

EL ERROR SOBRE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y DISMINUENTES. SUGERENCIA PARA LA REFORMA PENAL.

NODIER AGUDELO BETANCUR

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Al comentar y aplicar nuestro Código Penal actual, la Doctrina y la Jurisprudencia ha elaborado una serie de principios y pensamientos referentes al problema del error con repercusiones en el campo de la culpabilidad (1).

Es bien conocida la elaboración Doctrinaria y Jurisprudencial que se ha hecho de error sobre las causales de justificación conocidas como "causales de

1. Que la regulación de ambos errores bajo el rubro común de "Causales de inculpabilidad" sea o no acertado, es algo que no discutimos aquí. Ya en otro lugar (Nuevo Foro Penal Número 1, Medellín, 1978, pág. 13 a 18) hemos dicho que si se parte de un concepto ontológico de acción (la acción a la cual se refiere el artículo 20 del Proyecto de 1978) como lo hace la Teoría Finalista, por ejemplo, según la cual la acción mencionada por el legislador es la misma acción que se da en el mundo ontológico, sin variarla en sus componentes esenciales, si se parte de un tal concepto de acción, como quiera que a ella pertenece la voluntad como su espina dorsal (WELZEL), y no siendo el dolo sino voluntad final jurídicamente relevante, allí donde no hay voluntad de realización típica, por un error de tipo (quien dispara sobre el conejo y da a un hombre), se descarta la acción típica y no hay que llegar hasta la culpabilidad.

justificación putativas", concretamente, en lo relacionado con la "defensa putativa". Respecto de su ubicación dentro del artículo 23 numeral 2, al menos hoy, no existe discusión (2).

No ocurre así, por el contrario, con el "error sobre circunstancias atenuantes". En este punto no existe ninguna elaboración doctrinaria, lo cual verdaderamente es extraño, pues tales casos son de común ocurrencia.

El Proyecto de 1974, en su artículo 49 numerales 3 y 4 regula el "error de tipo" y el "error de prohibición" y trata ambos errores como "causales de inculpabilidad" (3).

En la misma forma se regula las dos clases de error en el Proyecto definitivo de 1978, en el artículo 44 numerales 3 y 4. Se alude a la "creencia errada e invencible de que (el hecho) está justificado" (1974) o a la "convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación" (1978) para designar el hoy denominado en la Doctrina "error de prohibición" (4). Cuando se alude al denominado en nuestra Doctrina y jurisprudencia "error de hecho" los Proyectos hablan de "creencia errada e invencible de que no concurre en su conducta alguna de las exigencias para que el hecho exista según su descripción legal".

Se refieren pues los Proyectos al error que versa sobre la permisión de la conducta o sobre elementos descriptivos o normativos de la descripción legal (tipo), pero que en uno u otro caso hacen que el sujeto no sea culpable, según los artículos ya citados. No se reguló aquí, como tampoco lo hizo el Código Penal de 1936, el error sobre circunstancias que de haber existido realmente, no excluirían la culpabilidad sino que simplemente concretarían un tipo más benigno o atenuarían la responsabilidad.

Las líneas que siguen se encaminan a resaltar la existencia del problema y a abogar por la concreta regulación del mismo y a proponer que se incluya un artículo expreso, como se ha hecho, por lo demás, en otros códigos modernos.

2. En 1940, JORGE GUTIERREZ GOMEZ, consideraba que en los casos de defensa putativa (realmente lo que es putativo es el ataque, pues la defensa al fin y al cabo es real) a pesar de faltar al peligro real, "el caso se justifica ante el derecho porque el agente, al esgrimir su arma convencido del peligro que corría, tuvo el fin social y jurídico de poner a salvo su derecho". (Comentarios al Código Penal Colombiano, Bogotá, 1940, págs. 131 y 132). Pero desde que en 1948, ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD, ubicó la defensa putativa en el numeral 2 del artículo 23 como un error esencial de hecho, la doctrina se ha generalizado. (La opinión de este último autor puede verse en su Tratado de Derecho Penal Colombiano, Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1948, Vol. I pág. 117)

3. Aquí cabe el mismo comentario hecho en la nota 1. Debe aclararse que según la noción de dolo que se da en el artículo 40 ("la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho y quiere su realización"), el dolo es un dolo de tipo. Cuando se da un error de tipo, lógicamente, lo que se debe descartar es la acción típica por faltar el dolo y no la culpabilidad como lo dice el artículo 44 (ver nuestro artículo antes citado, pág. 18).

4. En nuestra Doctrina, y frente a las denominaciones de error de tipo y error de prohibición, el profesor ALFONSO REYES ECHANDIA prefiere hablar de error de tipo y error sobre la antijuricidad. (La culpabilidad, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1977, pág. 215 y 216).

ALGUNOS CASOS QUE ILUSTRAN EL PROBLEMA

No es difícil acudir a casos de común ocurrencia:

1. Pedro da muerte a su padre para poner fin a intensos sufrimientos que él así reputa. Realmente su padre no padece tales sufrimientos pero las circunstancias se presentan de tal manera que generan en el sujeto "la convicción errada e invencible" de que los padece (5).
2. Un sujeto penetra a la casa de María y por medio de violencias o amenazas la obliga al acceso carnal. Llega Pedro, el esposo de María, y los sorprende en tal acto. Pedro desenfunda su arma y mata a María en un estado de ira o de intenso dolor que tiene por causa la supuesta infidelidad de su esposa (6).
3. Pedro accede carnalmente a una mujer que tiene una edad de 11 años y 10 meses pero con la "convicción errada e invencible" de que tiene 13 y $\frac{1}{2}$ (7).

5. Artículo 468 Proyecto de 1978: Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años. Hoy, en Colombia, debe verse el art. 364.

6. Artículo 68 Proyecto de 1978: Ira e intenso dolor. El que cometa el hecho en estado de ira o intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo señalada en la respectiva disposición.

Tanto el Proyecto de 1974 como el de 1978 derogan el artículo 382 del C. P. actual conocido como "uxoricidio por adulterio". Los casos de homicidio o lesiones en los que la ofensa, causa de la ira o del intenso dolor, sea la infidelidad del cónyuge, la hija o la hermana quedarán, pues, comprendidos dentro de este artículo 68 citado. No es que estemos de acuerdo con la aplicación, causa de aberrantes injusticias, que se ha hecho del artículo 382. No estamos de acuerdo con la forma como se ha abusado de la exención de responsabilidad consagrada en la última parte del artículo. Empero, nos parece que bien vale la pena reexaminar el asunto a efectos de estudiar si es conveniente suprimir radicalmente el mencionado artículo 382 sobre todo teniendo en cuenta la existencia del Jurado de Conciencia todavía entre nosotros. Mucho tememos que esta supresión, hecha con las más sanas intenciones de política criminal, vaya a ser pábulo del summum jus, summa injuria. Y es que, en realidad, no parece justo, dadas nuestras actuales condiciones culturales, que se iguale la ofensa de que hablamos a una ofensa a la madre u otra que normalmente de lugar a un homicidio o lesiones en nuestro medio.

Suprimiendo el artículo 382 y nivelando legalmente estas ofensas, ya se verá como en la práctica se recurrirá a miles motivos para desnivelarlas: la legítima defensa del honor, la defensa del hogar, a trastorno mental transitorio, etc. Por qué no pensar, mejor, en reformar el artículo existente? Por qué no suprimir la exención de responsabilidad y deja con claridad sentado de que sólo se trata de una atenuante? Valgan estos comentarios como insinuación para que se estudie el punto. (En el mismo sentido del aquí expresado puede verse a LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, Delitos contra la Vida y la Integridad Personal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1972, págs. 90 a 93).

7. Artículo 440 Proyecto 1978. Acceso carnal abusivo. El que acceda carnalmente a persona mayor de doce años y menor de catorce con su consentimiento, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

Artículo 442 Proyecto 1978. Acto sexual en menor de doce años o persona incapacitada para resistir. El que ejecute el acceso carnal con persona menor de doce años o que se encuentre en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual, o que esté incapacitado para resistir, incurrirá en prisión de dos a diez años. Si se ejecuta acto erótico se-

4. Pedro, mediante violencia o engaño, accede carnalmente a María mujer de "irreprochable honestidad" pero que él, en virtud de circunstancias atendibles (démoslas por tales aquí, pues al plantear los problemas no problematizamos sobre cuestión de pruebas), al contrario, la tenía por mujer "liviana" (8).
5. El Tribunal Eclesiástico anuló (y este es un caso de la vida real) el matrimonio en primera instancia de Pedro, quien tenía el deseo de contraer nuevo matrimonio. De Bogotá se le informa que "el proceso ha sido aceptado" y se le dice, además, que los papeles estarán de regreso para el día 10 de marzo. Así la nueva boda se prepara para el 15 del mismo mes: se reparten tarjetas, invitaciones, etc. Como no llegan los papeles y ya todo está listo, y como de todas formas el primer matrimonio ya estaba nulo (según su creencia), Pedro se consigue una partida de nacimiento falsa, obviamente, sin notas marginales. Su patraña es descubierta. Realmente, lo que se le quería decir en Bogotá era que el proceso había sido aceptado para estudio en segunda instancia, pero él, debido a su ignorancia obró con la "convicción errada e invencible" de que falsificaba un documento para probar un hecho "verdadero" (que él tenía por tal) (9).
6. Un sujeto se apropia de un objeto cuyo valor excede los cinco mil pesos, "con la convicción errada e invencible" de que el valor es inferior a ese monto (10).
7. Pedro accede violentamente a María, con la firme y errónea creencia de que ella es una meretriz (11).

xual diverso del acceso carnal, la pena será de uno a seis años de prisión. Estas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad en los casos previstos en el artículo 436.

8. Artículo 44 Proyecto 1978. Circunstancias de agravación punitiva. La pena para los delitos descritos en los capítulos anteriores se aumentará de una tercera parte a la mitad en los casos siguientes:

1. Si el delito se cometiere en persona de irreprochable honestidad.
2. Si se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
3. Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulsa a depositar en él su confianza.

9. Artículo 315 Proyecto de 1978. Falsedad para obtener pruebas de hecho verdadero. El que cometa uno de los hechos descritos en este capítulo, con el fin de obtener para sí o para otro un medio de prueba de hecho verdadero, incurrirá en arresto de tres meses a dos años, si se tratare de un documento público, título valor o certificación privada; y de dos meses a un año de arresto, si se tratare de documento privado.

10. Artículo 533 Proyecto de 1978. Circunstancias de atenuación punitiva. Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a cinco mil pesos, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.

11. El artículo 321 del actual C. P. disminuye la pena para los delitos de violencia carnal y estupro, "si la víctima... fuere una meretriz o mujer pública".

8. Pedro se apropia, sin cumplir los trámites que en estos casos exige la ley, de una cosa mueble que él cree, se ha perdido. La cosa, en realidad, tiene dueño el cual se encuentra a alguna distancia de ella (12).
9. A, B y C está reunidos. Pasa D y A le lanza una ofensa grave e injusta. D piensa que el de la ofensa fue B y le dispara y lo mata. Y así, bien podríamos multiplicar los ejemplos, pero con los propuestos creemos que ilustramos el problema.

Frente a los anteriores casos surge la pregunta: ¿cómo se debe tratar el problema del error sobre circunstancias que de haber existido realmente hubieran realizado un tipo más benigno o concretarían una atenuante y por consiguiente repercutirían en una responsabilidad atenuada?

El problema se presenta bien que se edifique el código sobre la base de la peligrosidad o bien sobre el principio de la culpabilidad (13).

Repárese que los artículos 49 y 44 de los Proyectos del 74 y 78 dicen "no es culpable", lo cual comporta ausencia total de pena. En cambio en los casos propuestos, el sujeto no es que no sea culpable sino que es menos culpable. El mismo problema se presenta en el actual código penal ya que el artículo 23 encabeza diciendo: "no hay lugar a desponsabilidad".

Cuando se trata de una circunstancia agravante que sólo se da en el campo objetivo pero no en el subjetivo, el problema puede solucionarse sobre la base de que el dolo debe cobijar los elementos estructurales del tipo básico y también la circunstancia que lo agrava para poderse imputar esta.

Quiere decir que la circunstancia agravante que existió materialmente, no podía ponerse a cargo de quien no la conocía, o sea que como el sujeto no la conoció, mal puede, respecto de ella, hablarse de dolo: respecto de ella el sujeto estaba en una situación negativa (14).

12. Artículo 58 del Decreto 522 de 1971: "Incurrirá en arresto de uno a ocho meses: a). El que se apropie de cosas ajenas extraviadas, sin cumplir los requisitos que prescribe la ley".

13. Aspecto central en esta Reforma, tanto en el Proyecto de 1974 como en el de 1978, es el giro de la filosofía que informará la nueva legislación penal nuestra: pasa del peligroso peligrosismo, al principio de culpabilidad como fundamento de la pena. En este sentido es importante la Ponencia para el Primer Debate del Dr. FEDERICO ESTRADA VELEZ ante el Senado de la República, del Proyecto de Código Penal. Esta ponencia puede verse en Revista NUEVO FORO PENAL, N° 2, Medellín 1079, págs. 40 a 66:

"El cambio doctrinario fundamental que se introduce en el Proyecto es el tránsito definitivo del viejo y obsoleto peligrosismo positivista, abandonado ya en todo el mundo, hacia un derecho penal de culpabilidad". Pág. 51.

14. Tenemos conocimiento del siguiente caso: tres sujetos accedieron carnalmente a una mujer virgen. Uno de ellos sabía de esta virginidad. Los otros dos por el contrario, la creían mujer liviana y avesada en el tráfico erótico. Frente a esta situación, si bien el Tribunal Superior de Medellín impuso la agravante 2ª del artículo 317 del Código Penal, sólo dedujo la agravante del numeral 1º para el primer sujeto, descartándola para los otros dos sindicados. Dijo así el Honorable Tribunal Superior de Medellín, en Providencia de Marzo 2 de 1972, con ponencia del Dr. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ:

"No cuestiona la Sala la condición, en la ofendida, de ser mujer virgen. Pero entiende que la agravante, por este aspecto, sólo debe cargarse a Tobón Martínez. Este procesado era el que conocía la realidad de esta situación, por su trato anterior

Cuando los artículos 49 del Proyecto del 74 y 44 del Proyecto del 78 dicen "no es culpable" y el artículo 40 dice que hay dolo "cuando el agente conoce el hecho y quiere su realización" dan la clave de la solución en este caso: la circunstancia agravante no se puede imputar, pues el sujeto no tuvo la representación de la agravante y si no la conoció tampoco la quiso. Hay inexistencia de nexo psíquico.

En el problema que nos ocupa las cosas ocurren al contrario; la circunstancia atenuante no existe desde el punto de vista objetivo y solo existe en el campo subjetivo; la conciencia, respecto de ella, se encuentra en una situación positiva (15).

LA BASE DE LA SOLUCION

La solución no puede encontrarse sino partiendo del principio de culpabilidad, como uno de los requisitos para poder predicar la responsabilidad.

y el asedio que fue tendiendo, demasiado eficaz para el corto tiempo gastado en el mismo, sobre la Rodríguez.

La interpretación de este estado de virginidad aparecía exacto para él. Y fue el primero en copular. Está bien, entonces, que se produzca una intensificación de pena para Tobón Martínez, por este señalado motivo. Pero no acontece otro tanto para Garzón e Hincapié. Estos tenían muy distinta impresión de la Rodríguez. Más contaba para ellos su liviandad, la existencia de experiencias sexuales anteriores, y su vocación por el trato sexual. En este sentido, las valiosas alusiones del Dr. AGUIRRE SANIN, en la audiencia, cobran trascendencia suma. No tuvieron estos sentenciados (Garzón e Hincapié) conciencia de acceder a una mujer virgen o de irreprochable honestidad. Por el contrario, la tenían por muchacha de dudosa conducta sexual, no del todo exenta de prácticas de esta índole".

Comentando el Numeral 6 del artículo 363 en lo que refiere al abuso "de las condiciones de inferioridad personal del ofendido", dice el Dr. ANTONIO VICENTE ARENAS con toda razón:

"Para que pueda admitirse esta circunstancia que le da al homicidio intencional la calificación de asesinato, no basta acreditar que el estado de inferioridad existía materialmente. Es esencial, además, que el agente haya abusado de esta situación ventajosa para él y desventajosa para la víctima. Si el estado de inferioridad existía, pero por la naturaleza misma del delito o por otras razones el sujeto obró sin ánimo de sacar ventaja de la indefensión, no podrá hablarse de asesinato por este aspecto. La inferioridad debe existir, pues, objetiva y subjetivamente. La razón de la agravante está primordialmente en la peligrosidad que revela la persona que se aprovecha o abusa de la indefensión de otra persona para darle muerte. Lo anterior puede aclararse con algunos ejemplos. Si una persona se ve envuelta en una ríñ de las llamadas causales o imprevistas y dentro de ella le da muerte a un anciano que se había mezclado en la pelea, no podrá decirse que lo hizo abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido. La inferioridad existía objetivamente en la víctima, pero no subjetivamente en el victimario por cuya mente no pasó la idea de abusar o sacar ventaja de esta situación. Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad. Ed. Antares, Bogotá 1962, págs. 61 y 62.

Tanto Doctrina como Jurisprudencia han solucionado el problema que se presenta cuando la agravante existe objetivamente pero falta subjetivamente: en estos casos, no existe el elemento subjetivo respecto de la agravante: "no tuvieron estos sentenciados conciencia de acceder a una mujer virgen..." (Tribunal): "la inferioridad debe existir, pues objetiva y subjetivamente" (ARENAS).

15. EBERHARD SCHMIDHAUSER, a propósito del artículo 16 del Código Penal Alemán, distingue entre error negativo y error positivo. Con el primero designa la falta de una correcta representación en la comisión del hecho; con el segundo, designa la positiva representación de una realidad que no se da. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, J. C. B., Mohr, 2ª Ed. Tubingen, 1975, pág. 399.

Precisamente, el artículo 2 del Proyecto dice que "para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable". Sea que se entienda la culpabilidad como vínculo psicológico entre el autor y el hecho (Teoría Psicológica) o sea que se la entienda como el reproche que se lanza al sujeto por no haberse comportado conforme a los mandatos del derecho habiendo podido hacerlo (Teoría Normativa), sea que se la entienda en uno u otro sentido, la responsabilidad en los casos propuestos, debe ser menor, pues menor es la culpabilidad (16).

ALGUNAS SOLUCIONES DOCTRINARIAS Y LEGISLATIVAS

En el actual código italiano existe un artículo expreso según el cual "Las circunstancias que agravan o atenúan (o excluyen) la pena, se apreciarán respectivamente, a cargo o a favor del agente, aunque no sean conocidas por él o las considere inexistentes". "Si el agente considera por error que existen circunstancias agravantes o atenuantes, éstas no se apreciarán en contra o en favor de él".

Significa que en esta legislación las circunstancias agravantes o atenuantes se precian **objetivamente**, independientemente del estado anímico del sujeto. Algunas veces, para fundamentar el hecho de sancionar a un sujeto por hechos o circunstancias que no han estado comprendidas por la voluntad de realización, se ha remitido al principio de Responsabilidad Objetiva y otras, al *versari in re illicita*.

SILVIO RANIERI afirma que se trata "de una **excepción al principio que regula el elemento psicológico** en relación con los elementos constitutivos del delito, el cual no se ha considerado oportuno extenderlo a las circunstancias, por razones de política criminal, por no eludir las exigencias de una represión eficaz y por ser muy a menudo imposible o sobremanera difícil la prueba del conocimiento de la circunstancia" (17).

Empero, no vacila en calificar esta excepción de "muy grave" y "a veces excesiva". Es, pues, una clara excepción al principio de culpabilidad, excepción que la doctrina trata de mitigar. Así, el mismo autor citado, cuando trata de la atenuante de la provocación dice al hablar de la injusticia de la

16. CARRARA, solucionaba el problema con base en la "exclusión del dolo en orden a la mayor gravedad del delito". Así al tratar el problema de quien accede a una mujer honesta en la firme creencia de que era una meretriz: "El error invencible produce la completa exclusión del dolo, cuando en el pensamiento del agente, convirtió en un acto inocente aquél que, en realidad, era contrario a la ley. Y ese error debe producir la exclusión del dolo en orden a la mayor gravedad del delito, cuando en el pensamiento del agente hizo aparecer como delito más leve aquél que frente a la verdad, ignorada, por el agente, era una realidad más grave. El exceso no conocido ni previsto sólo sería imputable a título de culpa; pero si la culpa no es imputable en la violación carnal (y, en general, en los delitos sexuales), es preciso en el cálculo de la imputación y de la pena". (Programa de Derecho Criminal, Ed. Depalma Buenos Aires, 1945, Nota al párrafo 1532, pág. 258). Y en Nota al párrafo 331, había ya dicho: "cuando el error ha inducido al hombre a creer que no delinquía, o que delinquía menos, se debe juzgar su dolo según el estado de su inteligencia, y no según la verdad de las cosas consignadas u olvidadas por él en el momento de la acción".

17. SILVIO RANIERI, Manual de Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1975, Vol. pág. 33.

ofensa que ésta no es dable apreciarla sino teniendo en cuenta a su autor y en estas condiciones no puede reputarse injusto el hecho del enfermo o del infante, "cuando las condiciones síquicas o de edad de éstos sean conocidas por el culpable" (18). De donde se deduce que si esas condiciones síquicas o de edad no fueron conocidas por el agente, ello no es óbice para el reconocimiento de la atenuante. Y en este caso, sin embargo, al faltar esas condiciones en el ofensor, los presupuestos de la atenuante solo existirían en el mundo subjetivo.

ANTOLISEI dice: "dicho canon no es más que un residuo de los criterios toscamente objetivos en que se inspiraba la función punitiva en la época de los bárbaros, siendo, por ello, un auténtico anacronismo, al igual que cualquier aplicación de la responsabilidad objetiva, sin que pueda ponerse en duda que la evolución histórica del derecho conduce siempre de manera más concreta y perfecta a la actuación del gran principio "no hay pena sin culpabilidad", como hemos dicho anteriormente y conviene repetir aquí (19).

Existe sin embargo, otro artículo que no se refiere a circunstancias, sino al error sobre elementos estructurales. Nos referimos al artículo 47: "el error sobre el hecho que constituye el delito, excluye la punibilidad del agente. No obstante, si se trata de error determinado por culpa, la punibilidad no se excluye cuando está previsto por la ley como delito culposo". Y luego, en el párrafo segundo del mismo artículo se dice:

"El error sobre el hecho que constituye un determinado delito no excluye la punibilidad por un delito diverso".

Como puede verse, la responsabilidad no se excluye totalmente, sino que se desplaza para concretarse conforme a otro tipo.

Los autores italianos ponen como ejemplo, el delito de desacato, delito que exige para su existencia que el sujeto sepa la calidad de funcionario público de la persona contra quien se dirige la injuria. Empero, el hecho de que el sujeto no sepa que la persona contra la cual dirigía la ofensa era funcionario público (lo que descarta el delito de desacato), no excluye su responsabilidad por el delito de injuria, delito que no exige como elemento estructural la calidad de funcionario público en el ofendido (20).

Desde luego, enseña, SILVIO RANIERI, "es indispensable para que se de esta hipótesis, que el error recaiga sobre un elemento de hecho esencial para el delito de que se trata, pero no para el delito diverso, y que éste, por lo mismo, exista con todos sus elementos, no obstante el error del sujeto" (21).

18. RANIERI, op. cit. pág. 22.

19. FRANCISCO ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal, Uteha, Buenos Aires, 1960, pág. 302.

20. RANIERI, op. cit. Vol. I, págs. 407, 408; ANTOLISEI, op. cit. pág. 302.

21. Op. cit. Vol. I, pág. 407. Es interesante anotar que en nuestro ordenamiento se pueden presentar hipótesis como la que presenta el artículo 184, que consagra las violencias o amenazas contra un funcionario para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones. El artículo 31, de nuestro Código ("el

Conforme al artículo 47 Parágrafo Segundo del Código Penal Italiano ya citado, habría que solucionar el caso número 8 propuesto. Según la actual legislación colombiana, el sujeto no realizaría el tipo 397 sino la contravención señalada en el artículo 58 literal a), del Decreto 522 de 1971 (22).

El Código Penal Alemán regulaba el problema del error así: "Si alguien al ejecutar una acción punible no conocía la existencia de circunstancias pertenecientes al tipo legal, o que aumentan la punibilidad, no le son imputables estas circunstancias" (23).

Con base en este artículo se solucionaba en la doctrina y en la jurisprudencia alemana el problema del error sobre circunstancias que rebajan la pena. Una aplicación analógica se hacía aquí. MEZGER deduce la atenuante con apoyo en el principio básico que informa el transcrito artículo 59:

"Este pensamiento básico supone que el autor, en los casos en que desconozca la verdadera situación de hecho, ha de ser juzgado, no conforme a la situación real, sino con arreglo a la situación supuesta" (24).

En el mismo sentido se pronunciaba STRATENWERTH en comentario al antiguo código penal (25). También REINHART MAURACH quien no vacilaba en afirmar que el reconocimiento de la atenuante "se encuentra fuera de discusión en todos aquellos casos en los que las conminaciones penales parten, tal como resulta del propio texto legal, de determinadas tendencias y motivos" (26).

En el actual Código Penal Alemán, el problema ya no se deja librado a la aplicación analógica de las normas que regulan el error sobre elementos estructurales sino que se ha regulado expresamente. Dice así:

"Quien en la realización del hecho erróneamente supone una circunstancia que concretaría un tipo más benigno, sólo puede ser castigado por la realización dolosa de ese tipo más benigno" (27).

STRATENWERTH trae como ejemplo al comentar este artículo 16 el caso del sujeto que da muerte a otro determinado por la expresa y seria peti-

que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal") consagra el concurso ideal. Bien puede suceder que el funcionario público sea herido, por ejemplo, estando en un acto propio de sus funciones pero sea esta una situación desconocida por el sujeto activo del delito. En este caso, habría que juzgar al sujeto sólo por el delito de lesiones personales y no también por el delito contra funcionarios públicos: no hay dolo de tal tipo y por consiguiente no se puede imputar. Puede verse con gran claridad en este punto a LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Universidad de Antioquia, Medellín, Federico Estada Vélez Manual de Derecho Penal, Ed. Salesiana, Medellín.

22. En el mismo sentido puede verse a GIUSEPPE BETTIOL, Derecho Penal, Parte General, Ed. Temis, Bogotá, 1965, pág. 427.
23. StGB, 1871, art. 59.
24. EDMUNDO MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949. Vol. II, pág. 127.
25. GUNTER STRATENWERTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Carl Heymanns, Berlín, 1971, pág. 96.
26. REINHART MAURACH, Tratado de Derecho Penal, Ariel, Barcelona, 1962 Vol. I, pág. 338.
27. StGB, 1975, Art. 16, II Parte.

ción del sujeto pasivo. En el caso de un error sobre tal circunstancia, el sujeto responsable conforme al artículo 216 y no conforme al homicidio simple (28).

SCHONKE-SCHRODER en sus "Comentarios" ponen como ejemplo de la aplicación del artículo 16 Parte Segunda, el caso de la madre que yerra sobre el carácter "ilegítimo" de su hijo, en orden a la aplicación del artículo 217 del Código Penal Alemán. "Esto es consecuencia, dicen, del principio de culpabilidad según el cual el sujeto sólo puede ser castigado por las condiciones que fueron abarcadas por el dolo" (29).

Finalmente, para no abundar más, SCHMIDHAUSER alude al caso del error sobre el valor de la cosa hurtada en el caso del hurto famélico (30).

SUGERENCIAS PARA LA REFORMA

Nos parece recomendable la expresa regulación del error sobre circunstancias que de existir concretarían un tipo más benigno o una circunstancia atenuante. De lo contrario, nos parece muy difícil que la práctica solucione de manera racional y unitaria los problemas de este orden que se presenten.

28. GUNTER STRATENWERTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Carl Helmmanns, Segunda Edición, Köln, 1976, pág. 93.
29. ADOLF SCHONKE y HORST SCHRODER, Strafgesetzbuch - Kommentar, C. H. Beck, München, 1976, pág. 246.
30. EBERHARD SCHMIDHAUSER, op. cit. pág. 405. El artículo 430 de nuestro Código Penal consagra el "hurto famélico o necesario", lo que, según nuestra Doctrina es un verdadero estado de necesidad".

Según el artículo citado realiza el denominado "hurto famélico" el que ejecuta algún delito contra la propiedad competido por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia, y aparte de otros requisitos, exige la ley que el sujeto "se limite a tomar lo indispensable para remediarlas". Respecto al valor o suficiencia, puede haber error por parte del sujeto. Es interesante reseñar el siguiente caso: Z. Z. celador de las Empresas Públicas de Medellín permitió a N. N. que sacara 10 varillas metálicas de la empresa, para venderlas como chatarra, con el fin de que este último pudiera atender a sus necesidades de subsistencia, pues se encontraba en una calamitosa situación. Las varillas fueron valuadas, sin embargo, en 12.000 pesos. No obstante, le fue reconocido el artículo 431, atendiendo al valor que, en su situación le dió. Dijo así el juzgador: "Respecto de la tercera condición (se refiere al "siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas"), si miramos el valor venal o real de los bienes sustraídos, \$12 mil, habría que concluir que la sustracción fue excesiva. Más si se repara en las explicaciones del mismo acusado, según las cuales él no sabía el precio de los ángulos o con las que suministra el carretillero o la circunstancia o factor que llamó la atención de los agentes del procedimiento, que también inducen a pensar en igual sentido (T. T. dice entre otras cosas que por orden de N. N. las varillas o ángulos se iban a vender por los lados donde fueron sorprendidos por los agentes), hay que inferir y por el factor subjetivo la compactibilidad de la necesidad con el valor de lo sustraído. De ser así y haciendo un cálculo arbitrario de 3 kilos por varilla, las 10 en conjunto sumarían treinta kilos a \$ 3.50 el kilo arroja un total de un mil cincuenta pesos, cantidad exigua si se tiene en cuenta la desvalorización y el poco poder adquisitivo de nuestra moneda". Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín, auto de 14 de Enero de 1976, Dr. LAUREANO COLMENARES CAMARGO.

Esto, por cuanto en un país que ha estado dominado por el positivismo ferriano y en donde el estudio de la dogmática solo data de reciente fecha (31), en donde los más intrincados problemas se solucionan de manera fácil y rápida con el comodín de la "peligrosidad", mucho me temo que la solución quede librada a la sola intuición y buena voluntad de los jueces, con los evidentes peligros ello comporta.

Abogamos por una regulación expresa para evitar problemas en la práctica. Desde luego, si se concreta el principio de culpabilidad diciendo, por ejemplo, que "El sujeto debe ser penado según el grado de culpabilidad", la solución podría ser más fácil aún, de encontrar, a falta de una regulación expresa. Pero, insistimos, lo mejor es redactar un artículo claro después del artículo 44.

La fórmula que nos permitimos proponer es la siguiente:

"Quien al realizar el hecho obre con la convicción errada e invencible de que en su acción u omisión concurre alguna circunstancia que de existir concretaría un tipo más benigno o diere lugar a una atenuación de la responsabilidad, será penado conforme al tipo más benigno o le será reconocida la atenuante según el caso".

En este artículo quedarían comprendidos las diversas hipótesis que pudieran presentarse:

1. El error sobre circunstancias que si existieran concretarían un tipo especial más benigno. Aquí estarían los casos 1, 3*, 4, 5 y 8.

31. Nuestra dogmática no ha llegado aún a la mayoría de edad. La definición del delito como Acción Típica, Antijurídica y Culpable, comienza con BERNARDO GAITAN MAECHA, Elementos de Derecho Penal, Lerner, Bogotá, 1963. Con la obra del profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, Derecho Penal, Parte General, 1964, cristaliza el análisis de cada uno de sus elementos y la obra misma parte de la estructura del delito mencionada.

* 32. En el actual Código Penal puede presentarse también el problema del error sobre la edad de la víctima en los delitos de violencia carnal y corrupción de menores. Nuestro artículo 316 contempla como violencia carnal el acceso carnal con menor de 14 años. Y el artículo 326, consagra una modalidad de corrupción de menores cuando se corrompe a una mujer teniendo el acceso carnal aún con su consentimiento, pero exige que la mujer sea mayor de 14 años y menor de 16. Así, se ha planteado el caso de un sujeto que tiene el acceso carnal consentido con una mujer de 12 años pensando que tiene 15. Partiendo de la base de que el error del agente (en este caso, error sobre un elemento descriptivo - objetivo, edad) sea invencible, indudablemente debe absolverse por el delito de violencia carnal presuntiva pues dentro del contenido de su voluntad no estaba la minoría de edad, es decir, falta el aspecto subjetivo del tipo: error de tipo invencible que descarta el dolo de violencia carnal. Pero aquí se plantea el problema en relación con la existencia del delito de corrupción de menores. Existe el tipo subjetivo, pero falta el tipo objetivo. Se podrá aplicar el tipo 326 con su sola existencia subjetiva, es decir, únicamente a partir del contenido de voluntad del sujeto?

El Tribunal Superior de Medellín, sostuvo frente a este problema que "no se puede en este evento condenar por violencia carnal presuntiva porque falta el dolo propio, característico o especial de la misma, existiendo a lo sumo el dolo de un delito distinto (y en el mero dolo no es punible). Y tampoco puede expedirse condena por corrupción de menores, porque el tipo objetivo de esta especie legal se integra con una edad distinta a la que en realidad posee la víctima en el presente caso". Sentencia de 26 de Julio de 1976, Ponente Dr. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, Crónica Judicial, número 308, pág. 228). Se trata pues, según el Tribunal, de un caso de atipicidad. En la práctica y en la juris-

2. También comprenderían el error sobre circunstancias atenuantes propiamente tales. Así, los casos 2, 6, 7, 9 encontrarían una fácil solución.

La trascendencia inmensa que tiene el principio de culpabilidad puede percibirse aquí. Y en grado mayor, si se la concibe conforme a la teoría normativa: la culpabilidad es un reproche que se endilga al sindicado porque siendo imputable y conociendo o habiendo podido conocer la antijuridicidad de su acto, le era exigible un comportamiento conforme al derecho.

Y es que, en última instancia, el menor reproche es el fundamento de que se juzgue al sujeto de acuerdo al contenido de la voluntad conforme al cual obró.

Si un sujeto mata a otro con la firme convicción de que éste padece de una grave enfermedad o de que su muerte es inminente y con el fin de hacerla y poner así fin a sus graves padecimientos, si esa fue su finalidad, entonces el reproche que le alcanza debe ser menor que el que alcanza a quien lo hace sin esos concretos móviles. O como dijera CARRARA, aquí existe una "degradante de la imputación y minorante de la fuerza moral subjetiva del maleficio" (33).

Cuando existe un error de tipo, cuando el sujeto cree realizar una acción inocente pero en realidad causa daño, ese daño está ausente de su conciencia y voluntad, pues en realidad, quien no sabe lo que hace tampoco puede saber que obra antijurídicamente. Por la misma razón también, si existen unos motivos que impulsan a obrar que si bien no justifican al menos si rebajan la responsabilidad, es a este estado anímico al que hay que atender. La ley da relevancia a determinados motivos y circunstancias para disminuir la responsabilidad a pesar de que el movimiento muscular sea el mismo (fuerza física subjetiva) y también el daño inmediato (fuerza física objetiva), esto es, a

prudencia argentina, también se presenta el problema. Aquí hay varias posiciones al respecto: a. Existencia del delito de violación; b. Tipicidad del delito de violación impropia, pero aplicación de la sanción consagrada por el delito de estupro; c. Atipicidad de la conducta; d. Concreción del tipo de estupro. Sobre este particular, puede verse en la revista Doctrina Penal N° 2 Abril - Junio de 1978. Buenos Aires, págs. 335 a 380, interesantísimos comentarios de MARCELO A. SANCINETTI a la jurisprudencia argentina en esta concreta materia: "Estupro y Estupro impropio ("Violación"). Un caso polémico de error sobre la edad de la víctima", titula el artículo al cual hacemos referencia.

33. Op. cit. parágrafo 1533, pág. 259. Enseguida afirma: "Es un principio inconcusso del derecho penal el de que el error de hecho, cuando es esencial, actúa sobre el grado de la imputación hasta el punto de eliminarla si fue invencible, y de aminorarla si fue vencible. Y también es constante la aplicación que de tal principio se hace en la escuela y en la práctica, no sólo en el caso en que el individuo que actuó por error creyó realizar una cosa inocente, sino también en aquél en que creyó cometer un delito menos grave. Por ello, el matador del padre no incurre en la agravación de parricidio si creyó que mataba a una persona extraña; lo mismo ocurre respecto de quien se apoderó de una cosa sagrada sin saber que lo era, o de quién yació con una mujer casada creyéndola soltera, o con una mujer consagrada a Dios no conociendo su voto; y cualquier individuo que se encuentre en circunstancias semejantes se beneficia por su error de hecho, no para evadir toda responsabilidad (ya que siempre incurrió concientemente en una cosa ilícita), sino a los fines de responder sólo por el delito que el creía cometer y no también por la agravante en que incurrió sin saberlo". Op. cit. pág. 259.

pesar de que desde el punto de vista material nada cambie, como tampoco cambian las cosas desde el punto de vista material cuando se trata de una causal de inculpabilidad. Si pues, esto pasa, es porque está dando prevalencia al aspecto subjetivo. Se juzga al individuo no en términos de dañosidad objetiva, sino en función de su culpabilidad. Es una consecuencia lógica del principio de culpabilidad: es un alejamiento del Derecho Penal objetivista.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA

ARTICULO 163 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. APELACION DEL AUTO QUE NIEGA SU APLICACION. EFECTO DEVOLUTIVO.

Aun cuando el artículo 196 del C. de P. Penal menciona el auto de que trata el artículo 163 entre aquellos que son apelables en el efecto **suspensivo**, ha de entenderse que sólo alude a la eventualidad de que la petición sea resuelta de manera **positiva**. El auto en virtud del cual no se accede a dar aplicación al art. 163 es apelable en el efecto devolutivo. De lo contrario, bastaría con que cualquier apoderado en el curso del sumario pidiera la aplicación de tal artículo con el fin inequívoco de apelar la providencia que la negara y paralizar así el proceso introduciendo un grave factor de perturbación para la marcha de la administración de justicia.

DR. VICTOR LEON MENDOZA

Procedente del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, ha llegado al Despacho de la Sala el sumario seguido contra N.N. por Hurto Continuado. Viene en apelación interpuesta por el apoderado de los sindicados, contra la providencia de 19 de septiembre del corriente año, en virtud