

Error *in persona*: la víctima virtual en el Derecho Brasileño

Comparación con la doctrina argentina y el Código Penal Alemán (ITB).

Diego Renoldi Quaresma de Oliveira¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Concepto de error de tipo; III.- Error in persona; IV.- La sistemática de Argentina; V.- La sistemática adoptada en Brasil; VI.- Conclusiones.

RESUMEN: Este ensayo busca analizar la solución dada por la bibliografía y la ley brasileña sobre el *error in persona* donde el legislador brasileño propone que el autor del hecho sea reprochable por el delito efectivamente cometido contra el tercero inocente (víctima dirigida, efectiva) como si hubiera dirigido su conducta a la persona deseada (víctima virtual). Esta mista constatación no se conoce en la dogmática jurídico-penal adoptada en Argentina bajo influencia de grandes autores clásicos alemanes que, sin embargo, promueven un tratamiento menos ficticio o involucrado con desarrollos de comportamiento del sujeto activo y que tienen por consecuencia la producción de efectos jurídicos.

PALABRAS CLAVE: Error de tipo – Derecho Penal Alemán – Derecho Penal Brasileño – Víctima virtual.

¹ Diego Renoldi Quaresma de Oliveira. Es abogado penalista, profesor y conferencista. Maestrando en Derecho Penal por la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires - UBA, Argentina. Especialista en Sociología en la Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS, Brasil. Autor de libros y artículos jurídicos publicados en revistas jurídicas sobre Derecho Penal, Procesal Penal y libertad de expresión. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5908-4817>. Correo electrónico: diegorenoldi@adv.oabsp.org.br

I.- Introducción

Como introducción al desarrollo del tema propuesto, es imperativo llevar al lector, aunque brevemente, conceptos producidos por la Teoría del Delito. Es esta teoría la que responderá a lo que es un crimen y lo que no es un crimen. Esto significa que, para ser un delito, el hecho debe provenir primero de un sustantivo (conducta humana) conducta humana² que se agrega a tres adjetivos: típico, antijurídico y culpable. Dentro de este concepto, con este arreglo, la acción humana se convierte en un crimen³.

El desarrollo y exposición de la teoría del delito y temas de la parte general del Derecho Penal, y en la cual se incluye estudios sobre el error de autores alemanes como Vending, Wessel, y otros tuvieron una grande contribución en este desarrollo de teorías modernas. Un de esos autores alemanes, Hans Welzel traen la siguiente definición “*una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad*”.⁴

Y sigue el maestro alemán: “*El tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (...) esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma*”.⁵

En un sentido más o menos parecido, Zaffaroni trae el siguiente concepto de una conducta humana que cambia para un delito: “*Una conducta pasa a ser considerada como delito cuando una ley la criminaliza (la llamada criminalización primaria). Para eso las leyes se valen de fórmulas legales que señalan pragmas conflictivos (conductas, circunstancias y resultados)*”

Diego Renoldi Quaresma de Oliveira. Es abogado criminalista, profesor y conferencista. Maestrando en Derecho Penal por la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires - UBA, Argentina. Especialista en Sociología en la Universidade Municipal de São Caetano do Sul - USCS. Autor de libros y artículos jurídicos publicados en revistas jurídicas nacionales e internacionales sobre Derecho Penal, Procesal Penal y libertad de expresión. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5908-4817>. Correo electrónico: diegorenoldi@adv.oabsp.org.br

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal: parte general*; Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, 2. Ed. 10ª. Reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2017, p. 292.

³ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª edición 4ª edición castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Ynez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 57.

⁴ Idem, p. 57.

⁵ Idem, p. 59

*que amenazan con pena y que se llaman tipos, escritos en la parte especial del código penal y en leyes penales especiales (no codificadas)”.*⁶

El tipo (del alemán *Tatbestand*) es una fórmula abstracta, que actúa como un modelo. Un modelo de construcción lógica⁷ para una conducta concreta que puede ser practicada por el sujeto activo que producirá efectos en el mundo (*pragma*) y su resultado se convierte en tipicidad.

Como explica Welzel, se podría decir que, para tener antijuridicidad, eso es, para violar la norma (tipo penal objetivo) es necesario llevar a cabo la conducta descrita en el tipo penal (conducta típica, por ej. el homicidio), “*es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto*”.⁸

Ahora bien, puede plantearse que el tipo subjetivo es la voluntad del autor, y se dice que el tipo subjetivo (como limitador del ámbito de lo prohibido) es el análisis de la voluntad del sujeto activo en los casos de delitos dolosos.

En los tipos culposos, de manera distinta, solo interesa el análisis del tipo objetivo, pues no existe voluntad del agente. Es decir, por ello, no tuvo el dominio del hecho, la intención de producir mutación física en el mundo.

II.- Concepto de error de tipo

En este momento, lo que se plantea es la determinación y el desarrollo dado por el Código Penal brasileño acerca del error sobre el tipo objetivo.

Según el art. 20 del CPB, error de tipo es, *in verbis*: “[o] erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.”

El Código Penal Argentino, por su vez, en el art. 34, §1º, dispone que, a ver: “1º. [e]l que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.”

La doctrina argentina también se toma como deber de fornecer una mejor interpretación del concepto planteado por el Código Penal argentino⁹. Righi admite

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal: parte general*; Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, 2. Ed. 10ª. Reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2017, p. 339.

⁷ Se encuentran tanto en Brasil como en Argentina en la parte especial del Código Penal y en las leyes penales (especiales).

⁸ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p. 60.

⁹ Por todos: RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. 3a. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p. 281.

que la expresión *hecho* no solamente hace referencia a las circunstancias fácticas del delito, pero a todos los elementos que componen el hecho, incluido los presupuestos normativos. Es decir, la palabra *hecho*, debe ser entendida como hecho punible en su totalidad¹⁰.

La denominación error de tipo es, en definitiva, una falsa representación de la realidad que se describe en el tipo penal, y para que haya una acción, debe haber una representación real por parte del agente de su conducta.¹¹

De otra manera, Gunter Jakobs, al referirse al problema del análisis entre el error y la indiferencia, argumenta que, en el contexto del error, aquí es donde el autor ignora las consecuencias externas de su comportamiento, la bibliografía y la ley se comportan como esclavos de criterios psicológicos y critica: *“la normatividad se rinde ante lo perceptible por los sentidos: sin conocimiento de la modalidad de dirección del comportamiento (aparte de ciertas excepciones) más grave y con mayor penalidad, con independencia de la razón del desconocimiento”*.¹²

Sin embargo, esta misma constatación sigue siendo la definición del Código Penal alemán (actual §16 do StGB)¹³, Welzel al conceptualizar error de tipo, enséñala que: *“[s]e excluye el dolo si el autor desconoce o se encuentra en un error acerca de una circunstancia objetiva del hecho que deba ser abarcada por el dolo y pertenezca al tipo legal.”*¹⁴,

Menester decir que, para la bibliografía brasileña es un punto pacífico que hay dos formas principales de error de tipo. Error de tipo esencial y error de tipo no esencial (o accidental).

El error de tipo esencial recae en los datos del tipo. El autor no tiene conciencia ni voluntad, y debe impedirse entender el carácter criminal del hecho. Si es un error

¹⁰ RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. 3a. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p. 278.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal: parte general*; Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, 2. Ed. 10ª. Reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2017, p. 413

¹² JAKOBS, Günter, *Fundamentos del derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires. Ad Hoc, 1996, p. 40.

¹³ *Cfr. típica el §16º del Código Penal Alemán (STGB): Irrtum über Tatumstände:*

(1) *StGB: Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.*

(2) *Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderer Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderer Gesetz bestraft werden.*

¹⁴ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p.92.

inevitable (invencible) también excluye la culpabilidad o si es evitable (ganable), hace que el agente responda por delito culpable, si así lo dispone la ley.¹⁵

Welzel trae una explicación bastante simple y plantea con el ejemplo: “[s]e excluye el dolo si el autor desconoce o se encuentra en un error acerca de una circunstancia objetiva del hecho que debe ser abarcada por el dolo y pertenezca al tipo legal (§59)¹⁶. Por ejemplo, un cazador dispara sobre un objeto oscuro al que toma por un jabalí, cuando es en realidad una recolectora de moras. Si el error se debió a culpa, subsistirá la punibilidad por comisión culposa, siempre que exista el respectivo tipo culposo, §59, inc.2”.¹⁷ En este ejemplo clásico de Welzel, el agente (cazador) funciona un error sobre algún elemento del tipo, como una situación de hecho (un elemento factico) que piensa ser un animal, pero es una persona. Es decir, el cazador no es consciente de que dispara contra una persona (alguien), y como la conciencia (voluntad) es formadora del dolo, por lo tanto, en el ejemplo de Welzel, dolo no hay. En estos casos de error sobre elementos del tipo, el dolo queda siempre excluido¹⁸.

El jurista argentino Sebastián Soler, tratando del tema en Argentina así escribe: “[n]uestra ley no dice cuáles son las circunstancias de la figura sobre las cuales puede recaer el error con eficacia excusante. Sin embargo, del propio enunciado de nuestra ley puede deducirse que no es indiferente para nosotros la distinción alemana, que debemos a referir circunstancias esenciales y no esenciales, pues el poder excusante del error reside en la fuerza que él tenga para destruir subjetivamente la criminalidad del acto.”¹⁹

III.- Error in persona

Según Fontan Balestra, puédesse definir *error in persona* como: “aquí el error versa sobre el objeto mismo. En la hipótesis que nos ocupa, por ejemplo, el autor hace fuego sobre una persona distinta, suponiendo que es aquélla a la que se quiere herir. El actor dispara sobre Pedro confundiéndolo con Juan.”²⁰

¹⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto, *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Saraiva. 2015, p. 369.

¹⁶ Actual § 16 do Código Penal alemán.

¹⁷ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p. 92.

¹⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 12. ed. rev. E atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção elementos do direito; v. 7/ coordenação Darlan Barroso, Marco Antonio Junior), p. 78.

¹⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, tomo II*. Actualizador Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1997, p. 111.

²⁰ BALESTRA, Fontan Carlos, *Derecho penal, introducción y parte general*. Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1998, p. 357.

La figura del *error in persona* viene en el artículo 20, §3º del CPB, véase: “§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.”

Desde esta perspectiva, el *error in persona* no es un caso de *aberratio*, sino más bien de confusión por parte del autor con otra persona²¹. En otras palabras: la ejecución del crimen se considera perfecta, se logró el resultado con la muerte alcanzada. Sin embargo, por lo tanto, el error en la representación mental del agente, que se confunde con la identidad de la víctima que quiere practicar el delito, llegando así a una persona diferente de la prevista.

El llamado *error in persona* es un error de tipo accidental (también llamado error secundario), es decir, a diferencia del error esencial, es que por el primero la acción se centra en datos irrelevantes de la figura típica. Como enseña Damásio²², error de tipo accidental es lo que no se refiere a elementos o circunstancias del delito, centrándose en datos accidentales del delito o sobre la manera de ejecución. El error accidental es, por lo tanto, un error no esencial²³, porque recae sobre circunstancias no determinantes e irrelevantes del tipo, y en este caso no excluye el dolo. Es decir, el autor conocía el carácter ilícito del hecho, y por esta razón, no tiene una interpretación falsa de la realidad, el autor sabe exactamente que está cometiendo un delito. Sin embargo, se sabe, por ejemplo, que está matando a una persona, lo que coincide con la descripción del tipo objetivo de homicidio (art. 121 del Código Penal brasileño y art. 79 del Código Penal argentino).²⁴

En estos casos, el autor elabora un plan mental y lo pone en marcha y finalmente obtiene un resultado, pero por error, el resultado llega a una persona diferente de la prevista (para casos de error sobre la persona). Esta identificación errónea no tiene el poder de excluir la acción, ya que el plan del autor se llevó a cabo y sólo no se

²¹ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p. 90.

²² Cfr. DAMÁSIO, Jesus E. *Direito penal, V.1. parte geral*, 21.ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 1998, p. 302.

²³ Se llama un error esencial lo que la persona que actúa yerra a la hora de realizar su comportamiento que, si se tiene en cuenta la realidad, no habría cometido la ofensa. Por ejemplo: el agente, en un día lluvioso, toma por yerro un paraguas negro dentro de un soporte de paraguas donde se ha depositado varios paraguas negros, todos iguales. Sin embargo, el objeto sustraído por descuido pertenecía a otra persona. Si se hubiera dado cuenta de la situación, no habría hecho si pudiese. Cfr. JAKOBS, Günter, *Fundamentos del derecho penal*, ob. cit., p. 92.

²⁴ RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*, ob. cit., p. 285.

produjo como se esperaba por error puro²⁵. Por ello puede decirse: “*com ou sem ele (erro), o crime existiria do mesmo modo*”.²⁶

Por esta razón, pienso ser más apropiado llamarlo de error accidental, ya que este error no recae en circunstancias elementales del tipo criminal.

Ahora bien, con la intención de aclarar el objeto de este estudio, pretendemos utilizar un ejemplo bastante sencillo que desde ahora se va a utilizar hasta el final de este trabajo. El ejemplo trata de un error sobre la persona con un resultado simple, fíjese: El autor le dispara a Carlos y lo mata, creyendo que, de hecho, era su padre, Luiz, quien era el que el autor realmente quería matar, es decir, tuvo la intención de practicar el homicidio agravado contra ascendente, pero yerra la identidad de la víctima (art. 121, c.c. 61, “e” del CPB o art. 80, §1º del CPA).

IV.- La sistemática de Argentina

La solución señalada por la doctrina argentina tiene lugar de la misma manera que la presentada en el Derecho Alemán (StGB), es decir, cuando hay una suposición falsa sobre la incidencia de factores agravantes, se debe aplicar el tipo básico. En este sentido Soler expresaba sobre el aspecto subjetivo de parricidio: “*Para que surja el título de parricidio, además de que objetivamente se consume la muerte en ascendiente, descendiente o cónyuge, es necesario, como requisito positivo que el autor conozca esa relación en el momento del hecho y con referencia a la persona que mata.*”²⁷

Para Zaffaroni “*el error sobre agravantes o atenuantes no elimina la tipicidad, sino que siempre debe jugar el tipo básico, por ser la definición genérica de la acción, en la cual, formalmente, estaría incurso tanto objetiva como subjetivamente*”.²⁸

Al amparo de semejante situación, lo que se plantea es lo mismo en los casos en que el resultado típico es equivalente, porque, como hemos mencionado, como la identidad de la víctima no pertenece al tipo de objetivo, hay una coincidencia total entre lo que sucedió y lo que esperaba el autor.²⁹

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal: parte general*; Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, 2. Ed. 10ª. Reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2017, p. 421.

²⁶ NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. São Paulo, Saraiva, 1985-1991, p. 152

²⁷ SOLER, Sebastian, *Derecho penal argentino, tomo III*, Buenos Aires, Tipografica Editora Argentina, 1973, p. 16.

²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul, *Manual de derecho penal, ob. cit., p. 422.*

²⁹ RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*, ob. cit., p. 285.

Véase que, en el caso de nuestro ejemplo, se debe imputar directamente el delito cometido (homicidio intencional con respecto a Carlos), porque, aunque el resultado no fuera idéntico al previsto por el autor (mató a Carlos al revés de Luiz, su padre), es legalmente equivalente y por esa razón, sería, con fines penales, un error irrelevante³⁰, porque se centra en un error accidental. Y por haber matado a la persona de Carlos en lugar de su padre, Luiz – la víctima deseada – (objeto erróneo) hay, por lo tanto, una falsa suposición de incidencia de agravamiento (figura del parricidio³¹) porque, sin embargo, lo importante, es decir, lo que efectivamente importa para el derecho penal es lo que realmente se ha ocurrido, que se ha pasado en el mundo (la acción).

Soler identificaba la situación de la siguiente manera: *“Para que exista parricidio es, pues, necesaria la coincidencia objetiva y subjetiva de la agravación, quien dispara contra el pariente y mata un tercero, no comete parricidio, salvo que el tercero ese a su vez pariente (querer matar al padre y, por error in persona, matar a la madre), pues lo que importa a la ley es la categoría de personas. Inversamente, quien dispara contra una persona y mata en realidad al padre tampoco comete parricidio. Es dudoso que la aberratio ictus pueda jugar de la misma manera.”*³²

V.- La sistemática adoptada en Brasil

Pero en un primer momento, el problema se plantea cuando nos fijamos en el estudio de la construcción brasileña sobre *el error in persona* cuando también hay un error sobre circunstancias agravantes y atenuantes.³³ El Código Penal brasileño adopta la siguiente solución para casos de *error in persona* en su art. 20, §3º, a ver: *“Erro sobre a pessoa: § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.”*

Bien, es menester aclarar que acorde con la redacción de la primera parte del §3º del art. 20 del CPB: *“O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena”*. La consecuencia es que, el *error in persona* no excluye la tipicidad del hecho. No excluye el crimen, porque la norma penal protege de la misma manera la vida de las personas.³⁴

³⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p. 90.

³¹ Cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, tomo III*, ob. cit., p. 16.

³² SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, tomo III*, ob. cit., p. 18.

³³ La ley, a depender de la conducta, distingue tipos básicos, calificados o agravados.

³⁴ Cfr. DAMÁSIO, Jesús E. *Direito penal, V.1. parte general*, ob. cit., p. 313; En el mismo sentido: WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, ob. cit., p. 90.

Ahora bien, en este segundo momento, dispone la segunda parte del §3° del art. 20 del *Codex* brasileño: “*Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime*”.

La legislación brasileña crea con esta solución, la figura de la *víctima virtual*, es decir, se considera a los efectos de la sanción penal, las cualidades (características) de la persona que el autor quería causar la muerte y que por su error mata otra creyendo que en verdad era la que quería matar realmente. Sin embargo, esta reflexión no es correspondiente con el derecho vigente en Argentina, tampoco en Alemania. Es necesario traer una vez más, la enseñanza clásica del penalista brasileño Magalhães Noronha: “*Manda o Código se tenham em consideração as condições ou qualidades da pessoa contra quem o agente quis agir, e não as do ofendido. Assim se quis matar seu pai e mata um terceiro, será parricida; ao contrário, não haverá homicídio agravado se desejou matar outrem que não o genitor, que, por erro, vem a ser atingido.*”³⁵

En el ejemplo mío, al matar a Carlos en lugar de matar Luis, su padre, se imputa al sujeto activo como si hubiera disparado a su padre, centrándose, en este caso, en el factor agravante previsto en el art. 61, II "e" 1a figura del Código Penal brasileño (delito contra el ascendente).

El Código Penal brasileño confiere un trato jurídico idéntico al instituto de *aberratio ictus* (error en el golpe o error en la ejecución). Sin embargo, de afinidades, san situaciones jurídicamente distintas. Como se desprende de los artículos 20, 3 y 73, tanto en el error sobre la persona como en el error de ejecución, el agente responde como si hubiera alcanzado a la víctima deseada, a la víctima virtual y no a la víctima real. En esta visión, con independencia de que se produzca bajo la acción, la legislación brasileña que no ignora la verdadera intención del sujeto activo propone, entonces, que responda por su voluntad, en un criterio que llamamos psicológico (que pertenece exclusivamente al alcance interno del autor del hecho).

VI.- Conclusiones

Así, el legislador brasileño nos lleva a conclusión de que el autor del hecho es reprochable por el delito efectivamente cometido contra el tercero inocente (víctima dirigida, efectiva) como si hubiera dirigido su conducta a la persona deseada (víctima virtual). Se nota, entonces, un trato exacerbado dado al tipo subjetivo (hecho),

³⁵ NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. São Paulo, Saraiva, 1985-1991, p. 152.

porque el Código Penal Brasileño crea una ficción jurídica sobre el tipo objetivo de modo que se sancione la voluntad del autor.³⁶

Sin embargo, la solución alemana, tomando el ejemplo dado por nosotros, se entendería como un caso de concurso de delitos. Por lo tanto, habría tentativa de homicidio contra la persona que tenía la intención de matar y el homicidio culposo contra la víctima golpeada.

Aunque, dependiendo del caso, el intento contra esa (víctima deseada) no será más que una *simple intención*. Se pueden aclarar los opuestos de esta solución, sobre la base de un ejemplo de Noronha³⁷: Supóngase que, en el caso indicado, A, en Sao Paulo, lesiona a C, tomándolo por B, que está en el instante, en Río de Janeiro. Por supuesto, el bien jurídico de B estaba libre de cualquier ataque, lejos del peligro real.

Esta concepción, sin embargo, no significa que no tenga importancia el desvalor de acción, pero, en estos casos, nuestra opinión, sin que se proponga con eso un nuevo sistema de justicia penal, pensamos que, para evitar reflexiones interpretativas o ficciones jurídicas que tienen como consecuencia no la producción de un resultado, pero la voluntad psíquica del sujeto activo, que en realidad no se ha producido en el mundo. De modo sencillo: responsabilidad por el resultado.

Por lo tanto, creo que la solución más adecuada es precisamente la solución propuesta y desarrollada por la ley argentina, (bajo la influencia de la doctrina alemana y del StGB) es decir, hablando en términos ejemplificativos del agente que pretende matar el padre, pero mata otra persona, diferente de la prevista pensando ser su padre y que no tiene en cuenta, se le debe imputar directamente la tentativa de homicidio con relación a la primera y homicidio culposo contra la segunda.

En este sentido, ya sostenía Soler: “*El tal caso, siempre que pueda juzgarse decisivo el error, es manifiesto que el hecho no puede ser calificado de parricidio, pues el error impide la figura se realice con la plena concurrencia de sus elementos subjetivos (...).*”³⁸

Por ende, en cuanto al dilema expuesto, puede manifestarse lo siguiente: diferentemente del derecho positivo de Brasil, países como Argentina y Alemania, no se derivan discusiones de mayores consecuencias sobre la cuestión de la

³⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Diniz. *Direito Penal*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção elementos do direito, v.7) Coordenação Darlan Barroso, Marco Antônio Araújo Júnior, p. 81.

³⁷ NORONHA, Magalhães. *Direito penal*, ob. cit., p. 152.

³⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino, tomo II*. Actualizador Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1997, p. 114.

imputación consumativa al sujeto activo de un resultado que no ha ocurrido en el ámbito externo.

VII.- Bibliografía

- Balestra, Fontan Carlos, *Derecho penal, introducción y parte general*. Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1998.
- Bitencourt, Cesar Roberto, *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo. Saraiva. 2015.
- Capez, Fernando, *Curso de direito penal, volume 1, parte geral*, 18. ed. São Paulo. Saraiva. 2014.
- Damásio, Jesus E. *Direito penal, V.1. parte geral*, 21.ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 1998.
- Jakobs, Günter, *Fundamentos del derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires. Ad Hoc, 1996.
- Junqueira, Gustavo Diniz. *Direito Penal*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção elementos do direito, v.7) Coordenação Darlan Barroso, Marco Antônio Araújo Júnior.
- Noronha, Magalhães. *Direito penal. volume 1*. São Paulo, Saraiva, 1985-1991
- Righi, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. 3a. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018.
- Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino, tomo II*, Actualizador Guillermo J. Fierro, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1997.
- Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino, tomo III*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal: parte general*; Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Slokar, Alejandro Alagia, 2. Ed. 10ª. Reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2017.
- Welzel, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª edición 4ª edición castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Ynez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1993.