

El desvío del curso causal, un análisis a partir de la teoría de Harro Otto

*Santiago Plow*¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Planteo del problema; III.- Análisis del injusto; IV.- Culpabilidad; V. - Conclusiones; VI. - Bibliografía

RESUMEN: Se analiza el desvío del curso causal a partir de un caso concreto como ejemplo, y siguiendo para ello y en todo momento, al autor alemán Harro Otto. El problema del desvío del curso causal puede ser tratado desde el punto de vista de la imputación objetiva, al afirmar que, en estos casos, generalmente no se encuentran dados los presupuestos de la imputación objetiva porque el riesgo concretizado es un riesgo distinto de aquel creado por el autor. Por el contrario, también se puede abordar el análisis y la solución desde la imputación subjetiva, al entender que la desviación del curso causal respecto del representado por el autor debe ser analizado en la imputación al dolo, según la previsibilidad del desvío o su relevancia (distinguiendo entre desvíos relevantes o irrelevantes).

PALABRAS CLAVE: Desvío del curso causal – imputación objetiva

¹ Abogado por la Universidad Abierta Interamericana. Especialista en Derecho Penal (UBA), maestrando en Derecho Penal (UBA), Auxiliar Docente de Derecho Procesal Penal de la Universidad Abierta Interamericana y cumpliendo funciones en la Defensoría General de la Nación.

I.- Introducción

Para hacer el análisis de la desviación del curso causal desde la imputación objetiva y subjetiva se seguirá aquí, en todo momento, al autor alemán Harro Otto.²

Como se dijo al tratar el problema desde la teoría de Frister, el desvío del curso causal puede ser abordado desde el punto de vista de la imputación objetiva, al afirmar que, en estos casos, generalmente no se encuentran dados los presupuestos de la imputación objetiva porque el riesgo concretizado es un riesgo distinto de aquel creado por el autor.

Por el contrario, también se puede abordar el análisis y la solución desde la imputación subjetiva, al entender que la desviación del curso causal respecto del representado por el autor debe ser analizado en la imputación al dolo, según la previsibilidad del desvío o su relevancia (distinguiendo entre desvíos relevantes o irrelevantes).

El caso que se utilizará como ejemplo es aquel en que un sujeto (a) intenta matar a otro (b) y para ello apunta con su arma y dispara, errando el tiro, pero no obstante lo cual el disparo espanta a una manada de caballos que se encontraba en las proximidades y éstos arrollan finalmente al sujeto (b).³

II.- Planteo del problema

El planteo del problema permite arribar a distintas alternativas según la imputación objetiva y subjetiva del resultado: **a)** A es responsable por el homicidio doloso consumado de B; **b)** A es responsable del homicidio de B sólo en grado de tentativa; **c)** A es responsable del homicidio doloso tentado de B, en concurso ideal con homicidio culposo.

III.- Análisis del injusto

a. Teoría de dos niveles

En primer lugar, es necesario señalar que, a diferencia de Frister, Otto realiza el análisis de la teoría del delito de dos niveles (no tres): el injusto -tipo penal que

² OTTO, Harro, *Manual de Derecho Penal. Teoría General del Derecho Penal*, 7ª edición reelaborada, Atelier, Barcelo, 2017. Traducción de José R. Béguelin.

³ HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 11; cita extraída de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Aberratio ictus e imputación objetiva», Universidad de Barcelona, p. 359, nota al pie 67.

describe una conducta socialmente dañosa y que es merecedora de pena- y la culpabilidad -reproche personal al autor-. Así, la tipicidad y la antijuridicidad constituyen un único nivel de valoración (la tipicidad no permite la valoración de una conducta concreta como anti-normativa, dado que el derecho prevé excepciones), y la culpabilidad ocupa el segundo nivel de valoración.⁴

El autor define formalmente al delito como modo de conducta descrito en leyes estatales (tipo) que está conminado con una pena (consecuencia jurídica). Pero estos enunciados de los tipos penales particulares, según el autor, son incorrectos, porque son demasiado amplios. Así, no se comporta de forma socialmente dañosa quien lesiona a otro en legítima defensa propia o de un tercero.⁵

Por consiguiente, en cuanto descripción de una conducta socialmente dañosa, el tipo debe contener algo más que la mera descripción de la conducta en particular, debe comprender los elementos que fundan el juicio de que el autor se ha comportado antijurídicamente. Además, en cuanto descripción de una conducta punible, el tipo debe contener los presupuestos bajo los cuales una conducta puede ser imputada al autor como culpable.⁶ Por lo dicho, Otto entiende que resulta necesario diferenciar entre los diferentes conceptos de «tipo» que, a los fines prácticos, aquí sólo se diferenciará entre los dos principales.⁷

Así, el *tipo de la ley* es la descripción de un hecho contenido en los párrafos de la Parte Especial y las leyes penales principales y accesorias. El tipo de la ley descrito de esta forma comprende la conducta conforme a la descripción del hecho, siendo neutral en la medida de que de él sólo se puede extraer un juicio transitorio e incompleto respecto del injusto realizado. En cambio, «es *valorativo* en la medida en que comprende formas de conducta a las cuales, *si son realizadas antijurídicamente*, no

⁴ Ídem, p. 84 y 89. En contra, se sostiene que la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son complejos separados, acabados y cada uno sujeto a su propia valoración (teoría de tres niveles). Se afirma, así, que «el tipo, dentro del cual también se ubica a los llamados elementos subjetivos del injusto y al dolo, describe una conducta *socialmente pre-valorada*, antinormativa, cuya existencia es un *indicio* de la antijuridicidad. Sin embargo, hasta ahora no se han demostrado con éxito la supuesta antinormatividad ni su efecto de indicio, a pesar de numerosos intentos».

⁵ Ídem, p. 83/84.

⁶ Ídem, p. 84.

⁷ Se conceptualizará el *tipo de la ley* y *tipo de injusto*, obviando la descripción de las dos clasificaciones restantes: *tipo garantía* o *tipo completo*, y *tipo como sinónimo de situación de hecho*. El resaltado no es del original.

solo se les asigna «relevancia social» o «peculiaridad social», sino que además son juzgadas como socialmente peligrosas o dañosas. *Por lo tanto, el tipo de la ley describe el injusto merecedor de pena bajo la condición de que sea injusto en el caso concreto. Este enuncia qué formas de conducta constituyen el injusto del homicidio, el de las lesiones, etc., si son realizadas de manera antijurídica y culpable.»*⁸

Por su parte, el *tipo de injusto* «abarca aquellos elementos que caracterizan la conducta como socialmente dañosa o peligrosa, es decir, como hecho antijurídico, independientemente de la culpabilidad del autor.»⁹ Explica Harro Otto, que la «conducta de una persona no puede caracterizarse como antijurídica mientras solo conste que con ella se ha lesionado un bien protegido en un tipo y que esa lesión se ha realizado en la forma descrita en el tipo. Antes bien, caracterizar una conducta como antijurídica solo es posible cuando se ha demostrado que la persona *ha violado*, mediante su conducta, *el deber jurídico de evitar la lesión del bien protegido (deber de evitar).»*¹⁰

Para Otto, entonces, como caracterización de una forma de conducta antijurídica, el tipo de la ley necesita un complemento. Deber que debiera contener la descripción del bien jurídico protegido y de la agresión a ese bien jurídico conminada con pena, así como también la descripción de la lesión del deber de evitar (circunstancias objetivas y subjetivas que dan fundamento al juicio de que la conducta típica fue contraria al deber jurídico). Únicamente con este complemento, sostiene el autor, puede designarse al tipo como descripción del injusto, para que el tipo de la ley se convierta en tipo de injusto.¹¹

Continuando con el análisis, Otto enseña que, como descripción de una conducta socialmente dañosa y antijurídica el tipo de injusto debe contener, además de la descripción de la conducta concreta del tipo, «los elementos generales que son constitutivos de toda valoración de una conducta como contraria al deber jurídico: *el deber jurídico de evitar la lesión del bien jurídico, la posibilidad de cumplir ese deber y la lesión -representada mentalmente- de ese deber»*. Ello puede definirse de la siguiente manera:

a) El deber jurídico dirigido a una determinada conducta, que debe extraerse del tipo legal entendido como imperativo.

⁸ Ídem, p. 84/85.

⁹ Ídem. P. 85.

¹⁰ Ídem, p. 85. El resaltado no es del original.

¹¹ Ídem, p. 85.

b) La posibilidad de satisfacer el deber jurídico, es decir, debe tratarse de una conducta humanamente posible. De lo que se deriva que todo deber se dirige a una situación concreta dado que no es posible determinar, en abstracto, lo humanamente posible.

c) El deber jurídico puede estar limitado normativamente dentro de lo humanamente posible, pues no todo lo posible debe realizarse (v.gr. en los casos omisivos sólo alcanza a los garantes).

d) La conclusión mental de que la conducta típica ha lesionado objetiva y subjetivamente el deber jurídico.¹²

Concluye así el autor, indicando que estos elementos positivos señalados constituyen el injusto, y que la antijuridicidad, de ninguna manera se fundamenta por la ausencia de causas de justificación, sino por la constatación de la presencia de los elementos positivos señalados (caso en el cual, evidentemente, no habrá causas de justificación).¹³

b. Tipo penal y concepto de acción

Como es sabido, la doctrina dominante comienza el análisis dogmático con la acción, en el entendimiento de que todo delito ha de realizarse mediante una acción. De esta forma, el concepto de acción configura un concepto principal en el sistema jurídico penal, al cual se le asignan -a modo de atributo- las características del delito: típico, antijurídico y culpable. A su vez, esto permite separar de antemano, las formas de conducta punibles (acciones) de las formas de conducta no punibles (falta de acción), que en éste último caso permite cortar directamente el análisis y no llegar siquiera a la tipicidad.¹⁴

Por el contrario, Otto entiende que «para fundamentar que la conducta jurídico-penalmente relevante tiene que ser accesible a la conducción de la voluntad, no se precisa del desarrollo de una teoría de la acción autónoma. Ello se deriva necesariamente de la concepción de la conducta socialmente dañosa (injusto) como conducta contraria al deber [...]. A diferencia de la mera arbitrariedad, el deber

¹² Ídem, p. 86. El resaltado no es del original.

¹³ Ídem, p. 86.

¹⁴ Ídem, p. 93.

presupone la posibilidad de que su destinatario pueda cumplirlo: *la posibilidad de que la persona evite la conducta penada es presupuesto de la obligatoriedad de toda norma penal...*¹⁵

De esta forma, el autor alemán considera que no se trata de conceptos pre-típicos sino de elementos del tipo de injusto, por lo que no resulta necesaria entonces ninguna teoría de la *acción* pre-típica para que se haga valer en la estructura del delito este presupuesto básico de la responsabilidad penal: que la conducta pueda ser dirigida por la voluntad. «Antes bien, al examinar los presupuestos del tipo en concreto se debe explicar si el autor tuvo la posibilidad, mediante una conducta dirigida por la voluntad, de incidir en el curso causal concreto que condujo al resultado. El punto de partida de la discusión es este y no el examen de una acción independientemente de la conducta concreta y típica [...] sin ninguna teoría de la acción pre-típica el examen de la posibilidad del autor de evitar el resultado en el momento del hecho conduce al rechazo de la tipicidad sin problemas.»¹⁶

c. La imputación objetiva del resultado

Sostiene Otto, que la cuestión de imputación en los casos de delitos de mera actividad o de resultado, en aquellos supuestos en que el legislador -o la doctrina o jurisprudencia- ha descrito con precisión la conducta que lleva al resultado no resulta problemática por el nivel descriptivo del tipo penal.¹⁷

Distinta es la cuestión entonces en los casos de delitos de resultado que sólo vinculan la pena con la causación de un resultado sin que exista descripción típica más detallada que facilite el trabajo. Aquí surge, entonces, el problema de cuándo se imputa a una persona el resultado lesivo como su obra, independientemente de la cuestión subjetiva (dolo e imprudencia).¹⁸

Para fundar la imputación objetiva del resultado, explica Otto que primero se debe analizar el *deber de evitar el resultado* (normado en el tipo), luego la *posibilidad de la persona de evitar ese resultado* y, finalmente, constatar *la infracción a la obligación* por parte de esa persona.¹⁹

Enseña el autor que al prescribir el deber de evitar determinados resultados mediante el tipo penal, el legislador se dirige a la capacidad de la persona de dominar

¹⁵ Ídem, p. 94. El resaltado no es del original.

¹⁶ Ídem, p. 95.

¹⁷ Ídem, p. 99.

¹⁸ Ídem, p. 100.

¹⁹ Ídem, p. 102.

el curso causal empleando su voluntad, dado que sólo es obra de una persona el producto de su libertad. En consecuencia, el principio de *dominabilidad* tiene una relevancia central en la imputación del resultado, siendo los límites de la voluntad los mismos que los de la responsabilidad jurídico-penal.²⁰

A su vez, la conducta del sujeto será contraria al deber jurídico cuando se cree o incremente un peligro o riesgo para el bien jurídico, riesgo que sea superior al permitido y que -en los casos de delitos de resultado- se materialice en un menoscabo al bien jurídico. A su vez, la imputación de ese resultado exige una doble constatación: de una relación fáctica (causal) y de una relación normativa (imputación) entre la acción del hecho y el resultado.²¹

Respecto de la relación fáctica, y luego de fuertes críticas a las teorías causales tradicionales (*conditio sine qua non*, de la adecuación y de la relevancia, y de la condición ajustada a la ley), Otto señala que «para constatar la relación real entre un suceso concreto y un resultado concreto es necesario demostrar que el suceso concreto ha sido una condición suficiente y necesaria respecto del resultado concreto.»

Respecto de la relación normativa, aún con el presupuesto necesario que significa la relación causal para la imputación del resultado, todavía no se puede imputar un resultado a un autor como su obra, solo porque lo ha motivado, posibilitado o favorecido. Falta una relación más entre el sujeto y el resultado que permita entender valorativamente el acontecer como realización del resultado, que tampoco se puede fundar con la exigencia de la *posibilidad* de evitar ese resultado ni con su *previsibilidad*, ello no es suficiente para delimitar el ámbito de responsabilidad.²²

Falta, entonces, una relación normativa que se fundamenta con la *dominabilidad* del acontecer por parte del autor, que es algo más que la *previsibilidad* y *posibilidad* de producirlo o evitarlo. La dominabilidad es, en palabras de Otto, «atribuibilidad de un acontecer a una persona como sujeto de ese acontecer.»²³

Sin embargo, explica el autor, no existe el dominio absoluto sobre el curso del acontecer que conduce al resultado, pero sí puede imputarse la creación o el incremento del riesgo de que se produzca ese resultado. Entonces, la responsabilidad

²⁰ Ídem, p. 102.

²¹ Ídem, p. 102.

²² Ídem, p. 112.

²³ Ídem, p. 113.

por la lesión del bien jurídico está dada por el peligro en el cual se basa. Y «se imputa un resultado a una persona como su obra cuando ella ha creado o incrementado el peligro que se ha realizado en el resultado.»²⁴

Como paso siguiente, debe constatarse si en el resultado se ha realizado ese peligro que ha creado o incrementado el autor, o bien si se ha materializado otro distinto. Para ello es preciso centrarse en el principio de *responsabilidad*, que indica que cada persona solo es responsable por su propia conducta y no por la de otros sujetos también libres y responsables.

En este sentido, «cuando en un resultado no se ha realizado el peligro creado originalmente (peligro inicial), sino uno nuevo creado por un tercero o por la propia víctima, la responsabilidad por el resultado ya no le concierne al primer causante. No obstante, no es posible por ese motivo atribuir en cierto modo automáticamente la responsabilidad por el resultado al último causante. Pues al primer causante también le son imputables, a pesar de que se interponga un tercero, los resultados que se presentan aún como realización del peligro inicial creado por él. Según ello, el primer causante también es responsable por los menoscabos de bienes jurídicos que se realizan solo por la conducta conexas de un tercero, contraria o conforme al deber, pero que ya estaban ínsitos en la primera puesta en peligro inicial y que habían de ser evitados por la prohibición de ese peligro.»²⁵

Recapitulando, la relación de imputación fundada en el principio de responsabilidad se funda luego, en la *dominabilidad* de la conducta que crea o incrementa un riesgo. Así, responde por el resultado aquel que crea o incrementa bajo propia responsabilidad y de manera dominable el mismo riesgo que luego se ha realizado en el resultado lesivo. Pueden ser, o resultados que se han realizado directamente a partir de ese riesgo, o indirectamente a partir de la acción riesgosa. Pero para averiguar si en el caso concreto hay atribución de responsabilidad, ello se debe averiguar a través de la interpretación de la norma.²⁶

Ahora bien, la relación de imputación basada en *la dominabilidad del acontecer puede interrumpirse por diversas razones, de manera que el resultado producido ya no le pueda ser imputado como su obra a quien creó o incrementó originalmente el peligro*. Esa interrupción puede ser causada por la conducta de un tercero (el nuevo peligro, creado por el

²⁴ Ídem, p. 113/114.

²⁵ Ídem, p. 115.

²⁶ Ídem, p. 116.

tercero, se realiza y excluye la responsabilidad del primero)²⁷, por la víctima (autolesión o autopuesta en peligro), o por el propio autor (si crea un nuevo riesgo o incrementa el riesgo originario, de manera que «absorbe al primero»)²⁸.

En el caso particular, claro está, se puede constatar fácilmente la relación fáctica (causal), aunque la normativa (imputación) puede hallar reparos, puesto que el riesgo creado por el autor mediante una conducta, en principio dominable, derivó sólo indirectamente en la muerte de B. Si bien pareciera que en el caso no se da ninguna de las razones interruptivas admitidas por el autor y señaladas en el párrafo precedente, aun así se debe constatar si en el resultado se ha realizado ese peligro que ha creado el autor, o bien si se ha materializado otro distinto, todo para lo cual resultan decisivos los criterios que se utilicen para enjuiciar el riesgo, aunque no desarrollados en profundidad por el autor. No obstante, bien podría considerarse que se ha interrumpido el tipo objetivo, pero véase el análisis de la faz subjetiva.

d. Los elementos subjetivos del tipo

Al respecto, Otto considera, en primer lugar, que la voluntad y el conocimiento de la situación son elementos del tipo de injusto, ubicando así al dolo y a la imprudencia en el tipo, y no en la culpabilidad.²⁹ Respecto del dolo en particular, el autor cree que la fórmula «dolo es conocimiento y voluntad de realización del tipo» es imprecisa y no sirve más que como eslogan, dado que, si bien es cierto que el dolo contiene un elemento intelectual -cognitivo- y otro volitivo, esa simple fórmula requiere de mayores precisiones de ambos elementos.

Así, el saber no debe entenderse como un saber abstracto (prohibición de matar), sino que se trata del «conocimiento de aquellas circunstancias del hecho, y de su contenido de significado social, cuya realización cumple un determinado tipo delictivo».³⁰

Sobre el primer elemento, esto es, el conocimiento, el autor destaca que ese conocimiento debe ser de tal manera que determine la dominabilidad de su conducta.

²⁷ Aquí se omiten, pero se recomienda profundizar en los siguientes subtítulos: Peligros autónomos de terceros creados de manera libremente responsable, La omisión de terceros contraria al deber, La interrupción de cursos causales salvadores, Impedimento de que el autor evite el resultado.

²⁸ Ídem, pp. 116 y ss.

²⁹ Ídem, p. 150.

³⁰ Ídem, p. 132.

Entonces, hay conocimiento de las circunstancias de hecho cuando en el momento el autor se representa la situación fáctica cuya realización cumple con el tipo. La debe percibir o pensar, debe ser un conocimiento reflexivo que incide sobre la conducta (también reconocido en la doctrina como co-consciencia).³¹

En estos términos, se trata de un conocimiento que puede describirse como «la consciencia actual de las circunstancias de hecho que incide en la conducta. Por ello, por un lado, no es necesario que el autor reproduzca actualmente las circunstancias de hecho pensando en ellas. Por otro lado, es insuficiente la mera posibilidad de reproducirlas ejercitando la memoria».³²

En el caso en particular, también es claro y no genera dudas, que hubo conocimiento por parte del autor de todas las circunstancias de hecho, de modo que el elemento cognitivo está presente.

Por otro lado, respecto del elemento volitivo, el querer, el autor marca que éste tiene que estar abarcado por la dominabilidad del acontecer, dado que a quien no está en condiciones de evitar un resultado no se le puede imputar ese resultado. De ello se sigue que sólo se puede querer aquello que se encuentra dentro de las posibilidades de control, de modo que el querer está directamente vinculado con el elemento volitivo.³³

En el caso, es evidente que el sujeto estaba en condiciones de evitar el resultado, dado que quiso y tuvo la posibilidad de control sobre su conducta. El elemento volitivo está presente.

Luego, Otto realiza la clásica distinción entre dolo directo de primer grado (intención de realizar el tipo), dolo directo de segundo grado («a sabiendas», aquí la voluntad no se refiere a las consecuencias principales sino a las secundarias) y dolo eventual o condicionado (reconoce el riesgo concreto e inmediato, pero aun así actúa).³⁴

En el caso particular en estudio, en el cual se da un desvío del curso causal representado, no hay duda alguna de que se trata de un dolo directo, dado que se

³¹ Ídem, p. 132.

³² Ídem, p. 133.

³³ Ídem, p. 140.

³⁴ Ídem, pp. 140 y ss.

pone en peligro el bien jurídico de tal manera de que ahora, su concreción o no, solo depende del azar.

El autor alemán, seguidamente, trata la «consciencia actual del injusto», precisando que, tal como lo exige el delito doloso, de ningún modo significa -al igual que la consciencia actual de las circunstancias del hecho y su contenido de significado- que el autor esté todo el tiempo «pensando en», sino que es suficiente con que tenga efectos actuales sobre la conducta, que sea co-consciente.³⁵

En conclusión, para Otto el «dolo no solo es portador de un *elemento final del injusto* -a saber, el conocimiento de las circunstancias de hecho y de su contenido de significado, así como la voluntad del autor de lesionar el bien jurídico-, sino que también es, al mismo tiempo, portador de un *desvalor actitudinal*, a saber, del conocimiento del autor de que con la lesión del bien jurídico está actuando de manera socialmente dañosa o peligrosa» (consciencia de la nocividad social).³⁶

En este sentido aclara, que la consciencia del injusto es, en cuanto elemento del tipo de injusto, objeto del reproche de culpabilidad, pero no es componente de este, puede ubicarse perfectamente como elemento autónomo del tipo subjetivo junto al dolo. Por el contrario, la opinión dominante no reconoce esta consciencia material del injusto, sino que se conforma con incluir el elemento final del injusto en el dolo. Así, la consciencia formal del injusto -en el sentido de una consciencia formal de la antijuridicidad- exigida por la opinión dominante, es reconocida como elemento de la culpabilidad.³⁷

Sentado lo anterior, finalmente llegamos a lo que Harro Otto titula como «Problemas especiales dentro del tipo de injusto», dentro del cual trata cuestiones en particular: 1) Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad³⁸; 2) Desviaciones relevantes e irrelevantes del acontecer del hecho; 3) *Aberratio ictus*³⁹ y *error in persona*

³⁵ Ídem, p. 156.

³⁶ Ídem, p. 156/157.

³⁷ Ídem, p. 157.

³⁸ Estas caracterizan un especial desvalor de resultado que se agrega a un desvalor de acción ya existente, son elementos limitadores de la punibilidad no abarcados por el dolo ni por la imprudencia.

³⁹ En la *aberratio ictus* -producción de un resultado diferente al querido por el autor, resultando lesionado otro bien jurídico del que el autor ni siquiera era consciente de su puesta en peligro-, Otto considera que, respecto del resultado efectivamente producido no hay dolo, por lo tanto:

*vel objeto*⁴⁰; 4) El autor habitual⁴¹; 5) el autor impulsivo⁴²; 6) el llamado acto reflejo⁴³; y 7) La llamada divisibilidad de la consciencia del injusto.⁴⁴

Aquí solo trataremos el punto que nos interesa, esto es, en n. 2 respecto de la desviación relevante o irrelevante del curso causal del acontecer del hecho. Explica Otto que en los delitos de resultado es necesario que el autor sea consciente de la puesta en peligro del bien jurídico concreto: saber que ha creado o incrementado un riesgo concreto para el bien jurídico que, según la experiencia, se realizará en la lesión

hay una tentativa respecto del bien jurídico que quería lesionar el autor, y un delito imprudente respecto del resultado efectivamente realizado.

⁴⁰ En el *error in persona*, es decir, en los casos en los que el menoscabo del bien jurídico se realiza el curso del acontecer planeado pero el autor yerra respecto de la identidad de la víctima, Otto cree que se trata de un error de motivación irrelevante, dado que él ha realizado el resultado perseguido; su representación de la identidad del portador del bien jurídico (persona) o del objeto agredido (objeto) no es esencial cuando el objeto agredido y el que el autor se representa tienen el mismo valor. En cambio, si los objetos confundidos no tienen el mismo valor jurídico, entonces sólo entra en consideración una tentativa.

⁴¹ Según Otto, siguiendo a Lackner/Kühl, «actúa con habitualidad quien lo hace por la influencia autónoma de una inclinación formada por la práctica, cuya satisfacción, consciente o inconscientemente, se le da sin un conflicto interno, casi sin esfuerzo». Ahora bien, ¿puede ese autor tener consciencia del injusto?, y en este sentido puede no reflexionar de manera actual sobre la consciencia del injusto pero aun así está dada de manera actual puesto que incide en la conducta. El autor habitual actúa tomando en consideración las estructuras del ordenamiento jurídico (el ladrón, al hurtar, lo hace a escondidas).

⁴² El autor impulsivo, explica Otto, en general es imputable dado que muestra con su conducta que está marcado por las referencias normativas del ordenamiento jurídico (dado que no es casual que el impulso se manifiesta en una «ocasión conveniente»). Sin embargo, puede haber excepciones, en que el impulso se torne tan fuerte que domine por completo el campo de lo consciente, dirigido por la voluntad. Las ansias pueden ser tan elevadas de constreñir las funciones psíquicas y la formación del juicio consciente y razonable. Por lo tanto, en estos casos puede faltar la consciencia del injusto al tornarse inimputable.

⁴³ Enseña Otto que los reflejos son reacciones biológicamente necesarias que se producen de manera rápida e incondicionada para evitar daños del organismo. Estos actos son ejecutados sin consciencia de la acción (v.gr. el reflejo rotular), y por ello se sustraen a la dominabilidad de los nervios, y deben ser distinguidos de la «defensa intuitiva» que sí es dominada por la voluntad.

⁴⁴ Al respecto, Otto entiende que «la consciencia del injusto exigida en el marco del delito doloso no es cualquier representación oscura de cometer un injusto, sino la consciencia de *realizar un injusto bien determinado basada en la valoración de circunstancias del hecho concreto*, es decir, la consciencia de comportarse de cierta manera socialmente dañosa. «No basta [...] con la consciencia *general* del injusto, o con la consciencia de violar otras normas. Es necesario que el autor haya reconocido, y que hubiera podido reconocer, lo injusto precisamente de aquella realización del tipo por la que se lo acusa»».

de ese bien. Aunque, *naturalmente, no podrá saber todos los detalles del proceso del curso causal peligroso.*⁴⁵

Antes de afirmar su postura, Otto marca que una concepción jurisprudencial y que también comparte una parte de la doctrina, es aquella que sostiene que “*las desviaciones respecto del curso del acontecer fáctico imaginado por el autor no excluyen el dolo cuando se mantienen dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general de la vida y no justifican una valoración diferente del hecho.*”⁴⁶ Si el resultado era previsible conforme la experiencia general de la vida, entonces se le imputa al autor el resultado doloso, pero siempre que la valoración de la lesión planeada y la realizada sean jurídicamente iguales. Para Otto, aquí el dolo se introduce demasiado en la imprudencia.⁴⁷

El autor que aquí se sigue marca la diferencia al sostener que, si bien es cierto que el sujeto no necesariamente debe ser consciente de todos los detalles del acontecer delictivo, ello no justifica imputarle hechos como realizados conscientemente solo porque hayan sido previsibles. Aunque sí pueden imputársele al autor, según Otto, hechos como realizados conscientemente respecto de los cuales él haya sido co-consciente, porque siempre se encuentran ínsitos en una realización del delito de este tipo.⁴⁸

Su postura, en síntesis, es la siguiente: «son *irrelevantes* las desviaciones en la realización del peligro creado por el autor que son *inherentes al peligro puesto en marcha dolosamente y que conducen al resultado perseguido.*⁴⁹ Estos criterios son también *vinculantes cuando el resultado que el autor perseguía dolosamente mediante un curso causal se produjo por otro curso causal que el autor (ya) no realizó dolosamente.*⁵⁰ Aquí también se exige que el autor haya alcanzado ya el estadio de la tentativa.»⁵¹

Para aproximarnos a la posible solución que le daría el autor estudiado al caso puesto como ejemplo, debemos determinar si A era co-consciente de que su acción

⁴⁵ OTTO, Harro, “*Manual de Derecho...*”, ob. cit. p. 158.

⁴⁶ Ídem, p. 158/9.

⁴⁷ Ídem, p. 158/159.

⁴⁸ Ídem, p. 159.

⁴⁹ Marca aquí el autor que coinciden en gran medida con estas conclusiones: Driendl, Puppe, Roxin, Rudolphi, Stratenwerth y Wolter.

⁵⁰ En este punto marca Otto que coinciden en la solución, pero no en la fundamentación: Eser/Burkhard, Frisch, Herzberg, Hettinger, Hruschka, Roxin, y otros.

⁵¹ Ídem, p. 159.

podía producir el resultado de la forma en que lo produjo, es decir, si el resultado se encontraba “ínsito en una realización del delito como la planeada”. Podría afirmarse que se encontraba ínsito el resultado según el plan de acción del autor, pero no es claro, en el caso, la atribución de responsabilidad de forma dolosa en tanto difícilmente podría considerarse como inherente al peligro creado (disparo dirigido a B) que el sujeto muera por arroyamiento de una manada de caballos.

Si bien como quedan dudas que el sujeto se puso a representar la situación fáctica cuya realización cumplía con el tipo (que el disparo mataría a B), ese conocimiento reflexivo no abarcó el curso causal efectivamente realizado. Se trataría entonces de un desvío relevante, no inherente al peligro puesto en marcha dolosamente, dado que el caso no proporciona información acerca de si A, siquiera, había advertido la presencia de la manada de caballos, y si así fuera, aun podría considerarse imprevisible que éstos se dirijan directamente hacia B y lo arroyen.

e. Tipos limitadores del deber – Causas de justificación

En este punto, en el que Otto analiza en particular los *supuestos que excluyen la antijuridicidad*, es decir, la capacidad de decidir si una injerencia en los bienes jurídicos de otros es reprobada por la comunidad jurídica o no, al no ser objeto central del presente análisis y, a su vez, al ser evidente que en el caso no se da ninguno de los supuestos que el autor describe, no se desarrollará el apartado.⁵²

f. La tentativa

Sólo de admitirse que se encuentra completo el tipo subjetivo, podría entonces avanzarse hacia el análisis de la tentativa. Ello, en tanto el autor es claro al explicar que la tentativa se caracteriza por “*la concurrencia completa del tipo subjetivo del injusto y un déficit -falta de un elemento- en el tipo objetivo del injusto.*” Presupone la decisión de cometer el delito sin reservas (o incondicional), que se corresponde con el tipo subjetivo del delito consumado, y “*La actuación de la decisión mediante una conducta por la cual el autor, según su representación del hecho, se pone inmediatamente a realizar el tipo penal.*”⁵³

Siendo este el caso, de considerarse completo el tipo subjetivo, e incompleto el tipo objetivo debido a que, al enjuiciar el riesgo (v.gr. a través de las reglas generales

⁵² Ver Otto, Harro, «Manual de Derecho Penal...», ob. cit. pp. 169 y ss.

⁵³ Ídem, pp. 385 y ss. El resaltado no es del original.

de la experiencia), se determine que el riesgo creado por el autor no se ha materializado en el resultado típico, puede imputarse el delito en grado de tentativa.

IV.- Culpabilidad

Luego, restará verificar los límites de la responsabilidad por falta de libertad de la decisión del autor. Al respecto, cabe sólo mencionar las causas de exclusión de la culpabilidad y las causas de exculpación, sin ser necesario, aquí tampoco, un desarrollo pormenorizado de la cuestión.

En primer lugar, es necesario destacar que «con el injusto se le reprocha al autor la conducta socialmente dañosa; con la culpabilidad se le reprocha la formación de la voluntad que lo llevó a esa conducta.»⁵⁴

Ahora bien, bajo el título 13: «Las causas de exclusión de la culpabilidad», Otto trata las siguientes cuestiones: 1) Minoría de edad; 2) Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones mentales; 3) Capacidad de culpabilidad disminuida; y 4) El error de prohibición.

Luego, bajo el título 14: «Causas de exculpación: prohibiciones de reprochar la culpabilidad existente bajo ciertas circunstancias», el autor trata dos cuestiones: 1) La exclusión de la culpabilidad y exculpación; y 2) Las regulaciones en particular (estado de necesidad exculpante, exceso de legítima defensa, objeción de conciencia, e inexigibilidad).

Al no desprenderse del caso estudiado ninguna de las cuestiones aquí señaladas, no es preciso profundizar en el desarrollo de las causales mencionadas.

V.- Conclusiones

En definitiva, si bien el caso genera dudas en cuanto a la posible solución a adoptar a partir de la teoría de Harro Otto, puede concluirse que se trata de un desvío relevante del curso causal, no inherente al peligro puesto en marcha dolosamente por el autor.

Por su parte, conforme lo analizado, al existir un déficit -falta de un elemento- en el tipo objetivo pero encontrarse completo el tipo subjetivo del injusto, es posible avanzar hacia el análisis de la tentativa. Esta, como se dijo, presupone la decisión de

⁵⁴ Ídem, p. 320.

cometer el delito sin reservas (o incondicional), que se corresponde con el tipo subjetivo del delito consumado, es decir, una decisión por la cual -según su representación del hecho-, se puso inmediatamente a realizar el tipo.

Por lo tanto, se encuentran dados los presupuestos de la tentativa, y al no contar con ningún tipo limitador del deber y haberse comprobado la culpabilidad de A, este es plenamente imputable en calidad de autor del delito, sólo en grado de tentativa.

VI.- Bibliografía

- Otto, Harro, *Manual de Derecho Penal. Teoría General del Derecho Penal*, 7ª edición reelaborada, Atelier, Barcelo, 2017. Traducción de José R. Béguelin.
- Silva Sánchez, Jesús María, «Aberratio ictus e imputación objetiva», Universidad de Barcelona, p. 359, nota al pie 67.
- Hruschka, Strafrecht, p. 11.