

¿ALGO MÁS QUE DECIR SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LA NORMATIVA PENAL COLOMBIANA?*

CONTENIDO

I. INTROITO	1
II. CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN	2
III. REGULACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN COLOMBIA	14
BIBLIOGRAFÍA.....	19

I. INTROITO**

El objeto del presente escrito radica en presentar de manera problemática la manera como tanto la doctrina especializada y la normativa penal vigente abordan el tema del error de prohibición.

El objeto se desarrollará mediante el método por excelencia dentro de la ciencia del Derecho, ello es, el método bibliográfico o, con otras palabras, se habrá de captar una serie de datos¹ referentes al tema del error de prohibición, en una serie de textos tanto académicos como legales, de manera problemática o, si se quiere, crítica, para responder a la pregunta cómo es el tratamiento del error de prohibición.

Para abordar el objeto central del presente escrito, el mismo se habrá de dividir de la siguiente manera: (i) En una primera parte, la cual aludirá a una serie de nociones básicas sobre el error de prohibición y luego (ii) un segunda ítem, que tendrá como centro en tratamiento del error de prohibición tanto en la doctrina como en la legislación penal colombiana.

* Elaborado por **JOSÉ FERNANDO BOTERO BERNAL**, Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín/Colombia). Docente tiempo completo e investigador de la línea de Derecho Penal del grupo de Investigaciones jurídicas de la Universidad de Medellín (Medellín/Colombia). Correo electrónico josefernandoboterobernal@hotmail.com o jfbotero@udem.edu.co.

** A lo largo del presente escrito se habrá de hacer uso de las siguientes abreviaturas: “*art.*” para designar la palabra artículo; “*CP*” para denotar el código penal colombiano, ley 599 de 2000, cuando se haga alusión a la normativa penal de otro país la locución “*CP*” estará acompañada del nombre del Estado; “*CPP*” para significar a la normativa procesal penal Colombiana, ley 906 de 2004; Con las palabras “*ECPP*” se habrá de denotar el estatuto de la Corte penal internacional; “*inc.*” con el fin de designar la palabra inciso; “*No.*” Con el fin de señalar la noción número; “*num.*” Con la cual se expresa numeral; “*ss.*” denotan subsiguiente o subsiguientes.

¹ Ver sobre el particular **BOTERO BERNAL**, *La metodología en la investigación jurídica: Alcances y perspectivas*. pp. 109ss.

II. CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN

1. Nociones Previas

Es bueno, antes de comenzar a desarrollar el objeto central del presente escrito, dejar en claro la idea sobre la cual descansa el mismo, ello es, el error.

Para la teoría del conocimiento, como capítulo de la filosofía, el error y la ignorancia, dejando de lado las múltiples posturas planteadas sobre tales nociones², denota, de manera genérica, la relación que existe entre quien piensa (sujeto cognoscente) y el objeto que es pensado (objeto a conocer).

Esa relación puede ser de: (i) ausencia total de conocimiento o desconocimiento absoluto apareciendo así la ignorancia –desconocimiento de la realidad- o (ii) una equivocada representación de la realidad dándose así lugar al error. Esta última noción, *latu sensu*, se presenta como (α) suposición de la realidad o (β) falsa representación de la realidad que se piensa; siendo esta última, en *stricto sensu*, la que debe ser llamada error.

Para efectos penales, la anterior división es irrelevante³ en tanto que se considera error no solo el desconocimiento de la realidad –ignorancia- sino su falsa apreciación⁴ en incluso la suposición de la realidad o, con otras palabras, se llama error en materia penal no sólo cuando una persona no piensa en la existencia de una persona por cuanto ignora su presencia sino también cuando ella la confunde con otro ente –persona o cosa-, e igualmente cuando supone la presencia de un objeto o situación que en la realidad no está presente –*suposición de la realidad*⁵–.

Por lo tanto, “*equivocación y desconocimiento se presentan como ideas (conceptos) diferentes, pero...tal diferencia no se traduce en distintos efectos jurídico-penales*”⁶

² FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía abreviado*. pp. 119 infra-120; ABBAGNANO, *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira, pp. 341.

³ Por ejemplo, BUSTO RAMÍREZ/HOMRMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal. Volumen II*. pp. 243 supra. Ellos definen el error bien como una falsa apreciación –error en sentido estricto- así como una ausencia de conocimiento –ignorancia-

⁴ QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte General*. pp. 426.

⁵ BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal*. pp. 108 infra.

⁶ QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte General*. pp. 426 (noción entre paréntesis no propia del texto original); Así también: RIGHI/FERNÁNDEZ, *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*. pp. 179; FIANDACA/MUSCO, *Derecho penal. Parte General*. pp. 372, 374; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §29, V, 1, pp. 329 “Internamente el error...puede consistir tanto en una *representación falsa* –equivocación o falsa

2. Conceptualización sobre el error de prohibición

Antes de comenzar a desarrollar el concepto de error de prohibición, no es de menos, aludir, de manera genérica, tanto al error de tipo como de prohibición en orden a evitar equívocos entre ellos.

2.1 Palabras Previas: Error de tipo y de prohibición

El error, tal y como ya quedó conceptualizado, puede recaer sobre alguno de los componentes que estructura el tipo objetivo; tales componentes, por ejemplo los sujetos – activo, pasivo-, el objeto material sobre el cual recae la acción, el vínculo normativo que une una acción a un resultado –imputación objetiva-, entre otros, se expresan, siguiéndose una distinción ampliamente admitida⁷, mediante:

(i) Elementos descriptivos, los cuales serían aquellos que por ser facticos se establecen mediante un simple juicio cognoscitivo (cognitivo)⁸ o lingüístico-descriptivo⁹; sería ejemplos de ellos: la noción de cosa mueble, como aquel bien corpóreo que puede ser trasladado de un lugar a otro –libro, carro, moneda, joyas- (art. 239, art. 240, 241, 249 del CP); el concepto de persona en tanto que ser humano, que viene denotado mediante las locuciones “el que” -art. 103 CP; art. 105 CP; art. 220 CP-, las “personas” -art. 340 inc. 1º CP-, “los que” -art. 467 CP; art. 468 CP; art. 469 CP-, entre otras.

Y (ii) Elementos normativos, que serían aquellas locuciones para cuya comprensión requieren de la preexistencia *de una norma*¹⁰, sea ella jurídica o social; serían ejemplos ilustrativos de tales elementos, entre otros muchos, “documento público” –art. 287 CP,

suposición- como también en la *falta de representación* –ignorancia-...” (palabras entre paréntesis no propias del texto original).

⁷ Por ejemplo, entre otros, BUSTO RAMÍREZ/HOMRMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal. Volumen II*. pp. 46-47.

⁸ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed. §10, F, I, 2, 58, pp. 308. (Hay una traducción de la 2ª ed. Alemana: ROXIN, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª ed. alemana. §10, VI, 1, b), num. 58, pp. 306; en adelante se seguirá citando la edición alemana)

⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., pp. 273; FERRÉ OLIVÉ/NÚÑEZ PAZ/TERRA DE OLIVEIRA/CUOTO DE BRITO, *Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema*. pp. 262.

¹⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §26, IV, 2, pp. 289; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed. §10, F, I, 2, 60, pp. 309; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 38 ed., §5, III, 131, 132, pp. 45.

“documento privado” –art. 289 CP-, “bienes del Estado” –art. 397 CP ss.-, “servidor público” —art. 20 y art. 398 CP, art. 404 CP ss.-, “artículo o género oficialmente considerado como de primera necesidad” –art. 298 CP-, “imputaciones deshonrosas” –art. 220 CP-.

Un error sobre tales elementos configura lo que se denomina error de tipo. Es por ello, que él se define como aquel que recae sobre alguno de los componentes del tipo objetivo¹¹.

Ahora, el error puede, también, recaer sobre la licitud de un actuar, apareciendo lo que se conoce como error de prohibición: aquel error sobre la licitud de un determinado actuar bien porque ese falso conocimiento o suposición versa sobre norma penal en su totalidad –error directo de prohibición- o porque el error alude a un tipo permisivo –causal de justificación- (error indirecto de prohibición)

2.2 El conocimiento de la ilicitud y su ubicación

2.2.1 Palabras previas: ¿compresión o conocimiento?

Para que la realización, por acción u omisión, de un injusto pueda ser vinculada normativamente (culpabilidad/responsabilidad) a una persona se requiere, entre otras exigencias – (i) imputabilidad y (ii) *exigibilidad de otra conducta*¹²-, que ella comprenda, en términos razonables, la antijuridicidad del injusto doloso, culposo o preterintencional realizado.

Esa compresión, supone no sólo conocer la ilicitud del injusto llevado a cabo sino también internalizar –introyectar, interiorizar- tal conocimiento. No es suficiente el simple saber, en un determinado grado, que lo efectuado es antijurídico, contrario a la normativa penal sino además saber la trascendencia de ese simple conocer, el brindarle sentido¹³ y ello se logra si ese simple conocimiento ha sido interiorizado por la persona, hecho suyo en un determinado grado.

¹¹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §35, II, 6 supra, pp. 534.

¹² MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., pp. 375; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del Delito. Derecho Penal Parte General*. Reimpresión. pp. 451, 455 infra. STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*. 6a. ed., §10, I, II, III, pp. 162, 173, 183ss.

¹³ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §49, I, 3, pp. 734; AGUDELO BETANCUR, *Elementos de la Culpabilidad*. pp. 355.

Tal comprensión, que presupone un conocimiento¹⁴ en un determinado grado, se insiste por quien escribe, alude exclusivamente a la ilicitud penal del injusto y no a una contrariedad con postulados éticos o morales o con normativas diferentes a la penal¹⁵; por ello, esa comprensión y correlativamente su conocimiento no deben ser genéricos sino específica¹⁶, es decir, esa comprensión debe estar referida a un determinado injusto¹⁷; por lo señalado en precedencia, es por lo que se habla de la divisibilidad del aspecto cognoscitivo¹⁸ de la ilicitud penal, es decir, el agente puede tener conocimiento que su actuar es contrario a derecho penal –ley- respecto de un supuesto de hecho pero ignorarlo respecto a otro, lo cual cobra gran importancia cuando se hace referencia al concurso de conductas punibles; en tal caso se debe indagar por la presencia de ese conocimiento, en un determinado grado, se reitera, propio de cada conducta punible. Por último, ese conocimiento específico no necesariamente debe darse en términos jurídicos es suficiente conforme a pautas generales propias de la *esfera de lo profano*¹⁹ o como *conocimiento del lego*²⁰.

Llegados a este punto, se debe hacer la siguiente pregunta: ¿cuál es el grado de conocimiento e introyección que se requiere para dar por cumplida la exigencia de la comprensión de la antijuridicidad?

Ese conocimiento: (i) no puede ser *efectivo* –actual o actualizable²¹–, como sucede con el conocimiento propio del dolo, porque sería una exigencia de muy difícil presencia;

¹⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §49, I, 3, pp. 734.

¹⁵ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §21, B, 15 supra, 16 supra, pp. 934 y 935; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*. 6a. ed., §10, II, 1, a), 59, pp. 174.

¹⁶ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, 2a. ed., 19, IV, 27, D supra, pp. 554; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §21, B, 16, pp. 935; FERRÉ OLIVÉ/NÚÑEZ PAZ/TERRA DE OLIVEIRA/CUOTO DE BRITO, *Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema*. pp. 483 infra.

¹⁷ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §21, B, 16, pp. 935; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*. 6a. ed., §10, II, 1, a), 62, pp. 175.

¹⁸ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §21, B, 16, pp. 935; igual postura pero con otro fundamento en JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, 2a. ed., 19, IV, D, 28, pp. 555.

¹⁹ STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*. 6a. ed., §10, II, 1, a), 62, pp. 175; FERRÉ OLIVÉ/NÚÑEZ PAZ/TERRA DE OLIVEIRA/CUOTO DE BRITO, *Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema*. pp. 484.

²⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §41, I, 3, a), pp. 488 supra.

²¹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §34, II, 2-3, pp. 522. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T. III. Num. 333, pp. 302.

(ii) tampoco puede ser *potencial*²² o una *posibilidad de conocimiento*²³ en la medida en que con dichas locuciones se denota lo que aún no es conocimiento y lo que aún no conocimiento no puede ser base suficiente, necesaria y lógica sobre la cual se edifique la comprensión de la antijuridicidad puesto que ello equivaldría a aseverar la existencia de esa comprensión sin que ella aún existiera.

En consecuencia, la comprensión y por consiguiente el conocimiento de la antijuridicidad deben existir en un grado menor al requerido por el dolo y tal grado sería una comprensión y un conocimiento *posibles*²⁴ de la ilicitud, ponderando tal grado en términos razonables²⁵. Así, la diferencia entre el conocimiento que le es propio al dolo y aquel que se debe predicar con relación al injusto no es de esencia sino de grado, ello es, el aspecto cognoscitivo del dolo requiere de un conocimiento efectivo mientras la actitud cognoscitiva propia de la *antijuridicidad del hecho* (von Hippel) debe ser tan solo posible²⁶

2.2.2 Ubicación del conocimiento de la ilicitud

2.2.2.1 Nociones generales: teorías del Dolo y de la Culpabilidad

Así las cosas, ya es posible realizar la pregunta: ¿Dónde se debe ubicar esa comprensión posible de la *Antijuricidad del hecho*? Para responder a este interrogante se han planteado dos grandes respuestas, a saber: (i) la teoría del Dolo y (ii) la teoría de la Culpabilidad

²² ARIEL DOTTI, *Curso de Derecho Penal. Parte Geral*. 2ª ed. pp. 347 infra y 348 supra.

²³ WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 12a. ed., 3a. ed. Castellana, §22, II, pp. 221; MAYER, *Derecho Penal. Parte General*. pp. 296 supra; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. pp. 473.

²⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal. Vol. I. El delito visión positiva y negativa*. pp. 398; Partiendo desde el conocimiento efectivo, lo cual no puede ser de recibo, AGUDELO BETANCUR, *Elementos de la Culpabilidad*. pp. 371.

²⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., pp. 832.

²⁶ Sólo así, puede aceptarse, por quien escribe, aquella *posibilidad de conocimiento* de la que se habla en ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §34, II, 2-3, pp. 522 y VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., pp. 831. Sin prohiar su postura dogmática se comparte lo manifestado sobre el tema en FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal. Vol. I. El delito visión positiva y negativa*. pp. 398. En contra: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §41, I, 3, b), pp. 489; también JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, 2a. ed., 19, IV, 22 supra, 24, B, 1 C, pp. 552-553 infra-554.

2.2.2.1.1 Teoría del Dolo

Las diferentes vertientes que se agrupan bajo la denominación: teoría del Dolo, hoy en día teoría superada salvo, entre otras obras²⁷, las de *Eberhard Schmidhäuser*, *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*²⁸ y *Harro Otto*²⁹, tienen en común que la comprensión, y por consiguiente el conocimiento de la *Antijuricidad del hecho* o su equivalente –*ceguera jurídica* o *enemistad al Derecho* u *hostilidad al Derecho*–, se hallaba en el dolo y en ese sentido tal postura empleaba, en lo que hace a su *(i) vertiente estricta o rígida*, un concepto de dolo malo –*dolus malus*- o valorado en tanto que implica no sólo el conocer los elementos del tipo objetivo sino también el de conocer la ilicitud del actuar y por último el querer lo que se sabe.

Con el fin de superar aquella vertiente estricta, se propuso *(ii) La vertiente limitada*, por parte de *Edmund Mezger*, la cual pretendió sustituir el conocimiento de la ilicitud del actuar por nociones tales como *ceguera jurídica* o *enemistad con el Derecho* o *enemistad al Derecho* o *indiferencia ante el Derecho*³⁰, pero empleando aún un dolo valorado o malo, o dicho de otra manera, acudió a las nociones ya citadas para afirmar la existencia del dolo así faltara el conocimiento de la ilicitud³¹.

Para ambas vertientes el tratamiento del error debía ser unitario³² puesto que el dolo, el cual se hallaba ubicado en la culpabilidad –corrientes Alemanas clásicas y neokantianas- o era concebido como un componente subjetivo de delito –corrientes italianas clásicas-, era entendido como *(i)* conocer el hecho –los elementos del tipo objetivo-, *(ii)* conocer la ilicitud del actuar –consciencia o conocimiento de ilicitud- y *(iii)* el querer la realización del hecho que se sabe ilícito y esa forma de configurar el dolo conducía a que el error, sea sobre el hecho –elementos del tipo objetivo- o sea sobre la conciencia de ilicitud, sólo alterase el dolo. Así entonces, si el error era invencible excluye la imputación subjetiva

²⁷ En el medio colombiano se destacan, entre otras, las obras de Juan Fernández Carrasquilla, la cual se adhiere a la teoría del tipo total; de Mario Salazar Marín; Álvaro Orlando Pérez Pinzón; en México, valga la pena citar, la obra de Francisco Pavón Vasconcelos; En España, entre otras tantas, la obra de José A. Sainz Cantero.

²⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §48, III, 1, pp. 731.

²⁹ OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 7. ed., §13, 5, 45, pp. 221.

³⁰ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a. ed., 19, II, C, 17, pp. 549.

³¹ WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 38. ed., §11, II, 2, 463 infra, pp. 164.

³² ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §48, III, 2, pp. 732; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., pp. 402.

tanto a título de dolo como a título de imprudencia –o culpa- y si es vencible la imputación subjetiva se realiza a título impudente –culposo-.

Esta solución unitaria conduce a serios problemas de política penal³³ por ejemplo la exigencia de un conocimiento efectivo, bien actual o actualizable, tanto de los elementos configuradores del tipo objetivo o de la ilicitud. No se niega que hay teorías³⁴ que buscan emplear un conocimiento diferenciado en el dolo, esto es, un determinado grado cognoscitivo –efectivo- con relación a los componentes del tipo objetivo y otro –*posible*- con relación al conocimiento de la ilicitud.

2.2.2.1.2 Teorías de la Culpabilidad

Las vertientes que estructuran la teoría de la culpabilidad tiene en común el ubicar, por regla general, el conocimiento de la ilicitud en la culpabilidad, como uno de sus elementos. Tal teoría es la postura mayoritaria en la actualidad³⁵.

La teoría de la culpabilidad tiene dos vertientes, a saber: (i) *Teoría estricta de la culpabilidad*³⁶, para ella la consciencia, el conocimiento de la *Antijuricidad del hecho* siempre estará ubicada al interior de la culpabilidad como un elemento de ella; por lo que un error sobre ese conocimiento merecerá el nombre y el tratamiento de un error de prohibición, ello es, si es invencible excluye ese conocimiento y en consecuencia la culpabilidad pero si es vencible, puesto que el agente se halla en capacidad de ponderar la ilicitud de su actuar, sólo se atenúa la pena del injusto doloso.

(ii) La segunda vertiente se denomina *teoría limitada*³⁷ o *restringida*³⁸ de la *culpabilidad*, para ella, hoy en día mayoritaria³⁹, la consciencia –el conocimiento- de la

³³ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §48, III, 2, pp. 732.

³⁴ Por ejemplo, en el medio colombiano por su trascendencia, vale citar a: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal. Vol. 1. El delito visión positiva y negativa*. pp. 398ss.

³⁵ Por ejemplo, entre otros muchos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §21, A, 8, pp. 930ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., pp. 406 infra; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del Delito. Derecho Penal Parte General*. Reimpresión. pp. 486 infra-487 supra.

³⁶ WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 12a. ed., 3a. ed. Castellana, §22, II, pp. 221 ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 38. ed., §11, II, 2, 465, pp. 164. Autores actuales, entre otros, ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª ed., pp. 587; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., pp. 831.

³⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §48, III, 4, pp. 732.

³⁸ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §14, H, I, b), 55, pp. 623.

ilicitud se halla por regla general dentro de la culpabilidad, por lo que tanto (i) el error sobre la norma criminalizante –desconocimiento de la prohibición y del mandato (en su totalidad) y sus modalidades- como (ii) el *error de permisión*⁴⁰ –error sobre la existencia de una causal de justificación y error sobre sus límites-, además de ser considerados errores de prohibición tienen un tratamiento igual al propugnado por la teoría estricta de la culpabilidad, es decir, si el error es invencible, en tanto que no medió la posibilidad de conocer la ilicitud, se excluye la culpabilidad mientras que si el error fue vencible, puesto que existió la posibilidad de conocer la Antijuricidad del accionar, se le sanciona por el injusto doloso pero se aminora la pena.

Para la vertiente en comento, cuando el error versa sobre alguno los presupuestos materiales u objetivos de un tipo permisivo o causal de justificación, la consciencia de ilicitud se traslada al dolo para tratar ese error como uno de tipo. Esta postura se fundamenta o bien en razones político criminales⁴¹ o bien en razones de similitud estructural y un menor grado de *desvalor de acción*⁴² que ameritan un tratamiento similar al error de tipo⁴³.

En fin y acudiendo a las ideas de unos de sus defensores⁴⁴, se puede decir que lo que justifica dar al error sobre los presupuestos materiales u objetivos de una causal de justificación un tratamiento de error de tipo es la finalidad con la cual actúa la persona incurso en ese error: una finalidad aceptada no sólo por quien está en el error sino por el propio legislador, por lo que no se le debe equiparar a quien dolosamente vulnera la ley penal pero bajo un error de prohibición bien porque desconocía la existencia de la norma de prohibición o de mandato o bien porque la consideraba no vigente. El accionar de la persona que se halla bajo un error sobre los presupuestos materiales de un tipo permisivo es similar a quien imprudente –culposamente- produce un resultado lesivo.

Así entonces, cuando el error sobre un presupuesto material de una causal de justificación es invencible de excluye tanto la imputación subjetiva dolosa como la

³⁹ Entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §41, IV, c), pp. 499.

⁴⁰ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §14, H, 3, 79 supra, pp. 632 infra.

⁴¹ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §14, H, 2, a), 64, pp. 626 infra.

⁴² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §41, IV, 1, pp. 497.

⁴³ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §41, IV, d), pp. 499.

⁴⁴ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §14, H, 2, a), 64, pp. 626-627.

imprudente –culposa- y si ese error es vencible lo acaecido se imputa subjetivamente a título de imprudencia –culpa-.

La vertiente en comento, la limitada, tiene, sin negar que puede ser llamativa y materialmente justa⁴⁵, varias objeciones: (i) debe conducir a la admisión de la tentativa culposa⁴⁶ cuando el error sea vencible y el resultado no se hubiera alcanzado, estando el mismo ubicado al interior de un tipo de resultado material; por ejemplo, quien erróneamente y de manera vencible se considera agredido por lo que procede a disparar sobre su supuesto agresor quedando este vivo, lo cual es dogmáticamente inadmisibles y (iii) ésta vertiente debe emplear, como consecuencia de su postulado, un *dolo de injusto*⁴⁷, es decir, un dolo que se halla integrado por (α) un elemento cognoscitivo que abarca tanto el conocimiento efectivo de los componentes del tipo objetivo como el conocimiento efectivo de la ilicitud de la conducta y (β) un elemento volitivo que sería el querer la realización del tipo penal sin la presencia de los presupuestos materiales y subjetivos –para quienes los acepten- de las causales de justificación.

Para finalizar el presente apartado, se puede afirmar que la postura que se impuso fue la teoría de la culpabilidad y a su interior su vertiente restringida o limitada⁴⁸ pero de ello no se sigue, que el legislador –deba o- se haya inclinado por una u otra de las vertientes que integran la teoría de la culpabilidad; el asumir una u otra no es labor legislativa –del poder punitivo, éste lo que busca es aumentar su capacidad de cobertura en aras de un ciego disciplinamiento social⁴⁹- sino interpretativa –limitativa del ejercicio del poder punitivo-, conforme a un significado posible de la ley penal.

3. Modalidades de error de prohibición

El error de prohibición se divide en: (i) Error directo o abstracto de prohibición y (ii) error indirecto o concreto de prohibición.

(i) El *error directo*⁵⁰ o *abstracto*⁵¹ de prohibición, sería aquel que versa sobre el conocimiento de la norma de prohibición o de mandato, o, en palabras más sencillas,

⁴⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., pp. 834 infra.

⁴⁶ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §48, III, 4, pp. 732

⁴⁷ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §14, H, 2, b), 70 supra, pp. 629.

⁴⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §41, IV, c), pp. 499.

⁴⁹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §2, I ss., pp. 7 ss., §4, I, 1 ss, pp. 37 ss.

cuando el agente ignora la existencia de la norma de prohibición –o de mandato- o conociéndola considera erradamente que no se halla vigente, o que no se aplica en un determinado sector o ámbito espacial o simplemente la interpreta mal. Así, entonces, el presente error plantea las siguientes modalidades:

(α) *Error sobre la existencia de la prohibición*⁵². Tal modalidad es el desconocimiento mismo de la prohibición –o mandato- penal; es el clásico supuesto *de ignorantia legis*⁵³; Hay un sector de la doctrina⁵⁴ que ubica en esta modalidad de error aquel que versa sobre la consecuencia jurídica o la amenaza penal; ejemplos de la modalidad de error en comento serían: aquella persona que arrienda de carro de su propiedad a un tercero y luego le sustrae ese vehículo con perjuicio del arrendatario ignorando que su accionar se halla criminalizado (sustracción de bien propio –art. 254 CP-); la persona que se apropia de una suma de dinero que por error le fue depositada en su cuenta bancaria ignorando que ello constituye la conducta punible de aprovechamiento de error ajeno –art. 252 CP- o el médico que le suministre a un deportista un medicamento que le genera a este último dependencia bajo la convicción errada de la licitud penal de su accionar –art. 380 CP-;

(β) *el error sobre la vigencia o validez*⁵⁵ *de la norma penal*⁵⁶, en este error la persona conoce la norma penal pero erradamente la considera o que bien (β_1) no se aplica en un

⁵⁰ RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* §31, III, 11 supra, pp. 282; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Traducción 5a. ed., §41, II, 1 ss., pp.490.

⁵¹ MAURACH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* II, §38, B, 1, supra, pp. 152.

⁵² ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* T. 1. 4a. ed., §21, C, I, 21, pp. 937; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General.* 2ª ed., §49, II, 1, pp. 378; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General.* 2ª ed., pp. 401; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General.* 4ª ed., pp. 835.

⁵³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal.* Vol. 1. *El delito visión positiva y negativa.* pp. 687; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General.* 4ª ed., pp. 835 infra.

⁵⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General.* 2ª ed., §49, II, 1 infra, pp. 734; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal.* Vol. 1. *El delito visión positiva y negativa.* pp. 687; BACIGALUPO, *Delito y punibilidad.* pp. 146 ss. Niega parcialmente su relevancia ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* T. 1. 4a. ed., §21, B, 13 supra, pp. 933; con igual opinión, entre otros, STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat.* 6a. ed., §10, II, 1, a), 61 supra, pp. 174 infra.

⁵⁵ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* T. 1. 4a. ed., §21, C, IV, 25-26, pp. 939-940

⁵⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General.* 4ª ed., pp. 836; hablando de tipo prohibitivo FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal.* Vol. 1. *El delito visión positiva y negativa.* pp. 687.

determinado espacio territorial o (β_2) que aún no está vigente o (β_3) ya ha perdido vigencia; ejemplos de esta modalidad serían: la persona que desde antaño tanto él como su familia – abuelos, padres- viene cultivando marihuana por lo que cree erradamente que la norma contenida en el art. 374 CP no se aplica en el territorio donde se halla su finca; el recaudador del impuesto al valor agregado –IVA- que no entrega a la DIAN –Estado- la suma recaudadas bajo la creencia errónea que su actuar constituye una especial deuda con el Estado y que por lo tanto ello no genera pena privativa de la libertad (art. 28 Constitución Política) perdiendo así vigencia el art. 402 CP.

Y como última modalidad se halla (c) el *error de interpretación*⁵⁷ o *error de subsunción*⁵⁸. Como su nombre lo indica en la presente modalidad la persona se equivoca en la interpretación de la norma penal por manera que la considera que no se aplica al caso concreto; por ejemplo de quien considera que la norma del art. 103 CP sólo se aplica a quienes están dentro de la ley por lo que él, como se dedica a actividades ilegales, puede dar muerte a su competidor y el manido ejemplo según el cual se puede acceder carnalmente en contra de su consentimiento a la cónyuge por cuanto ella es la cónyuge y una de sus obligaciones es el débito conyugal.

(ii) La segunda modalidad de error de prohibición es el denominado error *indirecto*⁵⁹ o *concreto*⁶⁰ de prohibición. El objeto del mismo serán las causales de justificación o tipos permisivos: bien en lo que a su existencia respecta, bien a sus límites o bien a la existencia de sus presupuestos materiales. En consecuencia el error en estudio tiene las siguientes divisiones:

(α) *el error sobre la existencia de una causal de justificación* o *error sobre la existencia de una justificación*⁶¹. En esta división la persona supone erradamente que su actuar se halla amparado por un tipo permisivo –causal de justificación- que no existe en la ley, por ello también se le denomina *falsa creencia en la existencia de un tipo permisivo*⁶² no reconocido así por la ley; ejemplos de la presente división serían: el empleador que retiene el salario de quien fuera su empleado a quien con justa causa ha despedido, por la

⁵⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §49, II, 1, pp. 734.

⁵⁸ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §21, C, III, 23-24, pp. 938-939.

⁵⁹ RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. §31, III, 12 infra, pp. 283; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., § 41, III, 1ss., pp. 496 ss.

⁶⁰ MAURACH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. II, §38, B, 2, pp. 152 ss.

⁶¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., pp. 837.

⁶² ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §49, V, 1, pp. 739.

presunta comisión de un delito contra el patrimonio económico de la empresa, por cuanto cree que tal accionar –retención de salarios- está permitida en la ley laboral; el militar campesino que hace poco se ha incorporado al ejército que cumple una orden que implica la comisión de un ilícito bajo la creencia errada que toda orden militar se obedece: “*una orden es una orden*” en el ejército⁶³.

(β) El *error sobre los límites de una causal de justificación*⁶⁴ o *error sobre los límites de la permisión*⁶⁵. En la presente situación la persona, objetivamente –en la realidad-, se excede los límites propios de cada causal de justificación pero, subjetivamente –mentalmente-, supone erradamente que aún existe la situación objetiva de justificación, de ahí su nombre: error sobre los límites de un tipo permisivo. En este error la persona comenzó a actuar amparado por una situación justificante y una vez, en la realidad, culminó la situación de justificación creyó erradamente que aún se estaba dando esa situación. En fin, en el presente error siempre habrá un exceso, el cual tiene su causa –origen- en un error: *un exceso motivado por un error*⁶⁶; podrían ser ejemplos de la presente división: el padre o la madre que creen erradamente que pueden golpear de cualquier forma e intensidad a sus hijos por cuanto ellos tienen el derecho de corrección de sus hijos cuando objetivamente, bien sea el padre o la madre o ambos, están sobrepasando los límites del derecho de corrección contemplado en la ley civil y están efectuado una conducta punible de tortura (art. 178 del CP)

Estas dos últimas modalidades de error indirecto o concreto de prohibición se les suele llamar *errores sobre el permiso*⁶⁷, *error de permisión*⁶⁸ o *error sobre la permisividad*⁶⁹ y tiene un mismo tratamiento punitivo en tanto que les trata como un verdadero error de prohibición⁷⁰ y en consecuencia se les *aplica las reglas del error directo de prohibición*⁷¹.

⁶³ Ejemplo planteado en: JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §41, III, 2 infra, pp. 497.

⁶⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., pp. 836.

⁶⁵ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §21, C, II, 22, pp. 938.

⁶⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., pp. 837.

⁶⁷ WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 38. ed., §11, IV, 1, 483 supra, pp. 171.

⁶⁸ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §21, C, II, 22, pp. 938.

⁶⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción 5a. ed., §41, III, 1 supra, 2 supra, pp. 496.

⁷⁰ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §14, H, 3, 79, pp. 633 supra.

⁷¹ WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 38. ed., §11, IV, 1, 483 supra, pp. 171.

(c) *Error sobre los presupuestos materiales u objetivos de una causal de justificación*⁷² o *suposición errónea de la situación objetiva justificante*⁷³ o *falsa suposición de una situación objetiva de justificación*⁷⁴ o simplemente justificante putativa⁷⁵. En esta modalidad la persona supone, erradamente, la existencia de un presupuesto material u objetivo de una causal de justificación *legalmente reconocida*⁷⁶. En la presente variante nunca han existido alguno de los presupuestos materiales de un tipo permiso –causal de justificación- porque de haber existido y actuado, el agente, conforme a ellos su actuar estaría justificado; ejemplos de esta modalidad de error serían: cuando una persona supone erradamente la existencia de una agresión –art. 32 No. 6 CP-, o de un peligro –art. No. 7 inc. 1º CP-, o la actualidad o inminencia de uno u otro –Art. 32 No. 6 y 7 inc. 1º ambos del CP- o la existencia de una orden en la obediencia debida –art. 32 No. 4 inc. 1 o. CP-.

III. REGULACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN COLOMBIA

1. Regulación del error de prohibición en la normativa penal colombiana

Una vez establecidas las modalidades de error de prohibición y la manera de ser solucionadas resta preguntarse cómo, de cara a la normativa penal colombiana, se han de regular tales modalidades o, de otra manera, cómo es su regulación específica.

Tal regulación se halla ubicada al interior del art. 32 No. 10 segunda parte y parte final y en el art. 32 No. 11 inc. 1º todos del CP.

El art. 32 No. 11 inc. 1º CP establece: “*Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuera vencible la pena se rebajará en la mitad*”. Conforme al tenor y sentido –significado- del texto legal transcrito, en él se ubicará tanto el error directo o abstracto de prohibición, con sus variantes, como el error de permisivo –error sobre la existencia de una causal de justificación y el error sobre los límites de un tipo permisivo o casual de justificación-. Así las cosas, si el error fuere vencible se atenuará la pena del injusto doloso y tal disminución responde al hecho de verse, por error vencible, disminuido el grado de culpabilidad, pero si el error fuere invencible se habrá de excluir la culpabilidad

⁷² ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §14, H, I, 1, 52 supra, pp. 622.

⁷³ STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*. 6a. ed., §9, II, C, 157 infra, pp. 156.

⁷⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., §49, VI, 2 supra, pp. 740.

⁷⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal. Vol. 1. El delito visión positiva y negativa*. pp. 682.

⁷⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., pp. 837.

por cuanto nunca fue posible acceder a ese conocimiento mínimo que le es propio a la comprensión de la antijuridicidad del hecho y no existiendo el elemento de comprensión de la antijuridicidad –ilicitud- del hecho no es posible que se estructure la Culpabilidad.

En cuanto hace al error sobre los presupuestos materiales u objetivos de una causal de justificación –tipo permisivo-, el mismo se halla ubicado, en lo que a sus consecuencias punitivas respecta, en el art. 32 numeral 10 inciso 1º segunda y última partes así: “**Art. 32. Ausencia de responsabilidad.** No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: No. 10. – inc. 1º- Se obre con error invencible...[o] de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiera previsto como culposa.”. La presente disposición quiere indicar lo siguiente:

(i) Las locuciones “*presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad*” aluden, por el momento, a los requisitos –presupuestos- materiales que permiten la aplicación de las causales tanto de justificación (art. 32 numerales 3º, 4º, 5º - conforme a la postura mayoritaria colombiana, 6º y 7º CP)

(ii) La utilización de la palabra “o” para separar el error de tipo (primera parte del inciso primero del art. 32 numeral 10 CP) del error sobre los presupuestos materiales de una causal de justificación (segunda parte del inciso primero del artículo y numeral citado en precedencia del CP) denota que ambos son conceptos dogmáticos diferentes⁷⁷ en tanto que aquel, es decir, el error de tipo, es el falso juicio sobre un elemento del tipo mientras éste, el error indirecto de prohibición que recae sobre los presupuestos materiales de una causal de justificación estriba sobre la falsa suposición de un requisito o supuesto objetivo de una causal de justificación.

(iii) Se plantea un tratamiento punitivo similar⁷⁸ tanto para el error de tipo como para el error indirecto de prohibición cuando versa sobre un supuesto material u objetivo de una causal de justificación, sin que tal tratamiento punitivo similar pueda conducir a

⁷⁷ En la doctrina colombiana defiende tal postura, con otros argumentos pero con igual conclusión, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *La teoría del error en el proyecto de código penal colombiano de 1998*. pp. 1ss.

⁷⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., pp. 839; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual de Derecho Penal*. 4ª ed., pp. 538; GÓMEZ PAVAJEAU, *Estudios de Dogmática en el nuevo código penal*. pp. 142. De *lege ferenda*, dejando en claro la asimilación sólo para efecto punitivos, por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed., §14, H, 1, a), 54 supra, pp. 623. En el medio colombiano en contra de la asimilación de efectos punitivos para asumir tanto una conceptualización como tratamiento idéntico al error de tipo FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal*. Vol. 1. *El delito visión positiva y negativa*. pp. 683.

identificar el error de tipo con error indirecto de prohibición sobre un presupuesto fáctico o material u objetivo de una causal de justificación salvo que se asuma la teoría de los elementos negativos del tipo⁷⁹ o construcciones similares⁸⁰. A esta conclusión, ello es, la no asimilación conceptual entre ambos errores, colabora, además, la conjunción disyuntiva “o” que se emplea en el numeral bajo estudio. En fin, si de asimilación se quiere hablar sería sólo con relación a los efectos punitivos pero nunca sustanciales⁸¹.

Como consecuencia de lo antes afirmado y sólo desde la perspectiva de los efectos punitivos, se tiene que si el error sobre los presupuestos materiales de una causal de justificación es invencible se excluirá tanto la imputación subjetiva dolosa como la imprudencia –culpa- y si, por el contrario, es vencible el resultado se imputará subjetivamente a título de imprudencia –culpa- de existir el respetivo tipo imprudente –culposo- (art. 22 parte final CP, art. 23 CP y art. 32 No. 10 inc. 1º última parte CP)

2. El error sobre los presupuestos materiales de una causal excluyente de la culpabilidad

Al interior del art. 32 No. 10 segunda parte del inc. 1º de la normativa penal colombiana, se estableció el error sobre los presupuestos materiales u objetivos de una causal excluyente de la responsabilidad penal con lo cual se reguló expresamente no sólo la suposición errada sobre un presupuesto material de una causal de justificación sino también cuando ese mismo supuesto verse sobre una causal excluyente de la culpabilidad –causales de inculpabilidad-, esto es, sobre el estado de necesidad disculpante –insuperable coacción ajena: art. 32 No. 8 CP- o el miedo insuperable –art. 32 No. 9 CP-; por ejemplo: la suposición errada del peligro en el estado de necesidad exculpante –disculpante o excluyente de la culpabilidad-, o del carácter insuperable del miedo en el miedo insuperable.

Siendo así las cosas, pareciera ser que un error sobre los presupuestos objetivos de una causal excluyente de la culpabilidad es similar a un error sobre un presupuesto material de un tipo permisivo por lo que de ser invencible excluiría la imputación subjetiva tanto

⁷⁹ Por ejemplo, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal. Vol. 1. El delito visión positiva y negativa*. pp. 29, 683. GROSSO GARCÍA, *El concepto del delito en el nuevo código penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*. pp. 236.

⁸⁰ SALAZAR MARÍN, *Teoría del Delito. Con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho Penal*. pp. 677ss.

⁸¹ Con otra respetable opinión FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal. Vol. 1. El delito visión positiva y negativa*. pp. 683. GROSSO GARCÍA, *El concepto del delito en el nuevo código penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*. pp. 236.

dolosa como imprudente y de ser vencible el resultado se imputaría a título de imprudencia si tal resultado admite tal imputación subjetiva. Pero tal similitud no es sustancial sino sólo punitiva, esto es, el error en comento, sobre un presupuesto material de una causal de inculpabilidad, recibe un tratamiento punitivo similar tanto al error de tipo como al error sobre un presupuesto objetivo –material, fáctico- de una causal de justificación, pero sin que ello signifique que tales errores sean conceptual y normativamente idénticos o que por lo menos hayan sido equiparados en lo que su estructura respecta.

Ahora, esa asimilación punitiva y nunca conceptual, se reitera, merece varios comentarios:

(i) Por un lado, sin negar que tal asimilación punitiva es una interpretación que pretende evitar una equiparación conceptual no deja de generar cierto desconcierto puesto que un error sobre un presupuesto objetivo de una causal de inculpabilidad, de ser invencible, lo que debería excluir debe ser la culpabilidad y no la imputación subjetiva dolosa e imprudente –culposa- puesto que esta ya fue objeto de análisis.

Y (ii) por otro lado, dicho tratamiento punitivo es desigual y desproporcionado entre quien actúa bajo el amparo de una causal excluyente de la culpabilidad cuyos presupuestos objetivas, en la realidad, si están presentes y quien lo hace convencido de existir tales presupuestos cuando en la realidad ellos no está presentes; piénsese en el trato que merecería una persona que debe dar muerte a otra por cuanto se halla, realmente, en un estado de necesidad excluyente de la culpabilidad y el trato que se le debe dar a quien supone errada e invenciblemente el peligro para su vida, en lo que hace al estado de necesidad disculpante,: en el primer caso, se excluiría la culpabilidad quedando latente una posible responsabilidad civil mientras que con relación al actuar de la segunda persona se excluiría la imputación subjetiva tanto dolosa como imprudente –culposa- imposibilitándose, en consecuencia, pensar en una responsabilidad civil.

Frente a la anterior objeción se podría contra argumentar, diciendo que tal objeción mira a consecuencias sustanciales las cuales no fueron afectadas con la regulación que se le brindó al error sobre un presupuesto material de una causal de inculpabilidad. Pero no obstante lo anterior, aún parece no ser lógico que el actuar bajo un error invencible sobre un presupuesto material de una causal de inculpabilidad punitivamente sea atípico y sustancial, quienes hayan sufrido las consecuencias de esos error, puedan, vía civil, reclamar los perjuicios a ellos irrogados.

Pero si lo anotado hasta el momento no fuera suficiente, tal regulación tendría efectos con relación a los partícipes: si la conducta es atípica por estar ella incurra en un error invencible sobre un presupuesto material de una causal de inculpabilidad no sería posible

indagar por los partícipes, en atención al principio de accesoriedad limitada adoptado por la normativa penal colombiana –art. 30 inc. 2° e inc. 3°. CP-; ahora, pero tal tarea de indagación si sería posible frente a quien ha actuado bajo una causal de inculpabilidad cuyos presupuestos materiales efectivamente se dieron en la realidad.

La pasada objeción se le podría refutar lo siguiente: por un lado, la regulación penal que se le otorgó al error sobre un presupuesto material de una causal de inculpabilidad mira a una asimilación punitiva y nunca conceptual como se derivaría de la objeción en análisis y por el otro lado, la culpabilidad es personal por lo que no debe sorprender que las causales de inculpabilidad sólo beneficien a quienes actúen amparados por ellas y no a terceros. A pesar de lo anterior, nuevamente no parece coherente aseverar que el actuar de quien se halle en un error invencible sobre una causal de inculpabilidad, punitivamente, sea atípico y sustancialmente se pueda indagar por los partícipes.

Se quiere expresar, con todo lo acotado hasta el momento, que hay fenómenos cuyos efectos sustanciales se hallan unidos indisolublemente, en lo que hace a su comprensión, con los efectos punitivos (consecuencias); por lo que separarlos es artificio y en el fondo es una formula, si bien válida, transaccional o, con otras palabras, los efectos sustanciales del error, para el caso, sobre un presupuesto material o factico u objetivo de una causal excluyente de la culpabilidad, en lo que hace a su comprensión, se hallan unidos a sus efectos sustanciales y por lo tanto se hace necesario que haya concordancia entre ellos.

De cara al reglón precedente se tiene que, en orden a buscar una solución a los problemas de proporcionalidad e igualdad que se derivan del tratamiento del error sobre un presupuesto material u objetivo de una causal de inculpabilidad, se pueden plantear, por el momento, las siguientes alternativas:

(i) Proseguir con la interpretación dogmática de comprenden que el tratamiento del ese modalidad de error supone una asimilación con el error de tipo sólo en sus efectos punitivos pero nunca en sus efectos sustanciales asumiendo no sólo los beneficios de dicha interpretación sino sus críticas.

(ii) Que propende por una interpretación un poco más amplia dentro de las posibles conforme al texto legal, entendiendo por texto legal no sólo un numeral ni todo el artículo sino la normativa penal en su totalidad y en tanto que, se reitera, tal interpretación sea posible conforme al texto legal.

Tal interpretación es comprender dentro del numeral 10 del art. 32 del CP, de un lado, el error de tipo y del otro lado, cuando se alude a “*los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad*” al error sobre los presupuestos materiales de una causal de

justificación, asumiéndose así la vertiente limitada de la teoría de la culpabilidad pero sin que ello signifique, por lo menos desde la postura filosófica y jurídica que orienta el presente escrito, una adhesión a los elementos negativos del tipo. Y ubicar dentro del numeral 11 del art. 32 del CP los errores que versen sobre la licitud de los hechos – elementos del tipo objetivo- donde se destaca el error sobre los presupuestos materiales de una causal de inculpabilidad.

Pero sea que se asuma la primera o la segunda interpretación, se considera por quien escribe, que lo resaltado en el presente escrito amerita un cambio en la normativa penal.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros vertidos a pie de página

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AGUDELO BETANCUR, Nodier. *Documentos para la reforma penal*, Medellín: Nuevo Foro, 1999.
- Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá: Temis, 1984.
- Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*. 2ª ed., Bogotá: Temis, 1986.
- AGUDELO BETANCUR, Nodier. Elementos de la Culpabilidad. En AGUDELO BETANCUR, Nodiér/BARBOSA CASTILLO, Gerardo/SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo/ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto/URBANO MARTÍNEZ, José J./RUIZ LÓPEZ, Carmen E./BUITRAGO RUIZ, Ángela M. *et al. Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 253-374.
- ARIEL DOTTI, René. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. *Delito y Punibilidad*. Madrid: Civitas, 1983.
- Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis, 1984.
- BOTERO BERNAL, Andrés. La metodología en la investigación jurídica: Alcances y perspectivas. En *Opinión jurídica*, Vol. 4, No. 4, 2003, pp. 109-116.
- BUSTO RAMÍREZ/HOMRMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal. Volumen II*. Madrid: Trotta, 1999.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la penal. Vol. 1. El delito visión positiva y negativa*. Bogotá: Ibáñez, 2012.
- FERRÉ OLIVÉ/NÚÑEZ PAZ/TERRA DE OLIVEIRA/CUOTO DE BRITO, *Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte General*. Traducción de Pablo Eiora (4ª ed. italiana). Bogotá: Temis, 2006.

- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del Delito. Derecho Penal Parte General*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 1992.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Teoría del delito*. Bogotá: Doctrina y ley, 2003.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Estudios de Dogmática en el nuevo código penal*. Bogotá: Ibáñez, 2002.
- GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *El concepto del Delito en el nuevo Código penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*. Bogotá: Ibáñez, 2003.
- JABOKS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1993.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5a. ed. Granada: Comares, 2000.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Buenos Aires: Losada, 1956.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. II. Barcelona: Ariel, 1962.
- MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz y revisión general y Prólogo por el profesor Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de f, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 7. ed., Walter de Gruyter & Co, Berlin, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Con la Colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Navarra: Aranzadi, 2000.
- RENGIER, Rudolf. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2009.
- RIGHI, Esteban/FERNÁNDEZ, Alberto A. *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Barcelona: Civitas, 1997.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil*. T. 1. 4a. ed. München: C.H. Beck, 2006.
- SALAZAR MARÍN, Mario. *Teoría del Delito. Con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho Penal*. Bogotá: Ibáñez, 2007.
- STRATENWERTH, Günther/KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat*. 6a. ed. München: Vahlen, 2011.
- VELASQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte General*. 4a. ed. Medellín: Coomlibros, 2009.
- La teoría del error en el proyecto de código penal colombiano de 1998. En NIETO MARTÍN, Adan (Coordinador) *et al. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In*

memoriam. Volumen I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, pp. 1375-1387.

-*Manual de Derecho penal. Parte General*. 4ª ed., Bogotá: ediciones jurídicas Andrés Morales, 2010.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 12a. ed., 3a. ed. castellana Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1985.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 38a. ed. C.F. Müller, Heidelberg, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. Buenos Aires: EDIAR, 1981 (1987).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

2. Otros libros consultados

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Error de prohibición. En AGUDELO BETANCUR, Nodiér/BARBOSA CASTILLO, Gerardo/SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo/SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto/URBANO MARTÍNEZ, José J./RUIZ LÓPEZ, Carmen E./BUITRAGO RUIZ, Ángela M. *et al. Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 375-382.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/IMITSCH, Wolfgang. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11a. ed., Bielefeld, 2003.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/GARCÍA RIVAS, Nicolás/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/TERRADILLOS BASOCO, Juan/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario/ACALE SÁNCHEZ, María/ NIETO MARTÍN, Adán/DEMETRIO CRESPO, Eduardo/PÉREZ CEPEDA, Ana. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Barcelona: Experiencia, 2010.

BOTERO BERNAL, José Fernando. *Causales de atipicidad de las estructuras típicas dolosas*. Texto sin publicar.

BOTERO BERNAL, José Fernando. *Estudio crítico a los delitos contra el honor. Bases e iniciación de una teoría de la parte especial*. Bogotá: Leyer, 2002.

-*La conducta punible de constreñimiento ilegal y sus agravantes. A la luz de una dogmática realista*. Bogotá: Leyer, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*. Volumen II. Madrid: Trotta, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal español. Parte General*. Barcelona: Ariel, 1984.

CANESTRARI, Stefano/CORNACCHIA, Luigi/DE SIMONE, Giulio. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Bologna: il mulino, 2007.

-Estudios de Derecho Penal. Buenos Aires: B de f, 2002.

- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Delito y error. Perspectiva político criminal*. Bogotá: Temis, 1990.
- FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía abreviado*. Bogotá: Random House Mondadori, 2006.
- FLETCHER, George P. *Conceptos Básicos de Derecho Penal*. Prólogo, traducción z notas de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- FRISTER, Helmut. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006.
- HAFT, Fritjof. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 9a. ed. München: C.H. Beck, 2004.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.
- HESSEN, Johannes. *Teoría del conocimiento*. Bogotá: Libros Hidalgo, 2009.
- JABOKS, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5a. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3a ed. Baden, Nomos, 2008.
- LONDOÑO BERRÍO, Hernando. *El error en la moderna teoría del Delito*. Bogotá: Temis, 1982.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. 3ª reimpresión. Madrid: Universitas, 2004.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. 2ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed. 4ª reimpresión. Barcelona: Reppertor, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción al derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: B de f, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en el derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- Teoría General del delito*. 2ª ed., Bogotá: Temis, 1999.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. 15ª ed., México: Porrúa, 2000.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *Introducción al Derecho penal*. 7ª ed., Bogotá: Temis, 2009.
- SAINZ CANTERO, José A. *Lecciones de Derecho penal*. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1990.
- SALAZAR MARÍN, Mario. *Teoría del Delito. Con fundamento en la escuela Dialéctica del Derecho Penal*. Bogotá: Ibáñez, 2007.
- SALINERO ALONSO, Carmen. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*. Granada: Comares, 2000.
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*. Bogotá: Ibáñez, 2000.
- SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. Causales de ausencia de responsabilidad. En ARBOLEDA RIPOLL, Fernando/BACIGALUPO, Enrique/BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/CAMACHO FLOREZ, Jaime/CANCINO MORENO, Antonio/CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime/FERNÁNDEZ CARASQUILL, Juan *et al.* *Dogmática y*

- criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá: Legis, 2005, pp. 541-566.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. ROXIN, Claus/JAKOBS, Günther/SCHÜNEMANN, Bernd/FRISCH, Wolfgang/KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 91-128.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Aspecto Negativo de la tipicidad. En AGUDELO BETANCUR, Nodiér/BARBOSA CASTILLO, Gerardo/SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo/ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto/URBANO MARTÍNEZ, José J./RUIZ LÓPEZ, Carmen E./BUITRAGO RUIZ, Ángela M. *et al. Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 247-261.
- VELASQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales. En *Nuevo Foro Penal*, 24, abril-mayo, 1984, pp. 187-198.
- VILLAVICENCIO T., Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ed. Grijley, 2006.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1969.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: B de f, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar/Temis, 2005.