha doctrina es halla en BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo III. Der Irrtum. Leipzig 1918 (Reprint Aalen 1965), pp. 194 y ss.

Sin embargo, no por ello resulta menos sorprendente el reciente intento de HERZBERG de defender la citada solución de la tentativa para *algunos casos de error in obiecto* con equivalencia típica de los objetos de la acción. La razón sería que, pese a la mencionada equivalencia típica, el «hecho» realizado es completamente distinto al que el sujeto había imaginado. Por ejemplo, cuando un corto de vista destroza una porcelana de su vecino creyendo dar una paliza aun supuesto perro de aquél (ambos hechos constitutivos de daños del par. 303 StGB): HERZBERG, *Aberratio ictus und error in obiecto*, en *Juristische Arbeitsblätter* (JA), 1981, pp. 369-374 y 470-475, p. 474. Sobre esto volveremos más adelante.

(10) Cuando, de aquí en adelante, se hable de error in obiecto o aberratio ictus nos referiremos, salvo que otra cosa se indique, *sólo* a los supuestos de equivalencia típica de objetos.

(11) LISZT, *Lehrbuch des Strafrechts* 2.^a ed., Leipzig-Berlín, 1884, p. 163. nota 10, cita, como de su misma opinión favorable a la tesis del delito consumado a Wächter, Köstlin, Buri y Ortmann. Reconociendo, no obstante, que la doctrina dominante desde Feuerbach acoge la tesis opuesta. El mismo LISZT, en la 21-22.^a edición de su *Lehrbuch* —Berlín, Leipzig 1919— añade que su opinión se ve avalada por la doctrina del Derecho común y otros autores: Beling, Frank, Allfeld, M. E. Mayer (p. 171, nota 6). BEMMAN, *Zum Fall Rose-Rosabl*, en *Monatschrift für Deutsches Recht* (MDR), 1958, pp. 817-822, p. 818, cita junto a esos nombres los de Hälschner v. Weber, Kohler, Finger y otros muchos. Pero el propio Bemman, ibídem, alude, como partidarios de la tesis dominante, a Berner, Hippel, Zachariá, H. Mayer, A. Merkel, v. Bar, Wachenfeld, Lobe, P. Merkel, Engisch, Kohlrausch, Lange, Nagler, Dohna, Schröder, entre otros.

(12) Los orígenes de esta tesis se hallan ya en los comentaristas del s. XIX: puede verse, por ejemplo, en PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, 2.^a ed., tomo I, Madrid, 1856, pp. 81-82; DE VIZMANOS-ALVAREZ, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1848, p. 13; GROZARD, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, 2.^a ed., Madrid, 1902, pp. 55-56; VIADA, *Código Penal reformado de 1870* tomo I, Madrid, 1926, pp. 40 y 42. De otra

tes acontecimientos legislativos provoquen otro tanto en una asimismo monolítica jurisprudencia, cuyo origen quizá se halle en una errónea interpretación de un enunciado legal (13). Nos hallamos, pues, en un momento oportuno para revisar las doctrinas sobre la aberratio ictus y determinar cuál parece preferible. Este propósito exigirá: a) relacionar el problema con aquéllos que les son limítrofes (error in obiecto, desviaciones causales, supuestos de dolo alternativo, etc.); y b) situar su solución en el marco de los principios generales de la imputación del resultado.

II

«Un jugador de fútbol, fuera de sí por la marcha del partido, se dirige al árbitro y lanza su puño contra el rostro de éste, pero no resulta lesionado el juez de la contienda sino otro futbolista que se había interpuesto para tratar de impedir la agresión» (14). ¿Cómo resolver casos de esta estructura y otras similares? La situación actual del debate doctrinal puede exponerse del siguiente modo (15):

a) Solución de la tentativa (doctrina dominante en Alemania). La doctrina alemana sostiene que en casos de esta configuración hay que afirmar la existencia de un *delito intentado en eventual concurso ideal con un delito imprudente* (16). Tal es también la opinión de un *ya importante* sector de la doctrina penal de nuestro país (17).

opinión, sin embargo, RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO-DEL TORO-CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona, 1972, p. 209.

(13) Me refiero concretamente a la derogación del art. 1, 3.º C. p. por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio. Dicho art. 1, 3.º C. p. ha venido siendo citado con frecuencia en los Considerandos que el TS ha destinado a fundamentar la solución del delito doloso consumado en los casos de aberratio ictus. Por ejemplo, la STS de 5 diciembre 1974 (A. 5085).

(14) Supuesto de hecho de la STS 22 en 1979 (A. 128).

(15) Como descripción del estado de la cuestión en Alemania, es digna de mención la extraordinaria síntesis de HERZBERG, JA, 1981, pp. 369 y 370.

(16) BINDING, *Normen*, III, pp. 220 y 223-224; MEZGER, *Tratado*, II, p. 125; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I (trad. y notas Córdoba Roda), Barcelona, 1962, p. 345; BEMMAN, MDR, 1958, pp. 818-819; BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 120; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 419; WOLTER, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung* en ZStW 89 (1977), pp. 649-705, p. 650, nota 5; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.ª ed., Köln, Berlín, Bonn, München, 1981, p. 104, núm. 284; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*. Tübingen, 1982, p. 205, núm. 55; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín-New York, 1983, p. 10; HERZBERG, ZStW, 85 (1973), pp. 867 y 889.

(17) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, II, pp. 208 y 209, nota 12; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 603; CERESO, *Curso*, pp. 435-436; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, vol. III, Valencia, 1982, p. 245. Con la variación, propia de nuestro Derecho, de que el delito pueda ser intentado o frustrado. En Argentina sostienen este punto de vista ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Buenos Aires, 1981, pp. 327-328, y NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980, p. 406, entre otros.

b) Solución de la consumación (doctrina tradicional en España).— Una postura minoritaria, pero importante, mantiene en Alemania que es preciso estimar en todos estos casos la presencia de un delito doloso consumado y no tratarlos de modo diferente a los de error in obiecto irrelevante (18). Adoptando tal criterio, esta corriente coincide, al menos en las conclusiones relativas a la penalidad, con la que es doctrina tradicional en España (19), ciertamente hoy en trance de superación por nuestra ciencia bajo la influencia alemana (20), pero aún sostenida con práctica unanimidad por la jurisprudencia del TS (21). También es ésta la doctrina dominante en Italia, aunque claramente determinada por razones legislativas (22).

c) Soluciones diferenciadoras.—Algunos autores, en Alemania, lejos de adherirse a una u otra posición extrema, han intentado construir *criterios diferenciadores*, en virtud de los cuales someter a distintos tratamientos jurídicos varios grupos de casos dentro de la aberratio ictus. Por lo que parece, han quedado convertidos en planteamientos

(18) LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Strafrechts*, 26.^a ed., 1, Band. Einleitung und Allgemeiner Teil, Berlín-Leipzig, 1932, pp. 269-270; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18.^a ed., Tübingen, 1931, par. 59, III, 2c; WELZEL, *Strafrecht*, p. 73; NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, en ZStW, 77 (1965), pp. 1-37, p. 5; LOEWENHEIM, *Error in obiecto und aberratio ictus*, en Jus, 1966, pp. 310-315, p. 315; PUPPE, *Zur Revision der Lehre vom «konkreten» Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1981, pp. 1-20, p. 20.

(19) Vid supra nota 12. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, tomo I. Parte General, Madrid, 1949, pp. 213-214; SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, I, 5.^a ed., Madrid, 1950, pp. 282 y 286; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VI, Buenos Aires, 1962, pp. 655 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 1963, p. 314; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, tomo I, Parte General, vol. I, 18.^a ed., 1980, pp. 458-459.

(20) Vid supra nota 17.

(21) Cfr. STS 27 oct. 1883: «no puede menos de reputarse maliciosa la acción, aun cuando por accidente imprevisto haya resultado lesionada otra persona que aquélla a quien se propuso ofender»; STS 19 dic. 1888: «siendo intencional y malicioso el acto de intentar herir con una navaja un individuo a otro con quien a la sazón reñía, no puede dudarse que aunque el daño recayera en distinta persona de la que se proponía ofender, cometió de propósito y con voluntad un hecho punible». Esta línea no se interrumpe: STS 30 abril 1896; STS 5 febrero 1897; STS 31 diciembre 1904; STS 22 junio 1963 (A. 3037); STS 15 junio 1971 (A. 2873); STS 5 diciembre 1974 (A. 5085); STS 27 septiembre 1978 (A. 2915); STS 22 en 1979 (A. 128) y STS 19 octubre 1981 (A. 3668).

(22) Cfr. los artículos 60 y 82 del Código penal italiano. El primero se refiere al error in persona y el segundo a la aberratio ictus. También esta última se considera irrelevante en Italia, en tanto no constituya una «aberratio delicti» (art. 83 C. p. italiano). La doctrina dominante italiana se inclina por la irrelevancia de la diversidad del sujeto ofendido, tratándose de «ofensas» o resultados iguales a los pretendidos. Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 9.^a ed. (por L. Conti), Milano, 1982, p. 365; MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 5.^a ed., vol. 2 (por Pisapia), Napoli, 1982, pp. 65-66; BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, 11.^a ed., Padova, 1982, pp. 504 y ss. También PATRONO, *Rilievi sulla c. d. Aberratio ictus plurilesiva*, en *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale* 1973, pp. 86-104, p. 87. En sentido contrario a esta corriente se pronuncia, p. ej., LEONE, *Il reato aberrante (Ristampa inalterata)*, Napoli, 1964, p. 72.

individuales sin mayor eco. Esto puede decirse del criterio *subjetivista* de la «realización del plan del autor» de Roxin, construido fundamentalmente para los supuestos de *dolus generalis*, pero aplicable también, según su creador, a los de aberratio ictus que nos ocupan (23). Otro tanto respecto al criterio *objetivista* de la «equivalencia material» de Hillenkamp (24). Finalmente, también cabría incluir aquí la reciente propuesta de Herzberg. En concreto, por la corrección *valorativa* que se introduce, en casos límite, en el criterio dogmático de consecución del objetivo (Zielerreichung) en sentido *externo-mecánico* (25).

Este último criterio que el autor desarrolla como principio general de la distinción entre *error in obiecto* y *aberratio ictus*, se hallaría, según parece, en la línea de la doctrina dominante alemana, aunque con otra fundamentación.

En lo que sigue, analizaremos los argumentos con que se sostienen las diferentes posturas doctrinales.

III

1. El *argumento básico* de la postura minoritaria alemana y nuestra doctrina tradicional es el consistente en sostener la *suficiencia*, para la imputación de un hecho como doloso, de un dolo referido tan sólo a las *propiedades típicas* del objeto de la acción (26). La idea se ha plasmado gráficamente en expresiones como la de que «se quería matar a un hombre y a un hombre se ha matado» o similares (27), que, si bien son más usuales en la justificación de la irrelevancia del error in obiecto, se extienden por esta corriente a los casos de aberratio ictus. Ello se fundamenta de diversas formas (28). Sin embargo, la más extendida y consecuente es la siguiente: en los tipos se protegen los bienes jurídicos (ej., la vida humana) como género (29). En su configuración,

(23) ROXIN, *Württemberg-F*, p. 123; en sentido similar RUDOLPHI, *Literaturbericht*, en *ZStW*, 86 (1974), pp. 68-97, p. 96.

(24) HILLENKAMP, *Die Bedeutung der Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, Göttingen, 1971, pp. 102, 113 y ss., 125 y ss.

(25) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 473. También JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 247-248, núms. 80 y 81, ofrece un criterio distintivo.

(26) Por todos, PUPPE, *GA*, 1981, pp. 3 y 20; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, pp. 313 y 315.

(27) P. ej. GROIZARD, *El Código Penal*, I, p. 55: «quiso matar a un hombre y un hombre ha muerto: éste es su delito».

(28) Cfr., por ejemplo, la de PUPPE, *GA*, 1981, p. 12 y la de LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, pp. 313 y 314.

(29) PUPPE, *GA*, 1981, p. 12; WELZEL, *Strafrecht*, p. 73; MEZGER, *Tratado*, II, p. 118; QUINTANO, *Curso*, I, p. 314, que hace referencia a que el bien jurídico es la vida de la persona en abstracto; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, p. 213; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger*, II, pp. 118-119. STS 19 octubre 1981 (A. 3668): «lo que pretende el legislador en el tipo concreto de las lesiones, es proteger la *integridad e incolumidad física y corporal de la persona humana en abstracto*, resultando por tanto irrelevante que se trate de uno u otro

se hace abstracción de las cualidades del objeto que no son significativas desde la perspectiva típica. Para que dé un delito doloso basta, así, con que el dolo abarque las cualidades del mismo determinantes de la tipicidad del hecho. Ej.: en el homicidio, sería, según esto, cualidad típica por excelencia el que el objeto sea soporte del valor «vida humana (independiente)», que constituiría el bien jurídico protegido. Pues bien, el error in objeto y la aberratio ictus constituirían modalidades de error sobre *cualidades extratípicas* y carecerían de relevancia alguna (30). La única diferencia entre ambos radicaría en que en el error in objeto se yerra en la *identidad* del objeto de la acción, mientras que en la aberratio ictus el error recae sobre la *posición* de éste en el *espacio* (31). Pero también aquí «se quería matar a un hombre y se ha matado a un hombre».

A la vez, se pondría con esto de relieve que *un sector* de la doctrina dominante se halla en contradicción consigo mismo (32). Pues dicho sector argumentaría la irrelevancia del error in objeto sosteniendo la suficiencia de un dolo referido sólo a las cualidades típicas. En cambio, en la aberratio ictus prescindiría de tal criterio, negando la solución de la consumación.

2. La posición minoritaria alemana y tradicional en España se basa en una discutible *concepción* del dolo. Pero es difícil oponerse a ella por *razones lógicas*, pese a los intentos habidos (33). Ninguno de ellos puede objetar nada al irreprochable argumento de Puppe de que si se quiere matar a quien se apunta, entonces se quiere matar a «un hombre» (se quiere realizar el tipo de homicidio) (34). Más bien se oponen a una hipotética segunda parte del razonamiento, según la cual se diría que quien quiere matar a «un hombre» (por querer matar a quien encañona) y resulta que falla y mata al que se interpone, realiza *exactamente* lo que quería. Aquí sí serían justas las críticas de Herz-

individuo, siempre que se refiera a un ser vivo, lo que no hace perder al hecho su carácter de voluntario» (caso en el que se quiere lesionar a una persona con varios golpes, uno de los cuales afeca a otro individuo). Cfr. la descripción que de este argumento da HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 877.

(30) PUPPE, *GA*, 1981, pp. 2 y 4. «Error accidental» lo llama CUELLO CALÓN, *Derecho Penal I*, I, p. 445. En el mismo sentido STS 23 abril 1934 (A. 676): «no altera la calificación jurídica del hecho, pues el error sobre el sujeto pasivo es de naturaleza accidental y no destruye el carácter criminal del hecho».

(31) PUPPE, *GA*, 1981, pp. 2 y 9-10; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 311, plantea la diferencia en otros términos: identidad y curso causal, que coinciden más con el lenguaje usual en la corriente dominante.

(32) Así, MEZGER, *Tratado*, II, p. 118 y 125. WELZEL, *Strafrecht*, p. 73, les reprocha tal contradicción. Efectivamente, como ponen de relieve BEMMAN, *MDR*, 1958, p. 818; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 313; y BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 114, si se parte de la suficiencia del dolo genérico en el error in objeto, no puede sostenerse lo contrario para la aberratio ictus. El grueso de la doctrina dominante debe de haberlo comprendido así, porque en los últimos tiempos no se aprecian formulaciones como la de Mezger en ningún autor representativo de la misma.

(33) Entre otros, HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 878; NINO, *Los límites*, p. 406; BEMMAN, *MDR*, 1958, p. 817-818.

(34) PUPPE, *GA*, 1981, p. 11: se trata de una *relación* lógica contra la que tampoco valen argumentos psicológicos; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 312.

berg (35) o de Nino (36). Pero esto supone entrar en un terreno psicológico en el que la postura criticada nunca se ha sumido. Antes bien, ha sostenido con claridad la suficiencia de esa no plena coincidencia (en lo psicológico), característica del *dolo genérico*, para la imputación dolosa (37). De ahí que tampoco las objeciones de Hillenkamp, basadas en argumentos empíricos, sean definitivas (38). Desde luego, concluye: 1) que el llamado «dolo genérico» (39) no existe en la mente separado de la representación del objeto que se quería alcanzar en sí; 2) que el dolo no recae sobre el *género* sino sobre un objeto concreto, acerca del que, además de su configuración fenomenológica, se conoce su pertenencia a un determinado grupo; y 3) que, en fin, no se puede decir que en estos casos se produzca una relación psicológica con el objeto efectivamente alcanzado (40). No obstante lo cual, ha de reconocer que en el sujeto se da realmente un conocimiento de la pertenencia del objeto al género típico (41). De ahí que, en mi opinión, lo problemático no radique en la *existencia*, sino en la suficiencia de ese «dolo genérico» para la imputación de un hecho como doloso (42). Si se rechaza la teoría de la consumación, será entonces no por razones lógicas ni psicológicas, sino *normativas*. En consecuencia, es preciso proceder a analizar con criterios de esa índole qué grado de congruencia debe concurrir entre la realización objetiva del tipo y el dolo para que pueda hablarse de un hecho doloso consumado (43).

3. Existe un amplio acuerdo doctrinal en concebir el dolo como el «conocer y querer la realización típica» (44). Sin embargo, en este

(35) ZSfW, 85 (1973), p. 878: alude al vicio lógico de la «quaternio terminorum».

(36) *Los límites*, p. 406.

(37) PUPPE, GA, 1981, p. 3: aquí apunta que le parece claro que en la aberratio ictus no se quería lesionar el objeto concretamente lesionado. Pero si se quería lesionar a un objeto del género y se lesiona efectivamente uno, se dan los requisitos de la imputación dolosa.

(38) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 91 ss.

(39) Es decir, la representación de que el objeto pertenece al género típico.

(40) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 98. El problema de adoptar una perspectiva psicológica se halla en la dificultad de afirmar que se dé una relación de tal carácter en los casos de «error in obiecto irrelevante». De ahí que parezca conveniente partir de otros puntos de vista.

(41) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 97: La pertenencia al género típico es, por lo menos, elemento abarcado por la «co-consciencia»; lo que determina que sea cierto que el que quiere matar a Fulano quiere matar a *un hombre*. Pero advierte que esto no supone la existencia de una relación de conocimiento y voluntad (general y abstracta) con cualquier objeto del género.

(42) Sólo en este sentido puede aceptarse la vieja argumentación de la doctrina dominante alemana de que la minoritaria se basa en el establecimiento de una *fiction de dolo*. Sobre esto cfr. BEMMAN, MDR, 1958, p. 818.

(43) Que, en el fondo, el problema es éste lo reconoce indirectamente incluso HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 99 cuando señala que la coincidencia en el plano de la «Gattungsvorstellung» (representación del género típico) es una vaga congruencia que no justifica hablar de dolo. A la idea de congruencia como fundamental hacen referencia HERZBERG, JA, 1981, p. 372, y BACKMANN, JuS, 1971, p. 117.

(44) WELZEL, *Strafrecht*, p. 64; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 398; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 8, que incluye sólo el «conocer»; PUPPE, GA, 1981, p. 4.

punto terminan las coincidencias. La tesis de la consumación entiende tal definición en el sentido de que el contenido del dolo *lo da el tipo* y sólo éste. A partir de ahí, considera que la suficiencia del *dolo genérico* para la imputación dolosa se deriva de la *redacción abstracta* de los tipos legales (45). Este argumento debe ponerse en relación con la afirmación, más arriba recogida, de esta misma corriente, en el sentido de que en el tipo de homicidio (por ej.) se protege la *vida humana en abstracto* (46). Pues así se efectúa una consideración material que desborda el plano formal inicialmente mantenido. El razonamiento, en su doble vertiente, es susceptible de crítica.

Por un lado, en lo formal, el carácter abstracto que reviste la descripción del objeto en los tipos legales se justifica por la necesidad de describir lo «típico» de una pluralidad de casos, lo que impide la individualización (47). Derivar de este recurso de técnica legislativa consecuencias materiales relativas al objeto del dolo parece aventurado. En cuanto al argumento material, evidentemente parte de una concepción del bien jurídico como *valor*. Si lo decisivo es el *valor «vida»*, bastará con que el dolo del sujeto abarque el hecho de que su conducta se dirige contra ese *valor*. Y si el *valor* resulta lesionado, nos hallaremos ante un delito doloso consumado. Que el valor se lesione por la muerte de A, a quien se apuntaba, o de B, que se encontraba junto a él, es, a estos efectos, indiferente. La diversidad de objetos materiales dentro de un mismo valor es, para esta postura, irrelevante. La doctrina dominante alemana sostiene, frente a esto, la relevancia de la circunstancia de alcanzar a un objeto o al que se encontraba junto a él. Pero, como más adelante veremos, los argumentos que esgrime no acaban de convencer. Una crítica coherente de la opinión minoritaria en aquel país en este punto sólo podrá hacerse desde una concepción diferente de bien jurídico. En concreto, entendiéndolo —como hace Mir Puig— que el Derecho debe proteger realidades concretas y no valores abstractos. De aceptarse esto, habrá que convenir que bien jurídico es, no un valor, sino una *realidad empírica* aunque, eso sí, *contemplada en su valor funcional de bien para el Derecho* (48). El tipo de homicidio no protege, pues, el *valor vida*, sino *vidas concretas, empíricas*, existentes realmente en unas coordenadas espacio-temporales, en *cuanto que valiosas para el Derecho*. Esta perspectiva, al poner en estrecha conexión objeto de la acción y bien jurídico, permite arrojar nueva luz sobre los problemas de aberratio ictus y rechazar la tesis del «*dolo genérico*». La postura que más adelante trataremos de defender se basa en ella como uno de sus pilares fundamentales.

(45) Así, PUPPE, GA, 1981, p. 12, y los demás autores citados en nota 29.

(46) Vid. supra y nota 29.

(47) LOEWENHEIM, JuS, 1966, p. 313; HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 24.

(48) MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, pp. 369-370. Vid. también su «Objeto del delito», en NEJ Seix.

También parece posible refutar los demás argumentos con que se pretende defender la teoría de la consumación sobre la base del dolo genérico. Así, el de que hay casos en que un dolo general es suficiente para la imputación dolosa de un hecho (ej., cuando se lanza una bomba hacia un grupo de personas, sin individualizar a las víctimas), por lo que no se vería la razón de que en la aberratio ictus fuera de otro modo (49). En este razonamiento se mezclan dos planos que, en sí, no tienen nada que ver: el de lo *abstracto* y el de lo *concreto no individualmente determinado*, sino *expresado alternativamente*.

El que dispara a una multitud de personas un solo tiro, siéndole indiferente a quien alcance, no es que quiera matar al «hombre en abstracto», sino que quiere matar a un *hombre cualquiera*, no individualmente determinado (sino alternativamente: «uno cualquiera de los pertenecientes a la manifestación», p. ej.), *de los allí presentes*. Se tratará, pues, en todo caso, de un supuesto de *dolo alternativo*. Aquí concurre, pues, «algo más» que el mero «dolo genérico» dirigido a lesionar el «valor vida»: sea cual sea el alcanzado (de los sujetos que allí estaban), se le habrá querido matar. Además, en cuanto al ejemplo de la bomba en concreto, es preciso tener en cuenta que en él surgen problemas diferentes (*dolo cumulativo* con indeterminación cuantitativa), en absoluto similares a los del «dolo genérico» y su posible suficiencia de cara a la imputación dolosa en la aberratio ictus (51).

Tampoco basta con alegar que la solución de la consumación es la más satisfactoria en ciertos supuestos especialmente complicados.

Se ha hecho referencia a que tal postura es la que mejor resuelve los casos de error in objeto del instrumento o inducido que redundan en aberratio ictus del autor mediato o inductor. Hasta el punto de que los autores que defienden en teoría la solución de la tentativa renuncian a ella para estos problemas, aplicando en la práctica la tesis de la consumación (52). A esto cabe objetar: 1) Que no es evidente, ni mucho menos, que *en todos* los casos que responden a ese esquema haya que castigar al «hombre de detrás» por delito

(49) LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 313; PUPPE, *GA*, 1981, pp. 12-13; HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 88-89.

(50) Sobre el *dolo alternativo*, es básica la investigación de JOERDEN, *Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus*, en *ZStW*, 95 (1983), pp. 565-605, que se citará repetidamente, al ocuparnos de las diferencias de estos supuestos y los de aberratio ictus.

(51) Cfr. HERZBERG, *JA*, 1981, pp. 371-372, sobre la distinción entre la delimitación cuantitativa y la concreción del dolo en estos casos del llamado concurso ideal homogéneo. En contra de Loewenheim, si bien desde óptica diferente a la nuestra, BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 116, que argumenta con el conocimiento que se tiene de los cursos causales. Sobre la distinción entre aberratio ictus, dolo alternativo y dolo cumulativo, vid. *infra* y JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), p. 584, nota 29.

(52) LOEWENHEIM, *JuS*, 1966 pp. 314-315.

consumado, y 2) Que también hay casos en los que la postura de la consumación encuentra problemas: ej., A dispara contra B para matarlo, pero falla, pues sólo le lesiona al rozarle, alcanzando, en cambio mortalmente, a C, que estaba al lado.

4. Ninguno de los argumentos positivos que la tesis de la consumación alega en su apoyo es, pues, definitivo. Pero todavía resta uno de cariz negativo. En él funda en última instancia Puppe su opinión favorable a la suficiencia de un dolo genérico, siempre que el curso causal se mantenga dentro de lo previsible (53), para la imputación dolosa. Se trata de lo siguiente: Para Puppe, es a la doctrina dominante —en Alemania— a la que corresponde fundamentar por qué en la aberratio ictus se rompe la regla general que señala que el objeto del dolo lo determina el tipo (con el complemento de que el curso causal sea adecuado). En definitiva, es dicha doctrina la que tiene que justificar por qué trata de modo diferente el error in obiecto y la aberratio ictus (54). Y, siempre según esa autora, la doctrina mayoritaria alemana no logra convencer en la defensa de su postura. Partiendo del inicial acuerdo sobre el contenido del dolo, al que al principio hacíamos referencia, considera la aludida tesis dominante en Alemania que el sujeto ha de conocer los elementos típicos presentes (acción) y prever en sus rasgos esenciales los futuros, es decir, el resultado y el curso causal (55). Esto supone otra interpretación del principio de que el contenido del dolo lo da el tipo. Según dicha interpretación el objeto del dolo no es la realización típica en abstracto, sino *la realización de una conducta* (56) que cumple el tipo. Dicho de otro modo, es el *hecho concreto* en tanto que relevante según el tipo objetivo (57). Como se verá a continuación, también esta postura, en su desarrollo, puede ser objeto de crítica. La razón fundamental es que, partiendo de que el objeto del dolo es el «hecho concreto», no explica por qué basta detenerse en un determinado grado de detalle para estar ante «ese hecho». En particular, no logra exponer convincentemente por qué en los casos de error in obiecto y desviaciones causales (dentro del marco de lo previsible) y el sujeto *ha conocido el hecho concreto* y puede ser castigado por delito doloso consumado, y, en cambio, en la aberratio ictus no.

5. *Error in obiecto y aberratio ictus* (58) pueden tener, en principio, como factor común, la falta de correspondencia entre la repre-

(53) Esta exigencia de que el curso causal no haya sido imprevisible, es decir, que se haya mantenido dentro de lo adecuado, es la única que Puppe acepta como complemento del dolo genérico para la existencia de un delito doloso consumado. Sobre ello vid. infra aquí y PUPPE, GA, 1981, p. 20 (p. ej.).

(54) PUPPE, GA, 1981, p. 4.

(55) WELZEL, *Strafrecht*, p. 72; JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 398 y 417; CERREZO, *Curso*, p. 426. Lógicamente, nos estamos refiriendo a delitos de resultado: cfr. BACKMANN, *Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum*, JuS, 1972, pp. 196-199.

(56) No es el «tipo»: HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 8, nota 14.

(57) HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 8.

(58) Dejamos, de momento, de lado las desviaciones causales, de las que, por lo demás, se podría decir lo mismo.

sentación mental del sujeto y el resultado efectivamente producido (59). En un caso porque, aun realizando el mismo tipo, el resultado se produce en un objeto diferente a aquél contra el que el sujeto dirigió su conducta. En el otro, porque la identidad o naturaleza del objeto contra el que el sujeto se dirige y lesiona, no es la que éste se había representado. Sin embargo, estas discrepancias, de por sí, carecerían de significado por afectar a propiedades extratípicas, es decir, irrelevantes desde la perspectiva del tipo (60). La realización típica no se ve afectada por el hecho de que el sujeto realice o no sus representaciones previas, finalidades subjetivas o deseos. Todo ello podría hacer pensar que es Puppe quien tiene razón y que ambos casos deben recibir idéntico tratamiento: el de delito doloso consumado (61). Sin embargo, la doctrina dominante alemana fundamenta su distinción desde otra perspectiva. Para la misma, el dolo no es la representación previa del sujeto. Su objeto es el proceso externo, el efectivo curso lesivo (62). Pues bien —siempre según esa doctrina— si se contempla la ejecución como proceso externo, en el error in obiecto es posible observar una perfecta congruencia entre lo objetivo y lo subjetivo: se da donde se había apuntado. En esos supuestos se realiza el fin del sujeto en *sentido externo-mecánico* (63). En definitiva, concurriría en ellos algo más que el «dolo genérico» que la postura minoritaria alemana considera suficiente para los casos de aberratio ictus. Eso justifica que se castigue por delito doloso consumado. Tal solución es, en cambio, imposible en los supuestos de aberratio, pues en ellos falta la congruencia objetivo-subjetiva. La base de la incongruencia se halla en la producción de una desviación que determina que se alcance a un objeto distinto del que se atacaba. Y esas consideraciones permitirían aplicar aquí la solución de la tentativa.

(59) También HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 30, ve una posible similitud entre error in obiecto y aberratio ictus en que ambos lesionan «un objeto que no se corresponde con el del mundo motivatorio del sujeto».

(60) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 371. PUPPE, *GA*, 1981, p. 2. Referido sólo al error in obiecto, BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 114; JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 249, núm. 82. Ambos serían pues, en este punto, errores «en los motivos». Pero en la aberratio ictus la desviación se produce también en otros aspectos. Sin embargo, contra la visión del error in obiecto como mero error en los motivos, KRÜPELMANN, *Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW*, 1978, pp. 6-68, p. 23, nota 64.

(61) PUPPE, *GA*, 1981, pp. 4, 6, 10. Otra posibilidad de tratamiento jurídico único para ambos se realizaría si también en los casos de error in obiecto irrelevante se aplicara la «solución de la tentativa». Sobre esta tesis, que defiende HERZBERG, *JA*, 1981, p. 474, para algunos casos, vid. supra nota 9 e infra, donde será criticada.

(62) Cfr. con independencia de discrepancias en relación al contenido concreto, HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 875; BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 115: el contenido del dolo no es de naturaleza estática, sino dinámica; también BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 197; JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 398 y 417; WELZEL, *Strafrecht*, p. 72; JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 214 y 240, entre otros muchos.

(63) En este sentido BACKMANN, *JuS*, 1971, pp. 114, 115 y 120; HERZBERG, *JA*, 1981, p. 472.

Hasta qué punto es así, lo pone de relieve un ejemplo de Binding. Dada una aberratio ictus, hay que hablar de ausencia de delito doloso consumado incluso en los casos en que la desviación del golpe se produce tras un error: así, cuando el autor toma a su hermano B por el rival A, apunta a aquél pero tira mal y da a éste, que estaba al lado (64). Aquí el resultado finalmente producido coincide con la representación inicial del sujeto; dicho de otro modo, éste ha realizado su fin. Pero hay que negar que haya un delito doloso consumado. Pues no se alcanzó dolosamente al rival, sino por una desviación causal que determinó que el impacto afectara a un objeto diferente a aquél contra el que el sujeto dirigió dolosamente su conducta.

Para Puppe (65) esos argumentos siguen sin justificar la tesis dominante de la distinción de tratamiento entre aberratio ictus y error in obiecto. Todo ello le parece atribuir significación a una propiedad del objeto (la posición en el espacio), negándosela a otra (la identidad) y distinguiendo así donde la ley no lo hace. En su opinión, todo lo demás depende de esto. Si la identidad del objeto se introduce como elemento del curso causal, resulta que el sujeto, en los casos de error in obiecto, desde el principio ha perdido el dominio del curso causal. Y está por probar por qué esa identidad no puede introducirse y sí la posición del objeto en el espacio. La doctrina dominante alemana, desde luego, no lo consigue.

6. Otro de los aspectos discutibles de la postura mayoritaria alemana resulta de la puesta en relación de *aberratio ictus* y *desviaciones causales*. Entre ambas existen evidentes similitudes. Efectivamente, en toda aberratio ictus se produce una desviación causal (66). La diferencia con respecto a las desviaciones causales «normales» (67) radica, ni más ni menos, en que el golpe, desviado, no afecta al mismo objeto «de modo diferente», sino a otro típicamente equivalente. Según expresiones usuales, en un caso se produce el resultado que quería el sujeto, aunque de forma distinta, y en el otro un resultado que éste no quería, aunque sí perteneciente al mismo tipo que él quería. Estas diferencias son valoradas de modo diverso por los autores: para unos son decisivas en orden a distinguir los respectivos tratamientos jurídi-

(64) BINDING, *Normen*, III, p. 223, distingue claramente entre «Vorentschluss» y «Tatwille». A un ejemplo similar a éste hace referencia BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 114, nota 8.

(65) PUPPE, *GA*, 1981, pp. 2, 7 y 8.

(66) Lo reconoce incluso PUPPE, *GA*, 1981, p. 14; LOEWENHEIM, *JuS*, 1966, p. 311; por supuesto BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 115; HERZBERG, *JA*, 1981, pp. 374 y 472, nota 37: el caso extremo sería aquel en que se alcanza a otro objeto en el mismo lugar en el que se encontraba la pretendida víctima (ej. el salvador se coloca en su lugar y resulta alcanzado). Lo que tampoco modifica la valoración hecha.

(67) HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 11: A dispara contra B para matarle, errando el disparo. Pero éste asusta a una manada de caballos que se encontraba junto a B; éstos, espantados, lo aplastan en su carrera, causándole la muerte.

cos (68); para otros son irrelevantes, con lo que se abre la posibilidad de someter las aberraciones ictus y las desviaciones causales «tradicionales» a criterios comunes (69). En todo caso, pese a las importantes discrepancias, subsisten algunos puntos de acuerdo, que conviene examinar en primer lugar. Condición previa es, sin embargo, fijar con claridad los dos niveles en que se va a mover de ahora en adelante la discusión: a) el de la imputación objetiva del resultado; ésta se produce en virtud de criterios normativos superpuestos a la constatación de la causalidad (70), pero *objetivos* (relación entre la conducta y el resultado), es decir, independientes, en principio, de la relación actual del sujeto con su conducta; b) el de la imputación del hecho (consumado) como dolosamente realizado, que, obviamente, hay que decidir en base a la aludida congruencia objetivo-subjetiva.

7. Para tratar los problemas de congruencia entre el dolo y la realización objetiva del tipo, es preciso decidir previamente cuándo se da tal realización objetiva del tipo del delito consumado, es decir, cuándo se puede imputar objetivamente el resultado a la conducta del sujeto. Reina acuerdo en que no basta con la mera causación de un resultado. Todas las posturas, incluida la minoritaria alemana sobre la aberratio ictus, exigen *para la imputación objetiva*, tanto en los casos de aquélla como en los de las desviaciones causales, que la conducta apareciera ex ante como *adecuada* (71) para la causación del resultado efectivamente producido. Si para el espectador objetivo ex ante con los conocimientos especiales del autor no era previsible (previsibilidad objetiva) (72) la producción del resultado por medio de esa conducta: 1) Se habla —entre las desviaciones causales— de *desviación causal esencial*, que determina que no se responda por el resultado (73); 2) Lo mismo ocurre, según todas las corrientes, en la aberratio ictus (74). Los

(68) Por ejemplo, STRATENWERTH, *Strafrecht*, pp. 103-104, núms. 284 y 285; WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), p. 650, nota 5 y pp. 679-680, nota 138; en la práctica, toda la doc. dom.: JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 418-420; en España, CEREZO, *Curso*, pp. 429 y 435-436.

(69) Así, HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 874.

(70) Cfr., por ejemplo, JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 389-391; HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 393 ss. JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 163 ss.

(71) Así, HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 92-93. Por la posición minoritaria sobre la aberratio ictus, FRANK, *Strafgesetzbuch*, par. 59, III 2c; WELZEL, *Strafrecht*, p. 73; PUPPE, *GA*, 1981, pp. 15-16. Hacen también referencia a la adecuación las STS 8 agosto 1904 y STS 8 julio 1933. Sobre la adecuación como criterio de imputación objetiva, WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), p. 664; JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 386 ss. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 163, núm. 31.

(72) Sobre la previsibilidad objetiva, HERZBERG, *JA*, 1981, p. 471; ROXIN, *Würtenerberger-F*, p. 121. Enmarcándola en una concepción global del injusto, MIR PUIG, *La perspectiva «ex ante» en Derecho Penal* en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (ADPCP), 1983, pp. 1-22, p. 11.

(73) Doctrina unánime: JESCHECK, *Tratado*, I, p. 418: normalmente sobre la base de la previsibilidad objetiva. CEREZO, *Curso*, p. 429, considera *inesencial* la desviación aun en casos de imprevisibilidad objetiva, siempre que el resultado producido esté comprendido en el *ámbito de protección* de la norma. Parece, sin embargo, difícil de entender cómo la norma puede pretender evitar lo que ex ante es imprevisible.

(74) Piénsese, por ejemplo, en el caso en que A dispara sobre B, fallando,

problemas de congruencia surgen una vez que el curso causal efectivo, si bien *previsible objetivamente* (por ser la conducta *ex ante adecuada* para producirlo) no ha sido abarcado por el dolo del sujeto. Estos son precisamente los casos de aberratio ictus cuyo tratamiento jurídico pretendemos estudiar; pero también pueden concebirse casos de esta índole en el seno de desviaciones causales normales, es decir, con un solo objeto.

8. La posición minoritaria alemana sobre la aberratio ictus estima suficiente la concurrencia de los requisitos de la imputación objetiva y el consabido dolo genérico para castigar por delito doloso consumado.

La conclusión de Puppe (75), que ya conocemos, es que el contenido del dolo lo da el tipo en abstracto, con algunas limitaciones, como la de que el curso causal no sea imprevisible. Porque si el curso causal no es previsible, no se puede hablar de dolo, sino de un deseo impío. Esta restricción, sin embargo no resuelve el problema de la congruencia (76). Piénsese, además, en la siguiente cuestión: la conducta es adecuada *ex ante* para producir el resultado efectivamente realizado: pero *ex ante* también lo es para dar lugar al resultado que el sujeto había querido producir en concreto. En lo subjetivo, es suficiente el *dolo genérico* y éste (por genérico: referido al valor abstracto) abarca ambas posibilidades. De todo esto resulta que la postura minoritaria alemana configura los casos de *aberratio ictus* como casos de *dolo alternativo*: el *dolo genérico* cubre cualquier posible alternativa de realización del tipo. Con ello se equiparan comportamientos que parece importante distinguir: 1) A dispara contra B y alcanza mortalmente a C, que se hallaba en las proximidades; A no había contado en absoluto con la posibilidad efectivamente realizada. 2) A dispara contra B y alcanza mortalmente a C, que se hallaba en las proximidades; A había advertido la seria probabilidad de que fuera C en lugar de B el alcanzado y, contando con ello, disparó. Sobre todo ello vid. *infra*.

Por su parte, la doctrina dominante de aquel país, pese a la adecuación de la conducta para la producción del resultado efectivo, excluye tal consecuencia siempre que el dolo del sujeto no abarcara el proceso real en toda su dimensión (77). Ello no sería más que una repercusión de las usuales declaraciones de principio, que hacen del curso causal, junto con la conducta y el resultado, objeto del dolo; al

pero matando a C del susto provocado *por la impresión* del tiro. Cfr. BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 116.

(75) PUPPE, GA, 1981, pp. 16 y 20.

(76) Y parece, incluso, un elemento extraño en su esquema: Cfr. sobre ello BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 116.

(77) Describe la postura dominante HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 867; por la misma vid. JESCHÉK, *Tratado*, I, pp. 419-420; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 10; cfr., además, nota 16.

menos, en opinión de doctrina abrumadoramente mayoritaria (78). Sin embargo, tales declaraciones se relativizan cuando se trata de establecer el régimen de las desviaciones causales que no excluyen la imputación objetiva («desviaciones inesenciales»). A consecuencia de ello, se estima que si la desviación era previsible según la experiencia general de la vida y no justifica otra valoración ético-jurídica del hecho, es *inesencial* y carece de toda relevancia, pese a que no fuera abarcada por el dolo (79). Así, lo que inicialmente se planteaba como un problema subjetivo (hablándose de «errores sobre el curso causal») deviene un mero problema de imputación objetiva (80); pues con las expresiones referidas no se alude a otra cosa que a la imputación objetiva del resultado a la conducta del sujeto. Ésta «praxis» de la *doctrina dominante en relación con las desviaciones causales* reviste dos rasgos significativos: a) Sosteniendo, en *teoría*, que el curso causal es objeto del dolo, pasa a situarse, en la *práctica*, cerca de lo que afirma algún autor que entiende que no lo es (81); b) En aparente contradicción con lo que reconoce para la aberratio ictus, su tratamiento de las desviaciones causales *coincide* con el que la postura minoritaria propone para los casos de «aberratio». ¿Cuáles son los términos de esa coincidencia? Pues sostener que para el castigo por delito doloso consumado basta con querer realizar una conducta y que ésta fuera objetivamente adecuada para la producción del resultado efectivamente realizado. Aunque el sujeto no hubiera abarcado con el dolo la virtualidad de su conducta para producir ese concreto resultado.

(78) Por todos: JESCHECK, *Tratado*, I, p. 398; HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 81.

(79) Doc. do.: JESCHECK, *Tratado*, I, p. 418. Críticamente, HERZBERG, *JA*, 1981, p. 471 y *ZStW*, 85 (1973), p. 873; también, desde otra perspectiva, SCHROEDER, *Der Irrtum über Tatbestandsalternativen*, *GA*, 1979, pp. 321-328, p. 327; para este autor lo decisivo es la *idoneidad* del medio empleado por el autor. Si éste es idóneo, se responderá por el resultado aun en caso de realizaciones desafortunadas e imprevisibles.

(80) Para la aberratio ictus, lo dice claramente PUPPE, *GA*, 1981, p. 16. En cuanto a las desviaciones causales, desde perspectiva crítica, HERZBERG, *JA*, 1981, p. 471. En nuestro país, CEREZO, *Curso*, p. 428, dice: «Sólo una *desviación esencial* del curso causal puede dar lugar, por tanto, a una *exclusión del dolo*» y, a continuación, «creo que el carácter *esencial* de la desviación debe determinarse con arreglo a un criterio objetivo y que éste ha de coincidir con el de la *imputación objetiva*» (los subrayados son míos). Sobre esto, críticamente, HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 876, nota 23 y p. 877. La inevitable conclusión es la irrelevancia de los *errores sobre el curso causal*, lo que contradice los principios que se sostienen en teoría y lo que se aplica en la aberratio ictus. HRUSCHKAI *Strafrecht*, p. 12, hace referencia también a que la perspectiva dominante mezcla la imputación objetiva y la subjetiva (dolo). WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 649 y 659, desde una postura personal diferente, también lo critica.

(81) Como es el caso de WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 653, 654, 664 ss., 673. El propio JESCHECK, *Tratado*, I, p. 418 nota 74 a, reconoce que Wolter niega la figura misma del error sobre el proceso causal. Pero a su vez (p. 418) señala que, dándose la imputación objetiva, «la desviación del curso imaginado no excluye *normalmente* el dolo». Quedan aparte los casos abarcados por la fórmula de la distinta valoración ético-jurídica, de escasa trascendencia y de difícil aplicación en la práctica por su vaguedad: vid. el ejemplo de JESCHECK en p. 419.

9. Lo más llamativo de la anterior descripción es la diversidad de tratamiento, por la doctrina dominante, de los casos de aberratio ictus y de desviación causal. En principio no se entiende por qué lo que es suficiente en un caso para la imputación como hecho doloso consumado, no ha de serlo en el otro. Se han dado, por supuesto, argumentos para justificar tal distinción: que en un supuesto el sujeto alcanza su meta y en el otro, no (82); que en las desviaciones se recae, al fin y al cabo, en el mismo objeto, mientras que en la aberratio se alcanza a otro (83), etc. Ninguno de ellos convence del todo. La idea de *logro de la meta*, si es entendida subjetivamente, se excluye no sólo en los casos de aberratio ictus, sino evidentemente también en los de error in obiecto y, no en último lugar, en gran número de desviaciones causales (84). Además, el dolo, como voluntad de realización, puede concurrir respecto a resultados que, no sólo no constituyen realización de la meta o finalidad subjetiva del sujeto, sino que éste incluso siente o desaprueba (85). En cuanto al hecho de ser *otro objeto el alcanzado*, sería posible sostener que, en principio, si la conducta era adecuada ex ante para lesionarlo también, no existe fundamento para establecer una diferenciación (86). Una tal apreciación podría ser tachada de poco realista. La doctrina dominante alemana estaría en condiciones de señalar que el hecho de que resulte afectado otro objeto puede ser prueba de que el curso causal, aun previsible objetivamente, ha sido completamente diferente del que el sujeto se representó, lo que —según esa misma doctrina— bastaría para excluir la imputación dolosa (87). En cambio, en las desviaciones causales «normales», la divergencia —siempre que se mantuviera dentro de lo adecuado— sería mínima. El curso causal se habría configurado en forma muy similar a como el sujeto se lo representó (desviación inesencial), con lo que no concurrirían factores suficientes para excluir la imputación a título de dolo (88). Ciertamente, las cosas pueden ser así en gran número de casos. Pero es posible concebir otros tantos en que se producirá todo lo contrario.

(82) Por ej., JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 418 y 419; STRATENWERTH, *Strafrecht*, p. 103, núm. 284.

(83) Vid. nota anterior: la existencia de esta diferencia la reconoce HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 873.

(84) Como pone de manifiesto HERZBERG, *ZStW* 85 (1973), p. 871, en el 90 por 100 de las desviaciones causales tampoco se logra la meta («Ziel») del sujeto, pues es muy difícil que, dándose la desviación, las cosas acaben sucediendo exactamente como el sujeto quería.

(85) WELZEL, *Strafrecht*, p. 69.

(86) HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 873: si entra dentro de lo previsible y no justifica una distinta valoración del hecho.

(87) Fundamental BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 118, exponiendo la importancia del objeto de ataque como factor determinante de la causalidad.

(88) JESCHECK, *Tratado*, I, p. 418, lo expresa señalando que, cuando hay una adecuación ex ante (presupuesto de la imputación objetiva) «la desviación respecto del curso imaginado no excluye *normalmente* el dolo» (el subrayado es mío). Quizá normalmente sea así. Pero no se determina qué ocurre en los casos no normales ni cómo distinguir lo normal de lo que no lo es.

Piénsese en un caso de desviación causal como el citado en nota 67. Efectivamente, puede haber casos de estructura análoga a la de la aberratio ictus en los que, sin embargo, el sujeto, además del riesgo para A (a quien apunta), abarque con dolo eventual un riesgo para el tercero B, (afectado). A la inversa, puede concebirse una desviación causal en la que, pese a la adecuación ex ante de la conducta y que el resultado se produzca en el mismo objeto, el dolo del sujeto no se haya extendido al riesgo concretamente realizado.

Los criterios de la doctrina dominante alemana no parecen, pues, suficientemente explicativos para la pluralidad de situaciones que pueden darse. Ello hace preciso tratar de buscar nuevas fundamentaciones.

10. Otras posturas, partiendo de los presupuestos de la posición mayoritaria en Alemania, pero siguiéndolos además de modo radical, exigen la referencia del dolo al curso causal que determina la efectiva producción del resultado (89). Con ello, se pretende diferenciar claramente los dos niveles, el de la imputación objetiva y el de la congruencia del dolo con la realización objetiva del tipo. La única posibilidad de hacerlo es seguir en el segundo nivel un criterio estrictamente subjetivo. De modo que el sujeto debe haber previsto el curso causal efectivo en sus *rasgos esenciales* (90). Para estos autores ello significa que debe existir una congruencia entre el dolo y el curso causal, y que éste no puede abandonar el marco de aquél (91). Especial mención merece el planteamiento de Herzberg, basado esencialmente en la idea de «co-consciencia» (Mitbewusstsein) (92). Puesto que imputar como doloso lo no previsto pero previsible supone desbordar las fronteras del conocimiento del hecho (93), este autor exige que se conozca (prevea) el curso causal dañoso, aunque sea en la forma de co-consciencia, es decir, sin haberse producido un cálculo plenamente cons-

(89) BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 115 y nota 29; también BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 198; HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 875; HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 11 y ss.

(90) La referencia a los «rasgos esenciales» está presente en todos los autores, por la natural imposibilidad de prever los hechos futuros en forma detallada. Por todos, JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 11. Lo determinante, sin embargo, no es la expresión en sí, sino las consecuencias que de ella desprenden unos y otros. PUPPE, *GA*, 1981, p. 15, entiende que también en la aberratio ictus se han conocido los rasgos esenciales y hay que castigar como delito doloso consumado. La doctrina dominante alemana, en cambio, considera que se ha conocido el curso causal en sus rasgos esenciales siempre que éste se mantenga dentro de lo adecuado y no se haya afectado a otro objeto (aberratio ictus). HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 12 y 14, nota 23, entiende, a partir de ahí, que una desviación es esencial si desde el punto de vista del autor no era de esperar; inessential si desde esa perspectiva era de esperar. Pues si no era de esperar ni desde la óptica del juzgador objetivo, faltaría ya el tipo objetivo. En mi opinión, el criterio de Hruschka no hace sino sustituir la mera previsibilidad *objetiva* por la previsibilidad *subjetiva*: pero, como se verá, previsibilidad subjetiva no es todavía dolo (actual).

(91) BACKMANN, *JuS*, 1972, pp. 198 y 199: aunque no en todos los detalles

(92) HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), pp. 882 y 887.

(93) HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), p. 886. No obstante, para nosotros, puede haber previsión y no dolo: ahí debe situarse el problema de delimitación de culpa consciente y dolo eventual.

ciente de la posibilidad del mismo (94). Si el sujeto fue co-consciente de que el resultado podía producirse así, no habrá desviación relevante y podrá castigarse a título de dolo. Ello tanto por lo que respecta a las desviaciones causales «normales» como en lo que se refiere a los casos de aberratio ictus. En cualquier caso, el ámbito de la co-consciencia es menor que el de lo objetivamente previsible según la experiencia de la vida: habrá casos en que un curso causal previsible objetivamente no sea abarcado por la co-consciencia, con lo que quedará excluida la pena del delito doloso consumado. La propuesta de Herzberg ha sido bastante criticada.

Por un lado, en el sentido, ya advertido por el propio Herzberg, de que el hombre no puede prever con concreción los acontecimientos futuros. Roxin (95) le reprocha la utilización de un «naturalismo metodológico» ya superado. Frente a él, entiende Roxin que, al no haber un concepto ontológico que determine en qué medida deben conocerse los elementos de un curso causal para imputar el resultado al dolo, ello debe acometerse desde perspectivas *normativas*. Jakobs (96) critica la idea de co-consciencia, alegando que es imposible que ésta abarque todas las variables causales. Además, puede haber casos en que no se abarque ningún curso causal en concreto, lo que evidentemente no puede conducir a la exclusión del dolo.

Las críticas son acertadas (97). Pese a que algunas de sus consideraciones revisten indudable utilidad incluso para quienes no comparten sus puntos de partida (98), la teoría de Herzberg y la idea de co-consciencia resultan inadecuadas para dar solución satisfactoria al núcleo de problemas de la aberratio ictus y las desviaciones causales. Tampoco aquí se expone el por qué de esa extremada concreción, con lo que se acaba incurriendo en la carencia argumentativa de la doctrina mayoritaria. Tal solución choca además con el mantenimiento de los criterios tradicionales en torno al error in obiecto irrelevante.

(94) HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), pp. 886-887 y 889.

(95) *Würtenberger-F*, p. 116.

(96) *Strafrecht*, p. 241, nota 139.

(97) Herzberg extiende —como reconoce en p. 887— la co-consciencia a un marco nuevo, en el que no cuadra bien. Vid., críticamente sobre la idea de co-consciencia, sobre todo por poder dar lugar a presunciones de dolo, KÖHLER, *Vorsatzbegriff und Bewusstseinsform des Vorsatzes. Zur Kritik der Lehre vom «sachgedanklichen Mitbewusstsein»*, *GA*, 1979, pp. 285-300. Críticamente, también, WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 656-657. Herzberg, en *JA*, 1981, ha cambiado de postura.

(98) Parece importante la referencia que hace al «in dubio pro reo» (*ZStW*, 85 (1973), p. 888). Una vez construido el criterio normativo de concreción del dolo, la determinación de si en el caso concreto hay dolo o no debe inspirarse en ese principio. La doctrina dominante no suele distinguir bien entre dos cosas diferentes que son la afirmación de qué debe conocerse y la averiguación de si en el caso concreto ese «qué» se ha conocido.

11. *Resumiendo*: No convencen los argumentos positivos de la postura minoritaria alemana en favor del dolo genérico y su suficiencia para la imputación dolosa. En consecuencia, no parece lo bastante justificada la «solución de la consumación» en la aberratio ictus. Sin embargo, tampoco parecen decisivas las consideraciones de la doctrina dominante de aquel país, en virtud de las cuales se pretende dar a la aberratio ictus (con la «solución de la tentativa») un tratamiento diferente al aplicado al error in obiecto y a las desviaciones causales que no excluyen la imputación objetiva. Por último, tampoco es satisfactoria la tesis que pretende, en base a la noción de co-consciencia, resolver con idénticos criterios las «aberraciones» y las desviaciones causales. En suma, es posible constatar la ausencia de una fundamentación convincente acerca de cuál ha de ser el *objeto* de referencia del *dolo* y qué grado de congruencia o concreción ha de revestir la relación entre ambos.

IV

I. Considero que la Constitución del Estado social y democrático de Derecho asigna a la pena una función preventiva (99). Consiguientemente, entiendo también que las normas penales (primarias) se configuran como imperativos dirigidos a motivar a los ciudadanos en contra de la realización de conductas delictivas (100). Todo ello condiciona de modo decisivo la determinación de cuál es la esencia de la *antijuricidad penal* (101). En base a lo apuntado, me inclino por acoger la tesis de que lo injusto penal es *injusto de la conducta*.

Como dice Mir Puig (102), la función de prevención de la pena a través de la motivación obliga a contemplar el hecho *ex ante*: el Derecho sólo puede prohibir la realización de comportamientos capaces de ocasionar resultados lesivos. La antijuricidad se entiende como antinormatividad y, en consecuencia, se opta por el desvalor de la acción en la alternativa entre ese y el desvalor del resultado. Pero el desvalor de la acción *no se entiende en el sentido finalista clásico*, sino en el de que el injusto se asienta en la *realización voluntaria* de la conducta que el Derecho quiere prevenir.

Así pues, un hecho deviene penalmente antijurídico por el *peligro objetivo* que la conducta supone para bienes jurídicos (103). Este peligro debe determinarse *ex ante*, por el espectador objetivo situado en el lugar del autor al actuar, con todos los conocimientos y posibilida-

(99) MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, 1982, pp. 29 y ss. y 40; también, MIR PUIG, *ADCP*, 1983, pp. 7-9. Este planteamiento se halla ya en su *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 123 ss.

(100) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 42 ss.; *ADPCP*, 1983, p. 10.

(101) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 59; *ADPCP*, 1983, p. 11.

(102) Una exposición y fundamentación detallada de las tesis de MIR en este punto se encuentra en su *Función de la pena*, p. 61 y nota 62, pp. 62-63, y nota 85, así como en *ADPCP*, 1983, pp. 11-12.

(103) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 62-63.

des de que entonces éste dispone (criterio generalizador de base normativo-social (104).

2. En los delitos de resultado material, como en todos los demás (105), el injusto es injusto de la conducta. Ello significa que tanto el curso causal como el resultado quedan fuera del mismo.

Como señala Mir Puig (106), *ni el resultado*, ni la conducta que *ex post* se revela como efectivamente peligrosa afectan al núcleo de lo injusto. Este sólo se integra de comportamientos que *ex ante* aparezcan como peligrosos, aunque *ex post* resulte que no lo eran.

El dolo consiste en conocer y querer los elementos del tipo, pero en la medida en que constituyen lo *injusto típico objetivo* del hecho (107) Así resulta que el objeto del dolo ha de ser básicamente el *riesgo* contenido y determinable *ex ante* en la conducta del sujeto. El *curso causal* y el *resultado* en tanto que, aunque elementos del tipo punible de los delitos de resultado consumados, no configuran su *injusto típico*, no son objeto del dolo (108). En consecuencia, sería incorrecto hablar de «errores sobre el proceso causal» (109).

El *resultado*, si bien no condiciona lo injusto del hecho, es determinante de la *punibilidad* del delito consumado (110). Sin embargo, esto no significa que, dada una conducta dolosamente realizada, el que acaezca un resultado cualquiera, para cuya producción esa conducta era adecuada *ex ante*, determine el cumplimiento del tipo del *delito doloso consumado* (111). La exclusión del *curso causal* y del *resultado* del ámbito del dolo, obliga a proceder a su concreción sobre la *conducta* del sujeto. Esta concreción debe producirse mediante la idea de riesgo. La existencia en ella de un *riesgo* típicamente relevante para un bien jurídico es el factor que puede determinar (112) el carácter de *injusta*

(104) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 65.

(105) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 66 y nota 92.

(106) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 65 ss.

(107) BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 197, nota 15: Dolo es conocer y querer la realización típica; debe extenderse a las circunstancias del hecho (elementos típicos), pero sólo *en tanto que determinan lo injusto del hecho*.

(108) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 76-77, nota 103: el contenido del dolo es la conducta en su virtualidad lesiva y no necesariamente la lesión. La misma impresión se desprende, a contrario sensu, de BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 198. Este deriva la necesidad de que el dolo se extienda al curso causal, del papel que el resultado juega en lo injusto del hecho. Señala expresamente que si el resultado no fuera elemento del injusto no habría razón para exigir que el dolo se extendiera a la causación de un resultado en concreto. Es doc. dom. que el resultado pertenece a lo injusto del hecho: cfr. BACKMANN, *JuS*, 1972, p. 197, nota 17 y supra nota 99.

(109) En sentido parecido, WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 664 ss. 670, 671, 672, 673 y 702.

(110) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 65 ss. Doc. dom. en otro sentido: vid. JESCHECK, *Tratado*, I pp. 321 ss.

(111) En sentido diferente, para las desviaciones causales, WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), pp. 664 ss., 702 y 703. Vid. las críticas que a su planteamiento hacen JAKOBS, *Strafrecht*, p. 241, nota 139, y HERZBERG, *JA*, 1981, p. 371, nota 13. Su punto de vista en este punto está condicionado por su concepción del injusto y

de una conducta. La responsabilidad por delito doloso consumado exigirá que el sujeto haya abarcado con su dolo el riesgo que precisamente se ha realizado en el resultado. A continuación se tratará de desarrollar la idea aquí esbozada.

3. La responsabilidad por el delito consumado exige, en los delitos de resultado, la constatación de una determinada relación entre la conducta del sujeto y el resultado producido. Según doctrina prácticamente unánime, esta relación se produce a un doble nivel. Por un lado, por medio de la *relación de causalidad*, construida en base a criterios extrapenales. Por otro, mediante una *relación de riesgo*, de configuración esencialmente normativa (113). A establecer los principios con los que determinar la existencia o no de esta última, se dedican las modernas teorías de la *imputación objetiva*. Entre ellas existen todavía importantes discrepancias en algunos puntos (114). Sin embargo, se da coincidencia en lo fundamental: para imputar objetivamente un resultado a la conducta de un sujeto es preciso: 1) que en esa conducta se pueda determinar objetivamente ex ante la presencia de un riesgo típicamente relevante; y 2) que ese riesgo, precisamente, se haya *realizado* en el resultado efectivamente producido. Normalmente, se señala que la relación de causalidad se determina ex post y la relación de riesgo determinante de la imputación objetiva, ex ante (115). No obstante, parece posible distinguir dos aspectos en la propia relación de imputación objetiva: los *presupuestos* y la *relación en sí*. Los presupuestos los constituye la existencia de un riesgo determinable objetivamente ex ante en la conducta del autor (116). La *relación en sí* surge entre ese riesgo y el resultado causado. La diferencia entre la

de los criterios de imputación objetiva del resultado, en parte divergentes de los aquí seguidos; cfr. sobre ello p. 703 de su trabajo. Sobre ello, sin embargo, no podemos extendernos.

(112) Evidentemente, para que se dé el tipo total de injusto es precisa la ausencia de los presupuestos de las causas de justificación.

(113) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 386 ss. En nuestro país, MIR PUIG, *ADPCP*, 1983, pp. 10-11; LUZÓN PEÑA, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto* (Comentario a la STS 20 mayo 1981), en *Actualidad Jurídica*, VII, 1981, pp. 78-86; HUERTA TOCILDO, *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, en *La Ley*, 1983-3, pp. 277-283, en la que comenta la STS 5 abril 1983; GLADYS ROMERO, *La relación entre acción y resultado en los delitos de lesión*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, pp. 157-170. También la STS 29 abril 1983 distingue entre causalidad e imputación objetiva. La denominación de ésta a veces varía: GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, habla (pp. 75 ss., 115 ss.) de «reprochabilidad objetiva»; HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 393 ss. (por poner otro ejemplo), distingue entre «objektiver Kausalzusammenhang» y «objektiver Finalzusammenhang».

(114) Baste recordar la discusión en torno a la teoría del incremento del riesgo (Risikohöhung). Cfr., por ej., SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fabrlässigkeiten- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, pp. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798, en pp. 647 y ss.

(115) Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 393 ss.; WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), p. 651, rechaza tanto la perspectiva ex post, como la estricta ex ante; sobre su punto de vista vid. también p. 704.

(116) MIR PUIG, *ADPCP*, 1983, pp. 11-12.

ausencia de lo uno o de lo otro es que, faltando lo primero, ya no hay injusto, es decir, que en los delitos dolosos, tampoco se puede castigar por tentativa. En cambio, faltando la realización de ese riesgo en el resultado, sólo se excluye el castigo por delito doloso consumado (pero no la tentativa dolosa) o el castigo por delito imprudente (que sólo se castiga si va acompañado de resultado). La relación, realización del riesgo, sólo se constata ex post y sobre la base de la relación de causalidad, añadiendo a la misma el criterio normativo. Existiendo en una conducta un riesgo objetivamente constatable ex ante puede ser, por ejemplo, que el resultado por ella causado no sea realización de ese riesgo sino de otro, imprevisible (es decir, de otro riesgo contenido en la conducta pero imposible de conocer ex ante para el espectador objetivo). De ser así, faltará evidentemente la imputación objetiva. Y parece claro que la decisión se toma ex post, una vez determinada la causalidad (117).

4. Sin embargo, las afirmaciones anteriores tienen mayor alcance. Reformulando lo expuesto, resulta que el presupuesto de la relación de imputación objetiva no es otra cosa que la existencia de un peligro típicamente relevante determinable ex ante en la conducta del sujeto (118). *A este riesgo*, en tanto que constitutivo de lo injusto de la conducta y presupuesto de la imputación objetiva del resultado, es al que se ha de referir el *dolo* (119) para poder fundamentar, en su caso, la responsabilidad del autor por delito doloso consumado (120). Pero una conducta puede contener en sí varios riesgos determinables ex ante. Para dar lugar a la responsabilidad por delito doloso consumado es, pues, preciso que el *resultado* sea realización de uno de los riesgos abarcados por el *dolo* del sujeto y no de otro no creado dolosamente por éste (121). Aunque sea un riesgo presente en su conducta y determinable ex ante en ésta. Ello se deriva del papel que en el esquema aquí acogido se asigna

(117) Para determinar si el riesgo constatable ex ante se ha realizado en el resultado es, sin duda, necesario en primer lugar que éste sea causado, lo que hay que observar ex post.

(118) Reiteramos aquí que, para hablar realmente de injusto es precisa además la concurrencia del *aspecto subjetivo* y la *ausencia de presupuesto de causas de justificación*.

(119) Como hemos dicho, objeto del dolo son los elementos típicos en tanto que constitutivos del injusto.

(120) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 240, núm. 63, habla de que el dolo ha de abarcar la causalidad de la acción para el resultado. Pero lo entiende en el sentido de que el autor debe conocer el riesgo que se realiza y no el concreto curso causal a través del que se realiza. El planteamiento es similar al nuestro. Cfr. sobre su punto de vista y algunas discrepancias, JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 240-241, num. 64; p. 241 núm. 65 y nota 139; y p. 242, núm. 66: aquí podría verse una diferencia. Dice Jakobs que el objeto del dolo es la realización de un riesgo; nosotros diríamos que el objeto del dolo es la conducta en tanto que creadora de un riesgo ex ante.

(121) Puntualizo esto para los casos en que una conducta contiene varios riesgos determinables ex ante (para los no-determinables se excluye ya la imputación objetiva). Es necesario que el dolo abarque el riesgo que luego se ha realizado, para hablar de delito doloso consumado. Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 241, núm. 65.

al resultado. Efectivamente, éste no afecta a lo injusto de la conducta. Pero sí a la punibilidad del hecho, de modo que la ausencia de resultado puede determinar una disminución o renuncia a la punibilidad (122). Las cosas son así por una razón, entre otras, que parece fundamental: El resultado, como afirma Mir Puig (123), es *prueba*, a veces la única segura, de la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción. Ahora bien, para que un resultado producido despliegue la función indiciaria respecto a la peligrosidad de la acción, es preciso que dicho resultado constituya exacta realización del peligro que ostentaba la conducta (124). Puesto que el dolo aumenta generalmente la peligrosidad de la conducta y el injusto doloso es distinto (más grave) que el culposo (125), la responsabilidad por delito doloso consumado exigirá precisamente que el resultado sea fiel reflejo del injusto doloso de la conducta. Si una conducta contiene varios riesgos, de los cuales unos se abarcan por el dolo del sujeto y otros no, es evidente que la presencia de un delito doloso consumado requiere que en el resultado se realice un riesgo de los dolosamente creados y no uno de los imprudentes (126). De lo contrario, se rompería la necesaria conexión entre la naturaleza y gravedad del riesgo y el resultado.

5. *Resumiendo*: El injusto es injusto de la conducta. El carácter injusto de una conducta viene dado por la presencia en ella de riesgos para bienes jurídicos. El dolo, al deber referirse a los elementos típicos en tanto que constitutivos de lo injusto, debe abarcar tales riesgos para determinar la existencia de un injusto doloso. La *punición* por delito doloso consumado exige que se produzca un resultado y que este resultado represente precisamente la realización del riesgo abarcado por el dolo. Ahora bien, una conducta puede contener varios riesgos. De ser así, la responsabilidad por delito doloso consumado requiere que el dolo haya abarcado el riesgo que se ha realizado en el resultado y no otro. Expresado a la inversa, el resultado debe ser exacta realización del riesgo abarcado por el dolo y no de otro riesgo presente en la conducta del sujeto. Sólo así será el resultado prueba del injusto doloso existente en ella. La derivación de consecuencias prácticas de estas ideas exige la precisión de qué son «*riesgos distintos*» dentro de una conducta.

6. En primer lugar, son *riesgos distintos* aquéllos que amenazan a *bienes jurídicos de diferente clase o naturaleza* (ej. vida y propiedad). Tales bienes son los protegidos en *tipos diversos* y, por tanto, con desigual intensidad por el Ordenamiento jurídico-penal. Esta idea se

(122) Según se trate de delitos dolosos o imprudentes y faltas, en general, que no sean contra las personas o la propiedad.

(123) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 65.

(124) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 69-70.

(125) MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 75-76.

(126) Si de dos riesgos constatables ex ante en una conducta, se realiza el imprudentemente creado y no el doloso, hay que apreciar delito intentado en concurso con delito imprudente. Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 243, núm. 70 y pp. 241-242, núm. 65.

halla en la base de la *teoría general del error de tipo* y en la de la *preterintencionalidad*. De ahí que no parezca preciso extendernos demasiado sobre esta cuestión. Ejemplos de las situaciones aquí comprendidas son: a) A disparar contra un bulto en quien cree ver al perro de su vecino, cuando en verdad es el propio vecino, que resulta muerto (error in objeto relevante); b) A disparar contra el perro de su vecino, pero el vecino, al querer detenerle, se interpone y es él el alcanzado (aberratio ictus relevante por error de tipo). Que en casos como éstos la solución es la de delito intentado o frustrado en eventual concurso con delito imprudente es algo pacífico en la doctrina. El riesgo abarcado por el dolo del sujeto (riesgo para la integridad de un bien patrimonial) no se ha realizado en el resultado; el que se ha realizado (riesgo para la vida o salud de un hombre) es un riesgo, a lo más, imprudentemente generado. No cabe, pues, establecer una responsabilidad por delito doloso consumado.

7. También son *riesgos distintos* los que amenazan a bienes jurídicos distintos aunque de la misma clase o naturaleza, es decir, protegidos en el mismo tipo (ej., las diferentes vidas reales, empíricas, protegidas en el tipo de homicidio).

La afirmación anterior se deriva de dos enunciados. El primero, el de que *riesgo* es probabilidad de lesión de un bien jurídico (127). El segundo, el de que bien jurídico es una realidad concreta, empírica, en su valor funcional para el Derecho, y no un valor abstracto (128). Así, en la aberratio ictus con equivalencia típica de objetos, cuando un sujeto dispara sobre otro y resulta alcanzado un tercero que se interpone, ex ante es posible hablar de dos riesgos distintos, presentes en la conducta (129). Uno de ellos es abarcado por el dolo; el otro, no. El que se realiza, sin embargo, es el no abarcado. Se excluye, pues, la responsabilidad por delito doloso consumado. A esta misma conclusión llega la doctrina dominante alemana en materia de aberratio ictus, pese a no compartir lo aquí expresado en relación al concepto de bien jurídico (130). El problema fundamental que hay que afrontar en este punto es el del error in objeto «irrelevante». Es preciso mostrar por qué puede seguirse manteniendo para él la solución de la consumación. ¿No se podría decir que, aunque se acierte de lleno en el objetivo,

(127) Cfr. ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 17 ss.

(128) Vid. supra. Cfr. MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, I, pp. 369-370. Vidas concretas, empíricas, salud de hombres concretos que ocupan una posición en el tiempo y el espacio, honor, libertad concretos de hombres en su realidad espacio temporal, etc. Idem en los bienes patrimoniales: cosas concretas, derechos concretos en su valor como elementos patrimoniales; en la estufa, el patrimonio global de un hombre, en concreto. El tema varía, como es lógico, en los bienes supraindividuales.

(129) Sobre las diversas formas en que pueden configurarse esos riesgos, vid.

(130) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 419; WOLTER, *ZStW*, 89 (1977), p. 650, nota 5, excluye la imputación dolosa porque «aquí el autor no sabe nada de la peligrosidad de su conducta en dirección al objeto típico concretamente lesionado» (el subrayado es mío).

el riesgo para la vida de Juan a quien se quería matar y el riesgo para la vida de Pedro a quien se mata son «riesgos distintos»? Creo que no. Ello, por varias razones.

El sujeto que actúa en error in obiecto se equivoca en la *identidad*. Pero esto es irrelevante en cuanto a la imputación del resultado como dolosamente realizado. Lo cierto es que el sujeto ha creado dolosamente un riesgo para un bien jurídico cuya realidad empírica y naturaleza había aprehendido perfectamente. A estos efectos, es indiferente que el resultado supusiera la realización de sus intenciones o planes subjetivos o no. El caso es que el resultado es realización de un riesgo dolosamente realizado: el sujeto aprehende perfectamente que en su conducta se contiene un riesgo para un bien jurídico determinado (perceptible) y protegido en forma concreta para el Ordenamiento jurídico-penal. No obstante eso, actúa, como mínimo contando con la lesión de ese bien jurídico, y el riesgo se realiza. El resultado prueba perfectamente el injusto doloso contenido en la conducta del autor. Es posible, pues, la condena por delito doloso consumado. A esta solución no puede objetarse por Puppe una presunta discriminación entre propiedades del objeto: identidad y posición en el espacio. La cuestión no es la posición en el espacio, sino que el bien jurídico como realidad empírica positivamente valorada, se inscribe o se refiere a unas coordenadas espacio-temporales. *Lo decisivo es, pues, la realidad existencial que constituye el soporte del bien jurídico*. En el error in obiecto, pese a que las intenciones del sujeto no se hayan realizado, lo cierto es que inicialmente se puso en peligro un bien jurídico empíricamente determinado, contándose perfectamente con la probabilidad de su lesión. Y esta lesión se produce. Todo ello permite, además, rechazar la «solución de la tentativa» que Herzberg propone para casos de error in obiecto «irrelevante» en que, sin embargo, lo que se hace «tiene un sentido totalmente distinto» al imaginado por el sujeto (131). Habiéndose aprehendido la realidad espacio-temporal que sirve de base al bien jurídico y su relevancia penal, si se actúa contando con su lesión se dan todos los elementos necesarios para la imputación dolosa. El error sobre otras cualidades, importantes para la motivación del autor, incluso importantes a efectos no penales, pero extratípicas, no permite excluir tal imputación a título de dolo.

8. Por último, también son *riesgos distintos* aquellos en cuya formación o configuración contribuyen factores diferentes, aunque todos afecten al mismo bien jurídico. Si en una conducta se dan ex ante diver-

(131) HERZBERG, JA, 1981, p. 474. Vid. también supra nota 9. Al final, señala Herzberg que incluso el curso causal, es, en estos casos, diferente al previsto. Pero esto a lo más que puede llevar es a que, si se dan los requisitos que veremos, pueda hablarse de una *desviación relevante*: no a otorgar relevancia al error in obiecto.

sas posibilidades de producción de una lesión de un bien jurídico determinado, de las que se realiza una, la responsabilidad por delito doloso consumado exigirá que se haya abarcado por el dolo precisamente esa posibilidad que luego se ha realizado. De no ser así, habrá que defender la «solución de la tentativa». Esta consideración puede ser importante para las *desviaciones causales*. En esta materia, las dos soluciones extremas parecen igualmente rechazables. Por un lado, no es preciso que el dolo se extienda a los rasgos propios de cada curso causal. Por el otro, tampoco basta con que se realice una conducta dirigida a matar para que se impute a título de dolo cualquier resultado de muerte que se produzca (en el objeto en que se pretendía) dentro del marco de lo objetivamente previsible (132). El término medio consiste en exigir que el dolo abarque los *elementos configuradores del riesgo* que se ha realizado en el resultado. La congruencia se producirá, pues, entre el dolo y la «clase» de riesgo. Dicha «clase» se determina, obviamente, por los factores que lo configuran y, juntos, son la *fuerza* del riesgo. Piénsese en el siguiente ejemplo: 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:

Siendo éste un *único riesgo*, puede englobar en sí *curso*s *causales de lo más diverso*: impacto directo en órgano vital, hemorragia, infección por las toxinas del proyectil, etc., sin contar los diferentes lugares del impacto. *A ninguno de ellos precisa extenderse el dolo, que basta con que abarque la clase de riesgo determinada por el impacto del proyectil*. Seguramente, cuando habla de desviaciones inesenciales, la doctrina piensa fundamentalmente en estos casos de desviaciones dentro de una clase de riesgo, pero no en otras clases de riesgo que, aun previsibles objetivamente, no se han cubierto por el dolo.

Por otro lado, el riesgo de que el disparo asuste a B y que éste, 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. Pues bien, para que el resultado efectivamente producido se pueda imputar como doloso parece preciso que el dolo del autor haya abarcado *el concreto sentido en que se configuró la peligrosidad* ex ante de la conducta que luego se realiza en el resultado. Si se produce el resultado de la muerte por avalancha, no basta con que fuera previsible objetivamente, sino que es preciso que el autor (p. ej., con dolo eventual junto al dolo directo de impacto del proyectil) lo haya considerado seriamente y no excluido como probabilidad (133). En resumidas cuentas, hará falta como mí-

(132) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 243, núm. 69: sería erróneo atribuir al autor en conocimiento del riesgo lo que un sujeto concienzudo habría reconocido como riesgo.

(133) Esto tiene más importancia de lo que a simple vista pueda parecer. Piénsese, por ej., en el caso de que el alud matara, además de a B, a un tercero

nimo *dolo eventual* referido a la *clase de riesgo* (*conjunto de factores que lo generen*), que se ha realizado en el resultado, para que éste se impute a título de dolo al sujeto.

9. Esta delimitación del objeto del *dolo* está, seguramente, necesitada de precisión y correcciones. Sin embargo, pretende responder a la necesidad de dotarle de un contenido elaborado en base a *consideraciones normativas* (134). En este sentido, parece suficientemente justificada la *no-arbitrariedad* de la vía seguida. Se parte, en definitiva, de que el dolo ha de abarcar concretamente el riesgo que efectivamente se ha realizado en el resultado; es decir, que ha de comprender el injusto objetivo como concreto presupuesto de la imputación objetiva del resultado (135). A este planteamiento subyace la idea de que una conducta puede contener diversos *riesgos*, de realización, a su vez, alternativa o acumulativa. A estos riesgos es a los que hay que referir la vertiente subjetiva, que puede ser de distinta configuración, como veremos a continuación.

10. En lo anterior, se ha sostenido la necesidad de referencia del dolo al *riesgo* que se ha realizado en el resultado efectivamente producido, para poder imputar este último al autor a título doloso. En base a esta idea fundamental, se tratará ahora de mostrar una *escala de grupos de casos* estructuralmente próximos a la aberratio ictus. La finalidad de este planteamiento es establecer claramente las diferentes posibilidades que pueden darse en este ámbito y justificar en forma gráfica la solución aquí defendida. Como caso sobre el que proyectar las diversas estructuras que vamos a describir, puede valer uno de base próxima al «standard»: A dispara contra B; pero falla el disparo y alcanza a C, que estaba al lado. Común a todas las variaciones será la presencia de un riesgo constatable ex ante para la vida de B y que se abarca con el dolo; pero este riesgo no se realiza, sino otro, que recae en la persona de C. Respecto a esta segunda parte se irán produciendo las modificaciones.

1.^a *estructura*.—(Ausencia de imputación objetiva). Una primera posibilidad es que ex ante el espectador objetivo no hubiera podido constatar en la conducta de A el riesgo que ex post se ha realizado en C, sino sólo el que amenazaba a B. Dicho con otras palabras, que la muerte de C como consecuencia de la conducta de A fuera ex ante objetivamente imprevisible (136). De ser así, faltará ya la imputación objetiva del resultado de muerte de C a la conducta de A. A respon-

que se encontrara en las proximidades, perfectamente visible para A. Una imputación a título de dolo de la muerte de B llevará pareja otra de la del tercero. Ello siempre que se entienda, como debe ser, referido a la realización externa y no se confunda con deseos o fines del autor.

(134) La necesidad de adoptar una perspectiva normativa en este punto la pone de manifiesto ROXIN, *Würtenberger-F.*, p. 116.

(135) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 233, núm. 44.

(136) O que la conducta de A no apareciera ex ante como adecuada para matar a C. Ejemplo, algo estrambótico, es el de un duelo acordado con todas las

derá sólo por tentativa de homicidio (asesinato) de B (pues el riesgo para la vida de éste lo abarcó con su dolo; sólo que este riesgo no se ha realizado).

2.^a estructura.—(Ausencia de dolo e imprudencia respecto al riesgo que se ha realizado en el resultado). Resulta evidentemente algo difícil representarse estas situaciones; pero es teóricamente concebible. Se trata de la posibilidad de que el riesgo que se ha realizado en el resultado fuera ya ex ante conocible para el espectador objetivo: dicho de otro modo, que el resultado fuera previsible objetivamente, con lo que se darían las bases de la imputación objetiva. Pero, pese a ello, ese resultado fuera *imprevisible para el autor*. Es decir, que, para éste, fuera incognoscible el riesgo que su conducta contenía y que se ha realizado en el resultado. Al faltar la *previsibilidad subjetiva* (137), no hay imprudencia respecto al resultado. En consecuencia, el sujeto respondería en tal eventualidad sólo por tentativa (término que reiteradamente utilizamos en el sentido amplio de tentativa o frustración).

3.^a estructura.—(Imprudencia respecto al riesgo que se realiza en el resultado efectivamente producido). En este grupo se incluyen los casos más característicos de *aberratio ictus*. En la conducta del sujeto son objetivamente constatables ex ante dos riesgos. El primero de ellos es el que el sujeto abarca con el dolo (riesgo para B); el segundo, no (riesgo para C). Pero este segundo riesgo era conocible (y el resultado previsible) para el sujeto, si éste hubiera aplicado el cuidado debido en la situación (*culpa inconsciente*); o bien fue efectivamente conocido (y el resultado, previsto), pese a lo cual el sujeto confió antinormativamente en que no se produciría (*culpa consciente*) (138). En resumidas cuentas, existe imprudencia respecto al riesgo efectivamente realizado. La solución aquí es castigar por tentativa de homicidio (asesinato) de B en concurso ideal con homicidio imprudente sobre C (139).

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 y no ha oído los gritos de los padrinos advirtiendo del duelo. La misma situación es concebible en las desviaciones causales cuando ex ante resulta imprevisible el resultado tal y como se produce (ex ante era imposible constatar en la conducta del sujeto el riesgo que a la postre se ha realizado). Ej., A quiere matar a B de un disparo, pero falla. Sólo que la presencia de su enemigo (y el sentirse apuntado) provoca en B un infarto que le causa la muerte. No se sabía de afecciones cardíacas en B.

(137) JESCHECK, *Tratado*, II, p. 821; MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 78-79.

(138) JESCHECK, *Tratado*, II, p. 782; MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 77.

(139) Con lo que me adhiero a la solución (no a la fundamentación) dominante en Alemania para estos casos. Esta es la que mejor capta los distintos riesgos existentes ex ante y su diversa significación. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, II, p. 209, nota 12; MAURACH, *Tratado*, I, p. 345, alude a esa necesidad de individuación. Siguiendo el mismo proceder que en la nota 136, también pueden verse casos de configuración similar a ésta en desviaciones causales «normales», en las que el riesgo concreto que se ha realizado en el resultado no ha sido abarcado por ninguna forma del dolo del sujeto, sino sólo por culpa consciente o inconsciente.

4.^a *estructura*.—(Dolo también respecto al riesgo que se ha realizado en el resultado efectivamente producido). En esta posibilidad nos salimos ya del ámbito de la *aberratio ictus* (140) para entrar en el *dolo alternativo* (141). Ex ante son objetivamente determinables dos riesgos, cuya realización aparece como alternativa: un riesgo para B y un riesgo para C, de los que sólo se puede realizar uno, según lo concibe el autor. El sujeto abarca con dolo directo (en nuestro ejemplo) el riesgo que amenaza a B, pero también ha previsto el riesgo que amenaza a C, y lo toma en serio: no puede excluir la probabilidad de que se realice (dolo eventual) (142). Lo que sí queda excluido para el autor es la producción de ambos. El tratamiento jurídico de estos casos de riesgos alternativos abarcados ambos por el dolo es discutido. La doctrina dominante hablaría aquí de homicidio doloso consumado en concurso ideal con tentativa de homicidio (142). Sin embargo, esta solución desconoce la auténtica relación de *contravalencia* o *alternatividad* existente, pues viene a equiparar el tratamiento de estos casos con los de dolo cumulativo, de los que se diferencian esencialmente. De ahí que, por ello y por su contundente argumentación, parezca más convincente la postura recientemente defendida por Joerden (144). Con apoyo en su razonamiento puede sostenerse que en estos casos debe condenarse por un delito *doloso consumado* (145). Lo que además

(140) Los casos en que hay dolo eventual respecto al riesgo que se ha realizado en el resultado se excluyen de la *aberratio ictus* por la doctrina, más o menos explícitamente. Cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 419; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 247, núm. 80; MAURACH *Tratado*, I, p. 345.

(141) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 227, núm. 33, lo define como una vinculación de dos dolos cuyas realizaciones se excluyen recíprocamente; en sentido similar, JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), pp. 583 y 586. Las realizaciones pueden ser de tipos diferentes o del mismo tipo, pero lo decisivo (JOERDEN, p. 589) es que el autor hace depender la realización A de la ausencia de la realización B, y a la inversa. El dolo eventual es para Joerden (p. 605) un caso especial de dolo alternativo (no a la inversa), en el que una alternativa se refiere a la realización de un tipo y la otra precisamente a su no-realización.

(142) Los casos límite entre *aberratio ictus* y dolo alternativo vendrán determinados por la conflictiva delimitación de los supuestos de *dolo eventual* y *culpa consciente*. Sobre el tema cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 404 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 220, núms. 21 ss. Nuevamente hay que decir que, a imagen de lo señalado en las notas 136 y 139, también cabe concebir supuestos de desviaciones causales en que el riesgo efectivamente realizado fuera abarcado por el sujeto con dolo, como una posible alternativa más de realización del tipo.

(143) Por la doc. dom. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 409; WELZEL, *Strafrecht*, p. 72; JAKOBS, *Strafrecht*, p. 227, núm. 33.

(144) JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), pp. 589 ss., 594, 595, nota 57. En su fundamentación parte de una metodología lógico-analítica (*tablas de verdad*, en base a las que examina las distintas posibilidades) —JOERDEN, pp. 569 ss.— que, sin embargo, concuerda sustancialmente con el sentimiento jurídico —JOERDEN, p. 584—, así como con la necesidad político-criminal de tratar de modo diferente casos distintos. Una vez establecidas las diferentes perspectivas, la decisión es independiente del *proceso lógico* y surge en base a consideraciones *teleológicas* que tienen en cuenta la peligrosidad de la conducta del autor: por ello se opta por la posibilidad más grave que, en estos casos, es la del delito doloso consumado.

(145) Solución ya defendida por otros autores aunque con variaciones respecto a Joerden. Cfr. las pruebas en JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), p. 587, nota 38;

permite defender desde una nueva base, la de la pena a imponer, la solución concursal para la aberratio ictus. Pues, evidentemente, éstos y aquéllos son casos diferentes (146).

5.^a estructura.—La diferencia entre esta posibilidad y la anterior es la siguiente: En el caso antes expuesto los riesgos apreciables ex ante se presentan para el dolo como de *realización alternativa*. Aquí, en cambio, se pueden constatar ex ante dos riesgos, cuya realización dolosa se prevé como *cumulativa*: p. ej., se lanza una granada de mano a los dos centinelas de un puesto. El dolo se extiende a ambos riesgos cumulativamente. Imaginemos que sólo se realiza uno de los riesgos (sólo muere uno de los centinelas). Un caso así configurado se castigará evidentemente como homicidio consumado (o asesinato) en concurso con tentativa de homicidio (147). Y he aquí un nuevo argumento en favor de la solución de Joerden, acogida en este trabajo, para los casos de dolo alternativo: pues no sería satisfactorio que los casos de *dolo cumulativo* y los de *dolo alternativo* recibieran idéntico tratamiento. Quien así lo propusiera, desconocería la evidencia de que no es lo mismo querer realizar el riesgo para B o el riesgo para C, que querer realizar ambos. No es igual querer matar a uno (B o C) que a dos (B y C) (148).

11. Expuestas las líneas generales del planteamiento defendido, conviene aludir brevemente a sus diferencias con los esquemas de Roxin y Herzberg (149), a los que ya se ha hecho alguna referencia, Roxin, partiendo de una perspectiva políticocriminal, considera que es correcto estimar dolosos todos aquellos procesos que constituyen *realización del plan del autor* (150). Es por ello decisivo conocer los criterios que determinan si se ha realizado este plan. Para Roxin esto no es una cuestión de *psicología* ni que deba derivarse de la producción del *resultado típico*. Se trata, más bien, de establecer un juicio normativo, objetivo, con criterios jurídico-valorativos, que señale si el proceso y lo alcanzado por él, se corresponden con lo que el sujeto ha querido; si el acontecer real refleja el sentido objetivo, el significado jurídico-social del plan del autor (151). Ejemplo, el gamberro que lanza una

JESCHECK, *Tratado*, I p. 410, nota 47. Clarifica especialmente la postura de Joerden la tabla que recoge en p. 593.

(146) Vid. supra nota 142. Efectivamente, la diferencia entre ambos casos radica en que en el dolo alternativo hay dolo respecto al riesgo que se ha realizado en el resultado efectivamente producido y en la aberratio ictus, no: si hubiera dolo ¿dónde estaría entonces la aberratio? Llama, por ello, la atención que CUELLO CONTRERAS —*Acción, capacidad de acción y dolo eventual*, en ADPCP. 1983, pp. 77-79, pp. 97-98, nota 64— equipare expresamente aberratio ictus y dolo alternativo.

(147) Doctrina prácticamente unánime.

(148) JOERDEN, *ZStW*, 95 (1983), p. 584 y nota 29.

(149) En cuanto a Herzberg, se trata del criterio que sostiene en *JA*, 1981 y no en la *ZStW* de 1973, que ya ha sido criticado.

(150) *Württemberg-F*, pp. 116 y 120. Su criterio lo elabora para los casos de «dolos generalis», pero luego lo aplica también a aberratio ictus y desviaciones causales.

(151) *Württemberg-F*, pp. 125 y 128.

bola de nieve al primer peatón que aparece por la esquina y da al segundo, responde, en su caso, por delito doloso consumado, pues para su plan (molestar a alguien) es indiferente la identidad de la víctima.

12. La propuesta de Roxin puede ser criticada desde diversas perspectivas. Herzberg (152) le ha reprochado que se sirve de la noción de «plan» en dos sentidos: uno objetivo externo, que le permite decir que en los casos de error in obiecto sí se realiza el plan (153); y otro subjetivo (determinado por el «sentido» que el sujeto atribuye a su acción) en la aberratio ictus, pues, como puede verse en el ejemplo antes citado, aquí no se realiza un plan externo definido por el «apuntar a», sino el *plan profundo* de «molestar a alguien». Roxin señala que debe castigarse por delito doloso consumado en la aberratio ictus cuando el plan *no fracasa* y que ello ocurre siempre que para el actuante no tiene relevancia la identidad de la víctima. El castigo por delito doloso consumado no se excluye cuando el sujeto ni siquiera pensó (ex ante) en la posibilidad de alcanzar otra víctima que la inicialmente prevista. Roxin acude a determinados medios para probar la existencia de una *realización* o un *fracaso del plan*. En concreto, alude al argumento del *desistimiento* (154). Pero ni este criterio, ni el de atender a si el sujeto se siente *fracasado* ante lo sucedido parecen elementos que determinen la existencia de dolo en el momento de actuar. En primer lugar, porque puede haber dolo aunque el sujeto no apruebe el resultado sino que lo rechace y lo lamente (155). Esto es algo que nadie que conciba el dolo eventual desde bases más o menos próximas a la teoría de la probabilidad puede desconocer (156). En segundo lugar, parece difícil aceptar la existencia de dolo en casos en que el sujeto ni siquiera ha pensado en la posibilidad efectivamente realizada (ej., en que podía dar al segundo que apareciera por la esquina en vez de al primero). Si, como antes hemos puesto de manifiesto, el objeto del dolo es la existencia en la conducta de un riesgo para un determinado bien jurídico, parece claro que en estos casos el riesgo concretamente realizado no se ha conocido, con lo que no puede hablarse de

(152) JA, 1981, p. 475. Otras críticas en JAKOBS, *Strafrecht*, p. 247, nota 158.

(153) Aunque WÜRTEMBERGER-F, p. 123, nota 53, señale que lo que justifica la irrelevancia del error in persona es que el error no se produce en la realización del plan, sino en la adopción de la decisión. Eso no salva la contradicción, porque en el caso de la bola de nieve desde luego sí hay error en la realización del plan, aunque luego, por azar salga bien.

(154) WÜRTEMBERGER-F, p. 122 y nota 47: qué haría el sujeto si conociera exactamente la situación. Se trata de un criterio hipotético que aparece también en RUDOLPHI, ZStW, 86 (1974), pp. 96 ss. Podría entenderse como un medio de prueba de la existencia de dolo eventual desde la perspectiva de la teoría del consentimiento.

(155) WELZEL, *Strafrecht*, p. 69.

(156) Sobre ello, MIR PUIG, *Adiciones*, I, pp. 427-430; GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre el dolo eventual*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2.^a ed., Madrid, 1981, pp. 171-199.

También MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 76, nota 103.

delito doloso consumado. Lo decisivo (157) no es si se «pretendía» lograr algo y, al final, ese algo se «ha logrado», sino *qué* se ha hecho queriendo, qué riesgo se ha causado dolosamente. La responsabilidad por delito doloso consumado surge, no cuando se realiza ese «plan del autor», sino cuando el resultado producido es realización de un riesgo —apreciable— ex ante en la conducta del sujeto y abarcado por éste con el dolo.

13. Para Herzberg, la estimación de un delito doloso consumado requiere, no que el sujeto alcance su meta o fin interno, sino que logre el fin en un *sentido externo-mecánico* (158).

Ej., que la bala alcance al sujeto al que el autor apunta con su fusil.

El criterio, aunque naturalístico, no está lejos de las consideraciones normativas que aquí se han efectuado en defensa del planteamiento preferido. Aunque el esquema defendido parece más preciso y diferenciado, uno y otro no llevarán a conclusiones prácticas esencialmente diferentes; al menos en los casos más normales, en que ese *sentido externo-mecánico* se fija por criterios de *percepción sensorial* (159). Sin embargo, su autor somete ese criterio central a una serie de excepciones valorativamente fundamentadas. Así, entiende que hay casos en que, pese a alcanzarse la meta externo-mecánica, no se da delito doloso consumado: casos de error in obiecto irrelevante en que, no obstante, lo que el sujeto hace tiene un sentido completamente diferente de lo que él quería hacer (160). A la inversa, se dan casos en que, aunque no se alcance dicha meta externa, sí se da delito doloso consumado: A) Por una parte, cuando, pese a todo, se realice el «plan del autor» (161); y B) además, en los supuestos en que el sentido del proceso no viene dado por una percepción sensorial, sino por una *representación intelectual* (162). Los casos en que falta una percepción sensorial directa son importantes. En ellos es preciso volver a plantear la cuestión de los límites entre error in obiecto y aberratio ictus. Inicialmente Herzberg acude al citado criterio de la «representación intelectual» para decidir la presencia o no de aberratio en tales supuestos.

Ej., A manda a casa de B una bomba para matarlo; pero B se ha mudado y ahí vive C, que es quien muere. Como el sentido es que la bomba va a B (representación intelectual de quien ha vivido en la casa), al dar a C habría aberratio ictus.

(157) Y esto también sería válido para los casos de *dolus generalis*. A reserva de una más detallada investigación, parece válido el criterio de JAKOBS, *Strafrecht*, p. 246, núms. 77-79.

(158) HERZBERG, *JA* 1981, p. 472.

(159) HERZBERG, *JA*, 1981, pp. 472-473.

(160) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 474. Vid. supra. Cfr. también notas 9 y 131.

(161) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 473. Vid. supra la crítica a la idea de «realización del plan» en Roxin.

(162) HERZBERG, *JA*, 1981, p. 473. La representación intelectual desaparece como criterio en cuanto se da una nueva percepción sensorial de la víctima.

Sin embargo, a continuación relativiza el propio criterio por él establecido para acabar señalando que, pese a no realizarse la representación intelectual, hay delito doloso consumado (163). También en este punto merece crítica el planteamiento de Herzberg. La solución es ambigua, hasta el punto de sostener que algo que en su opinión es dogmáticamente una aberratio ictus debe tratarse como si fuera un error in obiecto (164). Ello, en el fondo, es casi inevitable dada la proximidad de la noción de «representación intelectual» con los criterios de esta última figura de error (165). Su esquema, mezcla de naturalismo y correcciones valorativas no completamente justificadas, no parece idóneo para resolver los casos —límite que en este punto pueden plantearse.

14. Para finalizar este apartado, procede mencionar algunos ejemplos de los casos más difíciles que surgen en este ámbito de cuestiones. Seguramente ello está de más en los supuestos en que se da una *percepción física* de los objetos por parte del sujeto que actúa. Ya se produzca la desviación de la ejecución: ej., cuando se apunta mal en un disparo (166); ya durante la misma: e., se interpone un tercero cuando queríamos apuñalar o golpear a la víctima (167), etc. Ninguno de ellos plantea problemas especiales y la mera aplicación de los criterios antes sistematizados permite alcanzar la solución. Sin embargo, no ocurre lo mismo en los llamados «casos límite», la mayoría de los cuales se producen en situaciones en las que falta la percepción física del objeto por parte del sujeto. Probablemente no es todavía factible ofrecer una solución definitiva de todos y cada uno de los casos límite que pueden surgir. Sin embargo, sí lo es dar algunas pautas de solución o criterios de distinción. Para ello es preciso partir de, al menos, dos grupos de casos (168):

A) Ej., A pone una bomba en el dormitorio que cree de su enemigo B; pero resulta que B ha abandonado la habitación el día antes y ahora duerme en ella C, que es quien muere.

El origen de estas situaciones se halla en una errónea representación. Sin embargo, como consecuencia de ella, el sujeto ha creado un

(163) Sí, de hecho, *externamente* se ha dado en el sitio en que se quería dar. Habría —según dice JA, 1981, p. 474— una aberratio ictus tan parecida a los casos de error in obiecto, que habría que castigar por delito doloso consumado.

(164) JA, 1981, p. 474. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 248, nota 163, le reprocha imprecisión y argumentar a partir de pretendidas evidencias del sentimiento jurídico.

(165) Señala PUPPE, GA, 1981, pp. 4-6, que la aberratio ictus es una forma propia de sistemas arcaicos de comisión de determinados delitos, en especial del homicidio. Que las diferencias entre error in obiecto y aberratio ictus se desvanecen tan pronto como autor y víctima no se encuentran cara a cara.

(166) Ej., STS 27 septiembre 1978 (A. 2915).

(167) Ej., STS 5 diciembre 1974 (A. 5085); STS 22 enero 1979 (A. 128). Análogos en la estructura a estos casos serían, en las desviaciones causales «normales», los supuestos de consumación anticipada: con la natural diferencia de que en la aberratio ictus es otro el objeto alcanzado. Sobre la «consumación anticipada», a la que también se pueden aplicar nuestros criterios, JAKOBS, *Strafrecht*, p. 243, núm. 76.

(168) En ellos examinaremos supuestos discutidos por la doctrina alemana.

riesgo: el de matar al ocupante de la habitación. La individualización del bien jurídico como realidad empírica, ante la imposibilidad de una percepción directa, se produce *refiriéndolo a un marco espacio-temporal*: ocupante de la habitación en el momento de la explosión. Aunque la representación subjetiva del autor sea otra, el riesgo dolosamente creado y el bien jurídico —realidad empírica— afectado no pueden individualizarse de modo distinto. Y el riesgo, así dolosamente creado, se realiza. En realidad, se produce aquí la estructura del error in obiecto, sustituyéndose la percepción visual directa por esta referencia espacio-temporal antes aludida.

Otros ejemplos: Se deja encerrado al ocupante de un vestuario, sin verlo, creyendo que es uno, cuando resulta que es otro sujeto. Se pone comida envenenada en una mesa creyendo que la va a ocupar el enemigo cuando no es así. Igualmente, el caso en que el autor de injurias por teléfono se equivoca al marcar y profiere sus expresiones a persona distinta de la que él creía (169). O el «caso del automóvil» (170). Probablemente también deben ser incluidos aquí el caso en que se pone una bomba en un puente con un mecanismo que la haga estallar al pasar el segundo coche, resultando que ese segundo coche que queda destrozado no es el de quien se esperaba. O el de que se pone una bomba en un coche, para que estalle al dar el contacto, resultando que quien va a por él y muere al arrancar no es quien se pretendía. En todos estos casos, si realmente queda detenido el que usa del vestuario, o muerto el que se sienta a la mesa, el que conduce el automóvil, el ocupante del segundo coche, o el que aprieta el contacto, parece que hay que decir que se realiza el riesgo tal como el sujeto lo creó dolosamente *ex ante* y debe hablarse de responsabilidad por delito doloso consumado. Ciertamente, no se realiza la representación del autor. Pero sí el riesgo según su delimitación externa como riesgo para un bien jurídico asimismo individualizado, no por percepción sensorial, sino por referencia a un marco espacio-temporal. Habría *aberratio ictus*, sin embargo, si, por ejemplo, la bomba del puente por un fallo, no estalla bajo el segundo coche, sino minutos más tarde bajo otro coche cualquiera; o cuando un error determina que la bomba del coche no estalle al hacer contacto, sino que explote cuando está aparcado, sin ocupantes, causando la muerte de un paseante (171).

(169) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 248, núm. 81; algo distinto el ej. en BACKMANN, *JuS*, 1971, p. 119. Habría *aberratio ictus* si se produce un cruce de líneas al empezar a hablar.

(170) Supuesto de hecho similar al de la STS 23 abril 1934 (A. 676): se sigue a un enemigo que viaja en un coche hasta que entra en una propiedad: vuelve a salir el coche y, creyendo que aquél sigue conduciéndolo, le dispara, muriendo un individuo diferente. Ej. parecido en HERZBERG, *JA* 1981, p. 474.

(171) Siempre que no se pudiera hablar aquí de «dolo alternativo».

Lo importante de este planteamiento es, pues, que, en lugar de la «representación intelectual», criterio al que Herzberg (172) hace alusión, se sirve de la referencia a un marco espacial y temporal determinado para individualizar riesgo (objeto del dolo) y bien jurídico como realidad empírica.

B) Ej., A manda a casa de B una botella de coñac envenenada; sin embargo, el recadero se equivoca de dirección y la entrega al vecino C. Este bebe de ella y fallece (173). En casos de esta configuración se produce, como puede apreciarse, una desviación con posterioridad al momento en que el «hombre de detrás» ha realizado todos los actos que le corresponden en el proceso. En tales situaciones, en las que el sujeto abandona el control directo de la ejecución o lo cede a terceros (incluida la propia víctima), en general hay que pensar que se cuenta con la eventualidad de que acabe alcanzándose un objeto distinto del pretendido. De ahí que, en gran número de estos supuestos, no parezca viable excluir la responsabilidad por delito doloso consumado (174). Sin embargo, no sería correcto excluir la posibilidad, con carácter excepcional si se quiere, de que puedan producirse «aberraciones ictus» también en este marco (175). Estas concurrirán si al sujeto le es realmente posible *confiar* en la no-producción del resultado efectivamente acaecido; si, según la configuración externa que ha dado al riesgo por él creado, el resultado no puede verse como expresión de un riesgo dolosamente generado por él. Ello ocurrirá cuando el autor ha adoptado medidas para evitar que el riesgo se realice en dirección diferente a la por él deseada, por lo que *no cuenta con* que se produzca la desviación; y, por supuesto, cuando la desviación se produce por la incidencia de acontecimientos imprevisibles (176). Aunque lo normal, en los casos de cesión del control de la ejecución a terceros, sea lo contrario (177).

(172) Vid. supra.

(173) En otra variante, la víctima se lo regala a un tercero, se la sirve a un invitado, etc.

(174) Por dolo alternativo. Sobre la posibilidad de configurar un dolo eventual respecto a la desviación, cfr., acaso, WELZEL, *Strafrecht*, p. 69.

(175) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 248, núm. 81, señala que siempre que el autor sólo puede identificar al objeto atacado por su ubicación en el curso causal o por el efecto que sufre, hay *error in persona*. Un caso típico de delimitación por el efecto sería el del misántropo que envenena una cápsula o el contenido de un frasco destinados a la comercialización en unos laboratorios farmacéuticos. Desde nuestra perspectiva, la calificación de este supuesto sería de dolo alternativo.

(176) Ej., A quiere matar a B, borracho empedernido, que vive solo con su mujer, que —le consta— aborrece el alcohol. Por ello decide mandarle a su domicilio una botella de whisky envenenada, sabedor de que la beberá en cuanto llegue a casa. Sin embargo, la mujer tiene ese día fuertes dolores en el estómago y, al no encontrar analgésicos, decide tomar algo de whisky, resultando muerta.

Ej., A manda un paquete explosivo a B. Un funcionario de correos viola la correspondencia y es a él a quien le explota, causándole la muerte. Similar a este caso es el del chico recadero que bebe algo de la botella que debe entregar.

(177) Con arreglo a estos principios creo que deben resolverse también los casos de *error in persona* del instrumento o inducido que según la doctrina producirían una estructura análoga a la de aberratio ictus en el autor mediato o

V

1. La solución de la tentativa (en eventual concurso con un delito imprudente), aquí defendida para la aberratio ictus, no sólo ha recibido las objeciones dogmáticas ya examinadas, sino también otras de *política criminal*. Contra ella se ha alegado: A) Que hay casos en los que el StGB no castiga la tentativa y otros en los que es la realización imprudente del tipo la que queda impune; consiguientemente, podrían darse situaciones de aberratio ictus en las que no cabría otra alternativa que la absolucón (178); o B) Que en los casos de «aberratio» no se cumple el fundamento político-criminal de la atenuación de la pena en la tentativa; tal fundamento es la no-producción del resultado, y en ellos éste se produce (179); C) Por último, que tampoco se da el específico fundamento atenuatorio de la imprudencia, ya que existe una finalidad básica dirigida a realizar el tipo (180).

2. Son estas consideraciones político-criminales las que se hallan en la base de la tesis de Hillenkamp. Este autor, habiendo rechazado por razones dogmáticas la posición minoritaria alemana, considera sin embargo que la mayoritaria puede, en ocasiones, llevar a consecuencias contrarias al sentimiento jurídico y a la justicia material. Por ello, y con la argumentación político-criminal (181) que antes se ha expuesto en esquema, acaba también criticándola. Así, opta por desarrollar una tercera vía: la de la llamada «equivalencia material» (102). En los casos de *bienes altamente personales* (vida, integridad física, libertad, honor), la interdependencia ontológica con el titular determina que el injusto se concrete en la persona de éste; el que recae sobre otro sujeto es un injusto cualitativamente diferente. En estos bienes jurídicos es relevante la individualidad del objeto para constituir lo injusto del hecho. Por ello, acepta aquí la solución de la tentativa en eventual concurso con delito imprudente (183). Todo lo contrario ocurre en los tipos que protegen exclusiva o principalmente *bienes patrimoniales* (184). En éstos, como en aquéllos en que el bien predominantemente protegido es *supra-individual* (185), las concreciones del dolo en relación con

inductor. Cfr. BACKMANN, *JuS*, 1971, pp. 119 y 120. Es este un tema muy discutido: cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 417 y II, p. 960 con las referencias al estado de la cuestión.

(178) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 102-103.

(179) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 105-106; NOLL, *ZStW*, 77 (1965), p. 5; le critica HERZBERG, *ZStW*, 85 (1973), pp. 878-879.

(180) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 107.

(181) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 105-106: en la aberratio ictus no se daría ni *ausencia de resultado ni menor energía criminal*. Sobre lo primero, vid. infra; sobre lo segundo, tener en cuenta los casos de tentativa inacabada, pues no siempre se produce la aberratio con tentativa acabada.

(182) «Materielle Gleichwertigkeitstheorie», HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 111-112 y ss. y 125.

(183) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 113-114 y 116.

(184) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 117 y ss.

(185) HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, pp. 112-113 y 123.

el objeto carecen de relevancia. La individualidad del objeto es irrelevante para lo injusto del hecho y, pese a la desviación, debe castigarse por delito doloso consumado.

3. Ni los citados argumentos político-criminales ni la solución de Hillenkamp acaban de convencer. El argumento expuesto en A) puede estimarse dependiente de los otros dos (186); pues de entender que la solución de la tentativa en concurso con eventual delito imprudente es dogmática y político-criminalmente correcta, nada puede oponerse a la impunidad cuando ésta resulte directamente de las disposiciones legales. Más importantes son los otros dos argumentos, y sobre todo el desarrollado en B). En relación a él cabe efectuar alguna consideración. Para que el resultado cumpla su función probatoria y permita imponer la pena del delito doloso consumado, no basta con que se produzca un resultado cualquiera, incluso perteneciente al mismo tipo que el pretendido, «en relación con» o «con ocasión de» una conducta que ex ante era peligrosa y se realizaba dolosamente. Para que el resultado cumpla su función dogmática y político-criminal es preciso que sea *prueba fehaciente* del concreto contenido de injusto que la acción encerraba en sí. Es preciso, pues, que *precisamente* en él se realice un riesgo dolosamente creado y contenido en la conducta del sujeto. Como sabemos ya, en la aberratio ictus, por definición, no es así. Al contrario, es esto lo que la distingue de los casos de dolo alternativo. Consiguientemente, es posible atenuar la pena (187); porque ese resultado, al no haberse realizado en él el riesgo dolosamente creado, no vale como prueba de que el injusto doloso de la conducta era tan grave como para merecer la pena del delito doloso consumado (188). En cambio, en el resultado puede haberse realizado un riesgo presente en la conducta del sujeto, pero no abarcado por el dolo, sino sólo imprudentemente. De ser así, junto a la tentativa habrá que apreciar un delito imprudente del que el resultado sí habrá sido prueba.

4. En cuanto a la solución de Hillenkamp, ciertamente podría parecer satisfactoria a primera vista. En efecto, conecta con un cierto «sentimiento jurídico» (189) que, viendo con cierta claridad la relevancia de la aberratio ictus en bienes personales, sería más reactivo a otorgársela en los casos de bienes patrimoniales. ¿Qué más da que el golpe se desvíe y alcance a una cosa en vez de otra en un delito de daños? nos diría esa intuición. Sin embargo, los argumentos antes

(186) Aparte que su incidencia en el *estado actual* de nuestro Derecho es menor que en el Derecho alemán.

(187) Por supuesto, no es posible entrar aquí en la polémica sobre la atenuación obligatoria o facultativa en la tentativa. Diversas razones derivadas de la concepción de injusto que se comparte, pueden situarnos más cerca de la segunda como propuesta de *lege ferenda* para nuestro Derecho. Cfr., no obstante, MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 71, sobre algunas razones que podrían justificar el mantenimiento de la atenuación obligatoria, aun desde esta perspectiva.

(188) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 65 y ss.

(189) El propio HILLENKAMP, *Die Bedeutung*, p. 130, reconoce el carácter excepcional de su planteamiento y su base en el sentido jurídico.

desarrollados sobre la base de las nociones de *riesgo* y *bien jurídico* revelan que la estructura dogmática puede ser idéntica, en lo objetivo y en lo subjetivo, a la que se da en los bienes personales (190). Tampoco se aprecian razones político-criminales de peso que permitan relativizar las conclusiones dogmáticas. Ej., A quiere matar al perro de B que siempre le ha fastidiado; para ello le apunta con su escopeta, pero falla el disparo, alcanzando no obstante un valioso jarrón, que se rompe. Cuestión diferente es que en los casos de bienes patrimoniales pueda darse una estructura de dolo alternativo con mayor facilidad que en los personales. Ello sí es aceptable, dada la menor *connotación individual* de los bienes. Sobre todo cuando éstos sean, además, naturalísticamente similares. Pero si no puede hablarse de *dolo alternativo*, sino, realmente, de aberratio ictus, debe aplicarse la solución de la tentativa en eventual concurso con imprudencia. Diferente al caso de los bienes patrimoniales —aunque Hillenkamp los mezcla— se presenta el de los bienes supra-individuales. Ej., una acusación falsa, delito contra la Administración de Justicia, que se comete efectivamente, pero no acusando al sujeto que se pretendía sino, por «aberratio», a otro. Aquí no parece posible apreciar una *aberratio ictus*, pues nos mantenemos en el seno de un único bien jurídico, en el que se realiza el riesgo creado por el sujeto. Pero sí podrían aplicarse los criterios más arriba establecidos para las desviaciones causales (191). De nuevo se observa aquí la importancia de que la desviación lleve a afectar a otro bien jurídico (aun de la misma clase) o determine la lesión del *mismo bien jurídico* pero de otro modo (192).

5. El argumento que la doctrina de nuestro TS ha venido esgrimiendo usualmente en contra de la «solución de la tentativa» y a favor de la del delito doloso consumado en la aberratio ictus reviste *naturaleza legal*: la apelación al artículo 1, 3.º C. p. (193). Seguramente está de

(190) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, I, p. 420, nota 76.

(191) JESCHECK, *Tratado*, I, p. 420; estima que se trata de una desviación causal inesencial. En otro sentido, HERZBERG *ZStW*, 85 (1973), pp. 891-892. La solución se obtiene aplicando los criterios generales desarrollados a las peculiaridades del caso concreto.

(192) A veces en los bienes patrimoniales es difícil determinar cuándo nos hallamos ante una «unidad», un mismo bien jurídico, y cuándo se afecta a otro. Ej., daños en un edificio.

(193) STS 30 abril 1896: «con arreglo al último párrafo del artículo 1 C. p., el que cometiére voluntariamente un delito o falta incurre en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado sea distinto del que se propuso ejecutar; y, por tanto, la circunstancia puramente accidental de haber el recurrente lesionado gravemente, con el golpe de palo que quiso descargar contra Ramón Verdú, a la madre de éste, cuando se interpuso para librar a su hijo de aquella acometida, en nada desvirtúa ni atenúa la acción criminal»; STS 5 diciembre 1974 (A. 5085), que, apoyándose en el artículo 1, 3.º C. p., señala que «una vez mostrada la voluntad intencionadamente antijurídica no es posible aceptar la solución culposa, aunque, por error en el golpe, sea otra la persona agredida y lesionada o muerta»; también STS 22 enero 1979 (A. 128). En la base de esta doctrina del TS late también la noción antigua de la *imposibilidad de apreciar imprudencia si la conducta inicial del autor era ilícita*. Cfr. CEREZO MIR, *El «versari in re illicita» en el Código penal español, en Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 60-73, p. 63 y nota 11. Cfr. también M. CORCOY, *Criterios juris-*

más a estas alturas toda discusión sobre el alcance de este artículo (194), puesto que fue derogado por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal. Sin embargo, tampoco parece que fuera obligada, con el artículo 1, 3.º C. p. en la mano, la solución del delito doloso consumado en la aberratio ictus (195). En cualquier caso, tal argumento ya no es válido. El artículo 1, 3.º C. p., de raíz versarista y contrario, en su literalidad, a los principios generales de imputación objetiva y subjetiva, tampoco puede ya fundamentar la doctrina tradicional en España, que pierde así uno más, quizá el último, de sus pilares.

prudenciales en torno al delito imprudente. Tesina mecanografiada, Barcelona, 1984, p. 24. Por la doctrina tradicional española, vid. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal*, I, p. 286.

(194) Uno de los más comentados por nuestra doctrina. Cfr. CEREZO, *Problemas*, pp. 65 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al C. p.*, I, Barcelona, 1972, pp. 45 y ss.

(195) CEREZO, *Curso*, p. 436, estima que sí impedía la aplicación de la «solución de la tentativa», para él correcta, siempre que interfiriera el principio del «versari».