

BIBLIOGRAFÍA

HANS HEINRICH JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, XXXII + 696; vol. II, XVI + 626 páginas. Traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Edit. Bosch, 1981.

Acaba de aparecer recientemente la versión española del *Tratado de derecho penal* del profesor HANS-HEINRICH JESCHECK, catedrático de derecho penal y director del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo de Brisgovia, República Federal de Alemania. Tan monumental trabajo ha sido realizado por los catedráticos españoles SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, directores de los departamentos de derecho penal de las Universidades de Barcelona y Cádiz respectivamente. La obra, publicada por Casa Editorial Bosch consta de dos volúmenes, lujosamente editados, y, lo que es más importante, sus traductores se han empeñado en la difícil tarea de realizar al final de cada párrafo las correspondientes adiciones de derecho penal español. La versión corresponde a la tercera edición alemana intitulada *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, editada por la Dunker & Humboldt de Berlín.

Como bien lo dicen los traductores en el prólogo, el *Tratado* del profesor JESCHECK es el más importante de la actualidad, no solo en Alemania sino fuera de ella; ello hace que los estudiosos del derecho penal se encuentren de plácemes, pues desde las traducciones de MAURACH (realizada primero por CORDOBA RODA en 1962) y de WELZEL (realizada primero por FONTÁN BALESTRA en Argentina en 1956 y posteriormente por

BUSTOS RAMÍREZ y YAÑEZ PÉREZ en Chile en 1970) no contaban con una obra de tales características, que refleja sin lugar a dudas las enormes transformaciones sufridas por el derecho penal alemán actual, sobre todo después de la puesta en vigencia de una nueva Parte general del Código Penal (*Strafgesetzbuch*) que modificó totalmente el ya tradicional Código de 1871.

La estructura general de la obra consta de una introducción y de tres partes fundamentales, divididas en párrafos, subsecciones, secciones y capítulos.

La *introducción* está dedicada a los fundamentos generales, donde se estudia la misión; los conceptos fundamentales del derecho penal; la situación sistemática, clasificación y reforma del derecho penal; los principios de política criminal; la estadística criminal y las ciencias penales.

La *primera parte* dedicada al estudio de la ley penal estudia en cuatro capítulos los elementos integrantes de la ley penal; las fuentes del derecho penal; la ley penal y el Estado de derecho; el ámbito de vigencia del derecho penal alemán.

La *segunda parte* está dedicada al estudio del *hecho punible* en cinco grandes capítulos, el primero de los cuales dedicado a los fundamentos generales del concepto de delito (sentido, método y estructura de la teoría general del delito; fases de desarrollo de la moderna teoría del delito; concepto jurídico penal de acción y cuestiones implicadas). El capítulo segundo dedicado al delito doloso de comisión, nos trae en cuatro secciones el estudio de la antijuridicidad (la antijuridicidad y su relación con el tipo; elementos del tipo de injusto; exclusión de la antijuridicidad),

de la culpabilidad (fundamentos de la teoría de la culpabilidad, elementos, causas de exculpación), los grados del hecho punible y los presupuestos de la punibilidad fuera del injusto y la culpabilidad. El capítulo tercero comprende las especiales formas de aparición de la acción punible (delito imprudente de comisión y el delito de omisión). El capítulo cuarto trae la autoría y la participación; al paso que el quinto estudia la unidad y pluralidad de hechos punibles.

La tercera parte de la obra está dedicada a las consecuencias jurídicas del delito —aunque sería mejor decir del hecho punible (*Straftat*) para ser más acordes con la traducción dada a la expresión en la segunda parte—, allí se estudian las penas y las consecuencias accesorias; las medidas de corrección y seguridad; la suspensión de la pena, la amonestación con reserva de la pena, la dispensa de pena y la declaración de impunidad; la determinación de la pena; los presupuestos procesales recogidos en el StGB (Código Penal) y la rehabilitación del condenado. La traducción y las adiciones respectivas de la introducción, la primera y la tercera parte se deben a MUÑOZ CONDE; la segunda, con sus adiciones, a MIR PUIG.

En total son ochenta y ocho párrafos acompañados de un índice bibliográfico general y de un completo índice analítico, los que configuran la estructura total de la obra.

Creemos que con el estudio de este *Tratado* la dogmática hispanoamericana y en especial la colombiana —apenas en ciernes— ganará mucho terreno y no ocurrirá lo que hasta ahora, en nuestro medio, sobre todo a raíz de algunos enfoques riosamente causalistas, según los cuales todo planteamiento ligeramente diferente es inmediatamente motejado con el rótulo de “finalista”, desconociendo que la situación actual de la dogmática dista mucho de esas elaboraciones cerradas. Si algo muestra esta obra, es que la lucha de escuelas es fruto del pasado y que no hay hoy lugar a tan estériles disputas; antes por el contrario, son tan grandes los aportes del finalismo y tan notable la influencia de WELZEL en la nueva dogmática alemana, que se ha llegado ya a un esquema de compromiso, sin que ello implique,

como dice JESCHECK, tener que suscribir su discutible concepto de acción. Este panorama que enunciarnos se puede observar en las más recientes publicaciones de tratados de la Parte general, entre los que se pueden citar el de WESSELS (recientemente traducido por CONRADO V. FINZI, de la 6ª edición alemana), el de STRATENWERTH, el de FRITJOF HAFT (con un enfoque estructuralista), el de BOCKELMANN, el de H. BLEI, el de SCHIDHAUSER (que desarrolla un sistema propio), sin citar los tratados de MAURACH (publicado por sus discípulos) y el de WELZEL del que se espera una nueva edición para 1982. Sigue sin embargo fiel a su enfoque causalista BAUMANN, cuya última edición (la 17ª) data de 1977. Sin olvidar como es obvio a ROXIN, quien en su *Programa* preconiza que los elementos del concepto de delito han de hacerse corresponder a las finalidades policriminales, cuyo punto de vista es bien conocido a través de las traducciones de LUZÓN PEÑA y MUÑOZ CONDE.

Sin lugar a dudas, la dogmática alemana ha llegado a su cenit; se trata de un sistema acabado, por no decir que concluido, en el que apenas si se echa a faltar, como dice JESCHECK, “la elaboración diferenciadora de los elementos del moderno concepto de delito en aquellos puntos en que todavía hoy se trabaja con discutibles cláusulas generales” (pág. 287) como acontece con los delitos de peligro concreto; en la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente; en los criterios para determinar la evitabilidad del error de prohibición; en los baremos de la lesión del deber de cuidado y de la responsabilidad personal en materia de imprudencia; en los deberes de garante y en la cláusula de equiparación en los delitos de omisión impropia en la distinción entre autoría y participación.

Por lo demás, todas las preocupaciones de los modernos dogmáticos alemanes apuntan a la política criminal, donde es de esperar fructíferos desarrollos en un futuro.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

HERNANDO LONDOÑO BERRÍO:
El error en la moderna teoría del delito. Comentarios al nuevo Código Penal colombiano. Prólogo de Alfonso Reyes E., XV + 212 páginas, Bogotá, Edit. Temis, 1982.

Acaba de aparecer la monografía del abogado HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, titulada *El error en la moderna teoría del delito*, que corresponde a la tesis de grado que el autor presentó en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín en 1980, de la cual nos ocupamos en seguida.

Llama la atención, en primer lugar, la novedad del tema en un país que, como el nuestro, pese a preciarse de tener una amplia cultura jurídicopenal, apenas si empieza a transitar por los senderos de la moderna dogmática, sobre todo a partir de la reciente reforma penal. Efectivamente, es la primera vez, hasta donde alcanza nuestra información, que en el ámbito nacional se aborda el estudio sistemático de este tema en concreto, tradicionalmente objeto de referencias superficiales en los tratados de derecho penal. Pero lo que más amerita el trabajo, es que ha sido realizado por un joven recién egresado de las aulas universitarias, quien ha hecho una incursión por tan difíciles caminos y sobre todo abriendo un horizonte promisorio en este campo.

Abordando, en segunda instancia, la temática misma, encontramos que se trata, nada más ni nada menos, que de realizar un estudio del error a la luz de la *moderna teoría del delito*. Ello supone como es lógico un manejo acertado de la dogmática jurídicopenal contemporánea, cuyos desarrollos más importantes son fru-

to del pensamiento alemán. Estimamos, sin embargo, que tal empresa se ve truncada en parte, pues no se logra agotar el tema con los alcances propuestos: el enfoque dado tanto a la teoría del delito como a la del error en concreto, no es tan “moderno” como se pretende (lo que hace que el título de la monografía sea por demás ambicioso). Ello es explicable dadas las limitaciones propias de un medio que como el nuestro no brinda herramientas de trabajo; en donde las investigaciones son generalmente menospreciadas; en donde, en fin, la ausencia de una “moderna teoría del delito”, hace casi imposible tentativa semejante.

El trabajo consta de una breve introducción seguida de tres títulos divididos en capítulos, el primero de los cuales se ha dedicado al “error”, el segundo a la “culpabilidad” y el tercero al “error en el nuevo Código Penal”.

Al examinar el número tercero de las conclusiones que aparecen insertas en la introducción, se da uno cuenta que de lo que se trata es de hacer efectivo el postulado del Programa de ROXIN, según el cual “el camino acertado solo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas policriminales en el sistema del derecho penal”¹.

Tal planteamiento, traducido a la teoría del error, sugiere que las teorías del error “únicamente pueden fundamentarse en la teoría de los fines de la pena”². Esto lleva a LONDOÑO BERRÍO a concluir, parafraseando al mencionado autor alemán, que la pena en los casos de error de tipo y de prohibición, “solo es absolutamente necesaria para salvaguardar las bases fundamentales en que se asienta la

¹ CLAUD ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1972, pág. 33.

² Ídem, pág. 69.

convivencia social"³; lo anterior, enmarcado dentro de un derecho penal al servicio de las clases desposeídas: "debemos estar listos a denunciar la normatividad penal que criminaliza comportamientos con el exclusivo interés de salvaguardar las necesidades del grupo dominante, que debe tener bajo su control a la mayoría, para la garantía de su supervivencia"⁴.

Infortunadamente el trabajo no va más allá de este planteamiento, y si algo se echa de menos en él es la fundamentación de la teoría del error en la teoría de los fines de la pena, así se hagan innumerables y a veces extensas citas, que terminan por hacer la lectura pesada y dispendiosa⁵. De todas maneras es claro que el trabajo se hace eco del postulado de combate del autor alemán en materia de error de prohibición vencible: "La evitabilidad del error de prohibición no se debe determinar por los límites de lo que es posible, sino por los imperativos de una razonable política criminal"⁶.

Al ocuparnos del título primero, en el capítulo V dedicado a las "teorías sobre el error de prohibición" encontramos una impropiedad, cuando se afirma que las teorías del dolo y la culpabilidad son teorías acerca del error de prohibición. Este punto merece una aclaración: no es cierto, y de ello da fe la dogmática alemana, que las mencionadas teorías hayan surgido para explicar el error de prohibición,

pues históricamente están ligadas a las diversas fases de desarrollo de la moderna teoría del delito; el concepto clásico, el neoclásico y el finalista⁷.

La contraposición error de tipo-error de prohibición apenas si data de la década del cincuenta en Alemania y es la conciencia de la antijuridicidad o conciencia del injusto, la que ha servido para dar el nombre a tales teorías, según se la incluya o no en el dolo. Esto se explica de la siguiente manera:

Para el *esquema clásico*, partiendo de una concepción sicologista de la culpabilidad, dolo y culpa eran *grados* de culpabilidad; el conocimiento de la antijuridicidad era elemento del dolo (dolo era querer, conocer, conocimiento de la antijuridicidad).

El *esquema neoclásico* que parte de un concepto psicológico-normativo de culpabilidad ubica el dolo y la culpa como *formas* de culpabilidad al lado de la imputabilidad y de la reprochabilidad; el conocimiento de la antijuridicidad sigue formando parte del dolo. A la teoría que incluye el conocimiento de la antijuridicidad en el dolo se la denomina *teoría del dolo*⁸.

El *esquema finalista* parte de la ubicación del dolo en el tipo de injusto de los hechos dolosos, al paso que la conciencia de la antijuridicidad es elemento de la culpabilidad, entendida esta normativamente

como reprochabilidad. A la teoría que ubica así la conciencia de la antijuridicidad se la conoce con el nombre de *teoría de la culpabilidad*⁹.

Fuera de esta necesaria precisión, encontramos que el tratamiento dado al error es por demás acertado, anotando que la exposición sigue muy de cerca los lineamientos esbozados por CÓRDOBA RODA¹⁰. Además, hace el autor, correctamente en nuestro sentir, extensivos los postulados del error de prohibición al error sobre una situación de inculpabilidad, lo que no debe impedir caracterizarlo como un "error *sui generis*", a la manera de JESCHECK¹¹.

Se evidencia que la solución acogida por LONDOÑO BERRÍO para el tratamiento del error en el Código Penal es la del dolo, cuando afirma que el mismo "es un aspecto negativo de la culpabilidad (causal de inculpabilidad), que excluye el dolo y la culpa, siempre que reúna las condiciones de invencible y esencial"¹². Con tal tratamiento no estamos de acuerdo, básicamente por los siguientes motivos:

1º) Para nosotros dolo y culpa no son formas de culpabilidad, así el C. P. en su art. 35, ubicado dentro del capítulo VII "De la culpabilidad", diga: "*Formas*. Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención". Entendemos que el legislador no puede atar la doctrina y la jurisprudencia a una

determinada concepción del hecho punible; ciertamente tal norma ha sido interpretada en el sentido de que para el Código, dolo y culpa son *formas* de culpabilidad, acogiendo el esquema causalista. Nosotros, más allá de una interpretación restringida, entendemos que la norma lo que quiere indicar es que los hechos punibles son dolosos, culposos y preterintencionales. Si el Código hubiera tomado partido, habría titulado este cap. VII como "formas de culpabilidad", lo que no hizo.

2º) Por lo anterior, pensamos que al lado del delito doloso de comisión se debe estudiar el delito culposo de comisión y el delito (doloso o culposo) de omisión, cada uno de los cuales tiene su propia configuración a nivel del injusto y de la culpabilidad. Así ocurre en la actual dogmática alemana, después de que las disputas entre causalistas y finalistas han pasado a un segundo plano, originando una nueva época, en la que toda la atención se dirige al estudio de la política criminal¹³.

3º) De lo expuesto se colige que el dolo forma parte del tipo de injusto de los hechos punibles dolosos; el *error de tipo invencible* descarta el tipo (por eso se llama error de tipo) y no la culpabilidad. Si es *vencible*, hay lugar al reproche a título de culpa, como lo dice el art. 40-4, si existe el correspondiente tipo culposo.

⁹ El nombre de la teoría de la culpabilidad se deriva, según BAUMANN, de que "según esta opinión la conciencia de la antijuridicidad solo juega un rol en el ámbito de la culpabilidad y no se limita al ámbito del dolo como elemento de la culpabilidad" (ob. cit., pág. 445).

¹⁰ JUAN CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, Edit. Bosch, 1962.

¹¹ Ob. cit., pág. 691. En el mismo sentido JOHANNES WESSELS, *Derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, pág. 141. Similar solución acoge para el derecho argentino E. RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1973, pág. 616.

Debemos anotar que LONDOÑO BERRÍO cita como posibles casos de error sobre la propia situación de inculpabilidad, los eventos del art. 40-1.2, apreciación que no compartimos, pues la doctrina ha aceptado que tales causales excluyen la acción, a no ser que se trate del caso de la *vis compulsiva*.

¹² Cfr. pág. 102.

¹³ Por todos cfr. JESCHECK, ob. cit., págs. 313, 774 y ss. No siguen tales directrices BAUMANN, quien en la última edición de su *Lehrbuch*, así como en su *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5ª ed., 1979, sigue fiel al enfoque causalista. Tampoco SCHMIDHAUSER, quien en su *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, desarrolla un sistema propio que intenta superar en una síntesis los esquemas causal y final, destacándose la doble ubicación del dolo, cuyo elemento cognoscitivo con la conciencia de la antijuridicidad queda en la culpabilidad, al paso que el aspecto volitivo forma parte del injusto.

³ Tal afirmación puede verse en la pág. 5 del trabajo.

⁴ Cfr. pág. 9.

⁵ Semejante enfoque ha sido hecho por ROXIN en su trabajo *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, (El tratamiento del error en el Proyecto de 1962), publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), núm. 76, Berlin, Walter de Gruyter & Co, págs. 582-618.

⁶ *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1976, pág. 216.

⁷ Cfr. HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, págs. 274 y ss. Véase también a NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "Diversos contenidos de la estructura del delito", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1, Ed. Acosta, 1978, págs. 1 a 20.

⁸ JURGEN BAUMANN (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bielefeld, 1977, pág. 443), dice al respecto: "la teoría que reclama la conciencia de la antijuridicidad en el dolo, que conceptúa el dolo como querer y conocer la realización antijurídica del tipo (o la realización del hecho antijurídico), se conoce como *teoría del dolo*".

Entendemos que este numeral cuarto en su párrafo segundo se refiere únicamente al error de tipo.

4º) El Código exige el conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad (culpabilidad es: imputabilidad + conocimiento de la antijuridicidad + no exigibilidad de otra conducta), como se deduce, en primer lugar, del art. 31 que exige para la imputabilidad juridicopenal del autor "la capacidad de comprender la ilicitud". Si para ser imputable hay que tener la capacidad de comprensión de la ilicitud, con mayor razón se puede afirmar que la culpabilidad presupone el conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la misma, pues de lo contrario no se le podría dirigir al autor del hecho antijurídico o imputable, el juicio de reproche.

En segundo lugar, al acoger el art. 5º del Código el principio de culpabilidad, está presuponiendo la existencia en el sujeto del conocimiento de la antijuridicidad del hecho, pues de no ser así se caería en odiosas formas de responsabilidad objetiva que, no se olvide, han sido "proscritas".

5º) Si la legislación penal consagra como uno de sus principios rectores el de culpabilidad y lo convierte en la *columna vertebral* del estatuto, la declaración vertida en el art. 10 en el sentido de que "la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa" solo juega un papel decorativo; tal

postulado no tiene frente a nuestra legislación ningún valor, a no ser el meramente histórico.

6º) Si, como lo afirmamos, el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad, de ello se sigue de una parte, que nuestro estatuto tiene que dar cabida a todas las formas de error de prohibición (no se olvide que el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad) y no solo a la "convicción errada e invencible de que está amparado con una causal de justificación", que constituye un *error indirecto*¹⁴ de prohibición (art. 40-3); de otra parte, se debe recurrir no facultativamente (como lo exige el actual § 17 del Código Penal alemán), sino *obligatoriamente* a la atenuación consagrada por el mismo estatuto para la tentativa (art. 22) en los casos de vencibilidad del error de prohibición¹⁵.

Por los fundamentos anteriores creemos posible, sin darles la espalda a los modernos desarrollos de la dogmática juridicopenal, elaborar una teoría del error frente al actual estatuto punitivo, sin necesidad de acudir a la teoría del dolo como lo hace el autor, quien dicho sea de paso, no deja claro si se acoge o no a su versión *estricta*, pues pese a afirmarlo reiteradamente, termina postulando una extraña *culpa de derecho* para el error evitable de prohibición. Semejante construcción, propia del Proyecto GURTNER para

Alemania de 1936, no tiene ninguna justificación en derecho positivo y es ajena a nuestra tradición jurídica; con ello se da cabida a la versión *limitada* de tan añeja teoría.

El título segundo del trabajo que comentamos, dedicado como veíamos a "La culpabilidad", nos ofrece reparos en cuanto a la concepción de la culpabilidad que acoge el autor. En efecto, siguiendo a FRÍAS CABALLERO, olvida que el concepto de culpabilidad que se acoja responde al esquema del delito que le ha dado origen: la teoría sicológica, la sicológica-normativa y la normativa pura, responden en su orden a un esquema clásico, neoclásico y finalista. El concepto que LONDOÑO BERRÍO califica como "normativo" es el segundo de los mencionados y no se puede incurrir en el error de afirmar que por exigirse el juicio de reproche (formulado por FRANK en 1907) se está acogiendo un concepto puramente normativo de culpabilidad¹⁶. Tal concepción solo es posible si se extraen de la culpabilidad el dolo y la culpa; mientras estos permanezcan allí como elementos de ella no podrá hablarse de un concepto puramente normativo de culpabilidad.

El título tercero, con las salvedades ya formuladas, nos parece la parte mejor escrita y la más importante de la monografía, así nos resistamos a aceptar la concepción de la antijuridicidad bosquejada, de conformidad con la cual sería posible elaborar diversas antijuridicidades según la rama del ordenamiento jurídico de que se trate, socavando el postulado indiscutible de la *unidad del ordenamiento jurídico* y de la existencia de un concepto unitario de la antijuridicidad; así se desprende del planteamiento que aparece en la pág. 113: "la antijuridicidad penal es la

que reclamamos como necesaria para que el dolo en su aspecto intelectual quede configurado, esto es, que el sujeto conozca la lesividad de su acción, y que ella lleve aparejada una pena". Extraño concepto de dolo este que exige una "antijuridicidad penal" para su configuración!!!¹⁷.

Debe destacarse una conclusión más que extrae el autor haciéndose eco de ROXIN, en lo que toca con el error evitable de prohibición: "en nuestro concepto solo medidas de tipo educativo son procedentes, para tratar los casos de error evitable de prohibición; y serían las más convenientes, y por ende las más justas"¹⁸. Ojalá que los futuros trabajos anunciados por el autor en materia de reacciones punitivas y de culpabilidad (págs. 136 y 149) nos aporten más claridad sobre el tema.

Interesante por demás la ubicación de la clásica *ignorantia legis* en el art. 40-3; tal postura tiene más asidero que la formulada sin ningún criterio sistemático por REYES ECHANDÍA, para quien estos casos se deben tratar como "error sobre la existencia misma del tipo incriminado"¹⁹, con lo que las diversas hipótesis de error de prohibición o no son ubicadas o se tornan en error de tipo. En efecto, de conformidad con tal tesis el caso del art. 40-3 (error indirecto de prohibición) se sigue tratando como error de prohibición; los casos de *ignorantia legis* (error de prohibición directo) se tratan como error de tipo; al paso que se olvida que el agente puede también incurrir en error cuando a pesar de conocer la norma prohibitiva la considera no vigente, o la interpreta equivocadamente y por ello la reputa no aplicable (error de aplicación directo). Para el mencionado autor los dos últimos casos no tienen ninguna relevancia frente a nuestra legislación.

¹⁴ La clasificación del error de prohibición en *directo e indirecto* es hoy frecuentemente invocada en Alemania. Así, por ejemplo, JESCHECK dice que 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 puede obedecer: a) a que el autor no conozca la norma prohibitiva; b) que la conozca pero la considere no vigente; c) que la interprete equivocadamente y por ello la reputa no aplicable. El *error indirecto* surge del hecho de que el autor, a pesar de conocer la prohibición en cuanto tal, cree por error que concurre una norma justificante, por desconocer los límites jurídicos de una causal de justificación admitida o suponer en su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico (ob. cit., pág. 627). En cuanto al error sobre circunstancias que, de concurrir, darían lugar a una causa de justificación reconocida (error de tipo permisivo), es tratado por el autor como un error *sui generis*, situado entre el error de tipo y el error de prohibición indirecto; asimilándose con el error de tipo en su *estructura*, pues también el error de tipo permisivo se refiere a los elementos (normativos y descriptivos) de una proposición jurídica y con el error de prohibición indirecto en su *consecuencia*, pues el conocimiento del tipo no resulta afectado (véase págs. 633 y 634).

¹⁵ Tal solución imperó en Alemania después que el *Bundesgerichtshof*, en su trascendental decisión de marzo 18 de 1952, interpretó el antiguo Código Penal a partir de la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, remitiendo ante la ausencia de regulación legal en los casos de vencibilidad del error de prohibición, a los §§ 51, II (imputabilidad disminuida) y 44 (tentativa). Cfr. WELZEL, ob. cit., pág. 233; SCHONCKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, C. H. Beck, 1975, pág. 520, acápite 87.

¹⁶ Cfr. págs. 90 y ss.

¹⁷ Bien vale la pena recordar a JESCHECK: "el ordenamiento jurídico cuenta con un solo concepto unitario de antijuridicidad. Lo único que varía según las distintas parcelas del derecho son las consecuencias jurídicas de la acción antijurídica" (ob. cit., pág. 455); también WELZEL, ob. cit., pág. 78.

¹⁸ Cfr. pág. 149.

¹⁹ *La culpabilidad*, 2ª ed., Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1982, pág. 207.

Tal posición desdibuja totalmente la diferencia entre error de tipo y error de prohibición²⁰, y, de ser consecuentes con ella no cabría hacer tal distinción frente a nuestro C. P., pues a más de la incoherencia anotada, los diversos tipos de error reciben el mismo tratamiento y las consecuencias que se siguen de uno y otro son las mismas: si es invencible no hay culpabilidad, si es vencible se reprocha a título de culpa si es que existe el respectivo tipo 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 exigir un mínimo deber de cuidado, una mínima previsión en tratándose de error de prohibición vencible. En tales circunstancias sería mejor sostener que el C. P. solo consagra la *convicción errada* como causal de inculpabilidad, sea esta vencible o sea invencible, salvo los casos en que siendo vencible exista tipo culposo, en los que se reprocha a título de culpa.

La posición de LONDOÑO BERRÍO, más consecuente, podría acogerse por vía doctrinaria y jurisprudencial, aunque sin olvidar las otras formas de error de prohibición directo fuera de la *ignorantia legis*.

Aborda también el autor, con bastante acierto, el estudio del error de tipo para lo cual se vale de ejemplos (lo que es usual a lo largo del trabajo). Allí encontramos debidamente expuestos los casos de error en el objeto; error en el golpe; error en la causa y sobre todo el extraordinario enfoque que hace del error sobre las circunstancias agravantes o que configuran un

tipo agravado. En esta última modalidad, haciéndose eco de JIMÉNEZ DE ASÚA, quien transcribe a ANTÓN ONECA, afirma que el dolo no se configura si no se conocen estas circunstancias; para lo cual recurre al art. 25 del C. P. en donde se regula "la comunicabilidad de las circunstancias";

"El mencionado artículo, dice el autor, prescribe que las circunstancias personales del autor que agravan la pena, y las materiales del hecho, solo se comunicarán al partícipe que las haya conocido. Tal exigencia nos revela claramente que, con el objeto de individualizar la pena y para imputar el hecho a título de dolo, es necesario acreditar que el autor conoce todo lo concerniente a la fundamentación y agravación de la pena"²¹.

Expone también el error sobre las circunstancias que atenúan la responsabilidad o que configuran un tipo privilegiado, para lo cual recurre a AGUDELO BETANCUR, primer doctrinante que en nuestro medio dio el campanazo de alerta sobre la injusticia que constituía olvidar este tipo de casos²². En cuanto a este tipo de error, piensa LONDOÑO BERRÍO que también puede ser *vencible*, pues el profesor AGUDELO parece reducirlo a los casos de invencibilidad, por lo que termina sugiriendo una pronta reforma de la codificación penal, creyendo, eso sí, que "en el mismo sentido que nosotros se ha pronunciado la reciente legislación alemana" (pág. 193)!!!

Sobre el particular, debe observarse que se maneja una pésima traducción del Código Penal alemán (StGB), cual es la realizada por ESPÍNOLA, quien traduce el § 16 como "error de hecho", engendrando

un gran equívoco. En efecto, el mencionado párrafo se intitula "*Irrtum über Tatumstände*", esto es, "error sobre las circunstancias del hecho" que es muy distinto a decir "error de hecho" con lo que se resucita la ya desueta distinción "error de hecho - error de derecho", totalmente ajena a la moderna dogmática.

Es justamente en este punto, donde se reprocha al legislador alemán por no haber regulado como error de tipo el "error sobre las circunstancias que atenúan la pena pero que no configuran

un tipo diferente". Finalmente, el trabajo concluye con el estudio del error sobre el tipo que deja un dolo remanente, no regulado en el Código Penal, lo que obliga al autor a sugerir una pronta reforma.

Dejamos en los anteriores términos abordado este interesante estudio, el cual merece la atención de todos los amantes de estas materias, al paso que hacemos un llamado de atención a las nuevas promociones de abogados para que sigan el ejemplo fecundo de LONDOÑO BERRÍO.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

²⁰ No es ninguna innovación la que sugiere REYES ECHANDÍA, cuando en el prólogo de la monografía (pág. IX) dice que en lugar de la expresión error de prohibición, prefiere hablar de error sobre la antijuridicidad; realmente desde que en dogmática alemana se habla de error de prohibición tal identificación ha existido.

²¹ Pág. 185.

²² NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "El error sobre circunstancias atenuantes y disminuyentes" en *Nuevo Foro Penal*, núm. 3, Ed. Acosta, 1979, págs. 63 y ss.