

¿EL INCISO FINAL DEL ART. 40 DEL C. P. SE REFIERE TANTO AL ERROR DE TIPO COMO AL ERROR DE PROHIBICIÓN?*

Doctor FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Medellín

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A manera de interrogante, se nos plantea si el art. 40, en su inciso final, se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición. Semejante cuestionamiento supone, como es apenas lógico, partir de la estructura gramatical de la disposición legal.

Pues bien, el Código Penal consagra como causales de inculpabilidad, en su capítulo VI intitulado *De la culpabilidad*, art. 40, ordinales 3° y 4°, las siguientes:

“...3°) Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación.

“4°) Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

“Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo”.

Apegados al texto, como puede verse, encontramos que allí no se habla de la moderna división entre error de tipo y error de prohibición; quienes han implementado tal nomenclatura son los doctrinantes colombianos. La disposición solo habla de “realizar” el hecho, o de “obrar” con “*la convicción errada e invencible*”; únicamente el discutido inciso final habla de “error”. Ninguna otra disposición del Código hace alusión a la problemática, a no ser el mismo art. 10, norma rectora de la ley penal colombiana, según la cual “la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las *excepciones* consignadas en ella”; otro tanto ocurre con la norma vertida en el art. 5°, consagratoria del “principio de culpabilidad”, si es que extraemos las consecuencias que su asunción supone y recordamos que “proscribe” la responsabilidad objetiva.

* Conferencia pronunciada por el autor en la ciudad de Neiva el día 10 de diciembre de 1982. por invitación que le formulara el Colegio de Abogados Penalistas del Huila.

Si nos apegásemos únicamente al texto legal, tendríamos que concluir, entonces, que el problema propuesto se encuentra mal formulado, pues desde tal perspectiva lo correcto hubiese sido plantear si el inciso final (que tampoco está claro si es el final del art. 40 o del ordinal 4º) se refiere a la *convicción errada* a que aluden los dos ordinales. Ahora bien, si el problema se plantea desde otra perspectiva, tal vez pueda hallarse una visión bien distinta y concluir, como lo hago yo, que el problema ha sido muy bien formulado.

Con lo anterior, hemos logrado precisar un primer obstáculo: el propio texto legal. Y es un obstáculo, si se tiene en cuenta su redacción imprecisa; no otra cosa se puede decir si se piensa que la locución "convicción errada e invencible" es de por sí muy problemática: sin ningún asomo de duda podría uno preguntarse: ¿cómo es que se puede tener la *convicción* de que se está *errado* si justamente se está *errado*?

Pero a más de estas dificultades, encontramos otras, no precisamente exegeticas:

Si el legislador, como dice la doctrina, consagró el error de tipo y el error de prohibición en el art. 40, ¿por qué ambos descartan la culpabilidad? ¿No es acaso cierto que tal división exige que se descarte el tipo en el caso del error de tipo y la culpabilidad en el error de prohibición que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad? Y si aceptamos que están allí consagradas las dos clases de error, ¿por qué el de prohibición solo se agota en una de sus formas? ¿Qué hacer con las otras formas de error de prohibición? ¿No violenta la escisión error de tipo-prohibición el contenido del art. 10 del C. P.? Y si ha sido consagrado vehementemente el principio de culpabilidad ¿no será una impropiedad la consagración del principio de conocimiento de la ley en el art. 10?

Estos y muchos otros interrogantes son los que acuden cuando se trata de solucionar un problema como el que se nos ha propuesto. Pero, claro está, el problema planteado y los interrogantes que le suceden, no se pueden solucionar si previamente no se ha adoptado una posición clara frente a la legislación penal. Es que no podemos dar una solución correcta a los problemas que nos plantea la teoría del error en el actual estatuto, si previamente no hemos clarificado cuál es la estructura del delito que acoge.

Por ello procederemos, luego de examinar la posición de nuestra doctrina al respecto, a bosquejar los rasgos de la estructura del delito que consideramos más viable y terminaremos sosteniendo la moderna división del error, a la luz de la llamada "teoría de la culpabilidad" (*Schuldtheorie*).

Dadas así las cosas, nos permitimos adelantar nuestra respuesta: el art. 40 refiere el inciso segundo del ordinal 4º solo al error de tipo. El cómo y el por qué serán el objeto de la exposición que a continuación desarrollamos.

II. CONSIDERACIONES DE LA ACTUAL DOCTRINA COLOMBIANA EN ESTA MATERIA

Los autores colombianos que han escrito sobre el tema confluyen por distintos caminos en una de las teorías sobre el error: la teoría del dolo (*Vorsatztheorie*); sin embargo, antes de iniciar su desarrollo, es de suma importancia

reseñar los proyectos de Código Penal, para enterarnos de los propósitos del legislador histórico.

A) La regulación del error en los proyectos de Código Penal

En el anteproyecto de 1974 (A-74) encontramos en el art. 49, como causales de inculpabilidad, el error sobre las causales de justificación en el ordinal 3º (No es culpable... Quien realizare el hecho legalmente descrito en la creencia errada e invencible de que está justificado); y en el 4º el error de tipo (...Quien obra en la creencia errada e invencible de que no concurre en su conducta alguna de las exigencias necesarias para que el hecho exista según su descripción legal. Si el error proviene de culpa el hecho será punible cuando la ley lo considere como culposo).

En el art. 50 se reguló como causal de inculpabilidad la ignorancia de la ley en materia de contravenciones, siempre y cuando "...dependa de fuerza mayor..."; y se repitió el art. 14 del Código de 1936 sobre el error accidental (art. 51), lo que sobraba, si se tiene en cuenta que tales hipótesis caben en el error de tipo. Aparecía, asimismo, en el art. 11, como principio rector de la ley penal colombiana, el principio de conocimiento¹.

Como se desprende de las actas, se descartó la consagración de otras formas de error de prohibición, pues, según GAITÁN MAHECHA, era "inconveniente establecer una norma sobre error de prohibición, porque se traduce, a mi modo de ver, en un problema de ignorancia de la ley, especialmente por la dificultad que existe para diferenciar en la práctica el error de la ignorancia"².

Distinto fue el parecer de ROMERO SOTO, para quien era evidente que debía regularse el fenómeno, pues:

"...es un hecho incontrovertible que quien ignora la ley, está en una situación subjetiva que, al menos en abstracto, es de la más auténtica inculpabilidad... es un error como cualquier otro, aunque existan necesidades políticas que no permiten que se pueda alegar en toda su amplitud"³.

El comisionado REYES, por su parte, se pronunciaba por lo que calificó como una "fórmula intermedia", arguyendo que resultaba muy difícil encontrar argumentos para variar las cosas, e insinuando una fórmula sustancialmente idéntica a la del viejo art. 23 que solo excepcionaba en materia de contravenciones⁴; la posición de este comisionado se explica, pues desde entonces ha venido sosteniendo que los casos de *ignorantia legis* constituyen un error sobre la existencia misma del tipo inculminador:

¹ Cfr. *Actas del nuevo Código Penal*, Parte general, vol. 1, Bogotá, Ediciones Pequeño Foro, 1980, pág. 389. Publicación dirigida por Luis Carlos Giraldo M.

² Ídem, pág. 323.

³ Íbidem, pág. 322.

⁴ Ob. cit., págs. 323 y 324.

"Si existe un error invencible sobre uno de los elementos necesarios para la estructuración o integración del tipo legal, la conducta es inculpable, y si ese error se extiende a todos los elementos que integran ese mismo tipo, también, naturalmente, se excluye la culpabilidad"⁵.

Con lo anterior queda, entonces, claro que la Comisión no acogió el error de prohibición directo como causal de inculpabilidad; y algo que es de importancia: el error de prohibición indirecto (que recae sobre las causas de justificación) fue recogido solo en cuanto se presentara con las características de invencibilidad, pues el inciso de la culpa (si se me permite la expresión), solo comprendía el error de tipo; no otra cosa se puede deducir luego de leer la ponencia de GAITÁN MAHECHA y las discusiones por ella suscitadas⁶.

En estas condiciones, la norma pasó a través del tamiz de otra Comisión (la de 1976, cuyo proyecto no fue tenido en cuenta para la redacción definitiva) hasta la del 78, que sirvió, con el anteproyecto de 1974, para la formulación del proyecto definitivo.

En el proyecto de 1978 encontramos una norma sustancialmente idéntica en los arts. 44, 45 y 46, en lo que toca a la ignorancia de la ley en materia de contravenciones y al "error accidental"; de otra parte, el principio de "conocimiento de la ley" seguía incrustado en el art. 7°. Lo único novedoso en este proyecto es que ya no se habla como en el A-74 de "creencia" sino de "convicción errada".

Finalmente, la Comisión del año 1979, partiendo del A-74 y del P-78, no varió sustancialmente las cosas en este campo, limitándose solo a darle algunos retoques al que sería art. 42 del proyecto final, destacándose la expresa referencia, en lo que toca con el reproche a título de culpa, para el error de tipo vencible. Para que no quede lugar a dudas, transcribimos lo que dijo ESTRADA VÉLEZ, presidente de aquella Comisión:

"Mi propuesta está basada sobre el texto del proyecto final con la supresión en el ordinal 3° de la expresión «prevista en la ley» y el cambio del segundo inciso del ordinal 4° por los siguientes términos: «si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo»"⁷.

Queda entonces algo claro: si nos atenemos al pensamiento de las diversas comisiones que intervinieron en la redacción del Código, el inciso en discusión en la actual doctrina se refería solo al error de tipo y no al error de prohibición indirecto; era el inciso segundo del ordinal 4°.

B) *El nuevo Código Penal y la doctrina colombiana*

Antes que se planteara el problema del error de prohibición vencible en el nuevo Código Penal —es bueno destacarlo—, ya un autor había llamado

⁵ Ob. cit., pág. 324.

⁶ Ob. cit., pág. 326.

⁷ Ob. cit., pág. 551.

la atención sobre el mismo con respecto al P-76, cuestionamientos también válidos para el P-78 y por ende para el C. P. de 1980. Nos referimos a AGUDELO BETANCUR, quien en 1978 planteó tres alternativas de solución frente al error indirecto de prohibición vencible:

"1°) Condenar por delito doloso, aunque falte la conciencia actual (debió decir potencial) de la antijuridicidad, e imputar la pena correspondiente a la responsabilidad total.

"2°) Absolver, por el delito doloso, pero condenar por delito culposo (la denominada «culpa de derecho»), cuando esté expresamente previsto.

"3°) Condenar por delito doloso (si para la existencia del dolo solo se exige el conocer y querer la realización del hecho, sin que implique la conciencia de la antijuridicidad) pero atenuar la sanción por ser de todas formas menor el reproche por faltar la conciencia actual (debió decir potencial) de la antijuridicidad"⁸.

De las tres alternativas descarta el autor la primera de ellas, pues supondría "plena responsabilidad, aun sin plena conciencia de la antijuridicidad, lo que no parece aceptable, pues habría un tratamiento igualmente represivo ante comportamientos diferentes"⁹.

En cuanto a la segunda, la considera también insostenible, pues reporta graves peligros desde el punto de vista político-criminal: "al ciudadano, por tanto, le es exigible que obre solo cuando esté convencido de que no obra ilícitamente y que se abstenga no solo cuando sabe que está obrando mal, sino también cuando tiene la duda de si su obrar es ilícito o no, cuando no está seguro de su obrar está bien. Es la denominada Ética de responsabilidad, frente a la denominada Ética de conocimiento"¹⁰. Esta alternativa supone también otra dificultad: sería reconocer la existencia de culpa allí donde no la hay.

Se pronuncia, entonces, por la tercera solución, motivo por el cual sugirió que se reformara la norma incluyendo de manera expresa la atenuante.

A partir de este hito, la doctrina colombiana empezó a discurrir por la segunda de las alternativas, no solo la más peligrosa sino la más inconsistente; lo que no hubiera ocurrido si en su momento se hubiese atendido por el legislador este primer clamor, el mismo que ahora recogemos y que nos mueve a proponer una solución por vía de interpretación.

En primera instancia, REYES ha dicho —repetiendo lo afirmado diez años atrás— que el caso clásico de error de prohibición directo, la *ignorantia legis*, ha de tratarse como un caso de error sobre la existencia misma del tipo inculpativo, pues expresamente está consagrada como excepción al art. 10 en el

⁸ NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "Diversos contenidos de la estructura del delito", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1, Medellín, 1978, pág. 22.

⁹ *Ibidem*, pág. cit.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 24.

ordinal 4° del art. 40¹¹; de otro lado, extiende, sin que se sepan los argumentos, la regulación del error de tipo vencible al error sobre las causales de justificación y empieza a hablar del "inciso final del artículo 40", cuando lo cierto es que ESTRADA VÉLEZ hablaba del inciso 2° del ordinal 4°, lo cual supone algo completamente distinto¹².

Ahora bien, con respecto a esta posición ya nos hemos pronunciado en otro lugar¹³, donde sostuvimos que desdibuja totalmente la distinción moderna error de tipo-prohibición, pues, o bien no ubica algunas hipótesis de error de prohibición directo, o las ubica como error de tipo. En efecto: el error indirecto de prohibición lo ubica como tal en el art. 40-3; los casos de *ignorantia legis* (una de las formas de error de prohibición directo) como error de tipo, olvidando además que el agente puede incurrir en error directo de prohibición cuando, a pesar de conocer la norma prohibitiva, la considera no vigente o la interpreta equivocadamente y por ello la reputa no aplicable, formas de error que no ha tenido en cuenta la doctrina colombiana actual.

Si algo se echa de ver en tal tesis, es la ausencia de criterio sistemático alguno; de ser consecuentes con ella no cabría hacer la distinción error de tipo-prohibición frente a nuestro C. P. Es que los diversos tipos de error reciben el mismo tratamiento y las consecuencias que se siguen de uno y otro son las mismas: si el error es *invencible* no hay culpabilidad; si es *vencible*, se reprocha a título de culpa si existe el respectivo título culposo. Pero como solo se sancionan a título de culpa unos pocos casos (C. P., arts. 137, 180, 199, 329, 340 y C. de Co., art. 2000, entre otros), se abre una verdadera compuerta a la impunidad, pues serán muchos los casos en que al agente no se le podrá

¹¹ La clasificación del error de prohibición en *directo* (*direkter Verbotsirrtum*) e *indirecto* (*indirekter Verbotsirrtum*) es hoy frecuentemente invocada en Alemania. Sin embargo, nada se opone a la utilización de la clasificación de MAURACH, quien prefiere hablar de error *abstracto* o *concreto* (cfr. REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, pág. 152).

Según JESCHECK, el error *directo* surge de que el autor no conoce en cuanto tal la norma punitiva que se refiere directamente al hecho, tomando por lícita la acción, y ello puede obedecer: a) a que el autor no conozca la norma prohibitiva; b) a que aun conociéndola la considere no vigente; c) a que la interprete equivocadamente y, por ello, la reputa no aplicable. El error *indirecto*, en cambio, puede surgir de dos eventos: a) del hecho de que el autor, conociendo perfectamente la prohibición en cuanto tal, crea en el caso concreto, por error, que concurre una norma justificante por desconocer los límites jurídicos de una causa de justificación admitida; b) o porque supone en su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico. El profesor JESCHECK excluye de esta clasificación el error sobre circunstancias que, de concurrir, darían lugar a una causa de justificación reconocida (error de tipo permisivo), por considerarlo un error *sui generis*, que es al mismo tiempo error de tipo y error de prohibición indirecto (cfr. HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, págs. 627 y 633).

Sostienen también la clasificación del error en directo e indirecto: EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2ª ed., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1975, págs. 439 (10/95-96) y 421 (10/68-70). JOHANNES WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Heidelberg-Karlsruhe, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1981, pág. 105.

¹² ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 7ª ed., Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1980, págs. 348 y 349. De igual forma, aunque con amplia fundamentación: *La culpabilidad*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1982, págs. 207 y 220.

¹³ FERNANDO VELÁSQUEZ V., "Bibliografía", *Nuevo Foro Penal*, núm. 15, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 899 y ss.

exigir un mínimo de cuidado, una mínima previsión en tratándose de error de prohibición vencible.

En las anteriores circunstancias, sería mejor sostener que el C. P. solo consagra la *convicción errada* como causal de inculpabilidad, sea vencible o invencible, salvo que siendo vencible exista el correspondiente tipo culposo, evento en el cual se reprocha el comportamiento al agente a título de culpa. Pero la tesis de REYES envuelve algo más, es inventarse algo que la ley no ha consagrado: decir que el inciso 2° del ordinal 4° es el inciso final del art. 40; con ello, se inventa el expositor una "culpa de derecho" que el ordenamiento no consagra para el error de prohibición indirecto vencible; está bien que para el error de tipo se diga que "si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo" (art. 40, inc. 2° del ord. 4°), pero no está bien que tal afirmación se haga en materia de error de prohibición vencible, pues se trasforma en culposo un comportamiento reprochable a título de dolo¹⁴.

Estos planteamientos los ha recogido, también, LONDOÑO BERRÍO, aunque con algunas variantes: la única forma de error de prohibición directo que tiene en cuenta es la *ignorantia legis*, que ubica por vía interpretativa en el art. 40-3 (no en el art. 40-4 como REYES); como error de prohibición que es, esto supone compartir las censuras que el comisionado ha formulado al art. 10, en el sentido de que es una mera ficción o una presunción que violenta el principio de culpabilidad, consagrado no solo por el art. 5° del C. P. sino por el art. 14 de la ley 74 de 1968, o ley nacional de la *Declaración de los Derechos Humanos*; cuando el error de prohibición es vencible, extiende a él el ord. 4° inciso segundo, reprochando al agente a título de culpa su conducta, siempre y cuando exista el correspondiente tipo culposo.

Como él mismo lo anota, entre su postura y la del comisionado hay muy pocas diferencias de tipo teórico y no implica "diferencias de orden práctico, pues en ambos supuestos, cuando la ignorancia de la ley penal es *inevitable*, hay inculpabilidad, y por ende, no hay pena"¹⁵. Rechaza además las soluciones de tipo sistemático, pues, según él, se ven desplazadas a un segundo plano las consideraciones de política criminal, consideraciones que no tiene en cuenta a la hora de evaluar su posición en materia de error de prohibición vencible, sin que tampoco quede claro si se afilia a la versión estricta o limitada de la teoría del dolo, pues termina postulando una extraña "culpa de derecho" ajena a nuestra tradición jurídica¹⁶.

¹⁴ Reproche atenuado como exigencia del principio de culpabilidad. Hablando de la transformación anotada, ha dicho con razón WELZEL lo siguiente: "Esta transformación del desconocimiento reprochable de una realización típica antijurídica en una comisión culposa, es *equivoca desde un punto de vista material* y conduce a vacíos inadmisibles en la punibilidad" (HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1976, pág. 228).

¹⁵ HERNANDO LONDOÑO BERRÍO, *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 134.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 105 y 134. Grave se nos hace que de plano se rechacen las consideraciones de tipo sistemático, y más grave aún cuando no se ha interpretado en su cabal sentido lo que

ESTRADA VÉLEZ, por su parte, se contenta con transcribir *in extenso* las consideraciones de REYES, pero poniendo de manifiesto que la *ignorantia legis* no es, ni puede ser nunca, un error de tipo; que dichos eventos son punibles frente al Código Penal. Además, olvidando lo que había sostenido en el seno de la Comisión redactora del año 79 —que ya transcribimos—, habla ahora del “inciso del artículo 40” y termina sosteniendo que debe extenderse al error de prohibición vencible del art. 40-3:

“El error (tipo o de prohibición) elimina la culpabilidad cuando es invencible. Cuando es derivado de culpa extingue el dolo, pero deja subsistir la culpa, siempre que el hecho esté previsto culposamente”¹⁷.

La posición de REYES es también recogida por PÉREZ, aunque incurriendo en la equivocación de confundir error de hecho con error de tipo, y error de derecho con error de prohibición¹⁸.

ARENAS, con un punto de vista más o menos similar a los anteriores, parece identificarse con ESTRADA VÉLEZ¹⁹.

En último término, nos queda por examinar el criterio que al respecto sostiene FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, el cual se puede sintetizar como sigue:

a) Ambos errores (de tipo y de prohibición) excluyen el tipo, cuyo aspecto subjetivo está conformado por la culpabilidad.

b) El inciso objeto de discusión solo se refiere al error de tipo (art. 40-4).

c) No ve inconveniente en ubicar lo que para él es error abstracto de prohibición como error de tipo, al estilo de REYES; o bien, como error de prohibición concreto, al estilo de LONDOÑO BERRÍO (art. 40-4, en el primer caso ó 40-3 en el segundo), acudiendo a la interpretación que llama “extensiva”.

d) El error de prohibición vencible no se debe castigar en ningún caso, pues la ley no prevé para él pena de modo expreso.

e) Se pronuncia por la teoría del dolo, ubicando el dolo con conciencia de la antijuridicidad en el tipo subjetivo (culpabilidad).

dice el español MUÑOZ CONDE, quien no acolita tal posición. En efecto, una cosa es que se critique la remisión al sistema como único recurso y se dé entrada a la política criminal, como propone el mismo ROXIN, y otra cosa muy distinta es que no se le dé importancia al sistema. Para que quede claro lo que dice el autor hispano, lo transcribimos seguidamente:

“No cabe duda de que se ha exagerado la importancia del sistema en la solución de los problemas jurídicopenales, pero tampoco cabe duda de que es imprescindible para dar un mínimo de seguridad y uniformidad a dichas soluciones. Por eso, porque el sistema es imprescindible, debe seguir manteniéndose, pero también tiene, al mismo tiempo, que corregirse en sus excesos y en sus falsos planteamientos” (FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 178). Afirmación esta bien distinta a la que hace el autor que aquí criticamos, en la pág. 139 de su trabajo.

¹⁷ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, pág. 360.

¹⁸ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 313 y ss.

¹⁹ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 437.

f) Termina sosteniendo que si bien “...el citado numeral 3° se refiere privativamente al error sobre las causas de justificación (existencia, supuesto y límites), el numeral 4° necesariamente tiene que abarcar las demás posibilidades de error relevante, y por tanto en él quedan englobadas todas las modalidades del error disculpante, sea este de tipo o de prohibición, de hecho o de derecho”²⁰.

Con respecto a esta tesis, cabe decir lo siguiente: la ubicación de la *ignorantia legis* como error de tipo, suscita, al igual que en REYES, las mismas críticas; bien ha dicho ESTRADA VÉLEZ que “no puede ser jamás error de tipo”²¹; lo que hay que entender es que la posición de REYES encuadra perfectamente en la particular estructura de este autor, quien parte del concepto de tipo total, o, mejor, “tipo de delito”, al estilo de GALLAS y con reminiscencia de la teoría de BELING²².

Asimismo, la tesis según la cual el error de prohibición vencible (que recae sobre las causales de justificación o concreto) no se debe castigar en ningún caso, deja abiertas las puertas a innumerables vacíos de punibilidad.

Hay que concluir, también, que este autor termina desdibujando la moderna división del error, pues no se respetan en sus planteamientos los fundamentos de la misma. Ello se ve más claro cuando ambos errores descartan el tipo penal, siguiendo la teoría del dolo; bastaría, siendo consecuentes con este esquema, hablar únicamente de error de tipo (todas las formas de error descartan el tipo) y eliminar la moderna distinción de una vez por todas.

Hasta aquí hemos reseñado el panorama que ofrece nuestra doctrina en esta materia, en la cual los diversos matices terminan concluyendo en la *teoría del dolo* y desdibujando, de manera paradójica, la clasificación de la que parten. Nosotros, por nuestra parte, trataremos de darle una salida diferente al problema, partiendo de otra postura dogmática, de conformidad con la cual la posición que se adopte en la teoría del error debe ser consecuencia de la estructura del delito que se sostenga.

III. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL Y LA TEORÍA DEL ERROR

Decir que el C. P. se ha afiliado a la concepción dogmática del delito, es una afirmación que apenas si requiere de justificación; basta con leer el art. 2° para darnos cuenta que define el hecho punible como acción típica, antijurídica y culpable. Por ello se nos hace indiscutible que hay necesidad de partir de las elaboraciones dogmáticas que, como se sabe, son en gran parte elaboración del pensamiento alemán. Para solucionar de una manera sistemática y coherente

²⁰ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 300, 332, 362, 363 y 462.

²¹ Ob. cit., pág. 358.

²² Amplia exposición de esta teoría en WILHELM GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Ed. Bosch, 1959, págs. 27 y ss.

los problemas que nos plantea el estatuto, hemos de partir, pues, de tales desarrollos, sin olvidar, claro está, las elaboraciones provenientes de la política criminal. De allí que si nuestra doctrina no quiere arar en terreno estéril, tiene ineludiblemente que discurrir por estos senderos, por los que de hecho ha venido trajinando hace unos veinte años.

Al plantear el problema que nos ocupa, ya habíamos dicho cómo la teoría del error pendía de la estructura del delito que se defendiera; pues bien, eso es lo que nos proponemos mostrar seguidamente.

Con este planteamiento, queremos apartarnos, en primer término, de las construcciones sistemáticas defendidas en nuestro medio. En primer lugar, del esquema cerradamente causalista, que se ha venido sosteniendo desde GAITÁN MAHECHA, que al ser perfeccionado por REYES y ROMERO SOTO, ha sido defendido por ESTRADA VÉLEZ y últimamente por PÉREZ; nos parece que este esquema ha sido ampliamente superado por los desarrollos más recientes de la dogmática juridicopenal, por lo cual continuar defendiéndolo es un contrasentido, pues si algo se saca en claro de los postulados defendidos por la actual legislación, es que debemos nutrirnos de los modernos desarrollos, para poder interpretar cabalmente el estatuto punitivo.

En segundo lugar, nos distanciamos de un esquema muy peculiar que empieza a hacer carrera entre nosotros, como es el que ha formulado FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Se trata, a no dudarlo, de un esfuerzo sistemático sin precedentes en nuestro medio; de una tentativa seria de dotar al derecho penal colombiano de una teoría propia, de cara a nuestra realidad. Nos apartamos de este esquema, pues consideramos posible discurrir por otros senderos, que ha demarcado la dogmática alemana más reciente, cuyo desarrollo ha llegado a una etapa de definiciones, propiciadas por la reciente reforma penal, para dar paso a las elaboraciones de política criminal.

Desde esta posición deseamos continuar la línea de pensamiento trazada por AGUDELO BETANCUR, quien, en muy buena hora, ha llamado la atención sobre estos nuevos desarrollos, propiciando que nuevos vientos refresquen el andamiaje tradicional del derecho penal colombiano, en aras de una polémica más fructífera.

A) Bases para una nueva estructura del delito a la luz del Código Penal

Se ha venido sosteniendo entre nosotros, de manera reiterada, que el Código Penal se ha afiliado a una determinada tendencia, que ha tomado partido por una de las corrientes dogmáticas: la causalista. Ello ha permitido que la doctrina y la jurisprudencia se aglutinen en torno a la posición que nos atrevemos a calificar como de "matrícula". Esta corriente matriculista, o teoría de la matrícula, nos parece contraproducente: bien es sabido que cuando se trata de comentar un estatuto penal (o de cualquier orden), la doctrina y la jurisprudencia, en uso del *instrumento de la interpretación*, terminan acomodando la ley a las teorías que se quieren sostener, y muchas veces el

legislador histórico termina aceptando postulados o teorías que en su momento no estaban en boga; ello es explicable, reiteramos, por el uso del instrumento de la interpretación, que hace ciertas aquellas palabras según las cuales "la interpretación es la vida del derecho"²³.

Ahora bien, examinando nuestro estatuto penal, encontramos que el caballo de batalla de la "teoría de la matrícula", es el art. 35, pues se piensa que tal disposición ha consagrado el dolo, la culpa y la preterintención como *formas de culpabilidad*, lo que hace imposible pensar en otras construcciones que no sean las causalistas.

Este razonamiento nos parece contraproducente, pues conduce a la conclusión de que el legislador histórico le ha cerrado las puertas a la doctrina y a la jurisprudencia; tal conclusión, como es apenas obvio, no se puede sostener seriamente: sería impedir el desarrollo y la evolución de la doctrina y la jurisprudencia, sería desterrar la interpretación como herramienta jurídica, para dar paso a las "interpretaciones oficiales". Si ello fuera así, nuestra tarea, como la del juez, se reduciría a la de espectadores mudos cruzados de brazos; tal vez no estaríamos discurriendo por caminos por los que hoy lo hacemos²⁴.

Un ejemplo cabal, que evidencia el carácter inconsistente de la "teoría de la matrícula", nos lo presenta la dogmática alemana: los dogmáticos alemanes han trabajado durante más de cien años con un Código Penal anticuado (data de 1871); sin embargo, la herramienta legal no fue obstáculo para el progreso de la dogmática de aquel país, antes por el contrario, una doctrina atrevida logró remover las bases del antiguo estatuto y la jurisprudencia la secundó en tal cometido. Ello permitió, por ejemplo, para sustentar el caso que nos ocupa, que se elaborara la distinción error de tipo-prohibición, cuando lo cierto era que solo se contaba con una disposición que daba pie para la clasificación romana error de hecho-derecho, la cual primó durante centenares de años. Un esfuerzo interpretativo permitió que el antiguo § 59²⁵ fuese en-

²³ Al respecto ha dicho LARENZ, que la ley "interviene en relaciones de vida diversas y cambiantes que el legislador no podía tenerlas todas a la vista; ella responde a preguntas que el legislador aún no se había planteado. Con el paso del tiempo, la ley consigue así, más y más, en cierto modo una vida propia y, de este modo, se aleja de las ideas de sus autores" (KARI LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona-Caracas-México, Ed. Ariel, 1980, pág. 313).

²⁴ El panorama que hoy vive el derecho penal en Colombia, nos hace rememorar la situación que se originó con la expedición del Código bávaro de 26 de mayo de 1813 —el primer Código liberal— que condujo al gobierno bávaro a prohibir los comentarios al Código Penal (19 de octubre de 1813), "cuya necesidad creyó poder obviarse por medio de la publicación de un comentario oficial en tres volúmenes" (cfr. SEBASTIÁN MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Ed. Ariel, 1976, pág. 200). Y nos recuerda mucho esta paradójica situación, pues la *teoría de la matrícula*, no puede plantearnos otra alternativa distinta que los "comentarios oficiales".

²⁵ El texto referido dice: "a quien, en la comisión de una acción punible, desconocía la presencia de circunstancias pertenecientes al tipo legal o agravantes de la penalidad, no le son atribuíbles estas circunstancias".

"En el caso de castigo de acciones cometidas culposamente, esta disposición solo se aplicará si la ignorancia no se debe a culpa" (SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 17ª ed., München, C.H. Beck, 1974, pág. 499).

tendido por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal) de una manera muy distinta, en su trascendental decisión de marzo 18 de 1952, con lo cual el más alto tribunal alemán recogió los clamores de la doctrina, dirigidos desde años atrás hacia la nueva concepción del error.

Este ejemplo nos mueve a pensar que nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia pueden cumplir el mismo papel, sobre todo en este momento en que se hacen necesarios nuevos desarrollos.

Tal vez el entendimiento de los diversos problemas, entre ellos el del error, no se hubiera dificultado tanto a la hora de entrar a legislar, si hubiésemos estado mejor informados acerca de lo que se pretendía regular. Explicable, entonces, que el Código, como cualquier obra humana, presente yerros y vacíos, pero estas dificultades no se van a solucionar acudiendo a la "teoría de la matrícula". Para nosotros es claro que el estatuto no se afilia a ninguna tendencia en particular, antes por el contrario, ha dejado las puertas abiertas a nuevas elaboraciones, no otra cosa podía hacer; bien dijo GIRALDO MARÍN, comisionado en los años 76 y 79, que no se justificaba

"...que el estatuto que se proyecta se esclavice, con pertinacia en toda su extensión, a las tendencias de una determinada escuela científica, ya que los códigos, por lo general, tienen una vida más larga que las cambiantes teorías de moda, sometidas a evoluciones y rectificaciones frecuentes"²⁶.

¡Cuántos esfuerzos inútiles nos podríamos ahorrar en Colombia, cuántas polémicas estériles, si meditáramos en las palabras de este comisionado!

Ahora bien, nos proponemos demostrar que el art. 35 no afilia el estatuto a ninguna tendencia, como ya lo habíamos planteado en otro lugar²⁷; con ello superaremos el único escollo, que aparentemente, desde luego, nos impide discurrir por otros senderos.

La norma a que nos referimos aparece situada en el capítulo VII, intitulado *De la culpabilidad*²⁸, seguida de las regulaciones del dolo (un dolo sin conciencia de la antijuridicidad, como se desprende de su conceptualización, idéntica a la de WELZEL), la culpa y la preterintención (arts. 36 a 38); se trae una norma sobre "punibilidad" y al final aparecen las cuatro causales de inculpabilidad del art. 40.

Como se puede apreciar, el art. 35 habla de "hecho punible", por lo que hay que entender que allí se habla de "formas" del hecho punible, esto es, que el hecho punible puede ser doloso, culposo o preterintencional, no que estas figuras sean formas de culpabilidad. Nótese, además, cómo al examinar los conceptos que se dan de las tres figuras, encontramos que se habla de "conducta", con lo cual lo doloso, culposo o preterintencional es la conducta. Estas disposiciones hay que armonizarlas con el art. 19, de confor-

²⁶ "Carta al Ministro de Justicia", en *Proyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, ed. del Ministerio de Justicia, 1978, pág. II.

²⁷ *Nuevo Foro Penal*, núm. 15, pág. 899.

²⁸ Dice así: "Formas. Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención".

midad con el cual el hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión, y por ende con el art. 2° que define el hecho punible.

De esta suerte, si se tratara de "formas de culpabilidad", se quedaría uno sin entender por qué motivo, ya en el plano de la antijuridicidad, se exige la valoración a nivel de "intención" o de "imprudencia", para efectos del reconocimiento del estado de necesidad como causal de justificación; si dolo y culpa fueran formas de culpabilidad, lo lógico dentro de una concepción estratificada del hecho punible sería avanzar hasta la culpabilidad.

Asimismo, la regulación de la tentativa en el cap. II, antes de la culpabilidad, de la inimputabilidad y de las causas de justificación, con una redacción específica compuesta de elementos objetivos y subjetivos (tipo de tentativa), nos hace pensar que se supone la ubicación del dolo a nivel típico.

En el mismo sentido, nos parece seductor el argumento de SALGADO VÁSQUEZ, quien, razonando desde el ángulo de la teoría de la matrícula, quejándose de la no consagración expresa de dolo y culpa como formas de culpabilidad, pretextando una redacción equívoca y contradictoria, manifiesta:

"...no resultaría ocioso hacer constar que los arts. 5° y 35 son contradictorios: el 5° determina que para que un hecho sea punible debe realizarse con culpabilidad; pero el 35 sostiene que los hechos punibles deben realizarse con culpabilidad, o sea, que el hecho es punible aún cuando no esté asociado a la culpabilidad. Si no hay culpabilidad, el hecho punible queda impune, pero continúa siendo punible"²⁹.

Esta contradicción se nos aparece si razonamos desde el ángulo de la matrícula, de lo contrario no.

Sin necesidad de citar en nuestro apoyo más argumentos, creemos haber señalado las inconsistencias del mencionado planteamiento; para ello nos hemos valido no solo de argumentos estrictamente legales, sino que hemos acudido al criterio de la interpretación. Salvado el escollo planteado, podemos entonces arribar a nuestro punto de partida: el Código Penal no se ha afiliado a ninguna teoría y ha dejado las puertas abiertas a las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. De conformidad con lo que hasta aquí se ha dicho, creemos que las bases sobre las que se puede erigir una nueva estructura del delito, diferente a las ya tradicionales, son las siguientes:

1ª) El art. 35, al concebir como "formas" del hecho punible las conductas dolosas, culposas y preterintencionales, permite hablar de tres formas de aparición de la acción punible, al estilo de JESCHECK³⁰: hecho punible doloso de comisión, hecho culposo de comisión y hecho punible de omisión (doloso o culposo), cada uno de los cuales tiene su propia configuración dentro de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, lo cual supone, como es apenas lógico, armonizar el contenido de los arts. 2°, 19 y 35 del C. P.

²⁹ JULIO SALGADO VÁSQUEZ, "Normas rectoras de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, pág. 509.

³⁰ Ob. cit., págs. 313 y 773 y ss.

2ª) Admitir la doble perspectiva sobre la que discurre la actual ciencia del derecho penal, que supone un juicio de desvalor que recae sobre el acto o hecho prohibido y un juicio de desvalor se hace del autor de ese hecho: desvalor de acción y desvalor de resultado³¹.

3ª) Sustener un concepto de acción, el final, que sirva de base a las diversas formas de aparición de la acción punible, sin perjuicio de entender acción y omisión como subformas del concepto final de acción, como lo propone GÖSSEL³².

4ª) Como consecuencia de este punto de partida, el dolo en los delitos dolosos de comisión se ubica en el tipo y no en la culpabilidad; la culpa no es como creen algunos "forma de tipo" al lado del dolo, pues para los hechos culposos de comisión se levanta una estructura paralela, al igual que para los hechos omisivos. Este dolo es un dolo avalorado, pues la consciencia de la antijuridicidad aparece como elemento de la culpabilidad (C. P., art. 31).

Con esto, ya vamos ubicando la teoría del error: el error de tipo que recae sobre el aspecto objetivo del tipo descarta el tipo; el error de prohibición que recae sobre la consciencia de la antijuridicidad (arts. 5 y 31, 40-3) descarta la culpabilidad.

5ª) Se puede construir y sostener un concepto normativo de culpabilidad, por la vía del art. 31, que exige la *capacidad de comprender la ilicitud del acto* al lado de la libre determinación, para que el sujeto sea imputable. Concepto de culpabilidad integrado por la consciencia potencial de la antijuridicidad, la imputabilidad y la no exigibilidad de otra conducta.

El primer elemento no ofrece dificultades si el principio de culpabilidad juega un papel preponderante, al lado del art. 31 y del mismo art. 40-3, el cual consagra una forma de error de prohibición indirecto que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad.

En cuanto a la imputabilidad, no hay ningún obstáculo para ubicarla como elemento, pues aparece regulada en el cap. VI de manera independiente, antes del capítulo VII *De la culpabilidad*.

La no exigibilidad de otra conducta se admite como elemento por la vía del art. 40-2 y recogiendo la amplia elaboración que de tal elemento ha hecho nuestra doctrina, durante la vigencia del C. P. del año 36.

6ª) Con la amplia acogida que se ha brindado al principio de culpabilidad³³, de conformidad con el cual toda pena supone culpabilidad y

la pena se ha de graduar de acuerdo al grado de culpabilidad, hay que hacer efectiva la "proscripción" de la responsabilidad objetiva, aun para los inimputables que no obran culpablemente, sin perjuicio de que se les reconozcan las causales de no existencia de la acción, atipicidad, justificación e inculpabilidad³⁴.

Sobre estas bases se podría edificar un esquema del delito bastante similar al que se defiende hoy en Alemania, luego de que las disputas entre causalistas y finalistas han cesado; esquema transaccional si se quiere en algunos puntos, pero que reconoce ampliamente los aportes de WELZEL, pese a que no se logren zanjar las diferencias filosóficas. Siguen esta orientación la mayoría de los tratadistas encabezados por JESCHECK, WESSELS³⁵, BOCKELMANN³⁶, H. BLEI³⁷, etc. Aunque desde el polo opuesto se mantiene BAUMANN³⁸ y con un esquema propio SCHMIDHÄUSER³⁹.

B) La teoría del error en el Código Penal

Si como hasta ahora hemos ido trazando las pautas generales de lo que puede ser el estudio del Código Penal siguiendo unos lineamientos diferentes a los ya tradicionales, es hora de que entremos ya en la teoría del error.

mal causado por el hecho, por amor a la justicia y en función de la utilidad general" (cfr. GÜNTHER STRATENWERTH, *El futuro del principio juridicopenal de la culpabilidad*, Madrid, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pág. 43), ha consagrado, aunque de manera no muy acertada en su § 46 1:

"La culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena. Las consecuencias de la pena en la vida futura del autor en la sociedad también deben tenerse en cuenta" (*Strafgesetzbuch*, 48ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 1981, pág. 28).

De conformidad con esta consagración, el principio de culpabilidad es solo "base" de la medición de la pena, lo que le ha merecido las censuras generalizadas de los dogmáticos alemanes, entre los cuales JESCHECK afirma que la asunción del principio supone:

1ª) Que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*), que es lo que dice nuestro art. 5ª.

2ª) Que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (*medición de la pena dentro del marco máximo de la culpabilidad*), como dice el art. 61 del C. P. colombiano (cfr. JESCHECK, *op. cit.*, págs. 30 y 31).

Significa esto, entonces, que nuestro estatuto consagra una *culpabilidad por el hecho* que se obtiene tomando en cuenta "la personalidad del agente".

³¹ Sobre esto, aunque con un esquema en el que dolo, culpa y preterintención son formas de culpabilidad, véase a NODIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causas de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 83 y ss.

³² Ob. cit. en nota 11. Debe agregarse a STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 3ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 3ª ed., 1981.

³³ PAUL BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1979.

³⁴ HERMANN BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, München, Verlag C.H. Beck, 17 Auflage, 1977.

³⁵ JURGEN BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1977. Igualmente *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5 Auflage, 1979.

³⁶ EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ed. cit.

³¹ Sobre tal distinción, cfr. MAURACH, *ob. cit.*, t. I, pág. 167; JESCHECK, *ob. cit.*, pág. 321, con amplia bibliografía. Para el derecho penal español, consúltense a MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pág. 29; JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Parte general, I, Madrid, Edit. Tecnos, 1981, págs. 445 y ss.

³² "El estado actual de la teoría de los delitos de omisión", Conferencia pronunciada en el foro de la Universidad de Medellín, el 8 de octubre de 1982.

³³ El legislador colombiano ha consagrado en toda su amplitud el mencionado principio. En efecto, no solo en el art. 5º ha dicho que "para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva", sino que en el art. 61 ha dicho que como uno de los criterios para graduar la pena, "...el juez aplicará la pena... según el grado de culpabilidad... y la personalidad del agente". Con ello se ha ido más lejos aún que el mismo legislador alemán, que recogiendo la tradición centenaria de la *Constitutio Criminalis Carolina* en su art. 104: "La pena se aplicará de acuerdo con la oportunidad y el

Para nosotros, tanto el error de tipo como el error de prohibición en cualquiera de sus formas, tienen relevancia y pueden ser ubicados⁴⁰, dentro de la sistemática sugerida, en el nuevo Código Penal⁴¹.

En cuanto al *error de tipo*, no hay ningún problema en aceptar la descripción consagrada en el art. 40-4, pues se identifica totalmente con lo que supone la moderna concepción del error de tipo, entendiendo que cuando es invencible se descarta el tipo y cuando es vencible se reprocha a título de culpa si existe el correspondiente tipo culposo⁴². En cuanto a la expresión "convicción errada e invencible", pese a ser muy equívoca, se puede mantener, siempre y cuando en materia doctrinaria y jurisprudencial se precise su alcance⁴³.

⁴⁰ Como formas de *error de tipo*, hay que entender, siguiendo a HAFT, no solo el caso normal que es "el revés del elemento cognoscitivo del dolo" y que "comprende tanto los elementos normativos y descriptivos del tipo" (FRITJOF HAFT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, pág. 201); sino también, los casos especiales: el error sobre el objeto de la acción (*error in persona vel objecto*), el error en el golpe (*aberratio ictus*), el error sobre el nexo de causalidad y el error sobre circunstancias que darían lugar a un tipo privilegiado (idem, pág. 201).

En torno al error sobre circunstancias que originan un tipo privilegiado (o más benigno), que debe ser ubicado en el 40-4, no se ha pronunciado nuestra doctrina, salvo el caso de AGUDELO BETANCUR, quien en el año 1979 planteó amplia y documentadamente el problema clamando por una modificación del proyecto de Código, llamado de atención que no se ha tenido en cuenta y que ahora tenemos que recogerlo (NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "El error sobre circunstancias atenuantes o disminuyentes", en *Nuevo Foro Penal*, N° 3, Medellín, págs. 45 y ss.). En el mismo sentido LONDOÑO BERRIO, ob. cit., págs. 186 y ss.

Como formas de *error de prohibición*, hay que tener en cuenta las que ya mencionamos en la cita que de JESCHECK hemos hecho en la nota 11. En cuanto al error de tipo permisivo, que para este profesor es mixto (de tipo y de prohibición al mismo tiempo) y que para HAFT es un error de tipo (*op. cit.*, pág. 210), no vemos inconveniente en ubicarlo en el marco del 40-3 como error de prohibición indirecto, dada la amplia redacción del ordinal.

Debe darse también relevancia en nuestra legislación al error sobre las causas de exculpación, cuyos primeros desarrollos han sido insinuados por LONDOÑO BERRIO (ob. cit., págs. 153 y ss.).

⁴¹ Como se propone una estructura independiente para los hechos dolosos de comisión, hechos culposos de comisión y hechos omisivos (dolosos o culposos), tanto el error de tipo como el de prohibición han de tenerse en cuenta con respecto a cada una de las estructuras, aunque con ligeras variantes. (Sobre ello cfr. a JESCHECK, ob. cit., págs. 773, 849, 877 y ss., y a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Ediar, págs. 340, 386 y 625). En el mismo sentido los autores citados en las notas 35 a 37.

⁴² El hecho de que el art. 40 se intitule "causales de inculpabilidad" no imposibilita la ubicación del error de tipo a nivel del tipo, como que es consecuencia lógica de la ubicación del dolo a nivel típico; además la misma redacción del 40-4 nos habla de las exigencias necesarias para que el hecho "corresponda a su descripción legal" (esto es, típica) con lo cual se está diciendo que recae sobre el tipo y no sobre la culpabilidad, al paso que se refuerza la tesis de la ubicación del dolo a nivel del tipo.

Tan cierto es lo que venimos diciendo, que ya la misma doctrina colombiana empieza a pronunciarse en los casos de los arts. 40-1 y 40-2 (caso de la *vis absoluta*) por su reconocimiento como causas que excluyen la acción.

⁴³ "Error" y "convicción" son dos conceptos claramente diferenciables no solo desde una perspectiva lingüística o gramatical, sino psicológica y filosóficamente. Lo extraño es que el legislador los haya querido conjugar en esta dudosa amalgama. El origen de la locución se remonta a la rectificación que propusiera el comisionado REYES, a la ponencia muy técnica de GAITÁN МАНЕСЧА, en el seno de la Comisión redactora del A-74, según la cual debía hablarse de "creencia errada e invencible", que en proyectos posteriores se convirtió en "convicción errada e invencible", la misma que hoy se encuentra instalada en el art. 40 (cfr. Actas, *op. cit.*, pág. 321).

En cuanto al error de prohibición, aceptando que el legislador consagró el error indirecto en el art. 40-3, se deben considerar las demás formas como causal de inculpabilidad en los eventos de invencibilidad, no así en los casos de vencibilidad, en los que *se debe atenuar la pena*; para hacer efectiva esta atenuación, no facultativa como en el actual § 17 del C. P. alemán, sino *obligatoria*, se puede proceder del siguiente modo:

Como se da amplia cabida al principio de culpabilidad (arts. 5° y 61), la consagración del principio de conocimiento de la ley en el art. 10 no pasa de ser una mera declaración del legislador sin vinculación alguna para el juez o el destinatario de la norma, que de mantenerse sería para entronizar una forma de "responsabilidad objetiva" proscrita por el art. 5°. Ahora bien, como el "conocimiento de la antijuridicidad" es elemento de la culpabilidad y rige el principio de culpabilidad, el error de prohibición que recae sobre el conocimiento potencial de la antijuridicidad, cuando es vencible, no puede reprocharse a título de culpa al agente como lo quiere la solución del dolo, pues se crearían grandes vacíos de punibilidad y no se podría exigir al agente un mínimo de cuidado, de previsión en su comportamiento. La solución no puede ser otra que la que se le dio en Alemania, durante la vigencia del antiguo Código de 1871: la doctrina inicialmente y después la jurisprudencia por medio de la trascendental decisión del Tribunal Supremo Federal a que ya hicimos alusión, recurrió a la atenuación para la tentativa (§ 44) o a la de la imputabilidad disminuida (§ 51), pues se consideraba que como en estos dos casos, así como los casos de participación, el legislador tasaba la pena atendiendo al grado de culpabilidad, debía procederse de la misma manera con el error de prohibición vencible, pues era injusto y violatorio del principio de culpabilidad, condenar a quien obraba en estas circunstancias como si hubiese obrado en circunstancias completamente normales⁴⁴.

En Colombia, con los mismos argumentos, teniendo en cuenta que estamos dotados de una modernísima legislación penal, que da cabida amplia, como ninguna otra, al principio de culpabilidad tantas veces mencionado, que trae el conocimiento de la antijuridicidad como exigencia a nivel de la culpabilidad, podemos recurrir sin ningún problema a la atenuante del art. 22 o a la del

Sobre el particular insinúa ya REYES, padre de la locución original (tal vez más acertada), que se debe asimilar a la "plena buena fe" de que hablaba el estatuto de 1936 en su art. 23, entendiendo por tal "el honesto y sincero convencimiento" del agente (cfr. *La culpabilidad*, cit., pág. 221). Tal vez, si no hiciéramos gala de tanto chauvinismo, hubiéramos logrado una redacción más ágil, menos problemática, si en su momento hubiésemos dicho sencillamente *error invencible*, sin necesidad de acudir al galimatías.

⁴⁴ Como dice WELZEL, si "el entorpecimiento de la capacidad general de actuar conforme a derecho atenúa la responsabilidad y la pena según el § 51 inc. 2 (imputabilidad disminuida), tiene que regir el mismo principio cuando a consecuencia de un desconocimiento evitable de la prohibición, fue dificultada la posibilidad concreta de actuar conforme a derecho" (*Derecho penal alemán*, cit., pág. 231).

estado de ira (art. 60 verdadero caso de imputabilidad disminuida), logrando así, armonizar nuestro estatuto y ofreciendo una salida coherente, que nos marca de paso las pautas para resolver otros problemas que se han venido suscitando con la interpretación del estatuto⁴⁵.

Ahora bien, nos parece que sería mas conveniente la atenuación obligatoria por la vía del art. 60, en cuanto que importa gran beneficio, comoquiera que la pena se tasa desde la tercera parte del mínimo hasta la mitad del máximo.

Con lo anterior dejamos expuesta una nueva posición: pretendemos que la doctrina colombiana replantee muchos puntos de vista, en especial el atinente a la tesis matriculista; creemos que un esfuerzo interpretativo nos puede dar salidas no solo para el problema planteado en materia de error, sino en otros campos. Esperamos que esta alternativa se enriquezca con una crítica constructiva, que la discusión se plantee y se delimite dentro de precisos marcos académicos.

⁴⁵ Con esto no pretendemos proponer una solución por vía de *lege ferenda*, ni tampoco se trata de una analogía *in bonam partem*; se trata, sencillamente de reivindicar el instrumento de la interpretación, tan venido a menos en nuestra doctrina, y utilizar las herramientas que el estatuto consagra claramente.

Sobre esta solución, puede consultarse a WELZEL, ob. cit., pág. 233. MAURACH, *Tratado*, cit., t. II, pág. 147. SCHÖNCKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., pág. 520.

LA IMPUTABILIDAD DEL ENFERMO MENTAL*

Profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal y Director del Departamento
de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

SUMMARY

The main objective of this article is to clarify in what type of legal situations, any abnormal psychological behavior demonstrated by the offender should be taken into account legally. The great importance of the process of socialization and learning in the behavior of the person, should be put in relation to any legal or behavioral science. It is quite important to clarify that the should law be concerned with any form of pathological behavior demonstrated by the offender, before any legal resolution take place, so it is clear that in the law, human rights must be very important in relation with the legal outcome.

KEY WORDS: Imputability. Socialization. Punishment.

El número 1° del art. 8° del Código Penal español declara exentos de responsabilidad criminal al "enajenado" y al que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que este haya sido buscado de propósito para delinquir.

Antes de estudiar las bases doctrinales de este precepto, entendido unánimemente como causa de inimputabilidad o de exclusión de la capacidad de culpabilidad, me parece conveniente hacer una precisión metodológica y terminológica, necesaria para entender en gran parte el resto de mi discurso.

Como reiteradamente vienen estableciendo, desde hace mucho tiempo, la jurisprudencia y un sector importante de la doctrina española, lo que en verdad interesa al mundo del derecho no son tanto las calificaciones clínicas, como su reflejo en el actuar humano. Esto quiere decir que en ningún momento pueden trasladarse al mundo del derecho, y mucho menos al mundo del derecho penal, las innumerables polémicas y disquisiciones nosológicas que han tenido y tienen lugar en el ámbito psiquiátrico. Y ello, entre otras razones, porque

* Este artículo ha sido publicado con anterioridad en la Revista *Psicopatología*, volumen 2, abril-junio de 1982, número 2, págs. 127 a 134.