

**ANÁLISIS HERMENÉUTICO DEL ERROR INVENCIBLE EN LA  
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE  
CASACIÓN PENAL: AÑOS 2004 – 2014**

**CAMILO MANRIQUE SERRANO**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2015**

**ANÁLISIS HERMENÉUTICO DEL ERROR INVENCIBLE EN LA  
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE  
CASACIÓN PENAL: AÑOS 2004 – 2014**

**CAMILO MANRIQUE SERRANO**

**Trabajo de investigación en dogmática penal constitucional para optar el  
título de Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho**

**Director:**

**P.H. ORLANDO PARDO MARTÍNEZ**

**Codirector:**

**DR. RAMIRO PINZÓN ASELA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA**

**2015**

## DEDICATORIA

*Para mi padre Camilo Manrique Cortez Q.E.P.D. y mi madre Olga Serrano de Manrique, quienes de una u otra manera les honro y les dedico con profundo amor este triunfo, puesto que me enseñaron que para triunfar y ser alguien en la vida, debe forzarse, y sacrificarse en el estudio para llegar a la meta.*

*Sin embargo recuerdo tanto a mi padre, el esmero que tenía para que yo estudiara y fuera superior a los demás, esas enseñanzas positivas jamás se me olvidaran, fue su mejor legado.*

*Por ello he tratado de transmitir a mis hijos, a mis sobrinos, sobre ese legado que deben estudiar para que sean algo en el futuro*

## **AGRADECIMIENTOS**

*De antemano agradezco a todas y cada una de las personas que me brindaron su apoyo académico, espiritual y con esa preocupación me abrieron el camino para haber desarrollado y culminado este trabajo de grado y lograr mi objetivo primordial, como desarrollar un tema tan complejo e importante, entre ellos:*

*Orlando Pardo Martínez, Abogado, con varias especializaciones, además es doctor en derecho de la universidad de alicante, España, por el empuje para que continuara con el trabajo de tesis, inclusive con su insistencia, para que optara por el título de magister, su insistencia para que mantuviera mi estatus de estudiante activo en la facultada de maestría de hermenéutica jurídica y derecho, su apoyo personal, para que terminara los niveles de inglés, y con ese apoyo culmino ese esfuerzo académico de este trabajo.*

*Al doctor Ramiro Pinzón Asela, abogado, con varias especializaciones, pensionado como magistrado, con su aporte académico, intelectual y todo como se denomine, por la sugerencia de textos esenciales, inclusive corrección de lo que escribía, su orientación fue esencial, por su vasta experiencia como profesor en derecho penal, criminología, y otras áreas del derecho, en diferentes universidades de Bucaramanga; me enriquecieron con el objetivo de salir avante en este tema tan complejo que escogí, desarrollé y culminé, puesto que él era consciente de la complejidad del tema. Me apoyó a que la causal de ausencia de responsabilidad penal que debía trabajar era la de error invencible y no otra.*

*Y, muchos amigos que estaban de acuerdo con el tema, me ilustraron sobre bibliografía con relación a ese tema.*

*Y, con ellos una felicidad académica de culminar con mi trabajo complejo para optar el título de magíster en hermenéutica jurídica y derecho.*

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN .....	13
1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO .....	19
1.1 LAS CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO .....	20
1.2 ANÁLISIS HISTÓRICO DE LAS CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DENTRO DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO .....	26
1.2.1 Análisis histórico de las causales de ausencia de responsabilidad penal en la época pre colonial.....	28
1.2.2 Análisis histórico de las causales de ausencia de responsabilidad penal en la época colonial .....	32
1.2.3 Análisis histórico de las causales de ausencia de responsabilidad penal en la época moderna.....	36
2. EL ERROR.....	66
2.1 CONCEPTO NORMATIVO DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA .....	68
2.2 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA .....	69
2.3 ERROR O IGNORANCIA COMO CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL. ....	72
2.4 CONCEPTO DE ERROR.....	75
2.5 ORIGEN JURÍDICO DEL ERROR .....	77
2.5.1 Error de hecho .....	80

2.5.2 Error de derecho .....	81
2.5.3. Error de tipo .....	84
2.5.4 Teoría del error .....	97
2.5.5 Error de tipo sobre el objeto.....	107
2.5.6 Error de tipo sobre el sujeto .....	110
2.5.7 Error de tipo sobre la causalidad .....	112
2.5.8 Error de prohibición.....	120
2.5.9 El error de prohibición referenciado con la conciencia antijuridicidad .....	126
2.5.10 Error vencible y error invencible.....	142
2.5.11 La figura del error en la legislación penal colombiana .....	147
2.5.12 Error de tipo .....	148
2.5.13 Error de prohibición.....	154
2.5.14 Error de tipo privilegiado por atenuación de la conducta delictiva .....	156
2.6 PROBLEMA JURÍDICO .....	157
2.6.1 El principio de oficiosidad en el proceso penal colombiano .....	159
2.6.2 El principio de oficiosidad penal desde los estatutos procesales de 1970, hasta el actual: extinción de la acción penal por error invencible .....	167
2.6.3 Libertad de configuración legislativa versus derechos del acusado: oficiosidad del juez penal con funciones de conocimiento.....	173
2.6.4 La oficiosidad del juez penal para archivar el proceso penal en el derecho comparado: Latinoamérica .....	186
2.6.5 Oficiosidad del juez penal con funciones de conocimiento, para terminar el proceso penal y como consecuencia de ello, ordenar el archivo del mismo, cuando avisora en favor del acusado la causal de ausencia de responsabilidad penal, como lo es el error invencible. ....	190
3. EL ERROR DE DERECHO INVENCIBLE EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	200
3.1 DESARROLLO HISTÓRICO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	201
3.2 LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO .....	221
3.3 LAS GARANTÍAS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	226

3.3.1 Del orden social justo.....	234
3.3.2 De la justicia material, la igualdad y la dignidad humana.....	238
3.4 LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO.....	248
3.4.1 La ausencia de responsabilidad penal.....	258
3.5 LA CONDUCTA PUNIBLE.....	266
3.6 ELEMENTOS DE LA CONDUCTA PUNIBLE.....	269
3.6.1 Tipicidad.....	269
3.6.2 Antijuridicidad.....	277
3.6.3 Culpabilidad.....	284
3.6.4 Teoría estricta y limitada de la culpabilidad.....	290
3.6.5 Teoría estricta y limitada del dolo.....	295
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL AÑOS 2004 – 2014 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL.....	300
5. CONCLUSIONES.....	309
6. RECOMENDACIONES.....	315
BIBLIOGRAFÍA.....	316
ANEXOS.....	331

## LISTA DE ANEXOS

**Pág.**

ANEXO A. Providencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal frente al Error Invencible .....	331
--	-----

## RESUMEN

**TÍTULO:** ANÁLISIS HERMENÉUTICO DEL ERROR INVENCIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL: AÑOS 2004 - 2014.\*

**AUTOR:** CAMILO MANRIQUE SERRANO\*\*

**PALABRAS CLAVES:** Estado, Procedimientos, Invencible, Error, Oficiosidad, Estado Social de Derecho.

**DESCRIPCIÓN:** La figura del error invencible, se estructura como una forma por medio de la cual los abogados litigantes pueden lograr la absolución de su prohijado. Es muy frecuente encontrar situaciones en donde por desconocimiento de la norma penal el infractor ha violado el estatuto jurídico penal, sin embargo este yerro puede estar amparado bajo alguna modalidad de error de tipo o prohibición en la modalidad vencible o invencible. En este trabajo de tesis de maestría se pretende dar respuesta a esta situación de tal manera que aunque no sean las partes quienes la soliciten el juez de manera oficiosa la pueda decretar. Sin embargo, esta situación crea una gran controversia, y es precisamente la contraposición entre los principios de neutralidad e imparcialidad del juez dentro del proceso penal, propios del sistema penal colombiano con tendencia acusatoria, versus los fines esenciales que la constitución ordena defender y garantizar en todas las actuaciones administrativas y judiciales, estos son entre otros, la igualdad, el respeto a la dignidad humana, la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, la consecución de un orden social justo como fin supremo del Estado Social de Derecho colombiano y la justicia material.

Así las cosas, la presente tesis de grado, dese plantear el tema sobre la mesa de debate y proponer una solución posible frente a este álgido debate que se comienza a gestar en la academia colombiana. No sin antes, permitirse analizar las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en el periodo comprendido entre los años 2004 al 2014, con el objeto de ofrecer una guía en el plano profesional del uso y aplicación que tanto litigantes, como operadores judiciales actualmente le dan a la figura.

---

\* Trabajo de grado.

\*\* Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Orlando Pardo. Co-Director: Ramiro Pinzón Asela

## SUMMARY

**TITLE:** HERMENEUTIC ANALYSIS OF THE INVINCIBLE MISTAKE IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT ROOM THE CRIMINAL APPEAL: YEARS 2004 – 2014.\*

**AUTHOR:** CAMILO MANRIQUE SERRANO\*\*

**KEY WORDS:** State, procedures, invincible, mistake, officiousness, social state of law.

**DESCRIPTION:** The figure of the invincible mistake, its structured as the means by which litigant lawyers can achieve the absolution of this accused. It's very common to find situations where ignorance of criminal law. The offender has violet the criminal legal status; however this can be covered by some form or error type or prohibition in beatable or invincible mode. In this work the master's thesis arms to give response to this situation in a way that even if the parts are not the ones that request it, the judge in an official way he can decree it. However this situation creates a great controversy and it's precisely the contraposition between the principles of neutrality and impartiality of the judge in criminal proceeding; of the Colombia own penal system with accusatory trend, against the essential purposes that the constitution orders to defend and ensure in all administrative and judicial proceedings, this are between others, the equality, the respect to the human dignity, the prevalence of the substantive law on procedural law, the attainment of a fair social order as supreme goal of social state of Colombia law and material justice.

So this thesis, wants to raise the issue on the debating table and propose a possible solution to this debate that starts to gestate in the Colombia academy. But not before, analyzing the jurisprudence of the Supreme Court Room The Criminal Appeal, in the period between 2004 – 2014, with the purpose to offer a professional guide about the use and application that both, litigants and operators actually gives to the figure.

---

\* Degree Draft.

\*\* Faculty MASTER LEGAL AND LAW HERMENEUTICS. School: Law. Director: Orlando Pardo. Co-Director: Ramiro Pinzón Asela

## INTRODUCCIÓN

Con el innegable hacinamiento que se viene presentando en los centros de reclusión en Colombia<sup>1</sup>, superando el 200% de la capacidad propia del sistema penitenciario y carcelario del país, hay que preguntarse *¿cuáles pueden ser efectivamente las causas?*, que desde una perspectiva jurídica han aumentado el número de la población carcelaria.

No obstante, determinar la totalidad de las causas es más un trabajo sociológico, o criminológico, que uno jurídico de tipo hermenéutico. Sin embargo, no se puede descartar como una posible causa para el aumento del hacinamiento dentro del sistema penitenciario y carcelario, la falta de utilización de herramientas jurídicas, instituciones, como figuras, que tanto el legislador como la dogmática penal han desarrollado dentro de la estructura jurídica para la defensa del acusado, como también para el funcionamiento del proceso penal.

Por consiguiente, es precisamente el estudio de la figura penal del error invencible dentro de la dogmática penal, la que ha dado origen al presente tema de investigación, con el objeto principal de determinar su estado actual desde el punto de *(i) vista dogmático*, con el objeto de conocer a claridad que es para la ciencia jurídica el error penal en la modalidad invencible; *(ii) jurídico*, para determinar las consecuencias e implicaciones que desde este campo tienen a favor o en contra del acusado determinar que su comportamiento ha sido desarrollado bajo la modalidad de este tipo de error; *(iii) histórico*, con la función principal de indagar por lo antecedentes propios como universales de la figura, que han repercutido en la dogmática penal nacional; *(iv) jurisprudencial*, el cual

---

<sup>1</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia [en línea]. <<http://goo.gl/D2xjhJ>> [citado en jueves 2 de abril de 2014]

nos permite identificar el impacto hasta ahora de la figura en mención sin la aplicación de oficio por parte del Juez con funciones de conocimiento dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

Así mismo, se desarrollará una investigación hermenéutica minuciosa respecto de la causal de ausencia de responsabilidad penal denominada error invencible, circunscrito dentro de la dogmática penal colombiana, sin dejar de lado el análisis de modelos procesales penales foráneos.

Empero, al análisis previo de la figura del error invencible se ha encontrado un problema específico que se estructura como el eje central de investigación, *¿Puede el Juez Penal con funciones de conocimiento de manera oficiosa decretar la extinción de la acción penal, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se viabilice la existencia de un error invencible a favor del acusado?* Esta pregunta puede ser resuelta solo si se aborda un estudio completo no solo dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sino también haciéndose uso del derecho comparado.

Con base en lo anterior, es precisamente el problema jurídico anteriormente planteado, la razón de ser de esta investigación, puesto que pretende darle vida a una figura jurídica que por el desuso ha contribuido en el aumento de la población carcelaria, por falta de información, tanto para los litigantes, (abogados), como los operadores judiciales en su utilización socavándose las garantías constitucionales, como también los principios procesales a favor del acusado.

Del mismo modo, ha sido una figura jurídica que ha pasado inadvertida dentro del estudio del derecho penal, como también dentro del estudio de la misma jurisprudencia nacional, pues como se verá solo en casos excepcionales ha sido fallada a favor de los solicitantes. Su amparo, no resulta efectivo, puesto que puede convertirse en una ruleta, un fallo a favor del acusado por la comisión de

una conducta típica bajo la modalidad del error invencible como causal de ausencia de responsabilidad penal.

En consecuencia, se pretende que las personas, entre ellas litigantes, como operadores judiciales conozcan y entiendan la figura del error invencible dentro del ordenamiento jurídico colombiano partiendo de un análisis histórico, sociológico, criminal, como también jurisprudencial; con el objeto principal de lograr un cambio que facilite su adopción dentro del proceso penal. Puesto que en la actualidad en el sistema penal acusatorio ha desaparecido ese beneficio en el entendido que los profesionales del derecho en vez de actuar buscando la aplicación de la buena causal de error invencible, por ende se vienen limitando a que su defendido se allane a cargos, con el objetivo de conseguir una libertad, desafortunadamente esa causal consagrada en el artículo 32 numerales 10 – 11 y 12 del código penal.

De igual manera el objetivo es lograr cambiar el proceso penal para así facultar al Juez penal con funciones de conocimiento, así mismo realizando el debate probatorio con elementos materiales, evidencias físicas y otros, identifique o vislumbre un comportamiento desplegado por el acusado, es decir que la conducta incurso e indilgada a esa persona se encuentre inmersa o amparada bajo la causal de ausencia de responsabilidad penal del error invencible, sea viable decretar la cesación del procedimiento o absolución, consagrada en normas anteriores, puesto que en la actualidad se tramitan ante operadores judiciales algunos procesos, entonces se aplica esa figura.

Inclusive con el nuevo sistema penal acusatorio se aplica la figura denominada preclusión de la investigación a favor del acusado, así lo prevé los artículos 331 y subsiguientes de la ley 906 de 2.004 (C. P .P.), aunado en forma unísona también el mismo juez penal de la causa puede absolver de los cargos imputados al acusado o acusados por el delito investigado, es allí donde está el rol de ese juez,

en pro de las garantías constitucionales, a saber: dignidad humana, prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, justicia material, y seguridad jurídica.

Lo anterior basado en una interpretación sociológica, histórica, como sistemática teniendo como base la constitución nacional, el sistema normativo penal, el análisis doctrinario, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, y por último un análisis al derecho comparado de algunos países latinoamericanos, en donde su sistema procesal guarde relación con el nuestro.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, en el capítulo primero, se realizará un desarrollo histórico de las causales de ausencia de responsabilidad en el derecho penal, haciendo uso de un análisis hermenéutico de tipo histórico, contextualizándose así el origen propio de la figura del error invencible. En este mismo sentido, se estudiará su desarrollo legislativo desde la Ley 19 de 1890, hasta el actual Código Penal, Ley 599 de 2000.

Como consecuencia, en el capítulo segundo se analizará el error de manera general, teniendo en cuenta su concepto normativo, legislativo como también dogmático. Del mismo modo, se hará un estudio del concepto del error, clasificaciones y modos en que este se presenta en la dogmática penal, desglosándolo de manera posterior dentro de la legislación penal colombiana.

También, se pasará a plantear el problema jurídico, haciendo un estudio de sus características constitucionales, partiendo del estudio de los principios de oficiosidad, libertad de configuración legislativa del legislador, estudio del juez penal en el derecho comparado latinoamericano, para descender con base en las premisas planteadas a solucionar por medio de una propuesta jurídica el problema jurídico principal objeto de esta tesis.

A su vez, en el capítulo tercero se estudiará el error de derecho invencible en el Estado social de derecho, más específicamente nuestro modelo de Estado, con fundamento en los postulados que fueron tenidos en cuenta para resolver el problema jurídico, como también la puesta en evidencia de las garantías constitucionales que son violadas cuando se deniega la justicia material por no conceder la potestad al Juez penal con funciones de conocimiento para decretar de manera oficiosa la extinción de la acción penal y/o absolución en favor del acusado al identificar la existencia de un error invencible en el comportamiento del sujeto, lógico teniendo en cuenta el debate jurídico y procesal.

Como corolario de lo anterior, en el capítulo cuarto, se hará un análisis jurisprudencial de los años 2004 a 2014, teniendo como base, una franja de tiempo de 10 años de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, lo anterior con el objetivo de analizar el impacto efectivo que tiene dentro del campo judicial la no oficiosidad del Juez penal con funciones de conocimiento para la extinción de la acción penal en favor del acusado por vislumbrar la existencia de un error invencible en el comportamiento de quién ha cometido supuestamente una conducta punible, como también el análisis propio de la figura dentro del campo procesal.

Por último, se descenderá toda la información anteriormente estudiada en las conclusiones, en donde se compartirán las experiencias, muestras e información recolectada, analizada y aplicada a lo largo de la presente tesis.

Finalmente, esta investigación se estructura como un completo aporte jurídico que desde una perspectiva hermenéutica contribuye al análisis de la dogmática penal, en especial a la figura del error invencible dentro de la causal de ausencia de responsabilidad penal, como también su procedencia en la aplicación de oficio en casos excepcionales, por parte del operador judicial dentro del proceso penal para decretar el archivo del proceso penal a favor del acusado cuando efectivamente

del comportamiento de este, se determine la existencia de un error en la modalidad invencible, favoreciendo las garantías constitucionales como legales establecidas a favor del sujeto dentro del proceso penal.

## **1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO**

En el presente capítulo, se tratará el desarrollo de las causales de ausencia de responsabilidad en el derecho penal colombiano, a través de las épocas pre colonial, colonial, y moderna. Haciéndose un desarrollo de las distintas leyes, decretos como codificaciones penales desarrolladas e impuestas en el territorio nacional.

A manera de desarrollo, se explicará su importancia, y el aporte a las causales de ausencia de responsabilidad penal. Por último, en la época moderna, se hará un análisis de los Códigos Penales de 1890, 1936, 1980 y 2000.

Por consiguiente, en cada uno de ellos, se analizarán las causales, su tipificación como también las posteriores modificaciones realizadas en las codificaciones, con el objetivo de verificar el desarrollo o retroceso que el legislador le ha impreso en cada nuevo código que ha expedido.

Con base en lo anterior, el objeto principal es sentar una base histórica que sirva de fundamento dogmático penal para comprender la esencia de la institución del error de derecho invencible, describiendo la causal, analizando su naturaleza dentro del plano jurídico como académico.

El análisis de una figura jurídica, no solo se basa en un estudio eminentemente dogmático, pues el carácter hermenéutico debe responder también a condiciones sociales, sistemáticas e históricas; sobre todo en el área del derecho penal, puesto que su objeto principal se encuentra fundamentado en la regulación del

comportamiento como las relaciones sociales, que consoliden un ambiente armónico.

De esta manera, se plantea un capítulo histórico, que permita desarrollar de manera posterior postulados jurídicos como hermenéuticos, que vislumbre la verdadera esencia del error invencible como una causal de ausencia de responsabilidad penal, contribuyendo a resolver el problema jurídico planteado.

## **1.1 LAS CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO**

Para la normatividad penal, existen comportamientos que aunque son contrarios al ordenamiento jurídico, no son sancionables por parte del aparato jurisdiccional del Estado. Esto no quiere decir, que los mismos no sean antijurídicos, puesto que su sanción es muy mínima, o no hace parte de la órbita del derecho penal.

En este sentido, es importante el análisis de las justificantes de las conductas típicas. De tal manera, que del análisis de la juridicidad, se pueda comprender la exclusión de las conductas que amparadas bajo las causales o eximentes de responsabilidad penal, aunque hagan parte del reproche penal, por ser típicas, carezcan de antijuridicidad o de culpabilidad.

Por consiguiente, el Estado social de derecho, tiene la responsabilidad de garantizar la protección de los bienes jurídicos tutelables a todos los coasociados. Sin embargo, existen situaciones de facto, que imposibilitan la protección inmediata de los bienes jurídicos que en un momento específico estén en riesgo. De tal manera es creada la posibilidad de auto tutela a favor de los ciudadanos,

quienes por cuestiones de defensa propia, o riesgo inminente, deben quebrantar las prohibiciones legales para la protección de sus propios bienes jurídicos.

Como consecuencia de lo anterior, es dable concluir que una conducta jurídica puede ser típica, pero sin embargo ser jurídica, en cambio quien ocasiona la muerte a otro sujeto cuando su propia vida ha sido puesta en peligro por el atacante, obligando a la víctima a actuar en defensa propia. Así las cosas, quien debiera ser el victimario termina convirtiéndose en una aparente víctima, y quien es la víctima, termina convirtiéndose en un aparente victimario, sin embargo al encontrarse amparado su comportamiento por una causal eximente de responsabilidad penal, su conducta aunque típica es convertida en jurídica, desapareciendo del reproche penal sobre la antijuridicidad de la misma.

Del mismo modo, podemos definir como causales de justificación penal, análogamente las situaciones de hecho como las situaciones de derecho cuyo objetivo sea la exclusión de la antijuridicidad de la acción ejecutada por el posible infractor de la ley penal. El legislador, entonces tipifica los delitos por medio de la descripción de las acciones como de las circunstancias que deben ser ejecutadas por parte del agente activo para ser acreedor del reproche penal, o para resolver los conflictos de intereses generados por la contraposición de bienes jurídicos e intereses dentro de una misma acción. De igual manera, el legislador se permite a través del mismo método legislativo, incluir las causales de excepción de responsabilidad penal o mejor conocidas como causales de justificación penal en donde conductas típicas, terminan pasando del campo de la ilicitud a el campo de la legalidad, permitiéndose así el derecho penal, resolver los conflictos generados por la desprotección de los bienes jurídicos por parte del Estado.

Esto quiere decir, que para poder hablar de la existencia de un hecho justificado, es necesario que la acción reúna todas las exigencias normativas de carácter objetivo contenidas en el tipo penal, de tal manera se suman los fundamentos

jurídicos necesarios para la existencia de la justificante. De este modo, toda acción típica, es la base del hecho justificado, pues de lo contrario no hablaríamos de una justificación de la acción penal.

Por consiguiente, la acción típica que reúne todos los fundamentos normativos necesarios para ser considerada como lícita, está en consonancia con los presupuestos penales. De tal manera, la desaparición de la antijuridicidad acarrea la licitud del comportamiento típico. Por consiguiente, la acción no puede acarrear ninguna consecuencia de tipo penal, ni mucho menos responsabilidad de resarcir el daño causado por parte del agente activo. No quiere decir esto, que aunque la acción sea típica y esté amparado el sujeto por causal de justificación de responsabilidad penal, no exista daño. Lo que se debe entender, es que aunque efectivamente hubo un daño, este no debe ser resarcido por quien lo produce, pues en el conflicto de intereses generados, hubo prevalencia por proteger el bien jurídico del justificado penal.

Por lo tanto, ni las tentativas, los agravantes o las diferentes calidades de participación en el delito, son dables como manifestación de la amplificación del tipo penal. Puesto que, a pesar de haber nacido en el campo jurídico, muere por la inexistencia de los demás elementos propios para endilgar responsabilidad penal alguna al ejecutante de la acción.

Como consecuencia de lo anterior, en nuestra normatividad penal, las causales de ausencia de responsabilidad penal, actualmente se encuentran regladas en el artículo 32 de la Ley 599 del 2000, en sus numerales 10, 11 y 12, conocida como Código Penal. Su justificación normativa, aparece en la necesidad de eliminar la antijuridicidad y la tipicidad del reproche penal; todo esto sin dejar de lado la culpabilidad, a pesar de que se recogen todas en un mismo artículo. Lo anterior sin hacer distinción alguna.

Contrario sensu de lo estipulado en el Decreto – Ley 100 de 1980, el cual las clasificaba en su artículo 29, como causales justificantes del hecho, y en su artículo 40, como causales de inculpabilidad. De esta manera, todo acto típico goza de un disvalor objeto del reproche penal. Sin embargo, por ser el derecho penal de última ratio, solo debe ocuparse de los actos o acciones con mayor disvalor que el resto de los hechos antijurídicos. Por consiguiente, los actos ejecutados bajo una justificante o ausencia de responsabilidad penal no son objetos de sanción alguna.

Ahora bien, el objeto de las causales de ausencia de responsabilidad penal, consiste en la eliminación del injusto penal, como también la desaparición del mayor disvalor que se produce de la unión de antijuridicidad y la tipicidad. De este modo, se realiza un juicio de valor definitivo, en donde se suman los resultados de la tipicidad, antijuridicidad, como también la culpabilidad, para determinar la viabilidad del reproche penal.

Puesto que, como las causales eliminan tanto la antijuridicidad, como la culpabilidad, subsiste la tipicidad vacía. En otras palabras, aunque efectivamente podemos hablar de una tipicidad material, su valor formal aparece eliminado debido a la imposibilidad de ejecución del reproche penal, de conformidad con el resultado del juicio de valor, por consiguiente el disvalor de la acción queda menguado.

Tenemos que el artículo 103 del Código Penal, establece en palabras sencilla que quien matare a otro incurrirá en pena de 13 a 25 años. Sin necesidad de revisar las circunstancias de agravación o mayor punibilidad, pudiéramos inferir que si Pedro, mata a Juan, será responsable del tipo anteriormente descrito; por consiguiente debe cumplir con la pena establecida. Pero, si Pedro demostrase que su comportamiento fue desplegado en defensa propia, además que en ningún momento fue desproporcionado; se elimina la culpabilidad, como también la

antijuridicidad, restando la tipicidad del comportamiento descrito. Como quiera, esta nace como se dijo en el párrafo anterior, como una tipicidad material sin valor formal; así las cosas debe eliminarse el reproche penal por la existencia mínima del disvalor de la acción.

De este modo, entendiendo que la culpabilidad no es un reproche penal, puesto que es desarrollado después del proceso de culpabilidad creado por el funcionario judicial, previa una valoración de los elementos subjetivos del comportamiento del agente infractor; pasa a determinar si existió conocimiento de la ilicitud, como también voluntad de ejecutar la prohibición con el objetivo que de manera posterior pueda responsabilizar al agente de las conductas penales. No obstante, si desarrollados estos aspectos, del resultado del proceso de reproche de culpabilidad desarrollado por el Juez penal con funciones de conocimiento, este llega a la conclusión que existen alteraciones en los elementos subjetivos de la conducta, no será posible endilgar responsabilidad alguna en contra del acusado.

De tal manera, que en este tipo de circunstancias es imposible emitir en contra del agente un reproche penal, debido a que las circunstancias excepcionales de la conducta desarrollada, no se torna jurídicamente relevante para el ordenamiento jurídico penal, pues nace la excusa de su irrelevancia por las circunstancias anormales por medio de las cuales se ha realizado al analizar los elementos subjetivos desplegados por el agente.

Aun así, en el artículo 32 de la ley 599 de 2000, en sus numerales 10, 11 y 12 ídem, podemos encontrar los presupuestos bajo los cuales el poder coercitivo del Estado, delegado al aparato jurisdiccional, debe inhibirse de imputar a una persona responsabilidad penal alguna. Por consiguiente, vemos como en los numerales primero, octavo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo, se encuentra estructurado lo que el anterior Código Penal de 1980 denominó en su artículo 40, causales de inculpabilidad. Lo anterior, sin dejar de lado que las demás causales

se encuentran contenidas en el artículo 32 del actual estatuto penal encontrándoseles en el artículo 29 del Decreto – Ley 100 de 1980, a excepción de dos nuevas causales establecidas por el actual legislador.

Entre las causales mencionadas, encontramos el error invencible. Sin embargo, por pertinencia es dable anunciar, una vez analizada la naturaleza de todas las causales de ausencia de responsabilidad penal, en ellas por objetivo central debe eliminarse la responsabilidad penal originada bien sea por la desaparición del juicio negativo de antijuridicidad (causales de exculpación), o la imposibilidad de realizar el juicio de culpabilidad (justificantes). Al respecto Santiago Mir Puig sostiene sobre la culpabilidad, que la misma: *“...no sólo falta cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice entonces que se ha obrado en situación de “no exigibilidad”, porque se entiende que el derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivadora excepcional que el hombre medio no podría soportar; agreguemos, es que a lo imposible no está obligado nadie, como decían los romanos ultra posse nemo tenetur, o ad impossibilita nulla es obligatio, o como sostiene el profesor Fernando Velásquez “el derecho penal se dirige a hombres normales y no a seres legendarios o mitológicos, o a héroes o santos”<sup>2</sup>.*

Aunque es claro que el legislador colombiano, ha preferido evitar catalogarlas y clasificarlas de una y otra manera. Respetando la autonomía de este, podemos decir que han sido determinadas como *causales de ausencia de responsabilidad penal*, lo anterior no indica que su falta de configuración legislativa hagan vacuo las causales, puesto que el objetivo es el mismo. A pesar de lo anterior, hermenéuticamente es vislumbrada una falta de técnica respecto a su

---

<sup>2</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: B DE F, 2009., pág. 234. ISBN 9789974578364

clasificación, tratamiento como estructuración normativa, que contrasta con la normatividad penal anterior.

## **1.2 ANÁLISIS HISTÓRICO DE LAS CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DENTRO DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO**

El desarrollo histórico del derecho penal colombiano, nos permite sentar las bases sobre las cuales se ha configurado una serie de códigos penales, que han servido como sistema coercitivo a cargo del Estado para regular los comportamientos sociales de sus gobernados, al punto inclusive de cambiar las tradiciones, las costumbres sociales, algunas veces en consonancia con el tiempo y el desuso de las mismas, como también en otras ocasiones por imposiciones abruptas de sociedades extranjeras que interfieren en el territorio nacional estableciendo sus propias normas, castigos y penas.

El origen del derecho penal colombiano, no puede consultarse a épocas remotas, así mismo la edad antigua, puesto que como veremos de manera posterior, es precisamente en el nacimiento de la civilización por medio de los chibchas, que son sentadas las primeras bases de la teoría penal colombiana, como de la positivización del derecho mismo por medio de los jefes de las tribus que nada tenían que envidiar a los Estados europeos, por lo menos en lo referente a la constitución de un Estado, según la teoría moderna.

Por medio de la tradición romana, como del aporte de los jurisconsultos, se sintetizaron adhirieron a la teoría penal algunos principios como, las nociones del dolo y la culpa, la naturaleza del delito, y el fundamento del derecho a castigar al infractor de la prohibición penal<sup>3</sup>.

En contraposición, la legislación germánica poco aportó a los principios, postulados u organización de la penalidad. A contrario sensu, su sistema se basó en el análisis de la pena, por medio del estudio de las consecuencias del delito ejecutado por el autor del mismo. De tal manera, que el resultado de la acción y la lesividad por ella producida determinaba el grado de la pena<sup>4</sup>.

Fue más que todo, el derecho canónico quien se comienza a preocupar por la relación establecida por parte del Estado hacia el infractor y la gravosidad de las sentencias que a este le imponían. De esta manera, aboga el derecho canónico por la denominada humanización de las penas. Por consiguiente, la concepción de la dignidad humana relacionada con la divinidad por parte de la doctrina cristiana<sup>5</sup>, lo que ayudó a considerar que no solamente debía ser valorado el resultado, sino también la intención del agente, para determinar la pena aplicable<sup>6</sup>.

De este modo, el aporte de lo que podríamos denominar la tradición jurídico penal clásica, solo se vio reflejado en el plano nacional a través de la imposición por parte de los conquistadores del continente americano de la legislación española. La cual, sin consultar cuestiones de costumbres, y viabilidad fue implantada dentro del plano jurídico nacional, modificando de manera sustancial e importante y alterando de forma injustificada, el proceso de desarrollo penal nacional.

---

<sup>3</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Óp. Cit., Pág. 22

<sup>4</sup> *Ibíd.*

<sup>5</sup> GARRAUD, René. *Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français*. París, Francia: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913., págs. 763.

<sup>6</sup> *Ibíd.*

Esto no quiere decir, como se verá a continuación, que la denominada teoría clásica penal, no es incorporada sino hasta la implementación de la legislación española. Por el contrario, en nuestro derecho penal interno, de manera sorprendente, dicho proceso se estaba gestando aunque a un paso lento, pasando desde un derecho despótico en la época de los jefes Chibchas Bochica, Garanchacha, hasta la concepción de un derecho natural por parte del jefe Chibcha Momparen, en donde la proporcionalidad, y la atenuación de las sanciones así como la adopción de un sistema legislativo mínimo, dan nacimiento a lo que podríamos denominar como el primer código penal de estas regiones.

Sin embargo, de manera marcada cerca de 1490, el jefe Nemequeme, será quien incorporará haciéndolo parecer un procedimiento voluntario, la legislación española a nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo de manera exabrupta tipos penales que no solamente iban en contra de sus costumbres y tradiciones; sino también inaplicables a sus subordinados por la incapacidad de comprensión de los lineamientos normativos, puesto que estos chocaban de forma frontal con su organización social como con su percepción de la vida.

Así pues, el nacimiento del derecho penal en el Estado colombiano, no es obra del azar y la simple y llana adopción de normatividades extranjeras, sino también aportes propios que fueron truncados por la imposición de pensamientos foráneos que nada consultan en la mayoría de las veces con nuestra realidad social.

**1.2.1 Análisis histórico de las causales de ausencia de responsabilidad penal en la época pre colonial.** El derecho penal colombiano, ha tenido un desarrollo prolijo, gracias a los diferentes procesos de transformación social que ha tenido a lo largo de la historia.

Es innegable la existencia de sociedades pre coloniales que aunque no tenían las estructuras “técnicas” de los Estados europeos; existían los elementos esenciales considerados por la teoría moderna para reconocer la existencia jurídica de un Estado, puesto que tenían instituciones propias que reglaban sus comportamientos y conductas, no eran pueblos u organizaciones nómadas debido a que estaban asentadas en un área o terreno específico gozando incluso de un sentido de pertenencia por el espacio que compartía y porque no, una ciudadanía que los permitía diferenciarse de las demás tribus u organizaciones indígenas y por último, estaban sometidos a la obediencia de un gobierno regular a quien debían respetar y acatar.

Antes de la llegada de los españoles, la época hoy denominada pre colonial, estuvo marcada por la existencia de los chibchas. Aunque no exista consenso del momento de su nacimiento, y la forma como se hicieron al dominio y población del continente americano. Si es claro, que su existencia hizo parte del desarrollo actual de la sociedad colombiana, y de las distintas sociedades latinoamericanas. Aunque, fueron considerados salvajes por los europeos, como ya se dijo, los chibchas gozaban de una organización y estructura que hoy por hoy el derecho moderno reconocería como Estado.

Su sistema jurídico, era eminentemente teocrático, y a través de los Jefes como Bochica, Garanchacha, Momparen, Nemequene se dio origen a diversos sistemas jurídico penales, de grados más severos a grados más laxos de justicia, en donde el comportamiento del hombre era regulado a través de los usos y costumbres sociales de sus jefes. Al respecto, Pablo Segura, en sus tesis de grado para optar el título de Doctor en Derecho y Ciencia Política, nos explica este desarrollo jurídico penal al indicarnos:

*“Los historiadores no están de acuerdo acerca de la época en que principia a poblarse el continente americano, ni acerca de las razas que se reprodujeron en él; pero es lo cierto que cuando los soldados*

*españoles pisaron estos territorios, encontraron establecidos en ellos diversos pueblos, que si fueron considerados entonces como perfectamente barbaros y salvajes, tenían sin embargo instituciones propias y peculiares que les daban autonomía e independencia y hasta cierto punto el sella de la ciudadanía. Y así tenía que ser desde luego que no eran tribus nómadas; por el contrario, los chibchas por ejemplo, vivían en un territorio determinado y estaban sometidos a un gobierno regular; existían, pues, los tres elementos que requiere el Derecho moderno para que tenga existencia jurídica un Estado.*

*A modo de los indios, los egipcios y los hebreos, el pueblo chibcha era netamente teocrático. El culto a los dioses hizo surgir la legislación. El sol y la luna tuvieron sus templos y sus sacerdotes; como consecuencia necesaria apareció el lazo de unión entre la divinidad y el hombre y de ahí también el fundamento teocrático del gobierno, por considerar a los príncipes como hijos de los mismos dioses.”<sup>7</sup>*

De aquí, la importancia de no excluir de la historia, a los pueblos de la época pre colonial, que dieron las bases de sustento, y fueron eje básico de la existencia de la sociedad latinoamericana, pues la mezcla entre las distintas costumbres propias y extranjeras, permitió el mestizaje cultural y el nacimiento actual de instituciones, leyes y cambios sociales particulares que han sido objeto de un intenso análisis de Estudio.

Durante la época de los Jefes Bochica y Guarancha respectivamente, se da el nacimiento de un derecho penal primitivo, desproporcionado, duro y despótico, como si del mismo proceso europeo se tratase. La desproporción de las penas aplicadas en consideración a la lesividad de las conductas ejecutadas era abismal, a tal punto que se podían relacionar con tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Ejemplo de ello, eran sanciones como el corte del cabello al infractor, cuyo efecto era muy negativo para el castigado, puesto que su cabellera representaba un estatus, y condición social importante en la comunidad. El empalamiento, la horca y el arrojar a los castigados por acantilados o precipicios escarpados, constituían

---

<sup>7</sup> SEGURA, Pablo A. "Evolución del Derecho Penal Colombiano". Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República. Disponible en: <<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/viajes/indice.htm>> Consultado el 16 de Octubre del 2014

los castigos de una serie de innumerables penas que en su momento rigieron con absoluto rigor, aceptación y respeto dentro de los chibchas, por ser consideradas de origen divino, pero que nada tenían que ver con la proporcionalidad, la dignidad ni mucho menos con los fines esenciales de la pena.

Con el cambio de mando entre Bochica, Guarancha y posteriormente a Momparen, llegó una época de flexibilidad de las penas, y el nacimiento de un código penal propio de los chibchas. Así, con un catálogo de normas, se estructuraron las conductas que al ser prohibidas daban origen al reproche penal. Sus bases fueron cuatro mandamientos o preceptos que eran los siguientes:

1. No matarás;
2. No hurtarás;
3. No mentiras;
4. No quitarás la mujer ajena.

La importancia de dicho código salta a la vista por su novedad dentro de pueblos aislados que poco o nada tenían que ver con el desarrollo del derecho penal, sus escuelas e instituciones gestado en Europa. Pablo Segura, nos indica:

*“Este pequeño Código, como es obvio, tenía que estar respaldado por un sistema punitivo para hacerse respetar y para que no quedaran sin castigo sus transgresores. Estos, en general eran castigados con la pena de azotes por la primera vez, con la pena de infamia personal para la segunda y la de infamia hereditaria por la tercera reincidencia. Y como máximo castigo, la pena capital que se imponía solamente a los violadores del primer precepto, cuando el homicidio presentaba los caracteres de asesinato y aunque los parientes de la víctima hubieran perdonado al delincuente. Para hacer justicia, hay que concederle a Momparen uno de los primeros puestos entre los legisladores de estos pueblos”<sup>8</sup>.*

---

<sup>8</sup> Ibíd.

Con el nacimiento casi espontáneo del derecho natural entre los pueblos chibchas, la humanización de las penas, la proporcionalidad y la publicidad de las prohibiciones junto con la tipicidad, fueron elementos que se adhirieron de manera lógica al proceso normativo interno, de tal manera que sirvieron de base para futuras legislaciones. No obstante, ya para 1490, el emperador Nemequene, influenciado por las 7 partidas, la ley del talión y demás ideas europeas, realizó reformas al anterior código penal primitivo chibcha, de tal manera que incluyó delitos como el adulterio, la extensión de la pena de muerte al raptor y al culpable de la violencia, el incesto, pena para el deudor moroso, o deudor del fisco.

Los anteriores tipos penales, son más propios de las SIETE PARTIDAS, impuestas a los pueblos autóctonos, muchas veces rompiendo con la idiosincrasia de las tribus y resquebrajando el desarrollo social y las bases jurídicas que se habían construido lentamente en el territorio nacional.

**1.2.2 Análisis histórico de las causales de ausencia de responsabilidad penal en la época colonial.** La época Colonial y el desarrollo del derecho penal de ese entonces, estuvieron enmarcadas por el abuso, la usurpación del conquistador y la imposición de sus costumbres, usos sociales y creencias. Pablo Segura nos lo indica de esta manera al afirmar:

*“Apenas pisaron los conquistadores el territorio del Nuevo Mundo implantaron y pusieron en práctica el más bárbaro e ineficaz de los sistemas punitivos, el terror. Este es el método empleado por el miedo; cuando un individuo o una entidad se sienten sin derecho para ejecutar ciertos actos, apela a las caras sañudas, a los gestos heroicos y se reviste con el manto del despotismo para simular con ella autoridad moral de que carece. En estas circunstancias precisamente se encontraron los españoles y por consiguiente tuvieron que recurrir a la fuerza bruta, a la persecución, al vejamen y a la humillación para hacer creer que les asistía algún derecho. Triste fenómeno de Sociología corroborado en multitud de casos. Muy otro era el sistema que debían haber empleado para enseñar conforme a justicia y a derecho el papel de civilizadores: a la ignorancia debían haber opuesto la enseñanza metódica; al carácter huraño y retraído, la alegría y las*

*ventajas que trae consigo la vida social; al arco y la flecha, los utensilios de labranza y de artes manuales*<sup>9</sup>.

Junto con el terror, el hierro y la persecución de los líderes de las comunidades y tribus asentadas en el territorio, llegó la imposición de un sistema jurídico dominante que aplacara y mantuviera el control de los subordinados para poder tributar y extraer los recursos de nuestro suelo. De esta suerte, la adopción del sistema español, no fue gratuita ni mucho menos libre y consensuada, sino por el contrario una lucha que costó sangre y violencia de parte y parte. Justamente, una legislación penal española, que venía de diferentes mezclas de varias culturas, como la románica, visigoda, y de diferentes codificaciones desarrolladas por la necesidad de regular costumbres disímiles; fue la que se implantó en el territorio nacional sin la menor consideración, sin la más mínima viabilidad y la única necesidad de vigilar, castigar y controlar.

Entre la legislación española, podemos encontrar como sus máximos representantes legislativos, el fuero de juzgo, el fuero real, las siete partidas. Al respecto detallaré el aporte de cada una de ellas a la tradición penal colombiana:

- **Fuero Juzgo:** Es una recopilación de diversas áreas del derecho, sin orden aparente en donde de manera eventual se dictan disposiciones penales. Fue impreso por primera vez cerca de 1580, con el título de “Codicis Legum Wisigothorum Libri XII”. De manera general, los principios penales consagrados son los siguientes:

- El objetivo principal de la pena, tiene dos funciones. La primera, es la prevención del delito, y la segunda es una función de coaccionar al delincuente;
- Agregar el principio de individualidad de la pena, en donde la sanción siempre se aplica de manera autónoma sobre el delincuente;

---

<sup>9</sup> Ibíd.

- Siempre que se cometan diversos delitos, no podrá escogerse el de mayor rango, al contrario por cada delito cometido, el delincuente será acreedor de una nueva pena;
- Establece una novedad que hoy en día ha sido desvirtuada en el derecho penal, en la cual el desconocimiento de la ley penal, no sirve como excusa para escapar del reproche judicial;
- El dolo y la culpa son distintos, lo mismo que el caso fortuito<sup>10</sup>.

- **Fuero Real:** Nace con la necesidad que tenía en 1250 el Rey de España Alfonso X de Castilla, de homogenizar el derecho imperante en los distintos territorios que hacía parte de la Corona de Castilla. En este texto, no se evidencia derecho castellano como tal, sino que se crea un fuero con el objeto que cada ciudad lo aplicara a su libre criterio y regulara en su beneficio las condiciones comerciales de la época.

Sus principales características entonces apuntan hacia la perfección y unidad legislativa, elementos estos muy arcaicos en esta etapa del derecho. Entre los principios penales que contenía estaban:

- La Publicidad de la pena;
- La pena como desarrollo del poder coercitivo del Estado;
- La importancia del análisis del elemento subjetivo del delito;
- El nacimiento de causales que justifican la comisión de conductas delictuosas. Esta, es una novedad en la legislación española, pues comprende la necesidad de conceder a sus gobernados el auto tutela y también reconoce la imposibilidad de efectuar en muchas circunstancias juicios de culpabilidad y antijuridicidad para determinar la responsabilidad penal del acusado. Muy seguramente el nacimiento de algunas causales de justificación excluyentes de

---

<sup>10</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penología, 13° ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1960.

responsabilidad penal, se debieron al análisis del elemento subjetivo que origina la comisión de la conducta delictiva;

- Humanización de las penas aplicadas a los sentenciados, por ejemplo la suspensión de la pena de muerte a la mujer que se encuentra preñada<sup>11</sup>.

- **Las Siete Partidas:** Es otra de las obras de Alfonso X, y de gran raigambre jurídica que el gobierno de Castilla se permitió entregarle a la tradición legal. Su objetivo primordial se estableció para dictar justicia, debido a la diversidad de leyes que existían. Sin embargo, En el cuerpo de este texto podemos encontrar visiones doctrinales, filosóficas, éticas y morales, que han llevado a pensar a algunos<sup>12</sup> que su función no era solo la de un cuerpo normativo.

Influencia en gran medida por parte del derecho germánico, el derecho positivo español, y del derecho romano y canónico, la partida VII, establece como principios a favor del derecho penal:

- Definición del concepto de delito y del concepto de pena;
- Enumeración de las causales de excepción de responsabilidad penal, atenuación de las penas y agravación de las circunstancias punitivas;
- De la configuración de la tentativa, y la complicidad;
- Límites a la prescripción de los delitos.

Por último encontramos la recopilación de las leyes de Indias, la cual tuvo origen por la confusión normativa generada por la multiplicidad de leyes que aplicaban sobre un mismo aspecto de derecho. Respecto a las disposiciones de carácter penal sustantivo y procedimental, al ser una serie de recopilaciones, la innovación no fue importante. Por el contrario, lo que se intentó fue decantar una línea clara

---

<sup>11</sup> PUIG PEÑA, Federico. Colisión de normas penales, Barcelona, Edit. Bosch, 1955.

<sup>12</sup> GARCÍA-GALLO, Alfonso: "Los enigmas de las Partidas", en VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio, Instituto de España. 1963.- p. 27-37

penal que sirviera para regir los delitos y juzgamiento de los indígenas y los negros. Sin embargo como lo destaca Alfonso Reyes Echandía *“La legislación de Indias constituyó ciertamente un almacigo de buenas intenciones, de comprensión del problema del indio, que infortunadamente no tuvo vigencia alguna – salvo casos excepcionales – por falta de buena fe o por incuria de las autoridades encargadas de hacerla cumplir”*<sup>13</sup>.

**1.2.3 Análisis histórico de las causales de ausencia de responsabilidad penal en la época moderna.** Para la presente tesis, la época moderna va a estar comprendida por los Código Penales desarrollados entre 1890, y 2000. En este periodo normativo, se desarrollan 4 codificaciones penales, sin contar los innumerables proyectos que no fueron tenidos en cuenta, bien sea por falta de identidad con alguna corriente penal, o desidentificación con la sociedad colombiana. En este periodo entonces estarán los Códigos Penales de 1890, 1936, 1980 y 2000

Con la entrada de la independencia, y las ideas liberales que ellas sirvieron de fundamento para su lucha. El nuevo gobierno, espera hasta 1890, para promulgar su primera normatividad penal en lo que hoy podemos denominar el Estado colombiano. Las anteriores codificaciones que se presentaron, fueron elaboradas de manera disímil, con falta de estructuración jurídica, o en la mayoría de los casos adopciones de otros sistemas jurídicos penales, como el italiano, o el francés.

Lo anterior se debió, al periodo entre guerras interno presentado por la contraposición de dos ideas diferentes de organización política, los federales y los centralistas. Es historia patria, que en este periodo entre guerras, la falta de un consenso permitió la libertad y el desorden, generando la capacidad de cada Estado y región de promulgar su propio cuerpo normativo. Al respecto, existió

---

<sup>13</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Óp. Cit., Págs. 23 - 24

cuantos Código Penales hubiese permitido la organización política de la época, sin entregar a la tradición jurídica nada más que abundancia normativa, más no calidad legislativa.

La lucha partidista iniciada luego de 1810, nos ha dejado como resultado en sistemas políticos, la conformación de varias estructuras estatales a lo largo de los años. Entre ellos tenemos La República de la Nueva Granada, conformado en 1831, la Confederación Granadina en 1858, Estados Unidos de Colombia en 1861 y por último en 1886 la República de Colombia.

Una vez en 1810 se produce la independencia, el gobierno de la República, siguió aplicando la normatividad penal impuesta por el gobierno español, de tal manera que solo hasta 1819, el Congreso de Angostura facultó al presidente para sustituir y condonar las penas aplicadas a los ciudadanos, como por ejemplo la pena de muerte. Dicha decisión se tomó ante la necesidad de regular los efectos catastróficos de un derecho penal excesivamente cruel e inhumano que se aplicaba como mecanismo de control y dominio en contra de los ciudadanos de esta parte del territorio.

De esta manera, para 1821, el Congreso de Cúcuta, otorgó validez a las leyes de las Indias, siempre y cuando no fueran en contrario a la Constitución y las leyes expedidas por la República. En 1823 se elabora el primer proyecto de Código Penal, el cual fracasó por problemas políticos y por su inminente relación con el derecho hispano, por consiguiente en 1825, se da aplicación a todas las disposiciones legales expedidas antes de 1808 y además de ello de manera expresa a la Nueva Recopilación, las Siete Partidas y la Recopilación de las Indias. A continuación, el congreso de la República, expide en 1826 un Código Penal, el cual lastimosamente no entra a regir debido al derecho de objeción que presentó el poder ejecutivo. En consecuencia, el Congreso expide una ley que establece la validez de las sentencias de los tribunales de las provincias que

hacían parte de la Gran Colombia; no obstante, las decisiones dictadas por los jueces o instancias españolas, contra todos aquellos que habían sido considerados criminales por su apoyo a la independencia durante la revolución, fueron excluidas de dicha fuerza obligatoria, quedan sin valor sus efectos jurídicos en el territorio nacional.

*A razón de estos contratiempos, “en 1837 y bajo el sistema político de la República de la Nueva Granada, se adoptó la primera codificación penal en el ámbito sustantivo basada en el proyecto presentado por José Ignacio de Márquez y Vicente Azuero en 1863 e inspirado en el Código Penal Francés de 1810 y el Español de 1822, cuya trascendencia radicó en la derogatoria tácita de la legislación Española que regía en ese momento.*

*Una vez expedido el Código Penal de 1837, se fueron gestando paulatinamente algunas reformas de carácter sustancial, sobresaliendo la realizada en 1849 sobre la abolición de la pena de muerte en los delitos políticos y la venganza pública en los comunes, entre otras tantas”<sup>14</sup>.*

Mientras se gestaba todo este proceso legislativo, las transformaciones políticas, el nacimiento de nuevas organizaciones estatales no dio espera. Como consecuencia de la confrontación de dos modelos diferentes de organización política, y el aparente triunfo del federalismo se pasó de la Nueva Granada, a la Confederación Granadina, y posteriormente a los Estados Unidos de Colombia. A esta última forma de organización, debe la ciencia jurídica nacional un gran interés, puesto que permitió que los Estados soberanos como los autónomos que la conformaban, pudiesen tener su propia legislación, incluso en el campo penal. La estructura jurídico-política de carácter administrativo en comento, fue plasmada en la Constitución de Rio Negro de 1863.

---

<sup>14</sup> NUÑO HENAO, José Enrique. Sistema Penal y control social en Colombia. Dirigida por Andrés Fernández Ramírez Moncayo. Tesis de grado para optar al título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá. Facultad de Derecho, 2002.

La Constitución de Rio Negro de 1863, hizo aportes importantes a la tradición jurídica penal nacional, debido que abolió la pena de muerte, estableció 10 años como pena máxima en detención intramuros, y contribuyó a la conformación de un Código Penal en 1873 de carácter humanitario sin quitarle autonomía a los Estados soberanos de tener su propia legislación penal, aunque si respondiendo de manera directa por los delitos cometidos ante el gobierno federal.

Pese a que la duración del Código Penal de 1873 fue corta, no se puede negar el gran aporte humanista que decidió imprimirle al derecho penal nacional. No obstante, con la llegada a la presidencia de la República del Cartagenero conservador Rafael Núñez, su fin llegó rápidamente, primero con la promulgación de una nueva Constitución en 1886, en donde a juicio de algunos autores<sup>15</sup>, se vislumbra la clara *“deshumanización del derecho penal”*, dándose nuevamente existencia la pena capital por la comisión de cierto tipo de delitos penales. Para acompañar su existencia y regular lo atinente a los delitos y las penas, se expide la ley 19 de 1890, el denominado Código Penal de 1890.

**1.2.3.1 Ley 19 de 1890: Código Penal de 1890:** A través de la Ley 23 de 1886, se establece la creación de una comisión redactora encargada de la preparación de un proyecto de Código Penal con el objeto de llenar los vacíos jurídicos penales existentes hasta ese momento. Dicha comisión estaba conformada por Luis Carlos Rico, Clodomiro Tejada, Demetrio Porras, y Juan Restrepo, todos consejeros de Estado, dando inicio a sus labores en 1887. Para Demetrio Porras, era inminente el desuso de la legislación vigente y el atraso que el Código Penal de 1858, adoptado por el Estado Soberano de Cundinamarca, representaba para la tradición jurídica nacional. De esta manera, era perentorio hacer una revisión minuciosa de las leyes, decretos y códigos vigentes, actualizarlos a las costumbres sociales de la época, y armonizarlos con la recién expedida constitución de Rafael Núñez. De esta manera, se buscaba un Nuevo Código

---

<sup>15</sup> Ibíd.

Penal, que respondiera a las exigencias de la nueva forma de organización política propia de un Estado Unitario.

La influencia de este Código, estuvo representada por los Códigos Penales de Alemania, Brasil, Chile, Holanda, Hungría, Luxemburgo, México, y los Países Bajos. Sin embargo, es innegable el influjo del Código italiano de Zanardelli, el cual a su vez venía inspirado en las ideas de la Escuela de Frankfurt, liderada en ese entonces por Hassemer y Herzog y el pensamiento propio de la ilustración y la Escuela Clásica italiana que tuvieron su auge en la mitad del siglo XIX, y la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, a la muerte de Demetrio Restrepo, el Consejo de Estado encarga la redacción<sup>16</sup> del nuevo Código a Juan Pablo Restrepo quien desechando la propuesta dejada por Restrepo, hace una adopción casi que íntegra del Código Penal del Estado Soberano de Cundinamarca de 1858, el cual estuvo a la vez inspirado por el Código de 1837, siendo este una “*colcha de retazos*”<sup>17</sup>, sin unidad ideológica ni política clara ni concreta.

Al ser el Código Penal de 1890, una copia del Código Penal de 1837, no puede más que circunscribirse en la corriente filosófica denominada *propuesta ilustrada del derecho penal*, la cual deja a un lado el derecho penal de corte autoritario, y da nacimiento a principios penales como el principio de legalidad, y la adopción de la racionalidad como una forma de entender el derecho penal<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal. Bogotá: Temis, 2002, pág. 197.

<sup>17</sup> CANCINO MORENO, Antonio José. Instituciones penales colombianas y su evolución a partir del Código de 1837. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

<sup>18</sup> GROSSO GARCÍA, Manual Salvador. Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colección de Estudios Breves, 1997. Pág. 25

A su vez, el Estado es concebido ya no como la relación Dios y poder terrenal, sino que por el contrario se asume la adopción de la teoría contractualista propia de la suma de voluntades de los individuos, muy seguramente llegadas de la ilustración y de las revoluciones francesas y norteamericana. A esto se suma, el racionalismo como nueva forma de concepción de la vida social inherente a cada individuo *“capaz de acceder al conocimiento gracias al empleo de la razón, y el consecuente replanteamiento de todas las instituciones de la vida social que serán explicados ya no en términos religiosos, sino racionales”*<sup>19</sup>.

De este modo, se da la separación entre el poder punitivo del Estado y el poder religioso y autoritario que anteriormente hacía parte y era abanderado anteriormente por el poder jurisdiccional del Gobierno<sup>20</sup>. Esta separación trae como consecuencias en el ámbito del derecho penal y del delito, lo siguiente:

- La separación entre las concepciones de delito y la moral, origina que el fundamento de la sanción del mismo ya no sea de orden religioso, sino que consulta a la nocividad del comportamiento desplegado por el agente. De tal suerte, que el delito será entendido como la puesta en riesgo o la imposibilidad del disfrute de un ciudadano de los bienes jurídicos a que tiene derecho y que por deber legal emanado de la teoría contractualista deben ser protegidos por el Estado.
- Se da el cambio de concepción en la imposición de la pena. Ya no será como en la perspectiva religiosa la expiación del reo, sino a través de la aplicación de la proporcionalidad de la pena y el comportamiento desplegado del sujeto. Nótese que no es el resultado, sino la simple conducta prohibida por la normatividad penal y desarrollada por el infractor. De esta manera, la

---

<sup>19</sup> BERNATE, OCHOA, Francisco. El Código Penal de 1890. Revista Estudios Socio-Jurídicos [en línea] 2004, 6 (julio-diciembre) : [Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360217>> ISSN 0124-0579

<sup>20</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Relaciones entre poder político, derecho penal y derechos fundamentales, en Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal. Segunda Parte, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, Págs. 33 y siguientes

graduación de las sanciones, evitará que las penas excesivas por delitos mínimos incentive al delincuente *“a la comisión de delitos más graves, pues si el delincuente recibe la misma sanción cuando comete uno de tales reatos, que uno menos grave, no habrá suficiente motivación para que se abstenga de cometer el más grave”*<sup>21</sup>.

- El avance del principio de legalidad, representa un verdadero avance en el desarrollo del derecho penal colombiano. De esta manera, quedó claro que solo el legislador es quien tiene la potestad de tipificar y describir ciertas conductas como tipos penales de obligatorio cumplimiento para los gobernados con el objeto de proteger los bienes jurídicos tutelados y garantizar un orden social justo, fin esencial del ordenamiento jurídico. De esta manera, podemos ver por ejemplo como en el Código Penal de 1890, Libro Primero, denominado Delitos, Delincuentes y Penas en General. – Graduación de los delitos y aplicación de las penas. Título 1 Disposiciones preliminares, numeral 13, lo siguiente: *“Cuando se cometa una acción que parezca digna de castigo y no lo tenga señalado en la ley, se dará cuenta al Gobierno para que pueda llenarse el vacío”*<sup>22</sup>.

De esta manera, el aporte del Código Penal de 1890, se desarrolla a través de la concepción liberal de la ilustración, en donde la racionalidad, el desprendimiento entre poder coercitivo del Estado y la religión, el desarrollo de la potestad legislativa para la tipificación de nuevas conductas penales, y la proporcionalidad entre pena y sanción; permite avanzar en el desarrollo moderno de la teoría penal y contribuir a la humanización de las conductas delictuales.

---

<sup>21</sup> BERNATE, OCHOA, Francisco. Óp. Cit., Pág. 543

<sup>22</sup> MARTÍNEZ, Miguel (1899) Código Penal con anotaciones y leyes reformativas. Imprenta del Departamento: Bogotá. ISBN 9781141273096. Disponible en: <<http://www.bdigital.unal.edu.co/5673/#sthash.bGL284RD.dpuf>> Citado e 15 de Octubre de 2014

Al respecto del tema de las causales de ausencia de responsabilidad penal. El Código Penal de 1890, se permitió legislar al respecto en el libro I, Título II, Capítulo II, denominado “Personas Excusables”. Son causales propiamente:

- El cometer la acción contra su voluntad, siempre que estuviese forzado a cometerla por alguna violencia imposible de resistir, o por alguna orden obligado a obedecer y ejecutar.

Al respecto es dable mencionar, que en este numeral, se incluían cuatro causales bajo un mismo pretexto. A la luz del Código Penal actual, esto es la Ley 599 de 2000, podríamos definir las como las causales 3, 4, 8, 9. Estas son:

- o 3) Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal;
- o 4) Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales;
- o 8) Se obre bajo insuperable coacción ajena;
- o 9) Se obre impulsado por miedo insuperable.

Es dable entender la agrupación de una sola causal varias situaciones de derecho, esto debido al reciente proceso de positivización que se estaba efectuando en el mundo entero. La positivización de las conductas penales era reciente y apenas pocos países daban el paso a crear un cuerpo normativo con técnica, ideología y corrientes jurídicas claras basadas en bien en las escuelas clásica o liberal del pensamiento penal.

- El que, con motivo de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin que razonablemente pudiera preverse de antemano.

Al respecto la actual normatividad penal, consagra esta causal en el numeral 5, al estipular lo siguiente:

- 5) Se obra en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público

Sin embargo, como podemos ver, la causal fue limitada con el tiempo, eliminando el elemento subjetivo de la culpa y justificando el hecho solo si se obra en el legítimo ejercicio de un derecho. De esta manera, se evitan las situaciones en que el agente a pesar de ejecutar una omisión lícita, se aprovechaba de esto para sacar una ventaja y ocasionar la puesta en peligro o imposibilidad de gozar de un bien jurídico a otro ciudadano.

- Por último, el numeral 30, establece una causal novedosa en la actualidad, y que algunos autores nacionales han intentado adoptar en nuestro ordenamiento jurídico nuevamente, ya no como una causal, sino más bien como una causa de inimputabilidad del infractor de la ley penal. El Código de 1890, establece así lo siguiente: *“El que viole la ley en estado de embriaguez voluntaria, sufrirá la pena señalada al delito que haya cometido. – La embriaguez se presume voluntaria, mientras no se pruebe lo contrario. – Basta que el acusado haya tomado licor, con el fin de embriagarse, para que sea plenamente responsable de los delitos que cometa, aunque haya perdido del todo el uso de su razón”*<sup>23</sup>.

Esta causal, más que una causal, es un requisito de inimputabilidad, sin embargo el legislador de la época mezcló tanto las causales como a los inimputables bajo un mismo título. Esto se puede desprender de una lectura somera del Código Penal de 1890, en su Libro primero, Título tercero, Capítulo 3, numerales 29 a 32.

---

<sup>23</sup> Ibíd.

Por vía jurisprudencial, se incluyó a través de dos sentencias importantes, esto es la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena del 20 de Octubre de 1898<sup>24</sup>, y en la sentencia del 6 de agosto de 1936 de la Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente José Antonio Monsalvo<sup>25</sup>, en donde los dos coinciden en la necesidad del elemento moral dentro del Código Penal de 1890. Al respecto, destacan la importancia de que el hecho criminal ejecutado, éste movido indispensablemente por la “*voluntad y malicia*” al momento de su ejecución.

Respecto al error, se reconoce la existencia del error de dos tipos, error de derecho y error de hecho, descrito por la jurisprudencia colombiana de la época, con el objeto de contribuir a la interpretación y aplicación de las nuevas teorías penales del entonces, en consonancia con el nuevo Código Penal de 1890. De esta manera:

*“La sentencia del 15 de octubre de 1898, con ponencia de Baltasar Botero Uribe, se dispuso —siguiendo a Carrara— que “[e]l error en materias jurídicas, puede ser de dos clases: de hecho y de derecho. El primero es la noción o creencia equivocada que uno tiene de que ,una cosa ha sucedido o no ha sucedido; el segundo es la noción equivocada que uno tiene de las disposiciones de la ley”. Posteriormente, en sentencia del 16 de julio de 1888 reconoce la improcedencia del error de derecho como exculpante, cuando sostuvo que “[l]a ignorancia de la ley no excusa a los empleados públicos en el desempeño de sus funciones, aunque aleguen no tener voluntad y malicia en su violación, pues las leyes suponen que el que acepta y desempeña un destino debe saber cuáles son los deberes que tiene que cumplir”.*

Por consiguiente, el nacimiento del positivismo en Colombia, propició el surgimiento de nuevos proyectos penales, que favorecieron el enriquecimiento de la tradición jurídica nacional. Por lo tanto, el Código Penal de 1890, a pesar de ser una continuación del Código Penal de 1858, el cual a su vez era una copia del Código de 1837, formularon principios esenciales para el derecho penal nacional, y su acogida dentro de los grupos académicos de la época fue bien vista.

---

<sup>24</sup> GARAVITO, Fernando. Jurisprudencia de los tribunales de Colombia. Bogotá: Imprenta Nacional, Tomo I

<sup>25</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de agosto de 1936. M.P. José Antonio Monsalvo.

**1.2.3.2 Ley 95 y Decreto 2300 de 1936: Código Penal de 1936:** Muy seguramente influenciados por el proyecto de Código Penal presentado en Italia por Enrico Ferri, el congreso de la época por medio de la Ley 81 de 1923, crea una comisión con el objeto de estudiar el proyecto de Código Penal que había presentado en 1912 José Vicente Concha inspirado por las ideas de Zanardelli. La comisión estuvo *integrada por los juristas José Antonio Montalvo, Luis Rueda Concha, Parmenio Cárdenas, Rafael Escallón y Valerio Botero*<sup>26</sup>.

Sin embargo, tras el estudio del proyecto presentado por José Vicente Concha, la comisión consideró inconveniente la adopción de dicho proyecto como Código Penal, pues evidentemente era una copia del Código Italiano, ocasionando la implantación nuevamente de modelos jurídicos foráneos que no responden a las realidades y los cambios sociales propios de nuestra organización estatal y las necesidades de los gobernados. La creación de un nuevo sistema de justicia que muy seguramente no hubiese podido ser suplida por la administración de justicia a falta de organización, presupuesto y elementos técnicos suficientes y por último la creación de tipos penales aislados de la política criminal propia del Estado.

En consecuencia, el Congreso de la República, por medio de la Ley 69 de 1926, designa al procurador de Milán Antonio Córdova, con el objeto de estudiar *“las penas que deben señalarse, o sea la fijación clara y pormenorizada de la tarifa de penas”*<sup>27</sup>. Sin embargo, el Procurador de Milán, determinó que su función también debía encargarse de la revisión de la parte general y especial del Código Penal, y por lo tanto en compañía de Ernesto Valderrama y Carlos Mendoza, presentan un nuevo Código Penal con amplias influencias de Francesco Carrara, aspecto este que no fue muy bien acogido dentro de los académicos nacionales los cuales se inclinaban por la ideología del positivismo italiano.

---

<sup>26</sup> BERNATE, OCHOA, Francisco. Óp. Cit., Pág. 556

<sup>27</sup> Ibid. Pág. 557

No obstante, el proyecto de Córdova, no fue tenido en cuenta, y por consiguiente mediante la Ley 20 de 1933, se crea la comisión redactora del Código Penal de 1936, el cual por medio de la Ley 95 del mismo año, convierte dicho proyecto en el nuevo Código Penal de Colombia de 1936, el cual rige los destinos del país, regula los comportamientos sociales, y tipifica las conductas sociales prohibidas hasta 1890, cuando se expide una nueva normativa penal.

La influencia del Código Penal de 1890, es de carácter positivista en el área del derecho penal. Sin embargo, no es un positivismo absoluto, pues como bien lo recalca Nódier Agudelo Betancur, la influencia del positivismo aunque notoria no podía ser absoluta, puesto que por ejemplo las penas eran limitadas, lo cual no es común en esta teoría, debido a que como bien se sabe la pena depende de manera proporcional a la peligrosidad del sujeto, sin entrar a establecer mínimos o máximos punitivos<sup>28</sup>.

El Código de 1936, estuvo inspirado por el proyecto del Código Penal Italiano de Ferri el cual aunque nunca vio la luz, fue la insignia de la escuela positiva italiana. Entre las características propias del Código Penal de 1936, podemos encontrar:

- Se toma como elemento importante para determinar el quantum de la pena, la peligrosidad del sujeto (artículo 37 y 38)
- Se permite la sanción de la tentativa no idónea y el denominado delito imposible (artículo 18)
- Se establecen tres instituciones (artículos 80 y siguientes):
  - o Condena
  - o Libertad condiciones
  - o Perdón judicial

---

<sup>28</sup> AGUDELO, Betancur. La estructura del delito en el nuevo Código Penal. Medellín: Ediciones Nuevo Foro Penal, 1996. Pág. 48

Es claro entonces, que la estructura penal planteada por el Código Penal de 1936, como ya se dijo es ampliamente de carácter positivista, en este sentido el delito es considerado un fenómeno natural y social. En este sentido, la conducta delictiva, es una conducta antisocial, y por consiguiente es necesaria la aplicación de una pena que cumpla dos funciones; la primera como un medio de protección y defensa de los bienes jurídicos tutelados por el Estado a favor de todos los ciudadanos, y en segunda medida la corrección del comportamiento desviado teniendo en cuenta la peligrosidad del delincuente y la gravedad de la acción por este desarrollada. Respecto a la responsabilidad penal esta es de carácter legal y social, haciendo uso de la teoría contractualista, la sanción sobre el infractor debe hacerse para la protección de la sociedad y en segunda medida, la sola comisión de la conducta genera de manera objetiva el reproche de responsabilidad penal.

Al respecto, José Enrique Nuño Henao, en su tesis de grado indica la ratificación jurisprudencial de lo anteriormente enunciado, en la *“jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 31 de Julio de 1946, la cual manifestó que “Todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el C.P., derogado desapareció por completo en la nueva ley. La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues si el sujeto es normal ha de sufrir la condenación a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca adaptable a su personalidad. Las penas y las medidas de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la personalidad del sujeto criminal”*<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Gaceta Judicial, Tomo LXI, Página 160. Citado en NUÑO HENAO, José Enrique. Sistema Penal y control social en Colombia. (Tesis de Grado) Abogado. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá. 2002.

Asimismo, las causales de ausencia de responsabilidad penal, en contraposición al Código Penal de 1890, fueron clasificadas en dos: a) Causales de Justificación (artículo 25), y b) Causales de Inculpabilidad (Artículo 23). De esta manera son tratadas como excepción al principio anteriormente descrito denominado de responsabilidad penal de carácter legal y social. En este sentido, la conducta delictiva bajo ciertos supuestos no trasmuta la personalidad del agente, ni pone en peligro a la sociedad de tal forma, la peligrosidad del comportamiento queda eliminada y exculpada del hecho. De tal forma, que el agente representa un protector de la sociedad, y su comportamiento en principio desviado, es justificado por su función protectora. Lo anterior, refleja en suma máxima, el pensamiento de Ferri, quien consideraba al delito como una expresión subjetiva del agente.

En consideración a las causales de inculpabilidad, en este sentido entiéndase aquellas que removían la culpabilidad del delito, el artículo 23 del Código Penal, las desarrollaba de la siguiente manera:

Artículo 23: No hay lugar a responsabilidad penal cuando el hecho se comete:

- Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo.

Sobre esta causal, sabe mencionar dos requisitos, la sugestión o la coacción que debe existir sobre el sujeto infractor, y la ausencia de su consentimiento para la existencia de dicho estado mental. En este sentido, el Código Penal hace una mixtura de conceptos, en primera medida porque es diferente hablar desde el punto de vista hermenéutico y dogmático penal de insuperable coacción ajena y por otro lado de sugestión hipnótica o patológica.

La coacción ajena, es entendida según el diccionario de la Real Academia Española en su edición virtual como la *“Fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo”*<sup>30</sup>, cosa distinta sucede al momento de hablar de patologías, pues estas son consideradas enfermedades objeto de estudio de las ciencias como la medicina.

A pesar de la falta de técnica, el litigante debía prever la utilización correcta de la causal, esto es según el espíritu de la norma, el que actuase bajo coacción o miedo insuperable, a términos del actual Código Penal de 2000, que en su artículo 32, numerales 8 (se obre bajo insuperable coacción ajena), y 9 (se obre impulsado por miedo insuperable).

- Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho, no proveniente de negligencia.

Sobre el particular cabe mencionar, la expresa importancia que está en esta causal sobre el error invencible objeto de estudio de la presente tesis. En la presente causal se agrupan dos tipos de error dentro de un mismo punto de derecho. Si vemos, habla la causal sobre el error invencible originado por el desconocimiento o ignorancia de la conducta, y a su vez por error esencial de hecho o de derecho, siempre y cuando no provenga de la negligencia del autor de la conducta delictiva. En sentido contrario, el artículo 32 del actual Código Penal, establece en sus numerales 10 y 11, la correcta división sobre el mismo punto de derecho.

---

<sup>30</sup> Real Academia Española. (2001). Coacción. En Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Tomado de: <<http://lema.rae.es/drae/?val=coacci%C3%B3n>> Consultado el 14 Octubre del 2014

Expresa el artículo 32, lo siguiente:

*“ (...)*

*10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica 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 hubiere previsto como culposa.*

*(...)*

*11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad”*

Aparte de lo anterior, se permite el legislador no solo diferenciar sobre un mismo punto, causales diferentes; sino que a su vez reconoce culpabilidad siempre y cuando el error sea vencible y el tipo permita la conducta culposa como elemento subjetivo del tipo.

- Por ignorancia del hecho que esté prohibido en la ley penal, siempre que aquella dependa de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse sino tratándose de contravenciones.

Aquí, al igual que la causal anterior, a la luz del actual Código Penal Colombiano, se vislumbra una mixtura anti técnica, reflejada por la mezcla de dos causales distintas en un mismo punto de derecho. Esto es a saber, el caso fortuito o fuerza mayor, regulado en el artículo 32 numeral primero del actual código penal; y el error invencible originado por el desconocimiento de la ilicitud de la conducta establecida en el numeral 11 del mismo artículo.

Respecto a las causales de justificación del hecho, es decir aquellas que extinguen la antijuridicidad del comportamiento desarrollado por el delincuente, el artículo 25 del Código Penal de 1936, estableció:

- Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

En el actual Código Penal, se hace una distinción al respecto. Entiende el legislador, que una es la disposición legal y otra es la orden emitida por autoridad competente. Así, el artículo 32 del referido estatuto, establece en el numeral 3 como causal de ausencia de responsabilidad penal el obrar en estricto cumplimiento de un deber legal, y por otro lado en el numeral 4, indica como causal de ausencia de responsabilidad penal el obrar en cumplimiento de orden legítimamente expedida por autoridad competente y con el lleno de formalidades legales. No es lo mismo, para el actual legislador, un deber legal y una orden emitida por autoridad competente, por estas razones decide separar en el nuevo código la causal anteriormente citada en dos, aclarando la diferencia entre una y otra.

- Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

La normatividad penal vigente, en su numeral 6, sin ninguna diferencia sustancial de gran importancia, su fundamento se encuentra previsto *“el que durante la noche rechaza a que escala o fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia”*<sup>31</sup>.

- Por la necesidad de salvarse así mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional.

---

<sup>31</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 22

En el Código Penal del 2000, actual codificación en su artículo 32, numeral 7, establece los mismos preceptos, tal vez con algo más de lenguaje técnico, pero en esencia es la misma causal.

En suma, el Código Penal de 1936, de carácter positivista, y de gran raigambre dentro de la tradición jurídica penal nacional, entregó los lineamientos básicos que luego serían reformulados, agregados y modificados por medio de la técnica legislativa en el código de 1980, en lo que a las causales y el error invencible se refiere.

**1.2.3.3 Decreto Ley 100 de 1980: Código Penal de 1980:** La época de los 70 y 80 en Colombia, estuvo marcada por situaciones de alta violencia, criminalidad y desequilibrio de los poderes públicos. El Estamento juntos con su organización y sus instituciones estuvieron en peligro, a tal punto que fue cuestionada duramente su efectividad para la disminución del crimen organizado y la garantía de un bien social justo capaz de respetar los bienes jurídicos tutelados de sus gobernados.

Aunado a esto, la crisis socio económica del momento, originó la necesidad de aumentar las penas para ciertos delitos como aquellos que se ejecutaban en concurso con otros, y la reestructuración de las figuras penales del prevaricato y la asociación para delinquir.

Ahora bien, La Ley Quinta de 1979, concedió al Presidente de la República facultades de tipo extraordinario por el tiempo de un año, con el objeto de poner en vigencia un nuevo estatuto penal. De esta manera, el ejecutivo expide el Decreto – Ley 100 de 1980, por medio del cual se creaba un Nuevo Código Penal con mayor precisión técnica.

En el texto del Código Penal de 1980, más específicamente en el Libro I, Título I, Capítulo V, y VII, se establecieron las causales de ausencia de responsabilidad penal, que de manera técnica se clasificaron en justificantes y exculpantes.

Al respecto de las justificantes, establece el artículo 29, las siguientes:

- En estricto cumplimiento de un deber legal.
- En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
- En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
- Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione, y

- Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

Ahora bien, las causales exculpantes de responsabilidad penal, se encontraban en el artículo 40, siendo estas:

- Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor.
- Quien obre bajo insuperable coacción ajena.
- Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación, y,

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

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

Respecto a las causales establecidas en el actual Código Penal, habrá consideraciones respecto al error invencible que se harán en el numeral siguiente; sin embargo no se presentan respecto a las demás causales diferencias significativas que ameriten ser resaltadas. Como quiera, es importante resaltar un cambio procesal directamente relacionado con las causales de ausencia de responsabilidad penal, que el legislador actual ha decidido omitir, violando los principios o fines esenciales del Estado esto es la consecución de un orden social justo, y atentando contra el principio de justicia material, prevaleciendo la formalidad sobre la sustancialidad.

El Código Penal de 1980, nació a la vida jurídica nacional en enero 23 de ese mismo año. De tal suerte, que para esa época, estaba vigente el Código de Procedimiento Penal Decreto 409 de 1971. En esta normatividad procesal, se establecía en su artículo 163 lo siguiente:

*ARTÍCULO 163. AUTO DE CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el Acusado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el juez, previo concepto del Ministerio Público, procederá, aun de oficio, a dictar auto en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento en favor del acusado. El auto a que se refiere el inciso anterior debe ser consultado.*

Si vemos, el Juez natural del procedimiento bien sea a solicitud de interviniente en este caso Ministerio Público, obviamente del defensor del acusado de manera oficiosa expedir auto de cesación de procedimiento penal en su favor siempre que existiese alguno de los siguientes requisitos:

- Inexistencia del hecho imputado.
- Ausencia de autoría o participación del acusado en el hecho ilícito.
- La existencia de alguna causal de ausencia de responsabilidad penal que determine que el hecho ilícito no es considerado una infracción penal.
- La imposibilidad de continuar o iniciar la acción penal.

Esta circunstancia, se siguió permitiendo en las siguientes normatividades penales, que acompañaron al Código Penal de 1980, a modo de ejemplo, el Decreto 0050 de 1987, en su artículo 34 establecía lo siguiente:

*ARTÍCULO 34. CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. Salvo lo previsto en el artículo 503, en cualquier momento del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el Acusado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse, el juez, mediante auto interlocutorio así lo declarará.*

En este estatuto procesal penal, que deroga el Decreto 409 de 1971, no solo mantiene la oficiosidad del Juez, sino que a su vez ni tan siquiera solicita de manera opcional que algún interviniente o parte del proceso así lo exprese. Del espíritu de la norma, se desprende que es casi un deber del Juez, en pro de la garantía de la justicia material y los fines de la administración de justicia, el respeto de cada una de las garantías a favor del Acusado. Los requisitos son cualquiera de los siguientes:

- Inexistencia del hecho imputado.
- Ausencia de autoría o participación del Acusado en el hecho ilícito.

- Atipicidad de la conducta.
- La existencia de alguna causal bien sea por excluir la antijuridicidad o la culpabilidad que determine que el hecho ilícito no es considerado una infracción penal.
- La imposibilidad de continuar o iniciar la acción penal.

En el mismo sentido, el Código de Procedimiento Penal siguiente, esto es el Decreto 2700 de 1991, estableció las mismas facultades, esta vez ampliadas al Fiscal. Al respecto el artículo 36 dispone:

*ARTICULO 36. PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. En cualquier momento de la investigación en que aparezca plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el fiscal declarará extinguida la acción penal mediante providencia interlocutoria. El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio.*

El Fiscal, queda facultado entonces para declarar la extinción de la acción penal, mediante providencia interlocutoria, y el Juez hará lo mismo de manera oficiosa siempre que se verifiquen en la etapa del juicio.

Los requisitos son cualquiera de los siguientes:

- Inexistencia del hecho imputado.
- Ausencia de autoría o participación del Acusado en el hecho ilícito.
- Atipicidad de la conducta.
- La existencia de alguna causal bien sea por excluir la antijuridicidad o la culpabilidad que determine que el hecho ilícito no es considerado una infracción penal.
- La imposibilidad de continuar o iniciar la acción penal.

Nótese en todos los casos, que no son requisitos sine qua non, sino optativos. Sin embargo si son taxativos al cumplimiento de mínimo uno de ellos. Esto quiere decir que los motivos que no estén expresamente señalados en la norma, no podrán ser solicitados por el fiscal.

Lastimosamente, el legislador moderno, al expedir la Ley 906 de 2004, esto es el actual Código de Procedimiento Penal, al momento de determinar las causales de la extinción de la acción penal. Solo deja su opción de manera potestativa a la Fiscalía, previa solicitud de preclusión que deberá ser formulada ante el Juez de Conocimiento, quien analizara la preclusión.

Establece la Ley 906 de 2004, en su artículo 331, que la solicitud de preclusión debe ser solicitada por el fiscal ante el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, y las causales, entre ellas será la existencia de alguna que excluya la responsabilidad penal del acusado de acuerdo con el Código Penal, una vez se realice dicha petición ante el Sentenciador, este citará en audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes para estudiar la medida y conceder la palabra a las partes e intervinientes, además tomar la decisión de fondo.

Es decir, le quita al Juez natural, las facultades officiosas para que cuando fuere el caso y verifique la existencia de alguna causal de ausencia de responsabilidad penal no pueda de oficio decretar la extinción de la acción penal y/o absolver. De esta manera se viola los fines esenciales del Estado a la garantía de un orden social justo, el acceso a la justicia material, el respeto por las garantías procesales y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, todos estos fundamentos esenciales del Estado Social de Derecho y eje central del nuevo constitucionalismo.

Lo anterior va en contra del principio de progresividad legislativa en materia penal, pues en vez de configurarse un estatuto procesal más garantista, el legislador decide disminuir las potestades del Juez natural en desmedro de las garantías penales de los Acusados. Por consiguiente, el objeto del derecho penal, no puede ser la limitación de las garantías de los Acusados con el objeto de dar una imagen de justicia impecable e intimidando al ciudadano para lograr la prevención del delito. Esto como ya se dejó dicho, pone en riesgo la seguridad, efectividad y capacidad del sistema y las instituciones, generando la obligación al sistema jurisdiccional del Estado de desplegar una capacidad técnica, humana y administrativa que no tiene para la judicialización de diversas conductas que en muchos casos son amparadas bajo alguna causal de responsabilidad penal, como por ejemplo el error invencible de derecho.

**1.2.3.4 Ley 599 de 2000: Código Penal 2000:** El Código Penal de 1980, estaba basado en la teoría o esquema tradicional del delito. Por consiguiente, se encontraban vacíos respecto a la regulación del error disculpante y sus modalidades; aspecto que fue superado por el actual Código Penal, Ley 599 del 2000. A su vez, el legislador en pleno ejercicio de su autonomía decidió eliminar la división entre causales de justificación y de inculpabilidad, y uniéndolos los eximentes y los exculpantes bajo el título de causales de ausencia de responsabilidad penal, ubicado en el artículo 32 de la normatividad penal. A su vez, se permitió añadir dos nuevas causales que aunque no estaban en el Código Penal de 1980, si eran trabajadas por medio del desarrollo de la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia. Estas nuevas causales agregadas fueron el consentimiento del sujeto pasivo y el denominado miedo insuperable<sup>32</sup>.

En el nuevo Código Penal, en su libro I, Título III, Capítulo Único denominado de la conducta punible, en su artículo 32 podemos encontrar las causales de ausencia de responsabilidad penal. Así se permite definir las del nuevo código:

---

<sup>32</sup> DE LA PAVA MARULANDO, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 21

*ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

*1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.*

*2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.*

*3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.*

*4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.*

*No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.*

*5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.*

*6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.*

*Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.*

*7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.*

*El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.*

*8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.*

*9. Se obre impulsado por miedo insuperable.*

*10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica 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 hubiere previsto como culposa.*

*Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.*

*11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.*

*Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.*

*12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.*

Cuando el actual Código Penal, hace referencia en el artículo anteriormente citado a la expresión “causales de ausencia de responsabilidad”, sin hacer la distinción que provenía del Código de 1980, entre las causales de justificación y causales de inculpabilidad, muy seguramente como nos lo indica el Doctor Gómez Pavajeau<sup>33</sup>, debe ser por la necesidad de relegar ese debate a la doctrina, para que sea ella quienes clasifiquen y utilicen las causales con el objeto último de ellas, y es precisamente la eliminación de la responsabilidad penal, del comportamiento desplegado por el Acusado.

En este sentido, igual sucedió con el Código Penal de 1980, al respecto en su legislación no se incluyó verbigracia el consentimiento del sujeto pasivo; sin embargo, era manejada de manera doctrinaria y jurisprudencial en la práctica. Tampoco, se precisaron las situaciones o causales de atipicidad, empero la doctrina y la jurisprudencia se encargaron de cerrar el debate estableciéndolas, y aún más profundo dicho debate pues estas causales de atipicidad repercutieron en las causales de justificación. Y a pesar de ello, se manejó por la doctrina sin que las causales descritas en el código penal, existieron como una lista cerrada<sup>34</sup>.

No obstante, no deja de hacer falta la usencia de técnica legislativa, en un proceso que iba avanzando en la delimitación y clasificación de las causales de ausencia de responsabilidad penal; que como hemos visto se había desarrollado desde el Código Penal de 1936, avanzaba en el Código Penal de 1980, y se esperaba perfeccionara en el Código Penal del 2000.

---

<sup>33</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez, 2000. Pág. 107

<sup>34</sup> SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. Causales de ausencia de responsabilidad penal. Revista de Derecho [en línea] 2003, (junio) : [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2014] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85101901>> ISSN 0121-8697

Entonces resulta que, la inexistencia de la conducta, la culpabilidad, la inculpabilidad y la innecesariedad de la pena, puede dejar sin efectos algunas de las condiciones necesarias para la existencia de la responsabilidad penal del imputado. La existencia automática de alguna causal de responsabilidad penal por sí sola no elimina el reproche penal, y la existencia de los elementos de delito, automáticamente no da existencia a la sanción punitiva por parte del Estado contra el infractor, la consulta de la lesividad de la conducta y la necesidad de la pena son los elementos siguientes que debe sopesar el operador judicial para determinar la existencia o no del uso del poder punitivo del Estado a través del aparato jurisdiccional en pro de conseguir una proporción entre delito y castigo. Ahora bien, la sola existencia de la inimputabilidad del sujeto tampoco elimina el castigo, como la imputabilidad no da automáticamente nacimiento a la sanción.

De esta manera, los absolutos en la dogmática hermenéutica del derecho penal, no existen. De modo a ejemplo el listado de las causales de ausencia de responsabilidad penal, indican que no habrá lugar a la existencia de responsabilidad penal bajo determinadas situaciones. Una lectura simple del artículo 32 del actual Código Penal, nos deja ver que no es del todo cierto que no exista en todos los casos ausencia de responsabilidad penal. Verbigracia, el segundo inciso del numeral 7, al establecer los excesos de los límites de las causales 3, 4, 5, 6, 7, establece que el rompimiento de estos límites, aunque exista la ausencia de responsabilidad penal, habrá lugar al reproche penal, eso sí disminuido pero sanción en definitiva. En igual sentido sucede en el numeral 10 *in fine* el cual al regular el error invencible, cuando exista un tipo culposo, en palabras del mismo texto, habrá lugar a la existencia de la sanción penal. Por último los numerales 11 y 12, que reglan el error de prohibición invencible y el error invencible, da la posibilidad a la imposición de sanciones más benignas o la posibilidad de la obtención de atenuación punitiva, mas no como nos indica el artículo 32, la posibilidad de ausencia de responsabilidad penal. Es decir, la

irresponsabilidad del sujeto ante el poder coercitivo del aparato jurisdiccional del Estado.

En este mismo sentido, las causales que establece el artículo 32, numerales 10, 11 y 12 *ibídem*, deben entenderse como un catálogo abierto de causales que sirven de ayuda para comprender las conductas penales que por falta de elementos es imposible imputar responsabilidad penal alguno a sus autores. No puede creerse absolutamente como cierto, que solo serán causales de ausencia de responsabilidad penal, las allí regladas. Por consiguiente, deberá determinarse la existencia de ausencia de responsabilidad penal, siempre que en la conducta sea *a) atípica, b) justificada, c) inculpable, y d) sea innecesaria la imposición de la pena*, así las situaciones de hecho no se encuentren establecidas en los numerales del artículo dicho.

De igual manera, la existencia de múltiples circunstancias donde la inexistencia de alguno de estos elementos no se encuentra establecido en los numerales del artículo 32. Hay situaciones *“que producen atipicidad por cuanto la conducta del mundo real no encaja en el tipo: no se da la calidad de los sujetos; no existen o no se dan las condiciones del objeto material o de la vulneración al bien jurídico; no se cumplen exigencias de la conducta, de las denominadas usualmente circunstancias de modo, tiempo y lugar, las exigencias de circunstancias específicas de agravación o atenuación de pena o genéricas con base en el injusto; o de las llamadas estructuras típicas; no hay resultado o no se puede imputar éste objetivamente a la conducta del autor. En conclusión, al no cumplirse con los elementos del tipo habrá atipicidad, así no se encuentre la situación expresamente en el art. 32.”*<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibid.* Págs. 6 y 7.

En algunos casos, se genera una mezcla de conceptos dogmáticos penales entre las causales de ausencia de responsabilidad penal y la inculpabilidad. Es muy frecuente la identificación que se realiza en la doctrina entre la culpabilidad y la responsabilidad penal<sup>36</sup>. Desde un análisis hermenéutico de carácter sistemático sobre la conducta punible, se puede llegar a aciertos conceptuales en los que una vez analizada la culpabilidad del sujeto activo de la conducta delictiva hay responsabilidad penal. En este sentido, cuando hablemos de inculpabilidad solamente puede entenderse como la ausencia de culpabilidad en el comportamiento del sujeto, o la inexistencia de responsabilidad penal por falta de uno de sus elementos. Sin embargo, las causales de ausencia de responsabilidad penal que recaen sobre la atipicidad y el justificante no hacen parte de la inculpabilidad. A modo de ejemplo harían parte de la inculpabilidad según el artículo 32 del actual código penal la insuperable coacción ajena, el miedo insuperable y el conocido error de prohibición.

Lo anterior quiere decir, que no hace parte del régimen de ausencia de responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico penal la inimputabilidad, pues como se ha explicado aunque los inimputables no actúan con culpabilidad, si son considerados responsables penalmente. A pesar de esta situación, la doctrina internacional los ubica dentro de las causales de inculpabilidad. Sin embargo el artículo 32 ídem, no los incluye<sup>37</sup>.

El actual Código de Procedimiento Penal, consciente de la importancia de precluir investigaciones en donde del análisis de las causales excluyentes de responsabilidad penal se determinara la irresponsabilidad del Acusado facultó al Fiscal para que en cualquier estadio procesal, pueda solicitar la preclusión de la investigación ante el Juez Penal con Funciones de Conocimiento. Sin embargo,

---

<sup>36</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Editorial Ariel. Tercera edición. Pág. 371.

<sup>37</sup> VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, Parte General. Bogotá: Editorial Temis, Tercera Edición. Págs. 397 – 410.

estas atribuciones solo están dadas al Fiscal puesto que el Juzgador como se dejó anteriormente explicado en el acápite anterior, ha perdido estas facultades oficiosas que otrora el legislador penal le había concedido. Esta innovación, es contraria a los principios de progresividad legislativa, justicia material, limita las garantías procesales y da primacía a la formalidad sobre la sustancialidad socavando en últimas los fines del Estado en la consecución de un orden social justo.

En últimas, la función de velar por los postulados y principios anteriormente mencionados, termina siendo delegando al defensor y a la fiscalía, desligándose el Estado del deber de observancia y cuidado que le asiste a través de su andamiaje jurisdiccional para garantizar un debido proceso que no socave las garantías constitucionales a favor del Acusado. Si así es, se está echando por la borda luchas sociales de más de 500 años, y poniendo en jaque la institucionalidad, la justicia material, elementos todos propios del actual Estado Social y Democrático de Derecho colombiano.

## 2. EL ERROR

En el presente Capítulo se desarrolla desde una perspectiva dogmática penal de tipo sistemático la figura jurídica del error, haciendo un desarrollo del error de hecho, de derecho, de tipo y de prohibición, en sus diferentes tipos y en sus modalidades vencible e invencible.

El presente análisis tiene como ejes fundamentales cada una de las especies del error. De esta manera su análisis jurídico se hará basado en la escuela finalista, en concordancia con la actual dogmática penal y nuestra legislación penal vigente.

En primera medida se describe el concepto del tipo normativo del error, teniendo como fundamento la actual legislación penal colombiana. Más sin embargo, no se deja atrás un estudio histórico breve sobre el error en los códigos penales de 1936, 1980 y 2000, con el objeto de centrar al autor en el actual tratamiento normativo de esta figura jurídica.

Una vez se hace este estudio, se aborda el problema dogmático del error y la ignorancia como términos tratados con similitud pero diferentes en su contenido que debe ser aclarado a la luz de la dogmática penal, por medio de un análisis hermenéutico de tipo sistemático en la doctrina penal nacional.

De manera continuada, se aborda el tema desde la perspectiva conceptual el error, para luego describirlo en sus diferentes clases, tipos y modalidades a saber. Esto es:

1. Error de hecho;
2. Error de derecho;
3. Error de tipo:

- 3.1 Error de tipo sobre el nexo causal,
- 3.2 Error de tipo dolus generalis;
- 4. Error de prohibición:
  - 4.1 Error de prohibición directo:
    - 4.1.1 Error de prohibición directo clásico,
    - 4.1.2 Error de prohibición sobre la validez de la norma,
    - 4.1.3 Error de prohibición directo por valoración errónea de la norma jurídica;
  - 4.2 Error de prohibición indirecto:
    - 4.2.1 Error de prohibición indirecto por inexistencia de una causal de ausencia de responsabilidad penal,
    - 4.2.2 Error de prohibición indirecto por exceso de los límites propios establecidos por las causales de ausencia de responsabilidad penal,
    - 4.2.3 Error de prohibición indirecto sobre las circunstancias que justifican el hecho.

Y las modalidades en que estos pueden ser cometidos:

- 5. Error Vencible.
- 6. Error Invencible.

Una vez se ha estudiado en dolo en sus diferentes formas, tipos y modalidades. Se estudiará el error en la normatividad penal colombiana, pues luego se aborda nuestro objeto principal de estudio. Teniendo como base todos los anteriores conocimientos, me dispondré a responder la siguiente pregunta:

¿Puede el Juez Penal con Funciones de Conocimiento de manera oficiosa decretar la extinción de la acción penal, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se viabilice la existencia de un error invencible a favor del Acusado?

De este modo, se resolverá la anterior incógnita con base a valoraciones normativas, dogmáticas, hermenéuticas como jurisprudenciales.

## **2.1 CONCEPTO NORMATIVO DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA**

El error como figura jurídica, fue adoptado en la normatividad penal colombiana como uno de los elementos o formas que excluyen la responsabilidad penal del agente activo de la conducta delictiva que es objeto de reproche por parte del aparato jurisdiccional del Estado. De esta manera, el artículo 32 del Código Penal, describe el error en sus distintas clases, en los numerales 10, 11, y 12.

*Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

*10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica 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 hubiere previsto como culposa.*

*Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.*

*11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.*

*Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.*

*12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.*

Dicho de otro modo, la normatividad penal colombiana se permite la adopción de la figura jurídica del error, dentro de los numerales 10, 11 y 12 del artículo 32 del actual Código Penal. Sin embargo, se aprecia en el legislador la mezcla de dos características diferentes en el artículo citado. En primera medida la existencia de

causales de ausencia de responsabilidad penal, y en segunda medida la existencia dentro de las causales, los diminuentes de responsabilidad penal.

En este sentido, es viable delimitar el aspecto anteriormente mencionado. Verbigracia, cuando el legislador indica en el numeral 10 del artículo 32, que quien *“obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad”* establece a favor del sujeto activo de la conducta, la facultad de exonerarlo de la responsabilidad penal por el comportamiento realizado. Sin embargo, en el mismo numeral, al establecer que *“si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa”*, en vez de configurar una causal de ausencia de responsabilidad penal, se permite configurar el legislador un diminuyente de responsabilidad penal que exonera parcialmente del reproche penal al sujeto activo de la conducta, así las cosas deberá ser responsable aunque en menor medida de la sanción aplicable.

## **2.2 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

De este modo, la historia del derecho penal colombiano, y en especial la legislación sobre el error, tiene sus orígenes mediados en la historia pre colonial, y colonial de la tradición jurídica colombiana.

Sin embargo, el error invencible dentro del ordenamiento jurídico colombiano, tiene su nacimiento más inmediato en los Código Penales de 1936, 1980 y en la actual normatividad jurídico penal vigente, esto es el Código Penal del 2000.

En este sentido, a través del Decreto 2300 de 1936, se expide el Código Penal del mismo año, el cual se permite establecer la figura jurídica del error en el numeral tercero del artículo 23, el cual lo describe de la siguiente manera:

*Artículo 32. No hay lugar a responsabilidad penal cuando el hecho se comete:*

*3. Por ignorancia de que el hecho esté prohibido por la ley penal, siempre que aquella dependa de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse sino tratándose de contravenciones.*

La cita anterior, nos permite concluir al realizar un análisis sistemático del texto penal de 1936, en primera medida que la utilización de la terminología del error no fue empleado, en contraposición a este término, se usa la expresión ignorancia. Muy seguramente, como nos lo explica Reyes Echandía se debe a que la teoría penal tiende muy frecuente a asimilar ambos fenómenos, aunque estos sean disímiles dogmáticamente:

*“Desde un punto de vista empírico el error consiste en una falta de correspondencia entre lo que existe en el campo de nuestra conciencia y lo que hay en el mundo exterior; trátase, pues, de una equivocada valoración de la realidad. La ignorancia, en cambio, es aquel estado intelectual que implica inexistencia de conocimiento sobre algo.*

*Quien ignora no tiene conocimiento alguno del hecho; quien yerra posee un conocimiento equivocado sobre él.*

*Sin embargo, como la ignorancia que interesa al derecho es aquella que da lugar a error, y como los efectos jurídicos de una y otro no son diversos, la doctrina penal tiende a asimilar ambos fenómenos”<sup>38</sup>*

En segunda medida, la causal de ausencia de responsabilidad penal, solo era admitida para contravenciones y no para delitos, puesto que en la legislación penal de 1936, el principio general del derecho penal según el cual la ignorancia de la ley no es excusa al infractor, no era aplicado en la normatividad penal de la época, y en contraposición se aplicaba el principio general clásico del derecho según el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

---

<sup>38</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Óp. Cit., Págs. 211 – 212

Por medio del Decreto – Ley 100 de 1980, se expide la normatividad penal de ese mismo año. Este Código resulta ser muy novedoso, porque se permite modernizar la causal de ausencia de responsabilidad penal denominada el error, adaptándola a la legislación europea. Por consiguiente, el término “ignorancia” entra a ser reemplazado por el de “error”. En este sentido, no solo actualiza técnicamente la figura de la ausencia de responsabilidad penal, sino que también se permite poner al día la estructura del delito.

Del mismo modo, el Código Penal de 1980, se permite identificar en sus numerales 3 y 4, del artículo 40, la irresponsabilidad penal en los siguientes supuestos:

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

*4) Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo”*

Partiendo de los supuestos anteriores, el Código Penal de 1980, se permite hacer una división dogmática penal de la figura jurídica del error en la modalidad de tipo y de justificación, los cuales de manera posterior se van a conocer como los denominados, error de hecho y error de derecho. En el mismo sentido, y con mayor técnica legislativa, el legislador de 1980, permitió incluir el error como causal de inculpabilidad, aspecto este que no se daba en el Código de 1936, y que como ya se ha dicho es eliminado nuevamente en el Código del 2000, contrariando así el principio de progresividad legislativo, pero lastimosamente facultado por la autonomía del legislador.

Lo anterior no indica que este mal del todo, lo que sucede es que el legislador se permite dejar el debate de las causales de ausencia de responsabilidad penal y en especial del error vencible e invencible a la doctrina, académica y a la práctica

jurídica. De este modo, configura una lista abierta de causales y se permite definir el objeto principal de estas con los elementos esenciales que deben existir en las descritas normativamente y en las que en el ejercicio de la profesión puedan suceder al igual que con el error y sus formas.

Por último, por medio de la Ley 599 de 2000, se expide al actual Código Penal, el cual permite realizar algunas modificaciones respecto a la normatividad anterior. En primera medida, ubica el error como una causal de ausencia de responsabilidad penal de tipo genérica, sin entrar a detallar si afecta la antijuridicidad o la culpabilidad, debate que decide el legislador dejárselo a la academia y a la doctrina. En el mismo sentido, permite crear *“dos errores privilegiados que hasta entonces no se habían considerado legislativamente (el de tipo privilegiado y el de atenuación punitiva privilegiada) cuya presencia no parece adaptarse a la perceptiva constitucional”*<sup>39</sup>.

En este caso, se crea una delicada línea entre el error y el principio de legalidad, aspecto que será analizado brevemente al momento de abarcar el error en la legislación penal colombiana.

### **2.3 ERROR O IGNORANCIA COMO CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL.**

En la dogmática penal, es muy frecuente la utilización de manera singular de los términos error e ignorancia<sup>40</sup>. Aunque sus contenidos conceptuales son diferentes, es muy común su asimilación dentro de la doctrina penal, puesto que su función tiende a ser la misma, la cual es la justificación del comportamiento del agente

---

<sup>39</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 212

<sup>40</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Óp. Cit., Págs. 211 – 212

activo de una conducta penal, debido al desconocimiento de la prohibición de la acción desarrollado por parte de la legislación jurídico penal.

Aunque en la academia se han desarrollado bastas discusiones respecto a su diferenciación; se ha concluido que como los dos términos atañen a la afectación o eliminación de la relación cognoscitiva entre el sujeto y objeto, se permite determinar entonces que la ignorancia es el género y el error es la especie. Empero, su diferenciación no solo va entre el género y la especie; debido a que en el contenido encontramos desigualdades entre una y otra, por ejemplo en la ignorancia la relación entre el sujeto y el objeto es nula; por consiguiente no existe apreciación, valoración o referencia mínima alguna sobre el objeto y su concepto, de tal punto que nada pudiese decir el sujeto sobre ese aspecto. Por el contrario, en el error la relación entre el sujeto y el objeto nace, más sin embargo dicha relación es defectuosa a la luz del conocimiento, y la verdad del sujeto, es una verdad que goza de percepción equivocada. De este modo, aunque sea válida para el sujeto, no lo es para el resto de la sociedad, bien sea por error en su concepción, o por error en los elementos coetáneos a ella.

En consideración a lo anterior, Francesco Antolisei, nos explica en su obra Manual de Derecho Penal, que el error hace parte de la ignorancia, y por consiguiente a él son aplicables los mismos efectos jurídicos penales que se esperan cuando el sujeto actúa motivado por esta causal de ausencia de responsabilidad penal, esto es la inexistencia de un reproche penal por parte del aparato jurisdiccional del Estado hacia el sujeto activo de la conducta delictiva<sup>41</sup>.

Para comenzar, el conocimiento antiguamente no era tratado como una relación entre objeto y sujeto cognoscitivo en este sentido, la pugna entre el realismo y el idealismo, daban al hombre como un ser ubicado en un mundo al que podía conocer, pero que no intentaba comprender, de tal manera la contraposición de

---

<sup>41</sup> ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. España: Editorial Barcelona, 1960. Pág. 217

concepciones entre Aristóteles y Berkeley, da origen al idealismo objetivo, en donde la verdad solo puede ser válida si esta concuerda consigo mismo. En este sentido, es real para el sujeto, todo conocimiento que sea estructurado en el consolidado y que no dé lugar a duda alguna<sup>42</sup>.

Más sin embargo, la actual relación entre sujeto y objeto, solo permite dar lugar al error, la ignorancia y la verdad. Elementos estos, disímiles están relacionados entre sí por la característica cognoscitiva del sujeto.

Cuando el sujeto no tiene una relación plena de la prohibición penal, o cuando aun conociéndola dicha verdad es errónea, o a pesar de conocer la prohibición desconoce el grado de afectación que esta intenta evitar, existe un vacío o falla en la relación entre el sujeto y el objeto, en este caso el objeto sería la ilicitud del comportamiento, es decir el desconocimiento total, parcial o erróneo del tipo penal.

Por consiguiente, si hay desconocimiento se habla de ignorancia. Por el contrario, si existe una distorsión en la relación cognoscitiva entre el sujeto y el ilícito, se habla de error. En este mismo sentido, estos conceptos *“no deben conducir a errores si se analizan dentro de este contexto conceptual, sencillito; pues ignora el que nada sabe sobre un aspecto y yerra el que tiene un conocimiento sobre algo pero que no corresponde a la realidad, se equivoca en el concepto que maneja sobre una temática en particular”*<sup>43</sup>.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, se ha pronunciado al respecto indicando que en lo atinente al concepto de error y su diferencia con el de ignorancia *“no es lo mismo error que ignorancia. Pues el primero implica un concepto equivocado o falso sobre algo; en tanto que la*

---

<sup>42</sup> SALAZAR MARÍN, Mario

<sup>43</sup> CURE MÁRQUEZ, Juan Camell. Óp. Cit., Pág. 11

*segunda consiste esencialmente en falta de conocimiento sobre el hecho de que se trata*<sup>44</sup>.

Por lo que se refiere al error, el estudio de esta figura jurídica lleva continuamente a equivocaciones innecesarias al momento tanto de su estudio como de su aplicación. En este ámbito, tanto funcionarios judiciales, como abogados litigantes, yerran en sus elementos dentro del tipo, la solicitud y la adecuación normativa que exige la ley penal para su cumplimiento. En esta medida, es necesario que los operadores judiciales en pro de la prevalencia de la justicia material, dejen a un lado el sistema actual y otorguen la oficiosidad al Juez Penal con Funciones de Conocimiento para que de un análisis sistemático y ponderando de los elementos fácticos y probatorios pueda determinar de manera autónoma la existencia en un determinado caso en la presencia del error, esto en pro de cumplir con los lineamientos que exige el modelo del Estado Social de Derecho colombiano.

Es, entregarle la función de revisión autónoma al Juez Penal con Funciones de Conocimiento, con el objeto principal de evitar nulidades, desgaste del aparato jurisdiccional, y sobre todo la prevalencia y el respeto de todos los intervinientes dentro del proceso penal, aún de las mismas víctimas.

## **2.4 CONCEPTO DE ERROR**

El derecho tiene una serie de principios generales que por regla no admiten excepciones, pues son estos la base de toda la estructura dogmática del sistema. En el derecho penal, por mucho tiempo el principio según el cual el desconocimiento de la norma no sirve de excusa, fue admitido, aceptado y

---

<sup>44</sup> COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de marzo 28 de 1983

adoptado por los sistemas jurídicos penales de varios Estados, entre ellos el colombiano. Su validez va acompañado de instituciones como la promulgación de las leyes y el principio de publicidad que ella los acompaña; de tal suerte, que la presunción de conocimiento de las leyes aplica para todos los gobernados. En este sentido, *“durante mucho tiempo, no se aceptó en ningún caso la ignorancia de la ley como excusa para declarar irresponsabilidad penalmente al individuo que la alegaba”*<sup>45</sup>.

No obstante, con el surgimiento de las ideas socialistas, la creación del principio de justicia material y la configuración del Estado Social, se comienza a admitir por parte de la dogmática penal, la importancia de establecer excepciones al principio de conocimiento de la ley. En este sentido, se cambia el paradigma según el cual el desconocimiento de la ley, exime de responsabilidad penal al ciudadano. De tal modo, se daban situaciones en las cuales el ciudadano bien por desconocimiento, o por percepción errónea de los hechos o elementos normativos del tipo, eran juzgados por el aparato jurisdiccional del Estado de manera injusta pero legal a la luz de la normatividad penal vigente de la época.

Por lo anterior, la dogmática penal ve la necesidad de irresponsabilizar al sujeto activo de una conducta delictiva, siempre y cuando se probara que este actuó bajo la ignorancia o el error, dándose nacimiento al error como una causal de ausencia de responsabilidad penal, pues de esta manera se afecta el elemento dogmático del tipo y se elimina o transgrede la culpabilidad del sujeto. En este sentido, se ha estructurado toda una teoría del error que ha servido para disminuir la punibilidad de los sujetos y privilegiar los comportamientos que aunque típicos y antijurídicos no son culpables.

---

<sup>45</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 213

En consecuencia, aunque el principio según el cual el desconocimiento de la ley no sirve de excusa sigue vigente en el derecho, este no aplica en la dogmática del derecho penal, o por lo menos su operación es flexible, en este sentido se presumen ciertos tipos penales o el conocimiento de ciertos tipos penales, y es el ciudadano quien debe desvirtuar dicha presunción aplicando la causal del error. Bien sea, por la existencia de un error vencible o invencible, y que este recaiga en el tipo o en la prohibición.

A causa de lo anterior, la teoría del error invencible nace al mundo dogmático penal, como una causal de ausencia de responsabilidad penal, pues como se ha dicho, el agente activo de la conducta delictiva, no puede ser acreedor del reproche jurídico penal por parte del aparato jurisdiccional del Estado. Lo anterior, debido a que el comportamiento desarrollado fue ejecutado en ausencia del elemento subjetivo denominado intencionalidad esto porque la persona actúa sin voluntad, por un accidente de carácter imprevisible, por ignorancia de la prohibición establecida en la norma jurídico penal, o bien por una falsa o errónea apreciación de la realidad en donde a pesar de conocer el tipo penal, infiere que las circunstancias para su elaboración son otras. De tal manera, al ser inexistente la intención del autor, se afecta de manera inmediata la culpabilidad y por consiguiente de manera mediata el reproche penal en su contra. De este estadio de situaciones, nace entonces del error como causal de ausencia de responsabilidad penal.

## **2.5 ORIGEN JURÍDICO DEL ERROR**

De manera general la doctrina ha aceptado la existencia desde la época Romana, de dos clases o tipos de error; estos son a saber, el error de hecho y el error de derecho. Más sin embargo, su presencia en el mundo académico se ha visto

cuestionada por el continuo desarrollo de esta figura, en donde hoy podemos hablar también de error de tipo, error de prohibición, y últimamente alrededor de 1970, hasta la época de error vencible y error invencible.

Es claro entonces, que el desarrollo dogmático de esta figura jurídica no es acabado. Por el contrario, el investigador académico con cada nuevo aporte dogmático penal, le imprime en su investigación una nueva postura, una nueva interpretación y por consiguiente una nueva visión del error en el plano jurídico.

La época moderna, una vez ha superado la discusión entre el error y la ignorancia, el error de hecho y el error de derecho, le ha dado paso por medio del análisis dogmático penal a la existencia del error vencible y el error invencible. Sobre este último, la escases doctrinaria es abismal; sin embargo esto no impide con su estudio y su análisis en la presente tesis de investigación.

Recapitulando de esta manera los conceptos, es claro sin duda alguna que el error, es una especie de la ignorancia, y se origina por el nacimiento vacío o la percepción errónea de la relación entre el sujeto y el hecho ilícito. De esta manera, es desproporcionado culpabilizar al sujeto cuando en su interior no existió la intencionalidad bien sea por el desconocimiento de la prohibición de parte del sujeto activo de la conducta delictiva, o porque a pesar de conocerla tenía una percepción errónea de los hechos típicos para su existencia.

Un típico ejemplo del error, cuando el sujeto no conoce la prohibición, es del campesino, que de manera desprevenida al llegar a la ciudad porta un arma de fuego, desconociendo la prohibición de llevarla en la ciudad. Como las prohibiciones de llevar armas de fuego son atribuciones potestativas de la Alcaldía, en colaboración con el ejército, este tipo de prohibiciones son publicadas por medio de actos administrativos, de tal suerte que el campesino al ser

sorprendido con el arma y a pesar de tener salvo conducto, es judicializado por haber portado un arma pese a una restricción legal.

En contraposición, un ejemplo típico de cuando el sujeto a pesar de conocer la prohibición tiene una percepción errónea de sus ingredientes normativos, se presenta muy seguidamente en las Defensorías del Pueblo, cuando el novio mayor de edad de una joven menor de 14 años, es judicializado por violación y para el infractor resulta extraña dicha acusación puesto que no la ha accedido sin su consentimiento. Por consiguiente a pesar de conocer la prohibición, no tuvo en cuenta que si el sujeto pasivo de la conducta era menor de 14 años, se origina una punibilidad en su contra.

Una vez se analiza la figura del error, es esencial determinar los requisitos esenciales que deben ser demostrados dentro del proceso penal, la modalidad en que se comete, esto es vencible e invencible y el elemento de la estructura del delito que elimina el yerro. Como veremos, serán abordados los elementos de la estructura del delito, los cuales son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Aunque estos son los elementos clásicos, no podemos dejar de lado que la teoría moderna se ha permitido agregar la necesidad de la pena y la proporcionalidad, entre el acto cometido y la sanción aplicable en consonancia con la lesividad de la conducta.

Cabe recalcar respecto a la estructura dogmática, el error vencible o invencible bien puede eliminar o menguar la tipicidad cuando el agente desconoce la existencia del tipo penal, la antijuridicidad cuando conoce la existencia del tipo pero cree no cometerlo igual, cuando cree estar amparado por alguna causal de ausencia de responsabilidad penal, cuando su comportamiento se desborda de los límites objetivos establecidos por la causal, y elimina la culpabilidad cuando no se aprecia intención en el comportamiento por él desarrollada como cuando ejecuta la conducta delictiva con conocimiento de la prohibición, pero desconociendo las

cualidades del agente pasivo, así como el hermano que yace con su hermana en el mismo lecho, desconociendo que esta tiene tal parentesco.

No obstante, se puede presentar que frente a un mismo error se den situaciones en donde la antijuridicidad y la culpabilidad sean eliminadas; ya será la percepción de quien aborde el tema de estudio, además quien determine cuáles son los elementos de la estructura del delito que son eliminados.

Sin embargo, a pesar de los ejemplos anteriormente descritos, pasaremos a estudiar cada una de las modalidades jurídicas del error, las cuales serán analizadas desde una perspectiva hermenéutica basada en la dogmática penal colombiana.

**2.5.1 Error de hecho.** El error de hecho desde la dogmática penal es aquel tipo de error que recae sobre uno de los elementos necesarios para el nacimiento de la conducta tipificada como delito en la normatividad penal, sin embargo también puede producirse sobre una de las características del sujeto pasivo o sobre el mismo *“cuerpo del delito”*.

Verbigracia el artículo 237 de la normatividad penal actual vigente colombiana preceptúa el delito de incesto. Un error de hecho puede suceder cuando el sujeto activo de la conducta, tiene relaciones sexuales con su hermana, creyendo que es otra persona. Como el tipo penal habla de hermanos adoptantes o adoptivos, bien puede darse el caso que el agente activo de la conducta nunca supo que tenía una hermana adoptada y por consiguiente la accede con su consentimiento carnalmente. En este sentido se da nacimiento al error de hecho pues existe una percepción errónea por parte del sujeto de la prohibición legal y sobre el sujeto pasivo, así el error ha recaído sobre las condiciones jurídicas exigidas para el nacimiento del tipo penal.

De esta manera podemos decir que el error de hecho recae así sobre los elementos de hecho, entiéndase estos los comportamientos internos y externos del sujeto activo de la conducta, y los presupuestos exigidos en la norma para la ilicitud del comportamiento<sup>46</sup>.

De esta manera, la imposibilidad del reproche penal del Estado en contra del sujeto es inexistente, o minimizado en el sentido en que no nacen viciados a la vida jurídica bien sea los elementos fácticos del delito y sus ingredientes normativos jurídicos, extrajurídicos y subjetivos. Aunque sea de la existencia del error de hecho, no puede decirse que la aplicación de la causal de ausencia de responsabilidad penal se aplica automáticamente. La mixtura de nuestro sistema penal, en donde no solamente existen en un mismo artículo causales de ausencia, sino también diminuentes de la conducta penal, permite que a pesar de que el error de hecho elimine la culpabilidad del sujeto haciéndolo inculpable ante el aparato jurisdiccional del Estado, se pueda cuando el error sea superable, la eliminación solamente el dolo y sea juzgado el sujeto por culpa, siempre y cuando el tipo penal lo permita.

En este sentido, el error de hecho elimina la culpabilidad del sujeto, por cuanto lo exonera de ser responsable del comportamiento ejecutado sin intencionalidad de violar el ordenamiento jurídico.

**2.5.2 Error de derecho.** El error de derecho, también conocido como error de *iure*, es aquel que afecta la interpretación del tipo penal, o la existencia del mismo, lo que en otros casos sería por ignorancia de derecho; es por esto que se relaciona la ignorancia con el error.

---

<sup>46</sup> LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos del derecho penal. Bogotá: Editorial Lerner, 1961. Pág. 270

En consecuencia con lo anterior, bien puede ser exento de la responsabilidad penal por el desconocimiento del tipo penal, al no conocer de la existencia del mismo, en cierta medida el ciudadano que en su paseo de vacaciones en el exterior compra mercancías por más de 15000 dólares y por desconocimiento de la norma las ingresa al país obviando pagar el impuesto y declararlas ante la DIAN. De esta manera al obviar la declaración de estos bienes es en primera medida responsable por el delito de contrabando. Ahora bien, puede ser responsable por errónea interpretación del tipo penal, como el ejemplo expuesto en el numeral 2.5 del presente capítulo, cuando el joven mayor de edad al realizar actos sexuales de manera consensuada con su novia menor de 14 años, considera que no es responsable del delito indilgado de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pues él consideraba que solo era responsable cuando el sujeto pasivo de la conducta se oponía o se resistía.

Por consiguiente, estamos ante un error que ataca dos aspectos de la norma penal, en primera medida la inexistencia de la relación entre el sujeto y el conocimiento del ilícito prohibido por la ley, y en segunda medida la relación existente entre el sujeto y el objeto jurídico que nace con fallas por la errónea interpretación de la misma. Más sin embargo, no podemos negar la similitud entre error e ignorancia, por consiguiente *“es igual errar por falta de conocimiento de la ley que por equivocación en el procedimiento intelectual dirigido a determinar los límites de su aplicación práctica”*<sup>47</sup>, en este sentido el objetivo final del error de derecho en la dogmática penal no será otro distinto que buscar la eliminación del reproche del Acusado por ausencia de culpabilidad.

Existen diversas controversias entre el error de derecho y el error de hecho por cuanto se dice que cada uno actúa sobre elementos diferentes del tipo penal y que el uno deviene del otro, Augusto Finger, decide intentar encontrar una solución

---

<sup>47</sup> PIACENZA, Scipione. Error e ignorancia del derecho en materia penal. Italia: Editorial Di Tulio, 1960. Pág. 171.

media a esta controversia, al afirmar: *“si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la conducta y el derecho y comportarse en consecuencia con este, y que el derecho no puede requerir sino que todos obren conforme a los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cuál sea el elemento en el que el error se funda. Agréguese a ello que es imposible una distinción suficiente entre error de derecho y error de hecho, por cuanto el derecho en sus disposiciones se refiere a hechos y con ellos transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de derecho”*<sup>48</sup>. Más sin embargo, los ejemplos siguientes ayudan a comprender mejor la diferencia entre una y otra figura.

Son errores de hecho verbigracia, a) Quien se casa por segunda vez, creyendo que su primera esposa ha fallecido, b) El ciudadano que al ser requisado por un agente de policía le es encontrado una sustancia estupefaciente, y al ser consultado sobre la naturaleza de esta responde desconocer que es una sustancia ilegal y alega ser una sustancia medicinal, c) El novio de una menor de 14 años, que tiene sexo con ella convencido que es una mujer mayor de edad puesto que su fisionomía así lo hizo creer, d) Un ciudadano que después de un viaje de turismo, ingresa al país mercancía extranjera creyendo que está exenta del pago de impuestos ante la DIAN, a pesar de que conoce la tipificación del delito de contrabando, c) El hermano que tiene relaciones sexuales con su hermana, pero desconocía que esta era tal, a pesar de si conocer la existencia del tipo penal.

En los mismos casos, será error de derecho a) El esposo que se casa por segunda vez, pero en este caso por desconocimiento del tipo penal, b) El ciudadano que porta una sustancia estupefaciente, y es consciente de ello, pero desconoce que este prohibida su porte o la cantidad que lleva, c) El novio que tiene relaciones sexuales con su novia menor de 14 años, pero desconoce que este comportamiento es ilegal pues considera que el delito se configura si hay

---

<sup>48</sup> FINGER, Augusto. Error en el derecho. Italia: Editorial Torino, 1964. Pág. 182

violencia sobre la víctima, d) El ciudadano que después de un viaje de turismo ingresa una mercancía extranjera al país y no paga los respectivos impuestos por desconocimiento de esta exigencia normativa y del tipo penal, e) El hermano que conscientemente sabiendo que es su hermana se acuesta con ella pero desconoce que este comportamiento esté prohibido por la normatividad penal.

**2.5.3. Error de tipo.** Primeramente, no podemos hablar de error de tipo, o error de prohibición, sin enfrascarnos en la dicotomía dogmática que tanto la ciencia penal, como los conceptos envuelven a estas dos figuras jurídicas. Del mismo modo, si ahondamos más sobre los mismos, nos envolvemos en los ya conocidos error de hecho, y error de derecho.

Por consiguiente la contextualización de error de tipo, versus el error de prohibición, se encuentra relacionada la diferencia clásica de la doctrina jurídica en general; esto es el error de hecho, contra el error de derecho. Solo restará identificar si como el primero de los términos se refiere a los elementos fácticos, o en su defecto el segundo a los elementos jurídicos. No obstante, la dogmática penal ha ido avanzando en la diferencia de los conceptos, evolución y adaptación para dar claridad sobre los mismos, indicando que la tipicidad como elemento de la conducta punible puede perfectamente hacer parte de los elementos fácticos, como de los elementos jurídicos. Verbigracia de lo anterior, en la descripción del delito de hurto consistente en tomar bien mueble o inmueble ajeno en contra de la voluntad de su propietario con ánimo de beneficiarse para sí o un tercero, incluye elementos fácticos como lo son apoderarse, o ánimo de beneficiarse u obtener un lucro, como también elementos jurídicos como bien mueble o inmueble, los cuales deben ser consultados para su identificación dentro de la rama del derecho civil.

Del mismo modo, se genera una serie de dificultades dogmáticas para definir una adecuada delimitación tanto del error de hecho, como de derecho. Por lo tanto *“(...) surgió en Alemania una nueva concepción de la teoría del error, que ganó*

*adeptos en Italia y España.*<sup>49</sup>, pretendiéndose trasladar del concepto de error de hecho, a error de tipo, y de error de derecho a error de prohibición.

Como corolario de lo anterior, la clásica clasificación en donde tanto el error de hecho, como el error de derecho, se estructuraban de manera independiente, avanzó en el campo dogmático del derecho penal, identificándose en el error de tipo, y en el error de prohibición. Lo anterior no quiere identificar a cada error en una concepción individual, es decir al error de tipo como el anterior error de hecho, o el error de prohibición como el anterior error de derecho.

Más bien se pretende expresar que así como avanzó la configuración del tipo penal, del mismo modo lo hizo la doctrina con las teorías del error, poniendo claramente en el plano académico que sería inexacto identificar los anteriores errores de hecho, y de derecho, con los actuales errores de tipo, y de prohibición. Lo anterior puesto que *“(...) el tipo se compone de elementos no sólo de hecho, sino también de Derecho. Por eso, no sería del todo exacto identificar error de hecho (error facti) con error de tipo; ni error de Derecho (error iuris) con error de prohibición”*<sup>50</sup>

Por otro lado, una vez identificada la descontextualización tanto del error de hecho, como de derecho, con el error de tipo, y el error de prohibición, se suele confundir estas dos últimas figuras jurídicas, puesto que en el plano dogmático no es claro identificar los elementos que la misma elimina dentro de la teoría del delito.

---

<sup>49</sup> VELÁSQUEZ CUERVO, Janneth Patricia. Teoría del error, antecedentes y panorama de su regulación en el nuevo código penal militar: Ley 1470 de 2010. Bogotá, 2013, 32 págs. Trabajo de Grado (Magister en Derecho Procesal Penal). Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho.

<sup>50</sup> Universidad de Navarra. Teoría General del delito: Delictum 2.3. [en línea]. <<http://goo.gl/4FEU9f>>[citado en 28 de mayo de 2015].

Por consiguiente, para **GUILLERMO SAUER**, puede identificarse el error de tipo, como aquel en donde hay carencia de uno de los elementos propios del tipo penal. En contraposición el error de prohibición bien puede recaer sobre la valoración completa del acto en sí. Por lo anterior es claro que *“mientras que el error de tipo se refiere a un defecto en la consideración de un elemento particular de este, el de prohibición afecta a la valoración conjunta del acto, sin que la circunstancia de que el error sobre un elemento particular tenga por consecuencia un desconocimiento de la prohibición, lo convierta en ignorancia relativa a la prohibición”*<sup>51</sup>

En referencia con la conceptualización del error de tipo, es claro que el mismo debe excluir el tipo doloso, por consiguiente contiene como características inescindibles la inevitabilidad, decisión, y esencialidad. Significa lo anterior que para la configuración de la conducta delictiva, no solo es necesaria la realización de todos los elementos de tipo objetivo que estructuran el delito; sino también el tipo subjetivo. Es decir que el sujeto sea conocedor de todos los elementos que integran el tipo penal, y aun así esté decidido a realizarlo.

Por consiguiente, el dolo debe manifestarse en las circunstancias necesarias para el nacimiento de la conducta delictiva, verbigracia sobre la persona, el objeto, o el nexo de causalidad, inmersas en el comportamiento prohibido. No obstante si el dolo no se concreta sobre ninguna de los anteriores, no existe intencionalidad del agente, errando este en su actuar, obteniendo un resultado distinto al esperado.

Ahora bien, los tipos penales tiene una serie de elementos, o bien llamados elementos de carácter esencial que se vinculan inescindiblemente con el hecho delictivo, a tal punto que es necesario que la norma lo tipifique para su validez en el juzgamiento. Los anteriores elementos son de causalidad, normativos, y descriptivos. Estos como se viene diciendo solo le interesan al dolo del agente

---

<sup>51</sup> SAUER, Guillermo. Derecho Penal: Parte General. Barcelona: S.A. Editorial BOSCH, 1805. Pág. 36. ISBN 9788471622532.

activo de la conducta ilícita, puesto que si no es así. No existe reproche penal válido.

Como corolario de lo anterior, podemos hablar de una conducta delictiva, cuando exista una *“congruencia del elemento objetivo (texto de la norma sobre la previsión de la conducta) y del elemento subjetivo (el dolo del delincuente)”*<sup>52</sup>.

Por ende, el error de tipo, siempre estará relacionado de manera directa al dolo, porque lo que genera el respectivo yerro dogmático penal es la negación en la representación del dolo, dentro del agente activo de la conducta delictiva<sup>53</sup>. De lo anterior podemos inferir claramente que del mismo podríamos hablar de error de tipo, tanto en la representación falsa del agente frente al hecho, como de una falta de la misma. En otras palabras, hay una falta de comunicación intelectual entre la conciencia del autor y la realidad, al momento de la realización del hecho.

Clásico ejemplo, aplicable al artículo 32 del Código Penal colombiano, es del campesino que en su finca en la noche, al escuchar ruidos, y ver su cercado destruido cree que pudo ser un semoviente quien le produce ese daño, y debe sacarlo, o matarlo porque puede dañar sus cultivos, al disparar en realidad da muerte a un vecino del sector. Si fuere vencible respecto al análisis de los elementos normativos en relación con la representación del dolo en el sujeto activo de la conducta al momento del hecho, hablamos de un homicidio culposo, pero si es invencible, hablamos de la exoneración del acusado.

Técnicamente podemos afirmar que *“(...) el error de tipo supone que el individuo ignora que la conducta que realiza es tipificada o que desconoce erróneamente*

---

<sup>52</sup> BOTT, Ingo y PARRA, Adela. Errores de tipo en Alemania y Colombia: Comparación de derecho penal. En: Criterio Jurídico. [en línea]. Vol. 7 (2007). Disponible en < <http://goo.gl/JoZxbK> > [citado 28 de mayo del 2015]

<sup>53</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte General. Granada: Editorial Comares, 2002. Pág. 275. ISBN 9788484446415.

*alguno de los elementos subjetivos del tipo penal, de forma que puede decirse que el sujeto cuando actúa no sabe lo que hace. El efecto de ese error es entonces la exclusión del dolo, y por tanto de la tipicidad.*<sup>54</sup>

Con todo, es dogmáticamente correcto precisar que el error de tipo se encuentra directamente relacionado respecto a los elementos del delito con el elemento de la culpabilidad, exactamente con el dolo, puesto que cuando hablamos del error de tipo no podemos concluir otra cosa que la inexistencia dentro del comportamiento delictivo de la representación del mismo. Así las cosas no se configuran el dolo, bien sea en una representación falsa, como en una inexistente. Como consecuencia de lo anterior hay una distancia, o en otras palabras no existe un puente de comunicación entre la conciencia del sujeto, y la realidad, entiéndase por esta el acto desarrollado, incluido su resultado, puesto que *“(...) el momento decisivo para el dolo, igualmente que para la imprudencia, es el de la realización del hecho.*<sup>55</sup>

Igualmente en el error de tipo el individuo genera una percepción errónea con el objeto, es decir el mismo realiza una conducta tipificada como delito bien porque en su intelecto no existe indicio alguno que la misma sea delictiva, o bien porque contiene una percepción errónea de la misma; es decir que conoce la prohibición, pero ignora alguno de los elementos meramente objetivos, que hacen parte del tipo penal, pudiéndose concluir limitadamente que este actúa sin conocimiento de lo que hace.

Como consecuencia de lo anterior, es que el error de tipo origina la exclusión del dolo, también se elimine la tipicidad. Es decir que el error por sí solo no elimina la tipicidad, sino que es la inexistencia del dolo lo que origina que la misma no se configure en el delito, adoleciendo este de uno de sus elementos; característica

---

<sup>54</sup> BOTT, Ingo y PARRA, Adela. Óp. Cit., pág. 407

<sup>55</sup> VELÁSQUEZ CUERVO, Janneth Patricia. Óp. Cit., pág. 8

indispensable para hablar de responsabilidad penal frente a una conducta delictiva.

No obstante el error de tipo debe nacer según el delito en la modalidad invencible. Al respecto es importante aclarar lo siguiente. Como ya se explicó de manera detallada al comienzo del presente acápite, la teoría actual del error concibe dentro de la dogmática penal al error de tipo, y al error de prohibición. Los mismos se dividen en una serie de clases o formas que serán estudiados de manera seguida. No obstante cualquiera de los yerros, y sus distintas formas o clases pueden ser cometidas solo en dos modalidades, vencible e invencible.

De acuerdo al artículo 32 del actual código penal colombiano, si es vencible elimina la dolosidad del comportamiento, pero lo convierte en culposo, así las cosas si el delito admite culpa es responsable penalmente el infractor de la ley penal. Caso contrario sucede cuando se ejecuta el comportamiento delictual en la modalidad invencible puesto que la misma salva del reproche jurídico penal al responsable, exonerándolo de cualquier sanción posible dentro de la instancia penal.

Por consiguiente, para que el error de tipo pueda eliminar la tipicidad de la conducta, es indispensable que sea ejecutado en la modalidad invencible. Verbigracia si es ejecutado en la modalidad vencible no elimina el dolo, puesto que este se convierte en culpa, quedando el comportamiento culposo; así si el delito admite modalidad culposa el actor del comportamiento delictivo debe ser sancionado en esta modalidad, aplicando como lo indica la norma ejusdem *“Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa”*.

Caso contrario sucede en la modalidad invencible como se ha venido explicando, puesto que elimina el dolo, y con ello la tipicidad, quedándose los elementos del delito sin uno de los elementos requisitos inescindible para reprochar responsabilidad penal alguna en contra del agente.

A pesar de todo lo anterior, bien puede suceder que en el error de tipo, se ejecute un comportamiento que exija dentro de la estructura del delito que el mismo solo daba ser ejecutado en modalidad dolosa. De acuerdo a lo anteriormente expresado, si fuera invencible el infractor lograría salir libre dentro del proceso penal, pero así mismo sucedería si fuera invencible puesto que como el mismo delito solo admite modalidad dolosa, y al ser vencible se convierte el dolo en culpa, no puede existir ningún reproche en contra del agente activo de la conducta ilícita.

Grosso modo, podemos concluir que el error de tipo abarca no solo aquel que recae sobre la totalidad de la descripción del tipo penal; sino que también sobre alguno de los elementos que lo estructuran, verbigracia los objetos, la conducta, los sujetos, y podría afirmarse que hasta los ingredientes normativos.

Empero lo anterior para dar más claridad, es oportunamente adecuado diferenciar el error de tipo, del error sobre la antijuridicidad, que es lo mismo que el error que recae sobre el carácter prohibitivo del hecho.

Al respecto podemos afirmar que el dolo es relacionado con el conocimiento que posee el sujeto sobre los elementos de la tipicidad, quedando fuera de ello el conocimiento de los demás elementos de la conducta penal, especialmente la antijuridicidad. Aunque son aspectos diferentes, es indispensable distinguirlos con base en la teoría del delito.

Por ende, los elementos que hacen parte de la conducta penal como lo son aquellos que refieren al riesgo, la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por el Estado, comportamiento que produce un resultado, entre otros hacen parte de la conducta propiamente descrita en el tipo penal que es susceptible de error de tipo, puesto que su desconocimiento elimina el dolo y por consiguiente la tipicidad, pues como ya se dijo hay inexistencia de uno de sus elementos o inclusive de la prohibición normativa.

Caso contrario, elementos como la prohibición o no de la conducta, si la misma es buena o mala, si es punible por parte del Estado, son elementos propios de la antijuridicidad de la conducta prescrita por parte del ordenamiento jurídico penal. Por consiguiente no hacen parte del tipo, y mal podrían considerarse como objeto del dolo. Lo anterior porque la misma hace parte de una categoría muy distinta del delito; esto es, el conocimiento antijurídico del comportamiento desarrollado por el agente, analizado en sede de culpabilidad. En cambio puede admitir error de prohibición, o error sobre la antijuridicidad.

Recapitulando podemos claramente identificar al error de tipo, cuando el sujeto activo de la conducta delictiva claramente no actúa dolosamente, puesto que no conoce una circunstancia que pertenece al tipo penal, produciéndose como se ha dicho la exclusión del dolo. En otras palabras lo que se conoce como error de tipo, es aquel que en materia penal excluye la responsabilidad del actor siempre y cuando sea ejecutado en la modalidad invencible, o vencible pero el comportamiento no debe admitir modalidad culposa<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 6 de marzo del 2013, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, Radicado N° 34509.

Por último, para la doctrina aún no es claro lo que pueda entenderse por error de tipo. No quiere decir lo anterior que no exista una claridad dogmática sobre el tema, lo que se quiere expresar es que existen posturas que recapitulan una y otra vez lo que puede entenderse por error de tipo, y error de prohibición.

Se colige de lo anterior, para mayor calidad de la presente investigación, importante indicar que siempre será indispensable para delimitar el error de tipo, distinguir entre los elementos que lo componen; esto es elementos descriptivos, elementos normativos, y causalidad. Los elementos descriptivos son aquellos hechos naturales que indiscutiblemente se desarrollan o hacen parte de la conducta delictiva, puesto que son referencias realizadas por el legislador bien sea al sujeto, al objetivo, al sitio, o a las circunstancias propias para la realización del hecho delictivo descritas en la norma penal como punibles. Asimismo el artículo 239 del Código Penal, como elemento descriptivo del hurto podemos encontrar el de cosa, que como característica indica que la misma debe ser mueble o inmueble y además ajena.

Contrario sensu, los elementos normativos son de característica institucional, puesto que inobjetablemente se encuentra unas veces dentro del tipo, y otras veces ajenos a él, puesto que pueden ser bien, de contenido jurídico, o por el contrario de valoración cultural, denominada contenido extrajurídico. Por ende las denominaciones propias de términos como propiedad, menor de edad, infante, impúber, matrimonio, entre otros. De lo anterior se desprende que si el autor no los conoce puede haber inexistencia del dolo, porque no basta para el juzgamiento penal el mero conocimiento fáctico del elemento jurídico<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y ARÁN GARCÍA, Mercedes. Derecho Penal: Parte General. Madrid: Editorial Tirant. 2010. Pág. 306. ISBN: 9788498769210

Por último, aunque el debate académico poco se centra en esta cuestión, encontramos la causalidad, la cual *“también tendrá que estar rodeada del dolo del autor, porque solamente podría ser castigado por acciones que quiso realizar.”*<sup>58</sup>

La distinción planteada entre los elementos descriptivos, y los elementos normativos, resulta indispensable para la correcta diferenciación entre los errores de tipo, y de prohibición, puesto que cuando estamos en presencia de un error sobre alguno de los elementos anteriormente descritos, estamos ante un error de tipo<sup>59</sup>.

No obstante la crítica por parte de la academia, y en especial del abogado y jurista alemán **CLAUS ROXIN**, radica en la distinción que posiblemente puede existir entre un error que se refiere al objeto, el cual elimina el dolo, y un error que puede referirse al concepto de los elementos que integran el delito, presentándose como un error de subsunción, que no excluye el dolo típico. Sin embargo puede estructurar un error de prohibición *“cuando el sujeto debido a la falsa subsunción no considera su conducta prohibida y cree su conducta tolerada por el legislador”*<sup>60</sup>, como quiera de lo anterior cuando quien se roba un semoviente considera que por ser un animal no puede ser considerado cosa mueble, se presenta en este caso un error respecto al concepto. Caso contrario, un error respecto al objeto con base en el ejemplo anteriormente descrito, es quien se apodera del semoviente cosa mueble, porque considera, con base en percepciones jurídicas erróneas que el bien es de su propiedad.

---

<sup>58</sup> BOTT, Ingo y PARRA, Adela. Óp. Cit., pág. 408

<sup>59</sup> GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Culpabilidad e inculpabilidad: Derecho Penal y Derechos Humanos. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 1996. Pág. 52. ISBN 9589288987

<sup>60</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Bogotá: Editorial Civitas. 1997. Pág. 461. ISBN 9788447009602

Para **CLAUS ROXIN**, es criticable que este tipo de casos se den puesto que *“existe poco margen de practicidad dado que son muy escasos los acontecimientos de error sobre los contenidos de significado jurídico”*<sup>61</sup>, no obstante considera que es muy importante la distinción planteada puesto que se enmarca en el aspecto cognoscitivo del dolo, del mismo modo que es muy difícil o raro que existan en un tipo penal únicamente elementos normativo o descriptivos, por lo que ambas son indispensables al momento de analizar el hecho punible.

Por consiguiente, las percepciones sensoriales no son suficientes, puesto que los sentidos solo son un camino para entregar al cerebro la información por ellos recaudada, la cual de todos modos debe ser procesada, e identificada conforme a factores, como espacio, tiempo, modo y lugar con el resultado de la representación subjetiva que para el sujeto tiene los eventos recaudados. El yerro radica en que la misma situación puede ser vista desde dos ópticas distintas, en donde la interpretación puede ser divergente, pero igualmente válida para varios sujetos. Sí bien al ver un arma en la mano de un sujeto, en vez de un elemento inofensivo.

De lo anterior se desprende la necesidad de profundizar tanto en los elementos del tipo, como en el entorno social, es decir las percepciones, para identificar el tipo de error que pueda proteger a quien yerra de manera invencible de una sentencia penal en su contra.

Descendiendo al error de tipo, respecto a su tratamiento dentro de la normatividad jurídico penal colombiana, sin dejar de lado la dogmática penal constitucional, como también manteniendo la secuencia de lo anteriormente expresado no puede ser de otra lógica que al no existir dolo, por el desconocimiento de alguno de los elementos del tipo penal, se configure error de tipo. Parafraseando al doctrinante

---

<sup>61</sup> ECHEVERRY ENCISO, Yecid. El error como eximente de la responsabilidad penal en Colombia. En: Precedente. [en línea]. Vol. 3 de Julio a Diciembre (2013). Disponible en <<http://goo.gl/8H0WJy>> [citado 28 de mayo del 2015]

NÓDIER AGUDELO, lo mismo sucede en lo que respecta en los agravantes.<sup>62</sup> Caso contrario sucede en varios delitos ejecutados de manera simultánea, de igual manera cuando en un asalto el sujeto activo de la conducta es consciente del hurto, mas no del porte ilegal de armas, al faltarle el dolo “completo”, solo puede ser sancionado por el delito de hurto, no obsta lo anterior para que el mismo pueda ser agravado.

Del mismo modo, en el tratamiento del error de tipo, es necesaria la inevitabilidad, como también la invencibilidad, debido a que en nuestro ordenamiento penal colombiano con base al artículo 32, numeral 10 ibídem, la inexistencia de estas dos características elimina el dolo, pero deja subsistente la culpa, siempre y cuando así lo admita el tipo penal. Asimismo deberá entenderse la invencibilidad como aquella que nace dentro del comportamiento delictivo, aunque el sujeto sea diligente debidamente, sin dolo o culpa posible. También se puede sostener clásico el artículo 208 del Código Penal colombiano al tipificar el acceso carnal abusivo, cuando A tiene relaciones con la mujer B, pero esta última lo induce al error haciéndole creer que es mayor de edad, y en realidad tiene 13 años.

Otros ejemplos de igual importancia al respecto “(...) es el de una enfermera quien en la atención que dio a una paciente incurrió en una práctica abortiva a la que siguió la muerte de la mujer que abortó. La enfermera adujo error de hecho por cuanto no tenía conocimiento del procedimiento que realizó con una sonda y sus efectos, pues decía que su labor no le había dado conocimientos para prever ello. No obstante, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desvirtuó tal tesis señalando que sabía previamente del estado de embarazo y que siendo enfermera profesional y con la experiencia que tenía, definitivamente sabía de la

---

<sup>62</sup> AGUDELO BETANCUR, Nódier. El error sobre las circunstancias atenuantes. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. En: Colección de pensamiento jurídico I. 2002. Pág. 35. ISBN: 958-8059-20-8

*maniobra abortiva que realizaba y sus implicaciones*<sup>63</sup>, o también “el conocido caso de un ciudadano en cuya casa se encontró marihuana en cantidad no permitida (250 gramos). Pero lo obtuvo para un remedio a su padre y con permiso previo otorgado por autoridad. En efecto, al mediar permiso de la autoridad competente, no se configura el delito previsto. Ahora, la autoridad que concedió el permiso fue el Inspector de Policía, cuando la competente era el Ministerio de Salud, pero el ciudadano tenía plena convicción que era el Inspector quien daba tal autorización. Acá se reconoce el error sobre un elemento normativo del tipo”.<sup>64</sup>

Grosso modo, habrá error de tipo cuando el elemento cognoscitivo del dolo desaparezca de la intencionalidad del agente, por desconocer el sujeto que se esté realizando de manera objetiva una conducta ilícita. No obstante el error de tipo sucede cuando “una persona dispara a un espantapájaros colocado en el huerto de una casa y mata a su vecino que se había disfrazado de tal para jugarle una broma”<sup>65</sup>.

Ante estas circunstancias, no podría hablarse de una conducta dolosa e intencionalidad por parte del agente, pues como se ha dejado claro no hubo una concordancia entre la representación de este en su aspecto cognoscitivo y sus consecuencias con el resultado objetivo. De esta manera, al existir una eliminación del dolo no podría existir reproche penal alguno por parte del aparato jurisdiccional del Estado, pero habría lugar a responsabilidad penal en la modalidad de culpa si el tipo penal lo admite y el error es superable.

---

<sup>63</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 21 de abril de 1977. M.P. Julio Salgado Vásquez.

<sup>64</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 22 de septiembre de 1982. M.P. Luis Enrique Romero Soto.

<sup>65</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 221

En este sentido, el error de tipo en cualquiera de sus formas, siempre elimina la tipicidad dolosa del delito si es invencible; como quiera si es vencible elimina la tipicidad dolosa, pero esta se convierte en culposa, si así lo admite el tipo penal.

De manera continuada, como los requisitos del error de tipo podemos hablar de esencialidad, es decir, para que exista error de tipo, el yerro deberá caer sobre uno de los elementos que lo integran o incluso sobre sus circunstancias de modificación o amplificación; en segunda medida el error de tipo debe ser invencible, de tal manera que el sujeto activo de la conducta criminal no pueda de ninguna manera superar el yerro que adolece sobre la tipicidad de la conducta atendiendo a los medios y circunstancias que lo rodean. De esta manera si se dan estos requisitos hablaremos de ausencia de responsabilidad penal por error de tipo de carácter insuperable, puesto que existe atipicidad de la acción e inexistencia de culpabilidad en el sujeto.

#### **2.5.4 Teoría del error. Análisis del error en los delitos culposos y omisivos.**

Podemos sostener que la modalidad de la conducta de los sujetos activos en esa clase de delitos dolosos, donde el agente es quién dirige su conducta de manera inequívoca, sosteniendo un daño al bien jurídico tutelado por la ley penal.

También se infiere que en los delitos culposos el daño ocasionado es producto de una negligencia, impericia, sin que en ningún momento el actor haya querido ocasionar un menoscabo al bien jurídico tutelado por la ley.

Por ello es importante diferenciar de esas conductas delictivas, en atribuirle consecuencias diferentes teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Podemos sostener que las conductas punibles dolosas y culposas se encuentran en sus distintos contenidos de injusticias. En las conductas punibles dolosas existe un claro momento subjetivo orientado a la vulneración del bien jurídico protegido, lo que de una u otra manera en las conductas punibles culposas, en ese momento

no existen. Sobre ese tema la Corte Constitucional en Sentencia C – 64 de fecha Febrero 04 del 2003, Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

Con relación a las consecuencias de esas dos modalidades de la conducta punible, tanto del dolo, como de la culpa, hacen referencia a criterios de proporcionalidad en sus aspectos punitivos, diferentes en su esencia, pues más grave debe ser la repuesta estatal para el dolo y más benigna para la culpa, en esta última hace referencia a criterios de imprudencia, impericia y negligencia.

Por ende, entonces podemos definir la culpa, como modalidad de la conducta cuando el resultado típico es producto a la infracción al deber objetivo de cuidado del agente debió haberlo previsto, por ser previsible, o habiendo previsto confió en poder evitarlo, (art. 23 del C.P.), es de advertir que esta última tesis es más coherente y relevante con la doctrina actual.

Mientras que el dolo que se encuentra en el “art. 22 ídem”, es cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción ha sido dejada al azar. Pues, podemos considerar cuando el agente activo actuó con la intención de causar la lesión al bien jurídico o que se presentó un resultado distinto al querido y lo asumió para no hacer nada para evitarlo, lo que constituye un campo positivo en la psiquis del individuo.

En una decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con radicación 20860 de fecha septiembre 15 del 2004, M.P. Herman Galán Castellano, ha considerado frente lo que es la violación al deber objetivo de cuidado y el principio de confianza: “la violación al deber de cuidado objetivo se avalúa siempre dentro del ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de relación en la cual se

desempeñó el actor, y no el aislamiento de la frialdad hizo o dejó de hacer., en orden a examinar la violación del deber de cuidado objetivo rige la regla de la confianza, elaboración doctrinaria que parte del hecho de la intersubjetividad del ser humano, razón por la cual, quien participa en una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida en la que actúa diligente y cuidadosamente tienen derecho a confiar en que los demás participes harán lo mismo.

**2.5.4.1 Error de tipo en los delitos culposos:** Podemos sostener qué tipo objetivo del delito culposo está compuesto por supuesto de hecho bien sea descriptivos o normativos. Ejemplo, en los delitos de peculado culposo que exige la condición de servidor público, pues el sujeto puede ser determinado o indeterminado. Aún dentro del resultado conocido y querido por el autor como para cuidar el cuidado objetivo, entonces el autor debe desplegar la conducta como lo puede hacer una persona razonable y prudente puesta en el lugar del actor, pues sino obra con arreglo con unas exigencias determinadas puede infringir a ese deber objetivo de cuidado.

También dentro del principio de confianza puede ser quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas, puede y debe confiar en que todos los participantes también lo hagan, contrario sensu, de manera fundada pueda suponer lo contrario.

Además podemos sostener de los delitos culposos, estos también pueden ser omisivos, teniendo como respaldo el art. 25 in fine “acción y omisión. La conducta puede ser realizada por acción y omisión”. Tenemos el que tuviera el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no la llevara a cabo, estando en la posibilidad de hacerlo quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, pues es requisito que el agente tenga, a su cargo la protección del bien jurídico, o también que se le halle encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, como la posición

de garante es de estudio para la modalidad omisiva de la conducta, y si quien tiene los deberes de seguridad es la persona que desplegó deberes para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido.

Pues hay conductas activas que se convierten en un riesgo desaprobado cuando la persona tiene esa posición de garante, esta puede predicarse en situaciones concretas, específicas en la ley, como también constituye la situación en la que puede encontrarse una persona donde tiene el deber jurídico para impedir que se produzca un resultado típico, el cual puede ser evitable.

Así mismo, el error de prohibición es una de las causales de ausencia de responsabilidad penal, en la cual el sujeto infractor actúa de manera equivocada pensando que su comportamiento, está amparado por una norma existente dentro del ordenamiento jurídico, suena paradójico esta expresión, sin embargo, el agente despliega la conducta y resulta que es contraria a derecho, que su comportamiento es reprochable y causó un resultado dañoso.

De igual manera, el error dependiendo de las circunstancias del caso, puede ser de varias clases, el error de tipo, prohibición, de hecho o de derecho, entre otros, sin embargo, lo más relevante son los citados, puesto que el analice que se buscará es determinar la incidencia de esta figura en los delitos culposos y omisivos.

Ahondando más en el tema del error, como su nombre lo indica, es una conducta asumida por una persona pensando que su actuar es conforme al derecho, es decir, el sujeto en su razonar piensa que su conducta es justificante para el derecho, y, por tanto, no puede ser objeto de reproche y/o sanción punitiva.

Haciendo alusión a la teoría del derecho penal, notaremos que muy pocos doctrinantes, operadores jurídicos, inclusive dentro de la praxis judicial, no es común que se conozcan casos en la cual se reconozcan causales de justificación o causales de inculpabilidad en materia del delito culposo, pues todas las causales de justificación y todas las de inculpabilidad prácticamente se han desarrollado sobre la base del delito doloso de acción<sup>66</sup>.

Ahora, la responsabilidad objetiva no solamente se presenta cuando no se reconocen eximentes de responsabilidad, sino también cuando no se atiende atenuantes de culpabilidad, surge que en materia del delito culposo no se ha trabajado sobre el reconocimiento de atenuantes específicas de punibilidad. Pues nunca se ha escuchado que alguna persona se le haya reconocido, en un delito culposo, la atenuante de la ira o intenso dolor que si se reconocen constantemente en materia del delito doloso<sup>67</sup>.

Observamos muchas teorías que han avanzado en la doctrina tradicional sobre el delito culposo, admitiéndose como adecuada aquella teoría donde la culpabilidad va ubicada tanto en el deber objetivo de cuidado, como el deber subjetivo de cuidado y el deber objetivo de cuidado, cumple una función dogmática de limitar la investigación sobre la infracción al deber objetivo de cuidado, es decir, si se cumple con las reglas médicas, la *lex artis*. Por ende, es importante determinar los fenómenos de culpa consciente, son verdaderos fenómenos de dolo, por lo tanto, la culpa consciente tiende a desaparecer, sólo perviviendo la culpa inconsciente<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal, primera Parte, Tercera Edición, Giro Editores Ltda. 2005. Pág. 207.

<sup>67</sup> Ibid. Pág. 209.

<sup>68</sup> Ibid. Pág. 210.

Así las cosas, estamos frente a un delito culposo cuando el sujeto infractor su conducta se adecua a los elementos del deber objetivo de cuidado, como es, la negligencia, la impericia, la imprudencia e inobservancia de reglamentos, ahora, teniendo claro, los elementos que configura la culpabilidad, por ende, procedamos a analizar como incide el error en los delitos culposos. No obstante, es bueno precisar que siempre en el error, va a haber la conciencia de antijuridicidad, es decir, el sujeto conoce de la conducta que despliega, inclusive sabe que su resultado es dañoso, o simplemente no sabe, pero sin embargo, el error radica en eso, en que el agente activo, comete una conducta ilícita quebrantando un tipo penal objetivo, creyendo que está amparado bajo unja causal de eximentes de responsabilidad penal. Sin embargo, entrando al terreno de los delitos culposos, se tiene claro que ellos se juzgan bajo la teoría de la culpa, esto es, la sanción punitiva es flexible, cosa que no pasa con el dolo, por ende, atendiendo a la modalidad subjetiva de la realización de ésta conducta culposa, el sujeto no tiene la voluntad de cometer el hecho dañoso, es decir, aquí él no hace las cosas como las debe hacer o como la ley quiere que las realice; entonces, como habrá error en un delito doloso cuando el sujeto en el primero tiene conocimiento que con su actuar está adecuando su conducta a una lesión al bien jurídico tutelado por la ley penal, mientras, en los delitos culposos no hay ese conocimiento ni tampoco ese querer de quebrantar una norma de tipo penal y/o estar dentro de una antijuridicidad global.

Habida cuenta, hoy no podemos hablar que el error tenga una incidencia y relevancia como causal de ausencia de responsabilidad penal en los delitos culposos, pues, si aceptaríamos la tesis de que si se puedan dar los casos, estaríamos contrariando la modalidad en la que se realiza la conducta punible, y, por lo tanto saliendo de la esfera de la culpa para entrar en el plano de la teoría del dolo, por la cual ya no se podría hablar de delitos culposos sino dolosos por acción.

Entonces, si hoy hablamos de tipo penal bajo la modalidad culposa, es porque, estamos frente a una conducta que se realizó sin que mediara la voluntad del sujeto infractor para realizar el hecho punible, para lo cual mal podría hablarse de error en los delitos culposos cuando no hay conocimiento. Además, si el error se aplicara en ésta clase de delito, entendiéndose que en los delitos culposos no existe conocimiento solo es una conducta contraria a los deberes objetivos de cuidado.

Para BUMAN, sostenía que el cumplimiento del deber objetivo de cuidado operaba como una causal supra legal de justificación, situación está que suele suceder cuando el médico hizo todo lo posible y obró con diligencia con base a las teorías académicas y procedimientos de la medicina, sin embargo, su paciente fallece, aquí el médico ante un juicio donde es acusado por el delito culposo, así mismo, ejercerá su defensa alegando que realizó todos los procedimientos pero no fue posible que dicha persona lograra sobrevivir, además, dentro del marco jurídico estos profesionales de la medicina solo tienen obligaciones de medio y en algunos casos de resultado.

**2.5.4.2 Error en los delitos de omisión:** Por otra parte, con respecto a los delitos de omisión, este clase de tipo penales objetivos se habla desde hace mucho tiempo, se menciona en la leyes de Manú, en el código de Hammurabi, incluso en la misma biblia, cuando se dice que se peca por acción y omisión, sin embargo, esta clase de delitos son explicables sino a partir de criterios jurídicos en la medida en que la naturaleza conoce la omisión, esta figura nace entre la ética y el derecho.

Los delitos de omisión tienen su fundamento en el Estado Social de Derecho, esta teoría sostiene el derecho que tiene una persona de que otro actúe; los casos en que otro exija la acción omitida, sin embargo, los delitos de omisión tienden a un nivel de crecimiento cuantitativamente y cualitativamente en aquellas legislaciones

que admiten el principio de la solidaridad defensiva de los ciudadanos, esto es, lo estados solidarios, que no son otros que Estados Intervencionistas o Estados Sociales.

Así mismo, la solidaridad social es el instrumento jurídico, que como hecho social, propicia el concepto espontaneo de las partes de todo lo social, una particular conexión entre el individuo y la sociedad, originándose una comunidad de sacrificio y de riesgo, tal posición ha sido adoptada por la Corte Constitucional, es esa transcendental decisión en la cual expuso que la solidaridad de las personas a la que hace referencia el artículo 1 de la CN., es uno de los fundamentos del Estado colombiano, por ende, la solidaridad social establecida en el artículo 96 ídem, aparece como un principio rector de la conducta de los asociados, es un valor que se construye sobre un hecho, entonces diríamos que la solidaridad consiste en el hecho simple y verificable de que cuando se convive lo que afecta a un solo miembro de la comunidad afecta a los otros<sup>69</sup>.

Es bueno resaltar que lo injusto en los delitos de omisión no se funda principalmente ni exclusivamente en la infracción a un deber. Así mismo, los deberes son los instrumentos jurídicos a través de los cuales se expresa la solidaridad social como principio, y como tal estos deberes son los medios que sirven para la protección de los derechos<sup>70</sup>.

Ahora, los delitos de omisión propia están configurados por tres elementos que son: la situación típica, la ausencia de acción ordenada y la capacidad individual de acción en la situación concreta. También en la omisión impropia se configuran tres elementos, como son: la situación típica, la producción de un resultado típico y la posición de garante<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal, primera Parte, Tercera Edición, Giro Editores Ltda. 2005. Pág. 243

<sup>70</sup> Ibid. Pág. 239.

<sup>71</sup> Ibid. Pág. 241.

**2.5.4.3 Omisión propia:** En la omisión propia, la situación típica se configura cuando existe una norma que me obliga actuar, existe una acumulación de circunstancias que me obligan a actuar, desde esta perspectiva, cuando no se realiza una acción, la no realización de esa acción en una ocasión en la que hay la oportunidad de realizar la acción. Así mismo, con respecto al segundo elemento, cuando existe la ausencia de acción ordenada, aquí cuando el sujeto no hace lo que el ordenamiento espera que haga como consecuencia la imposición de un deber y el último cuando existe cuando el agente tiene la capacidad individual de actuar en la situación concreta<sup>72</sup>.

**2.5.4.4 Omisión impropia:** En la omisión impropia, el primer elemento, la situación típica se configura, cuando el sujeto está en la disponibilidad de actuar y tiene la capacidad para salvarlo. El segundo elemento, la producción de un resultado típico, hay que precisar que en los delitos propios de omisión no tiene resultado, los impropios si exigen resultado, pero además que exista una probabilidad de su evitación rayana la certeza, es decir, se produjo un resultado y se hubiera actuado seguramente se hubiera evitado y el último es la posición de garante, aquí el sujeto debe tener la obligación o el deber actuar en esa situación concreta. Ejemplificando, cuando se está ahogando es un hijo mío, estoy en posición de garante y como tal me compete el salvamento, puesto que si no actúo se me podría imputar el delito de comisión por omisión. Si no me encuentro en la posición de garante, esto es, bajo la obligación o deber especial de actuar, con mucho se me podría imputar una violación del principio de solidaridad<sup>73</sup>.

Ahora, en esta clase de delitos el error como causal de ausencia de responsabilidad penal, debe de configurarse bajo un presupuesto, es decir, debe de existir lo siguiente:

---

<sup>72</sup> Ibid. Pág. 241 y 242.

<sup>73</sup> Ibid. Pág. 243.

La situación típica, para mayor ilustración del caso, ejemplificamos, veo un menor está pataleando en la piscina, pero creo que está jugando y no es así, por el contrario, se está ahogando y efectivamente se produce la muerte; allí no tengo conocimiento actual de la situación típica, pero podía, si hubiera sido más diligente, haber salido del error y por lo tanto entonces haber en miras de salvamento<sup>74</sup>.

Sobre la capacidad individual de acción concreta. Veo el niño se está ahogado, pero no sé nadar y creo que el niño está en un lugar de la piscina que tiene de profundidad dos metros y medio que obviamente supera mi estatura. Creo que no soy capaz de salvarlo cuando en la realidad el niño se encuentra en una profundidad de uno y medio metros en la piscina, suficiente para alcanzarlo. Allí yerro sobre la situación concerniente a la capacidad individual de acción en la situación concreta por cuanto si era posible que lo salvara, aun sin saber nadar<sup>75</sup>.

Y sobre la posición de garante, sobre el caso en comento aquí la problemática es más compleja, habida cuenta se requiere distinguir entre errores de tipo y errores de prohibición.

Ahora, analicemos el caso, veo un niño que se está ahogando, pero que es el hijo del vecino cuando en realidad es el hijo mío, allí hay un yerro, que recae no como tal sobre la obligación de actuar sino sobre la situación fáctica de la posición de garante, el cual debe trabajarse como error de tipo.

Si fuere vencible el error, originará un homicidio culposo de comisión por omisión si existiere el remanente culposo. De lo contrario, de ser invencible el error o no existir punición por culpa, será impune la conducta.

---

<sup>74</sup> Ibid. Pág. 245.

<sup>75</sup> Ibid. Pág. 246.

Analizando el error como eximente de responsabilidad penal, puede alegarse en los delitos omisivos, puesto que teniendo en caso en mención, en la cual se ejemplificó como podría alegarse esta causal eximente de responsabilidad penal en esta clase de delitos, sin embargo, se sostiene que la omisión de la conducta, es dejar de hacer algo en la que tenía el deber de hacerlo, es decir, se abstuvo, por ende, dependiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el error puede ser una causal de justificación del sujeto infractor para exonerar de una sanción punitiva.

Observamos que el error en los delitos culposos, no hay antijuridicidad, puesto que en ningún momento el sujeto infractor quiere desplegar una conducta típica, pues, es considerable que él mismo incurra en el error sobre las características objetivas del tipo penal, es decir, en muchas ocasiones el agente activo asume el rol de que no tenía la capacidad, ni mucho menos estaban en la obligación de actuar, sin embargo, como se ha explicado anteriormente, estos delitos tienen su fundamento en el Estado Social de Derecho, donde prima el bienestar social, por eso hoy se habla de la solidaridad defensiva de los ciudadanos, en la cual todas las personas estamos en la condición de actuar aún más cuando existe la posición de garante en algunos casos señalados por la misma ley y la Constitución Nacional.

**2.5.5 Error de tipo sobre el objeto.** Teniendo como base lo anteriormente explicado, resulta lógico pero no innecesario manifestar que el error de tipo sobre el objeto, específicamente se refiere al objeto material del delito, teniendo para ello que identificarlo por medio de los elementos que hacen parte del error de tipo, esto es elementos normativos, y elementos subjetivos.

Aunque parezca simple, o elemental tiene gran relevancia dentro del plano jurídico penal, puesto que bien puede hablarse de error de tipo sobre el objeto, o aunque se den los elementos para su tratamiento, no se hable de ello.

De manera general, el error sobre el objeto, por sí solo no da origen a la eximente de responsabilidad del error de tipo, puesto que la sola comisión de la conducta puede ser suficiente para la punibilidad del comportamiento prohibitivo. Siendo así las cosas A, por rabia realiza daños en bien ajeno del sujeto B, no obstante cuando se da cuenta el bien que ha deteriorado no pertenece a su verdadero enemigo que es C. En efecto hubo un error sobre el objeto, este fue el bien que sufrió un daño, no obstante hay un error porque el mismo no es propiedad de C, el verdadero enemigo de A, sino de B, un tercero que nada tenía que ver en el asunto, pero que por yero del infractor ha sido víctima de una conducta punible.

Aunque se identifica el yerro, el mismo debe ser castigado, puesto que el bien jurídico tutelado, esto es la propiedad, ha sido puesto en peligro, se ha desplegado una conducta que ha lesionado un bien jurídico tutelado por el Estado, perturbando la paz, la convivencia y la seguridad de quien no debía soportarlo. Por consiguiente claramente el error en el objeto no sirve de excusa para librar al agente de la responsabilidad penal.

No obstante si podemos hablar de error de tipo sobre el objeto, cuando el mismo posee ciertas características exigidas por el mismo tipo penal, para considerar como punible un comportamiento determinado. En este caso como en los delitos de porte ilegal de armas, o tráfico de estupefacientes, es muy frecuente que confundiéndose las calidades propias del objeto, pueda ser posible identificar un yerro de tipo en el mismo, logrando la exclusión de responsabilidad a favor del agente activo de la conducta delictiva.

No obstante hay que tener mucho cuidado entre la delicada línea que se estructura entre el error en el objeto, y el error de prohibición, el cual se pasará a explicar detalladamente de manera posterior, pero que se hace indispensable soslayarlo someramente para dar claridad al respecto.

Es distinto cuando el sujeto no conoce la prohibición, que cuando aunque la conozco no sabe que el elemento que lleva está prohibido por la ley. Fíjese que son dos casos totalmente diferentes, en el primero es totalmente válido que el sujeto indique que no tenía conocimiento normativo respecto de la prohibición de portar armas de fuego, lo cual lo excluye de la responsabilidad endilgada. En el segundo el sujeto conoce la prohibición, pero no sabía que el objeto que llevar consigo es un arma de fuego puesto que no domina el concepto, o no relaciona la definición del mismo con el objeto que llevaba consigo, del mismo modo puede eximirse de la responsabilidad planteada.

Aunque en los dos casos el sujeto puede salvarse de responsabilidad penal alguna, si se comprueba que el mismo es vengible en consecuencia con lo planteado en el artículo 32 numerales 10 y 11 ídem, no quiere decir lo anterior que uno u otro puedan alegarse indistintamente, puesto que no es igual desconocer la prohibición, que conocerla, pero desconocer que el objeto hace parte de aquellos contenidos en la norma penal.

Sin más, si alegamos error de prohibición, pero se demuestra que el sujeto conocía la norma penal, más no el sujeto, muy seguramente será responsable penalmente del delito de porte ilegal por armas de fuego. Del mismo modo sucedería si alegamos error de tipo sobre el objeto, y se comprueba en el proceso que realmente opera el error de prohibición, puesto que al ser el presente un sistema de justicia rogada, nulo es el campo de acción para el juez de enderezar los fallos, o corregir el curso del proceso, como si podría suceder en otros sistemas procesales, como el civil.

Por lo anteriormente expresado, es sumamente importante que se identifique exactamente el yerro, para que de manera posterior sea encuadrado tanto dogmático como jurídicamente dentro de la estructura penal colombiana, para tener éxito en el caso que se lleve, evitando que las garantías constitucionales

como lo son la seguridad jurídica, la justicia material e incluso el debido proceso, puedan ser vulnerados por la prevalencia de la formalidad sobre el derecho sustancial, y el acopia fáctico realmente ocurrido.

**2.5.6 Error de tipo sobre el sujeto.** Muy frecuentemente dentro de la dogmática penal es tratado de manera indistinta el error de tipo sobre el sujeto, o sobre el objeto, puesto que el desarrollo dogmático que pueda hacerse sobre el mismo es casi nulo, y su aplicabilidad o tratamiento dentro del proceso penal es casi parecido.

El error de tipo sobre el sujeto recae exclusivamente sobre la víctima, al igual que en el objeto, no puede colegirse por lógica otra acepción diferente. No obstante dentro de la dogmática penal, es claro que el solo error sobre la víctima no da nacimiento por si solo a la excluyente de responsabilidad en mención.

De igual manera que en el error de tipo sobre el objeto, en el yerro de tipo sobre el sujeto, se tiene en cuenta tanto las características, como la identidad del sujeto, no obstante algunos autores relacionan directamente el objeto con el sujeto, acepción que personalmente considero errónea por la diferencia que la doctrina general del derecho hace sobre las cosas, y las personas.

Lastimosamente desde el plano jurídico penal, poca relevancia tiene este error, puesto que a modo de ejemplo, si A mata a B, creyendo que es su enemigo C, injusto sería exonerar a favor de A, la responsabilidad jurídico penal en su contra, puesto que para el Estado el bien jurídico tutelado ha sido afectado, o en este caso destruido, esto es la vida de B. No obstante si cobra vida en el plano dogmático, cuando es el mismo tipo penal el que exige ciertas características indispensables para la configuración del delito. Grosso modo no podemos hablar de feminicidio si se comprueba que quien muere es un homosexual que por su

aspecto parecía una mujer, pero que en su integridad aún conserva su órgano sexual masculino.

No obstante, el error de tipo sobre el sujeto según **RAMÍREZ BUSTOS**, siempre va referido a la protección de las personas en su integridad física, honra, autonomía, libertad y vida.<sup>76</sup>

Por otro lado el Código Penal colombiano, no hace una codificación exclusiva sobre el error de tipo en la persona, puesto que lo subsume en el error de tipo de carácter general. Lo anterior no quiere decir que el tratamiento al error de tipo en el objeto, la persona y el nexa no se dé en Colombia, sino que el mismo es asimilado al error de tipo, dejándoles a los funcionarios judiciales, como a los litigantes la función de desglosarlo, y usarlo separadamente.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, afirma lo siguiente: *“El error de tipo comprende no sólo el que recae sobre la totalidad de la descripción, sino también sobre cualquiera de los elementos que lo componen, como los sujetos, los objetos, la conducta y aún los ingredientes normativos”*<sup>77</sup>.

Sin embargo, su aplicabilidad como causal de ausencia de responsabilidad, es muy limitada, puesto que en efecto el bien jurídico tutelado se ha puesto en peligro, y lo más grave aún puede haber sido eliminado, cuando se pierde una vida, por consiguiente la posible alternativa o solución no tiene cabida dentro del esquema del delito, al existir un menoscabo real e injustificado.

---

<sup>76</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan y MALAREE HORMAZABAL, Hernán. Lecciones de Derecho Penal: Parte General. Madrid: Editorial Trotta. 2006. Págs. 244 y ss. ISBN 9788481648645.

<sup>77</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 30 de septiembre de 1999. Expediente 10993. M.P. Nilson Pinilla

**2.5.7 Error de tipo sobre la causalidad.** En el error de tipo sobre la causalidad, se genera automáticamente una división reconocida ampliamente por la doctrina. En primera medida hablamos de *la aberratio ictus*, y en segunda medida del *dolus generalis*.

En la *aberratio ictus*, el curso causal es producido con base en los medios que han sido utilizados por el agente, obteniéndose un resultado que aunque no es querido, es posible, teniéndose como prueba la ocurrencia misma del acto. Lo que es igual que en el desarrollo de la acción se produzca un resultado antijurídico que no ha sido deseado por el agente activo de la conducta delictiva, siendo punible no por el comportamiento deseado, sino por el concretado.

Como ejemplo de lo anterior, puede suceder en el conocido daño especial que es tratado en el derecho administrativo en donde un funcionario que hace parte de la fuerza pública, en el ejercicio de su función, es decir actuando de manera legítima, ocasiona un daño en contra de un tercero que nada tiene que ver con el suceso, con la consecuente obligación en cabeza del Estado de reparar a las víctimas. Clásicamente sucede cuando Pedro, policía atendiendo a un llamado de emergencia por secuestro se produce en el lugar de los hechos un enfrentamiento con armas de fuego, en el que Clara, vecina de los ciudadanos secuestrados, queda herida por el impacto de bala de Pedro, quien sin intención alguna le disparó puesto que uno de los secuestrados la usó de escudo humano sorpresivamente.

En materia penal la responsabilidad alguna que pueda ser endilgada al policía, no pudiera aplicársele puesto que el agente activo de la conducta ilícita aunque ha producido un resultado antijurídico no ha sido ni querido, ni mucho menos deseado por él, configurándose el error de tipo por nexos causal, conocido como *aberratio ictus*, o lo que es lo mismo por golpe erróneo, generándose una desviación del dolo, puesto que aunque era función del policía proteger a los

secuestrados bien sea hiriendo a los secuestrados, hirió a Clara, quien nada tenía que ver en el asunto<sup>78</sup>.

Revisando la normatividad procesal penal, no existe como se ha venido sosteniendo desde el error de tipo en la persona, normatividad específica que regula lo atinente al error de tipo sobre la causalidad respecto a la aberratio ictus. Lo anterior no quiere decir que la dogmática penal colombiana no lo conciba puesto que autores como **FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ**, acertadamente lo asimilan con el error en el golpe<sup>79</sup>.

Entonces, lo realmente importante es identificar el curso del acto, y el resultado para compararlo con el querer del agente activo, para identificar la existencia o no del yerro cometido. Por lo anterior es muy frecuente confundir el error de tipo en la persona, con la aberratio ictus, caso que pasaremos a dilucidar claramente.

En el error de tipo sobre el sujeto, como anteriormente se ha dejado sentado, el mismo por sí solo no nace como causal de ausencia de responsabilidad, puesto que en la práctica es muy poco probable que aunque se hubiese generado el hecho delictivo, afectado un bien jurídico, y causado un comportamiento ilícito, se exonere al delincuente por el solo hecho de errar en el sujeto a quien si tenía la intención de herir. Caso contrario en la aberratio ictus, la mencionada intención, es decir la dolosidad del agente no existe, puesto que el resultado nada tiene que ver con la representación que en un inicio se planteó. Por ende herir a quien no debía herir, puesto que la víctima apareció de improviso, o se atravesó en el curso del delito, poniéndose su bien jurídico en riesgo.

---

<sup>78</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan y MALAREE HORMAZABAL, Hernán. Óp. Cit., Pág. 251.

<sup>79</sup> VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal: Parte General. Óp. Cit., Pág. 417.

Como quiera, si un agente de policía en un enfrentamiento hiere a C, en vez del delincuente B, puesto que este utilizó a la víctima de manera imprevista como escudo humano, o la trayectoria de la bala a pesar de impactar en la humanidad de B, sigue su trayectoria y termina en C; estamos claramente ante una aberratio ictus. En contraposición si el mismo agente de policía quiere, desea, y pone en marcha una serie de comportamientos para dar muerte a B, pero se equivoca, y hiere a C, tendrá que hablarse de error de tipo sobre el sujeto.

Por otro lado, en la aberratio ictus, se genera del mismo modo una confusión entre esta y el dolus eventualis, o más conocido como dolo eventual; para dar mayor claridad al respecto se pasará a diferenciar una y otra figura.

Recapitulando, para aclarar esta confusión muy común en la dogmática penal, es indispensable concretizar brevemente lo dicho sobre la aberratio ictus, para compararlo con el dolo eventual.

Sin lugar a duda alguna, en la aberratio ictus existe una carencia absoluta del querer por parte del agente del resultado obtenido, puesto que el mismo se presenta por circunstancias ajenas a él, no provocada, ni mucho menos deseadas. Es decir que el agente conforme al comportamiento desarrollado carece de dolo, al compararlo con el resultado obtenido. Caso contrario sucede en el dolo eventual en donde existe en el agente tanto el elemento volitivo, como el componente cognitivo propios del dolo eventual, por consiguiente el agente no solo representa en su mente el delito, sino que también pone en curso una serie de procedimientos para lograrlo, y aunque prevé que puede desbordarse en su actuar afectando otros bienes jurídicos tutelados bien de la misma víctima, o de terceros neutrales; asume el riesgo porque desea obtener el resultado previamente representado.

Podemos sostener del dolo eventual *“La mujer M, esposa de C, le ha engañado otra vez con su mejor amigo A. Por eso C decide que M tiene que morir, Otro día vuelve más temprano de su oficina para encontrar a M en casa y matarla allí. Por coincidencia ella está teniendo otro romance con A en ese momento. Entonces C entra en el dormitorio y los ve juntos. Toma su pistola y apunta en dirección a M, a quien originalmente quiso matar. Simultáneamente advierte que también podría matar a A, pero igualmente acepta esa posibilidad. Como está muy furioso yerra el tiro y mata sólo a M quien muere instantáneamente”*<sup>80</sup>.

Analizando el ejemplo anterior, claramente no existe error en la persona, puesto que el agente asume el riesgo de dar muerte por igual a cualquiera de los dos, y además tanto conoce, como diferencia, a los dos sujetos. Con base en las mismas razones, no puede hablarse de aberratio ictus, puesto que no existe el querer del agente en causar daño de esa manera, es decir el modo no es el esperado, y por relación lógica el resultado tampoco. En este caso hablamos de dolo eventual, o dolo en segundo grado, aspecto punible por la ley penal.

Nótese bien, como la falta de análisis dogmático sobre cada una de estas figuras, que aún no tiene posturas clara, y definidas puede traer una consecuencia nefasta para quien de manera errónea no tiene claramente la fundamentación dogmática de cada una de ellas, como sus diferencias. Es decir, mal podría un defensor, o un juez administrar justicia, o alegar una causal de ausencia de responsabilidad, si la decretada, o la solicitada según sea el caso, han sido de manera errónea. No puede entonces sostenerse un fallo de esa manera, ni mucho menos una defensa con dichas falencias, como resultado solo hay uno, la afectación ineludible de las garantías constitucionales del acusado.

---

<sup>80</sup> BOTT, Ingo y PARRA, Adela. Óp. Cit., Pág. 420

Contra poniendo lo anterior, encontramos el error de tipo sobre la causalidad por *dolus generalis*, dejando sentado inmediatamente su diferencia con el error de tipo sobre el sujeto; en el *dolus generalis*, el autor no se equivoca ni sobre el sujeto, ni mucho menos sobre el objeto (error de tipo sobre el objeto), sino que al contrario el yerro al igual que en la *aberratio ictus*, se genera en el nexo causal. Por generalidad este error se ejecuta en dos actos, de lo contrario no tendría sentido hablar de él.

En el primer acto se ejecuta el delito, no obstante en el segundo acto realizado casi siempre para esconder el primero, es donde efectivamente se obtiene el resultado esperado en el primer acto. Es decir, por inoperancia misma del agente no se obtiene el resultado representado, aunque él lo desconoce, y pone en marcha un segundo acto para tapar el primero, en donde efectivamente sin tener conocimiento del mismo obtiene el resultado esperado.

Tenemos que para dar mayor claridad, Pedro dispara a Juan y cree haberlo asesinado, sin embargo Juan está inconsciente pero vivo, Pedro no obstante desconoce esta situación, y lo sepulta. Juan muere por asfixia, pero Pedro creyó haberlo matado con un arma de fuego.

Claramente, no podría ser responsable Pedro del segundo acto delictivo, puesto que lo ejecutó sin representación alguno conforme al resultado realmente sucedido. Es decir Pedro no sepultó a Juan para ocasionarle la muerte por asfixia, sino simplemente para esconder su cuerpo.

Autores como **JOHANNES WESSELS**, sostiene que no puede imputársele como dolo ambos comportamientos, puesto que solo se toma en cuenta el primer hecho delictivo, sin entrar a considerar tanto el elemento cognoscitivo, como el elemento volitivo coetáneo del segundo suceso<sup>81</sup>.

Por otro lado conforme al ejemplo tomado, debería castigarse en primer acto como tentativa, y el segundo como un homicidio culposo<sup>82</sup>. No obstante es claro que de todos modos existe un error, debido a que en el segundo momento, el resultado obtenido no era para nada el representado por el actor. Lo mejor es hacer un análisis casuístico, con el objetivo de determinar la primera postura, o en su defecto la segunda. Si el sujeto puede prever el resultado, es claro que todo su comportamiento fue doloso, sin embargo si no lo pudo prever, por consiguiente una parte del mismo adolece de dolo.

Por consiguiente, con base en el ejemplo utilizado, sería responsable Pedro de homicidio doloso, si pudiera prever que en el área donde le disparó a Juan, pudiese por alguna circunstancia, no matarlo pero si herirlo, a tal punto que si recibiera atención médica, y no hubiese sido sepultado, pudiese haber seguido con vida, mas no morir como en efecto sucedió. En este caso hay dolo general.

Grosso modo, podemos afirmar que en el error de tipo sobre la causalidad por *dolus generalis*, el autor de la conducta delictiva no yerra sobre el objeto de la acción ilícita, sino sobre el desarrollo de la misma. En otras palabras, el hecho ilícito se consuma en dos momentos distintos y su autor cree que en el primer momento se ha consumado el acto, también es en el segundo acto originado por el autor, en donde realmente se produce el resultado. De esta forma, el delito se

---

<sup>81</sup> WESSELS, Johannes. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Editorial De Palma. 1980. Pág. 76

<sup>82</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Óp. Cit., Pág. 282

perfecciona de manera distinta a como lo ha planeado el autor, sin embargo él es el responsable del acto final de consumación de la actuación ilícita<sup>83</sup>.

De esta forma existe en la acción un dolo de carácter general puesto que está presente en todo el desarrollo de la acción criminal y no en determinada acción del sujeto, de esta manera el dolo se estructura en el comportamiento delictivo, además no se divide en ningún acto, bien sea originario o consumidor desarrollado por el sujeto para obtener el resultado deseado de la ilicitud cometida. Entonces, Carlos dispara a José con el único objetivo de ocasionarle la muerte, asimismo por cuestiones del destino, José recibe 5 impactos de bala pero no muere, sino que queda gravemente herido. No obstante Carlos creyendo haberle dado muerte a José, lo entierra vivo en una fosa común y este muere asfixiado. De esta manera ambos sucesos están unidos y el dolo del comportamiento se ha mantenido pues el resultado esperado era darle muerte a José dándose origen a un hecho doloso consumado.

A modo de conclusión, el error de tipo se enfoca a demostrar una falla en la relación cognoscitiva entre el sujeto y los elementos del tipo penal. Para la escuela finalista será entonces el error de tipo una causal que al crear una ausencia de tipicidad dolosa, vuelve atípico el comportamiento delictivo del sujeto, pues este desconocía los elementos del tipo penal. También se puede explicar que en nuestro ordenamiento jurídico, si es vencible el error este se juzgará como culpable, siempre y cuando el tipo penal admita la modalidad culposa.

La esencia propia de este error, radica para el agente activo quien espera ser sancionado según el ejemplo, por el hecho de haberle disparado a Juan, mas no agravar su conducta por haberlo enterrado vivo. Así, la agravación de la pena no tendría origen puesto que para el agente activo de la conducta delictiva supone

---

<sup>83</sup> BRAMONT-ARIAS, TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal, Parte General. Lima: Editorial San Marcos Págs. 218 – 219. ISBN: 9786123029821

judicialización por dar muerte a B, más no por toda una serie de actos delictivos que fueron llevados a cabo en momentos y estadios diferentes pero relacionados entre sí para lograr el resultado obtenido.

Como corolario de todo lo anteriormente expuesto, es clara la relación estrecha existente entre el error de tipo, y la teoría del dolo, debido al aspecto volitivo, como cognoscitivo del mismo. En el primero identificamos la capacidad del sujeto para tomar la decisión, como su determinación para ejecutar el acto delictivo, en el segundo se fundamenta en la representación que del mismo se hace el sujeto, la cual se convierte en la guía necesaria para guiar el comportamiento teniendo como base tanto el contenido del tipo a infringir, como las consecuencias.

Por lo anterior es lógico que el dolo sea la manifestación irrestricta de la voluntad del agente, puesto que aunque conozca la consecuencia, esté dispuesta a infringir la norma penal, para obtener el resultado. Por lo mismo, el error de tipo pasa a ser la inexistencia cognoscitiva (ignorancia) entre el sujeto y el objeto, es decir entre el infractor y los elementos que integran el delito.

Haciendo un análisis hermenéutico de carácter sistemático, podemos encontrar que en el Código Penal en su artículo 32, numeral 10, está el error de tipo de manera general. Del mismo modo, indica que si en la ejecución del tipo penal, se identifica error de tipo y este es vencible, elimina el dolo pero quedará subsistiendo la culpabilidad, siempre y cuando el tipo penal así lo admita. Caso contrario sucederá cuando sea invencible, puesto que elimina el dolo, y por consiguiente la tipicidad.

Al respecto sobre el error vencible e invencible, podemos anticipar lo siguiente: *“Quien obre con la convicción errada e invencible de que no ocurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley*

*lo hubiere previsto como culposo. Sea lo primero tener en cuenta que no es lo mismo error que ignorancia. Pues el primero implica un concepto equivocado o falso sobre algo; en tanto que la segunda consiste esencialmente en falta de conocimiento sobre el hecho que se trata.*<sup>84</sup>

A modo de conclusión, es claro que el error de tipo, desde la óptica en que se interprete, tiene varias consecuencias, puesto que recae no solo sobre la percepción sobre los hechos, sino también sobre la valoración de los mismos, los elementos normativos subjetivos u objetivos, el sujeto, el objeto o el nexo causal. Asimismo si es vencible aunque elimine el dolo subsiste la culpa, si el tipo penal lo permite, puesto que si no lo permite por consiguiente no subsistirá reproche alguno en contra del sujeto activo de la conducta delictiva; por otro lado si es invencible elimina el dolo y como consecuencia la tipicidad.

**2.5.8 Error de prohibición.** Dentro de la dogmática penal, la estructura del delito es afectada por la existencia de los errores. Los mismos, se estructuran como percepciones erróneas que el sujeto, tiene frente al objeto de conocimiento; en este caso el objeto de conocimiento, será la norma jurídica.

Por consiguiente, en donde recaiga la percepción errónea dentro del objeto, recaerá el error que pretendamos identificar para posteriormente hacerlo valer dentro de un eventual proceso penal. De este modo, a diferencia del error de tipo, en el error de prohibición se caracteriza por ser una ausencia, percepción errónea, inexistente, o inexacta de la antijuridicidad que hace parte de la conducta punible. Es decir, el sujeto desconoce la ilicitud que conlleva a realizar el comportamiento, ubicándonos así en sede de culpabilidad,<sup>85</sup> debido a que es considerada la conciencia de la ilicitud como parte de la misma, al mismo modo que lo son la

---

<sup>84</sup> ECHEVERRY ENCISO, Yesid. Óp. Cit., Pág. 232

<sup>85</sup> PABÓN PARRA, Pedro. Manual de Derecho Penal: Parte General y Especial. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley. 2013. Pág. 55. ISBN: 9789586765817

imputabilidad, y la exigencia de un comportamiento diligente y cuidadoso conforme a la normatividad penal<sup>86</sup>.

Lo anterior puesto que en el momento de la configuración del tipo penal, se tiene un doble propósito. En primera medida describir un comportamiento típico dentro del esquema penal, para de manera posterior juzgar a quien lo cometa. Pero del mismo modo lanzar una advertencia prohibitiva conforme a la cual ningún ciudadano ejecute la conducta descrita; es decir moldear el comportamiento del mismo para que evite ser sancionado por desviar su actuar de lo delineado indirectamente por la norma penal.

Por ende la categoría del delito contiene una serie de elementos, los cuales sino se cumplen o no nacen al momento de los hechos, no puede hablarse de conducta delictiva como tal; no es suficiente para catalogar un comportamiento como delictivo la sola tipificación y antijuridicidad del mismo. Es intrínsecamente necesario que quien comete la conducta descrita como delito, este conozca o en su defecto hubiese podido tener la oportunidad o posibilidad de conocer la ilicitud del comportamiento; es decir la gravedad del mismo, y la posible sanción a la que es acreedor por realizarlo, teniendo la oportunidad de comportarse correctamente.

Resulta colatorio que desde 1981, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, con el cambio de esquema del delito dentro de la estructura dogmático penal colombiana, viene afirmando respecto a la culpabilidad, lo siguiente:

*“La culpabilidad en el código penal de 1936, se apoyaba en factores principalmente objetivos del comportamiento humano, de modo que se consideraba que era penalmente responsable todo aquel que cometiera una infracción prevista en él, por el solo hecho de cometerla, salvo los casos*

---

<sup>86</sup> COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de junio del 2011. M. P. María del Rosario González de Lemos, radicado N° 28143.

*expresamente exceptuados en el mismo código, en tanto que en las normas penales actualmente vigentes, se prohíbe, de modo expreso, toda forma de responsabilidad objetiva, exigiéndose, por el contrario, que para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad”<sup>87</sup>.*

Con fundamento en lo anterior el conocido error de prohibición, es la falta de conocimiento entre el sujeto y el objeto, entiéndase por esta última la norma penal, respecto al sentido injusto del mismo tipo<sup>88</sup>. Es decir es un error que le impide al sujeto tener conciencia de la ilicitud, o prohibición del comportamiento que desarrolla, a pesar de estar descrito en la normatividad jurídico penal colombiana<sup>89</sup>.

Recapitulando lo anteriormente expresado, podemos indicar con total claridad, que la antijuridicidad, es un elemento de la culpabilidad, según el cual se puede decir que una persona puede ser considerada culpable, si además de otros elementos que hacen parte de la estructura del delito, es consciente y comprende la ilicitud de su comportamiento, teniendo en cuenta que el mismo se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico. De esta manera se espera que conozca la gravedad del acto desarrollado, los bienes jurídicos afectados o en su defecto puesto en riesgo, por último el resultado, como las consecuencias que se desarrollan. Podemos sostener que hay situaciones que llevan a imposibilitar en el sujeto la conciencia de la antijuridicidad.

Por lo anterior, es imposible reprocharle al sujeto penalmente el comportamiento desarrollado, cuando este adolece de conciencia en la antijuridicidad, entre ellos algunos factores pueden ser: *“a) por trastornos de la comprensión (de origen*

---

<sup>87</sup> COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de junio de 1981. M.P. Dante Fiorillo Porras.

<sup>88</sup> COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de noviembre de 2010. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, radicado N° 34919.

<sup>89</sup> COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de diciembre de 2004. M.P. Marina Pulido de Barón, radicado N° 22026.

*psicológico o psiquiátrico); b) por ignorancia (cultural) como cuando un campesino ignora que portar armas de fuego sin permiso de la autoridad militar está tipificada en la ley penal colombiana; c) por una comprensión errónea acerca de la prohibición legal (vigencia de la norma, su alcance jurídico y fáctico y hasta la existencia misma del tipo legal); d) En la creencia errada de haber actuado dentro de una causal extintiva de la responsabilidad, sea de justificación o de inculpabilidad<sup>90</sup>.*

En este sentido, a excepción del primer numeral el cual es una causal de inimputabilidad, los anteriores, son los denominados errores que recaen sobre la antijuridicidad que por consiguiente son los errores de prohibición. El error de prohibición, es una figura jurídica que elimina la responsabilidad penal del agente activo de la conducta delictiva, Por decir se debe determinar en qué corriente se ubica pues entre cada vertiente hay un cambio sobre el objeto en que recae el error de prohibición, puesto que *“el finalismo, ubica al conocimiento de los hechos en el tipo subjetivo (dolo avalorado), y el conocimiento o conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad, trajo como consecuencia la necesidad de diferenciar con precisión el conocimiento exigible como condición de la tipicidad, y el requerido para que la conducta sea culpable. Tal diferencia no es solo sistemática (...) cada sistema lleva lógicamente diversas consecuencias<sup>91</sup>”*.

Grosso modo, el error de prohibición del comportamiento delictivo, se origina cuando es imposible que el agente conozca la tipicidad penal, de tal manera que no puede ser exigible al delincuente un reproche penal en su contra por cuanto no contó con las herramientas, medios, como circunstancias necesarias para conocer la prohibición. De tal suerte, que en vez de ser un victimario, su comportamiento se ajusta a los cánones sociales que ha podido conocer, como comprender. De tal modo, que no nace en él, la antijuridicidad del comportamiento desarrollado. Así

---

<sup>90</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 222

<sup>91</sup> BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Artículo en lecciones de derecho penal. Bogotá: U. del Externado, 2003. Pág. 123

las cosas, es imposible juzgar al sujeto que cree que lo que hace es completamente correcto.

De esta manera, es exculpado por no conocer la norma, puesto que debió haber sido un deber tanto del ordenamiento jurídico, como del andamiaje institucional, ofrecer todas las herramientas necesarias para la realización, promulgación como también divulgación efectiva de las leyes, aspecto que no sucede en el ordenamiento civil.

Sin hacer reparos, respecto al desconocimiento de tipos normativos, se tiene claro que este recae más sobre tipos técnicos, pocos conocidos o no comunes, más no sobre tipos que pueden poner en riesgo el origen como continuidad de la especie de la raza humana, como por ejemplo el homicidio, el genocidio, etc., puesto que estos son una extensión del derecho natural.

Claramente es naturalmente errado concluir que un sujeto desconoce que el homicidio no es un delito, puesto que con base en las teorías propias del derecho natural, cada quien nace con unos mínimos éticos, objetivos, subjetivos y normativos indispensables, que por origen de la misma humanidad, son inescindibles al ser humano. No obstante así como tiene esa serie de deberes naturales, del mismo modo posee una serie de derechos que lo acompañan en todo momento, como la vida, movilidad, libertad, etc., necesarios para su desarrollo personal, y adaptación en la sociedad.

Del mismo modo, si el sujeto en su aspecto cognoscitivo no se representa la ilicitud, consecuencias o efectos de su comportamiento, o cree actuar amparado por la ley, estamos frente al denominado error de prohibición. Por ende para la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, es claro que el error de prohibición no se fundamenta en yerro de manera general, según el camino de la

ilicitud de su comportamiento que desconozca, así mismo pertenecerá a una especie determinada dentro del error de prohibición.

Por consiguiente, mientras el error de tipo recae sobre los elementos de tipo normativo, subjetivo o nexo causal del tipo penal, en el error de prohibición el yerro recae sobre el desconocimiento o incomprensión bien sea total o parcial que pueda tener el sujeto sobre la ilicitud que acompaña al hecho punible<sup>92</sup>.

Dentro de las formas o especies del error de prohibición, la doctrina ha sido ampliamente difusa, algunos consideran que el error de prohibición se clasifican en cinco formas diversas, conocidas como: *“error respecto de la existencia de la norma prohibitiva, cuando el autor supone que su conducta es ajustada a derecho y, por tanto, no vulnera norma penal alguna. En segundo lugar, habla del error respecto al alcance de una causal de justificación que puede recaer sobre el cumplimiento de un deber jurídico, el consentimiento y la asunción de riesgos no prohibido. En tercer lugar se refiere al error que radica en la propia comprensión de la causal. En cuarto lugar aparece el error sobre la existencia de una causal inexistente de justificación. Y por último, se menciona el error sobre los supuestos fácticos contemplados en la causal justificante”*<sup>93</sup>.

No obstante, con el objetivo de profundizar en la doctrina, como también de puntualizar de manera más detallada los conceptos, nos permitimos clasificar como mayoritariamente se hace, al error de prohibición en directo e indirecto. A fin de incluir dentro de la misma clasificación acabada de mencionar, las sub clasificaciones del mismo yerro, sobre aspectos puntuales de la antijuridicidad o comprensión de la ilicitud del sujeto al momento de desarrollar la acción.

---

<sup>92</sup> GACETA JUDICIAL Tomo 177. Vol. 2416. Sentencia 24 enero de 1984 (Acta 4). M.P. Alfonso Reyes Echandía. Pág. 26

<sup>93</sup> ECHEVERRY ENCISO, Yesid. Óp. Cit., Pág. 234

### **2.5.9 El error de prohibición referenciado con la conciencia antijuridicidad.**

Como quiera, el error de prohibición sobre lo antijurídico de la propia conducta, es decir, sobre la lesividad injusta ocasionada al bien jurídicamente protegido, esta causal de ausencia de responsabilidad penal se configura cuando el sujeto cree que el hecho dañino realizado no está prohibido (error directo), o cuando sabe que sí lo está pero cree que en el caso concreto lo ampara una causal de justificación (error indirecto).

Así mismo, el error de prohibición directo es el referido a la ignorancia de la ley por parte del sujeto, una ignorancia que para la doctrina penal la concibe dentro del error, pues es equivalente ignorar algo a concebirlo equivocadamente, sin embargo, en el precepto normativo (art.10 el C.P./80), se declara que su ignorancia no sirve de excusa, esto es una situación que solo se explica por conveniencia política, precaviendo el peligro de que los destinatarios de las normas penales se escuden en su desconocimiento y se imponga la impunidad.

De igual manera, la presunción de conocimiento de la ley por parte de todos los destinatarios obedece al carácter general de la norma, a fin de imponer su obligatoriedad a los asociados, pero esta presunción sólo puede ser legal o “*juris tantum*”, y por consiguiente admite pruebas en contrario. También podemos decir que la presunción de conocimiento se torna insostenible, como sucede en los extranjeros que están en la imposibilidad de conocer las leyes de los países que visitan, con esto se ha puntualizado qué conocimiento de la ley no puede descansar en una presunción de la ley, no puede descansar en una presunción de derecho (*juris et de jure*), por lo tanto, la prédica según la cual “la ignorancia de la ley penal ni sirve de excusa”, es una postulación netamente política susceptible de ser removida por el criterio contrario (“la ignorancia de la ley penal si sirve de excusa”), en un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> SALAZAR MARÍN, Mario, Injusto Penal y Error, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia 2001. Pág. 180.

### **2.5.9.1 Para la doctrina suele distinguir tres casos sobre el error de prohibición directo**

- 1).- Cuando el agente desconoce la norma, es decir, la ignora.
- 2).- Cuando el sujeto conoce la norma, pero considera que no está vigente.
- 3).- Cuando el agente, por interponer mal la norma, estima no es aplicable.

Por otra parte, error de prohibición indirecto es aquel que el sujeto conoce el contenido de la norma. Comprende en general la prohibición o el mandato, pero cree en el caso concreto, por error, que la conducta suya está justificada o es inculpable. Entonces diremos que el error sobre la existencia jurídica de justificantes no reconocidas, en este caso supone la existencia de una causal de justificante, el agente sabe su comportamiento está prohibido en general, comprende la función valorativa de la norma, pero cree que en el caso concreto está permitida o legitimada, de igual manera todos piensan que esta clase de error recae sobre la existencia jurídica de una causal de justificación no acogida o no regulada por el ordenamiento jurídico, pero el sujeto la considera jurídicamente prevista.<sup>95</sup>.

Ahora bien, el error sobre los límites de las justificantes reconocidas, aquí el agente conoce el error sobre uno de los límites, requisitos o extremos de una causal de justificación establecida en la ley, el sujeto se equivoca sobre los límites de la necesidad, en que generalmente se fundamenta las justificantes. De la misma forma, *Wessel*, sostiene cuando el autor juzga de manera equivocada en forma o intensidad de la agresión real o presunta y en consecuencia se defiende más intensamente de lo “necesario”, o sobre la base de circunstancias concretas

---

<sup>95</sup> Óp. Cit. 185.

El error sobre los presupuestos fácticos de las justificantes reconocidas, esta hace alusión a los presupuestos de hecho putativos o suposición errónea de circunstancias objetivas, que debe haber concurrido de veras justificarían la conducta. Entonces la solución dogmática es compleja porque se mezclan características del error de tipo y del error de prohibición. Por un lado, el sujeto se equivoca sobre una situación real o fáctica y podría tratarse como “error de hecho”, y su conducto como “error de tipo”. Y por otro, porque su equivocación no versa sobre la realización del tipo penal, pues sabe lo que está realizando pero cree que su hecho está justificado, o sea permitido en la situación concreta, y por consiguiente, “error de prohibición”.

Por otra parte, haciendo alusión a la significación de una manera literal la expresión *potencial* se refiere a algo que tiene o encierra potencia, o es pertinente a ella; la potencia, a su vez, es un modo de ser contrapuesto a acto, que confiere el objeto la posibilidad de pasar de un estado a otro distinto, y que constituye el principio del movimiento. Así mismo, para ARISTÓTELES, sostenía que la potencia se trata siempre de un paso de la potencia al acto, de la posibilidad a la realidad, de la realización, por tanto de algo posible. A su turno, *actualizar* significa poner al día, hacer algo actual una cosa, una esencia; por actual él debe entender que es algo que es efectivo, real, seguro y auténtico<sup>96</sup>.

Por otra parte, para GÓMEZ PAVAJEAU, quien sostiene a través de un estudio filosófico que el “ser humano es un ser personal capaz de entender su destino y el camino que conduce a él... el hombre es un microcosmo en el que está reunido lo intelectual, es decir, lo físico, con un cuerpo. El hombre es radicalmente racional. Por lo tanto, tal virtud lo pone por encima de las demás especies y comporta, necesariamente y sin que el ordenamiento jurídico así lo establezca de manera explícita, su consideración y respeto como un ser digno. Entonces, se puntualiza

---

<sup>96</sup> TORRES VÁSQUEZ, Filemón, el Error en el Derecho Penal Colombiano, Prólogo J. Guillermo Eduardo Ferro Torres, Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial IBÁÑEZ. Pág. 214.

que la responsabilidad penal y cualquier otra que sustente en un reproche ético – jurídico debe, necesariamente, considerar al hombre como un ser dotado de dignidad y por lo tanto sujeto a valores. Igualmente, la dimensión espiritual del hombre tiene que ser tenida en cuenta a la hora de la asignación de la responsabilidad, para lo cual es evidente sopesar en tal juicio la incidencia del conocimiento, voluntad y valoración, toda vez que, de lo contrario sería degradado a la condición de mero objeto de la acción estatal y por lo tanto se desconocería su dignidad<sup>97</sup>.

Aunado a lo anterior, podemos considerar que todos los seres humanos estamos dotados de racionalidad, queriéndose puntualizar que ese ser racional que está dotado el hombre, le permite distinguir sus actos si son buenos y lo malos, además, ese ser espiritual, lleva al hombre a tener unos valores que le permiten ser digno y diferenciarse de los demás.

**2.5.9.2 Conciencia de antijuridicidad%** Así mismo, cuando hablamos de conciencia de antijuridicidad, hacemos alusión de que el hombre es capaz de comprender cuando despliega una conducta y determinar si es justa, incluso benéfica tanto para él como para las demás personas, inclusive, si dicha conducta aparte de su criterio personal de estar bien, esta se adecúa a normas del ordenamiento jurídico, es decir, sí le está permitido para realizarla y sí hay un respaldo por parte de preceptos normativos consagrados en el plexo jurídico que contempla ese tipo de comportamiento.

Grosso modo, la antijuridicidad no es más que la lesión al bien jurídico tutelado por la ley penal, sin justa causa. Así pues, cuando de conciencia de antijuridicidad, hacemos énfasis, en la psiquis de las personas, en el sentido que la persona es consciente que tal conducta es dañosa pero está amparada por un precepto legal,

---

<sup>97</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Profesor de Derecho Penal Universidad Externado de Colombia, Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal , Primera Parte, Tercera Edición, Giro Editores Ltda. 2005. Pág. 123.

incurriendo en error de prohibición o de tipo. Entonces, este elemento que configura la estructura de la conducta punible, en muchas ocasiones a pesar de que sujeto agente actuó de manera equivocada, produciendo un resultado dañoso inclusive reprochable por legislador y la sociedad, por ende, su conducta puede estar amparada en una causal de exoneración penal.

La conciencia de antijuridicidad en el ámbito de la culpabilidad, plantea una solución más justa en el sentido material, es decir, que el agente debe saber que con su conducta viola o pone en peligro un bien jurídico ajeno tutelado por la ley, para realizar el reproche no bastara conciencia de antijuridicidad formal pues será imprescindible valorar si la persona tenía razonablemente la oportunidad de conocer la antijuridicidad material de su conducta; cuando hablamos de oportunidad, le compete al administrador de justicia entrar a valorar las precisas circunstancias de entorno en que se encuentra el agente y la misma personalidad de éste.<sup>98</sup>

Tenemos que la conciencia de antijuridicidad se concibe cuando el sujeto en el momento de actuar, conoce lo que hace en contra del derecho. Así, podemos decir que es paradójico hoy hablar de una conciencia de antijuridicidad culposa cuando el sujeto tiene el pleno conocimiento que su conducta está por fuera de la órbita jurídica, es decir, no está obrando conforme a derecho. Sin embargo, ese comportamiento que no tiene respaldo jurídico, por ende, a pesar que tiene conocimiento que su actuar produce un resultado dañoso, el juicio de reproche se hace bajo la culpabilidad penal.

---

<sup>98</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo, Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal, Tratados y manuales de Derecho Penal, Grupo editorial Ibáñez. Pág. 230.

**2.5.9.3 Antijuridicidad global o penal:** Ahora, cuando hablamos de que el hombre en su vida cotidiana, realiza muchas conductas, algunas son buenas y otras no lo son, entonces entraremos a determinar que si bien es cierto aquellas conductas reprochables en ciertos eventos salen de la esfera penal, y por lo tanto, hoy tenemos que hablar de una antijuridicidad global que arropa todo lo penal y lo que no está dentro de la esfera punitiva, por ende, es término global antijurídico, acoge todas las conductas, puesto que no todo comportamiento reprochable, es ameritado de una pena, contrario sensu, si hoy habláramos de una antijuridicidad penal, podríamos decir que esas conductas permisivas y que son el aspecto negativo del injusto penal, serian acreedoras de una pena y por lo tanto, no tendría sentido de hablar de las causales de ausencia de responsabilidad penal.

Entrando a la esfera si el conocimiento es potencia o actual, diríamos que el primero, es solo una expectativa de conocimiento, que tiene la posibilidad de ser algo verdadero, para Francisco Muñoz y Mercedes García, alegan que si bien es cierto que el conocimiento no debe estar referido en forma exacta al precepto penal infringido en forma exacta al precepto penal infringido, pues existe la necesidad que el actor tenga los motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido, ente otras razones, porque es contrario a las normas que gobiernan la coexistencia de la sociedad concreta de que se trate<sup>99</sup>.

Descendiendo más al tema específico para determinar si los operadores jurídicos qué corriente aplican, de acuerdo a la tesis planteada por el doctrinante Torres Vásquez, sosteniendo su planteamiento, cuando manifiesta que vivimos en un mundo globalizado, por la cual los sistemas de información en cada día son más sofisticados, de tal manera que se puede afirmar que es prácticamente imposible que pueda existir algo, que el ciudadano no tenga la ocasión u oportunidad de

---

<sup>99</sup> TORRES VÁSQUEZ, Filemón, el Error en el Derecho Penal Colombiano, Prólogo J. Guillermo Eduardo Ferro Torres, Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial IBÁÑEZ. Pág. 216.

conocer. Por ende, la potencia en la práctica de la sociedad moderna, todo es potencialmente cognoscible; todo es posible de actualizar, de suerte que cuando la norma se refiere a la oportunidad en términos razonables, de actualizar el conocimiento de la licitud de su conducta, se puede concretizar de una reflexiva, que el conocimiento objeto de estudio es el conocimiento potencial<sup>100</sup>.

Con base a la teoría expuesta por el tratadista Torres Vásquez, hoy podemos decir que se trata de un conocimiento potencial, puesto que con el avance de la tecnología y los medios masivos de comunicación y publicidad de muchas cosas y los sistemas que se utilizan para difundirlas, muchas personas de diferentes clases sociales inclusive aun analfabetas, eventualmente tiene un conocimiento potencial, es decir, conocen que si tal conducta es dañosa, incluso reprochable, puede o no estar amparada bajo una causal de ausencia de responsabilidad penal, sin embargo, todos estos sujetos tienen la oportunidad de actualizar su conocimiento con el objetivo de indagar sobre la licitud de su conducta, es decir, no solamente debe confiarse de que su conducta adecuada a un precepto penal quebrantado, es necesario que indague más si su conducta está jurídicamente prohibida, por supuestos normativos que regulan a una sociedad completa.

Hoy podemos decir, que no todas las conductas, así sean estas contrarias a derecho, están dentro del campo de lo penal, puesto que dichos comportamientos pueden estar amparado en una norma extrapenal, lo cual indica que en el caso concreto se tendrá que hacer un juicio global tratando de determinar si existe una causal y/o precepto normativo que ampare dicha conducta.

Por ende, se pudo determinar que se trata de una antijuridicidad global, que por supuestos arroja lo penal, pues se trata del conocimiento del injusto, esto es, de lo típico representado por la antinormatividad penal o desvalor de acción y lo antijurídico que hace referencia a un juicio global frente al ordenamiento jurídico.

---

<sup>100</sup> Óp. Cit. Pág. 216.

**2.5.9.4 Error de prohibición directo:** El error de prohibición directo<sup>101</sup>, o también conocido como error de prohibición de carácter abstracto<sup>102</sup>, se estructura en el conocimiento de la norma que tipifica la conducta delictiva; es decir sucede cuando el agente activo de la misma, por cuestiones sociales, personales, físicas, o cognoscitivas, bien ignora la existencia de la misma, o aunque no la ignore no tiene concepción exacta sobre su vigencia, ámbito de aplicación o básicamente errónea interpretación.

En otras palabras, el error de prohibición se origina cuando el sujeto activo de la conducta delictiva, confía ciegamente o cree sin lugar a duda alguna que su comportamiento es lícito y por tanto no trasgrede la órbita del derecho penal; es más, considera que su actuar es justo y no hay arribo de sospecha alguno en el que deba ser penalizada su acción. Por ello el turista que se domicilia en Colombia, y desconoce que casarse con varias mujeres es una prohibición normativa (bigamia), puesto que en su país es permitido hacerlo. De esta manera, el sujeto cree sin un abismo mínimo de duda que su comportamiento fue correcto, idóneo y ajustado a las leyes, o lo que es lo mismo cuando el agente activo de la conducta delictiva cree convencidamente que su conducta no es prohibida por el ordenamiento jurídico y por eso la realiza con la convicción plena e irrestricta de su legalidad.

No obstante dentro del error de prohibición directo podemos encontrar las siguientes sub clasificaciones, como lo son: El error de prohibición sobre la existencia de la norma, error de prohibición directo sobre la vigencia o validez de la norma, y error de prohibición directo sobre la interpretación de la norma.

---

<sup>101</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Óp. Cit., Pág. 490

<sup>102</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal: Parte General. Barcelona: Ariel Editores, 1962. Pág. 152. ISBN 950574-049-2.

En el error de prohibición directo sobre la existencia de la norma<sup>103</sup>, sucede cuando el sujeto no tiene conciencia alguna de que el comportamiento por él desarrollado está prohibido por la normatividad penal; este error de subsume o se sumerge dentro del mismo error de prohibición directo clásico<sup>104</sup>; sin embargo algún sector de la doctrina<sup>105</sup> insiste en separarlo dándole categoría propia, con el objeto de con fundir los conceptos dogmáticos, en el entendido que el error de prohibición directo es género, y el error de prohibición directo sobre la existencia de la norma, es considerado la especie.

Ejemplo de lo anterior, “(...) *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-*”<sup>106</sup>

En segunda medida tenemos el error de prohibición directo respecto de la validez, o en su defecto vigencia de la norma penal. En esta especie del error directo, el sujeto a diferencia del caso anterior, sí conoce la norma penal sin embargo considera que bien puede no aplicarse dentro de un determinado espacio, o caso; o por otro lado que la misma no ha entrado en vigencia o en su defecto la misma ha perdido vigencia dentro del esquema jurídico penal colombiano.

Como corolario de lo anterior, con claridad podemos expresar, que el error de prohibición en mención sucede cuando el sujeto que infringe la normatividad penal, lo hace con el pleno convencimiento de que la norma ha sido derogada del ordenamiento jurídico y que lo que anteriormente estaba prohibido ahora está permitido quitándole lugar a reproche penal alguno por parte del Estado. Tenemos

---

<sup>103</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Bogotá: Editorial Civitas. 1997. Pág. 937. ISBN 9788447009602

<sup>104</sup> VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal: Parte General. Óp. Cit., Pág. 835.

<sup>105</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Óp. Cit., Pág. 734

<sup>106</sup> BOTERO BERNAL, José Fernando. ¿Algo más que decir sobre el error de prohibición en la normativa penal colombiana? En: Universidad de Fribourg: Facultad de Derecho (2013). Disponible en <<http://goo.gl/BzcjwV>> [citado 28 de mayo del 2015]

que en la legislación colombiana en la época del expresidente Álvaro Uribe Vélez, se volvió a penalizar la dosis mínima y de manera posterior esta fue derogada nuevamente permitiendo su uso. En ese momento muchas personas fueron judicializadas creyendo que la norma estaba en desuso cuando en realidad estaba vigente por el ordenamiento jurídico.

Nótese puntualmente la diferencia entre uno y otro puesto que en el primer error de prohibición clásico, o más conocido error de prohibición sobre la existencia de la norma, el sujeto ejecuta el comportamiento con la convicción errada e invencible, que el mismo no es tipificado como delito en la normatividad jurídico penal. Sin embargo, como se ha dejado sentado es mucho más válido alegar este error respecto a delitos técnicos o poco conocidos, como el pánico económico, que sobre aquellos que por derecho natural son de conocimiento general como el homicidio.

En contraposición, en el error de prohibición directo sobre la vigencia o validez de la norma, el sujeto efectivamente conoce que la norma existe, puesto que piensa que la misma no está vigente, se encuentra en desuso, o por el contrario ya no hace parte del ordenamiento jurídico.

Por último encontramos el error de prohibición directo por errónea interpretación de la norma<sup>107</sup>, en este a diferencia de los anteriormente explicados, el autor no solo conoce la norma, también sabe que está vigente, pero interpreta erróneamente la aplicación de la misma, es decir considera por ejemplo que es sancionado el acto sexual con menor de 16 años, cuando en realidad es con menor de 14 años, o igualmente es el tipo ejemplo del novio que tiene relaciones sexuales con su pareja menor de 14 años y considera que no puede ser objeto de reproche penal por parte del aparato jurídico penal del Estado porque su novia accedió de manera voluntaria a tener relaciones sexuales con él.

---

<sup>107</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Óp. Cit., Pág. 734

Por otro lado, se encuentra el error de prohibición indirecto, que al igual que el error de prohibición directo, se subdivide en tres formas específicas.

**2.5.9.5 El error de prohibición indirecto:** Siguiendo con la clasificación propuesta mayoritariamente por la doctrina, con el objeto de brindar claridad respecto al tema del error, seguimos con el error de prohibición indirecto, el cual tiene objeto central de estudio las causales de justificación penales, o lo que es lo mismo los tipos permisivos dispuestos por el legislador, bien sea por su existencia, límites, o presupuestos materiales necesarios para su configuración.

En otras palabras, el error de prohibición indirecto, nace a la luz del derecho penal, según la dogmática jurídica, cuando el sujeto cree que su comportamiento a pesar de ser ilícito se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico bajo una causal de ausencia de responsabilidad penal, y por consiguiente no puede ser acreedor de sanción alguna en su contra por parte del aparato jurisdiccional del Estado.

El poder punitivo estatal por consiguiente, debería ser inexistente en contra el ciudadano, bien sea porque este no solamente lo considera así desde su punto de vista personal, sino porque también desde su percepción jurídica y sus costumbres sociales, así lo entiende y de esa manera obra sin considerar error alguno en su comportamiento. Por ende, el ciudadano que haciendo uso de la defensa putativa, se defiende de una agresión inminente la cual no existe y da como resultado del error, el homicidio de un ciudadano.

Dentro de esta categoría dogmática podemos encontrar por consiguiente error de prohibición indirecto por inexistencia de una causal de ausencia de responsabilidad penal, error de prohibición indirecto por exceso de los límites propios establecidos por las causales de ausencia de responsabilidad penal, error de prohibición indirecto sobre las circunstancias que justifican el hecho.

En primera medida tenemos el error de prohibición indirecto por inexistencia de una causal de ausencia de responsabilidad penal<sup>108</sup>, según el cual el sujeto cree erróneamente que su comportamiento puede ser protegido o facultado por la norma penal, puesto que considera que se le permite la ejecución de un delito de carácter permisivo<sup>109</sup>, que en realidad no existe en el ordenamiento jurídico.

En otras palabras, podemos decir que este error se genera cuando el sujeto cree estar amparado bajo una causal de ausencia de responsabilidad penal, que en realidad no existe en el ordenamiento jurídico. Su existencia se da muy frecuentemente por percepciones erradas del sujeto para con la realidad y la mezcla de sus sentimientos personales, percepciones éticas y valoraciones propias de la norma jurídica; así el acreedor se apodera de manera ilegal y sin el lleno de los requisitos legales de los bienes de su deudor.

En segunda medida tenemos el error de prohibición indirecto por exceso de los límites propios establecidos por las causales de ausencia de responsabilidad penal<sup>110</sup>, en este tipo de situaciones es indispensable hacer una valoración desde dos perspectivas hermenéuticas. En el primer sentido una valoración objetiva del comportamiento desarrollado, y en el segundo sentido una valoración subjetivo del comportamiento representado.

Lo anterior puesto que el sujeto que desarrolla la actuación ilícita, supone errada e invenciblemente que desde el punto subjetivo, su comportamiento se enmarca en causal alguna de justificación de responsabilidad penal, no obstante objetivamente el mismo ha desbordado los límites que la misma tiene previsto dentro del ordenamiento jurídico penal.

---

<sup>108</sup> VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal: Parte General. Óp. Cit., Pág. 837.

<sup>109</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Óp. Cit., Pág. 739

<sup>110</sup> ROXIN, Claus. Óp. Cit., Pág. 938

Como consecuencia de lo anterior, su comportamiento se desborda de la óptica objetiva de la norma, y por consiguiente no puede ser protegido del ordenamiento jurídico, siendo contrariamente sancionado, aunque en menor medida.

Grosso modo, este tipo de error se origina cuando el sujeto a pesar de conocer y condicionar su comportamiento en una causal de ausencia de responsabilidad penal, yerra en exceder los límites que esta ofrece, bien sea aprovechándose de la misma, o por desconocimiento de las restricciones que impone la causal. A modo de ejemplo, Carlos se intenta defender de una agresión física originada por Juan, el cual lo golpea con sus manos. Ante esta situación Carlos saca su revólver y le propina 5 disparos. Aunque se actúa bajo la defensa putativa, dicho comportamiento fue desproporcionado, transgrediendo los límites que impone la misma causal.

El exceso entonces, puede ser motivado bien por una convicción propia del sujeto, o motivado subjetivamente por elemento externo del sujeto que lo induce a ejecutar por consiguiente el comportamiento desarrollado.

Por último encontramos al error de prohibición indirecto sobre las circunstancias que justifican el hecho<sup>111</sup>, en esta circunstancia el sujeto cree que desde el punto de vista fáctico, que debe actuar bajo una causal de ausencia de responsabilidad<sup>112</sup>, pero el hecho generador del comportamiento ejecutado nunca existió.

Siendo así las cosas, el sujeto A, cree que el sujeto B, que ingresa su mano en el bolsillo, en un callejón oscuro va a sacar un arma de fuego para atacarlo. No obstante saca un pañuelo, pero ante la reacción apresurada de A, ya le ha

---

<sup>111</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Óp. Cit., Pág. 662

<sup>112</sup> VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal: Parte General. Ibídem

propinado tres disparos a B, antes de verificar que lo que este había sacado era un pañuelo.

Recapitulando podemos decir entonces que se hace indispensable de manera continuada verificar tanto las teorías que acompañan al error de prohibición, verificando posteriormente su aplicación dentro de la normatividad penal colombiana.

El error de prohibición dentro de las dogmáticas, se estructura dentro de la academia, como un tema de aguas turbias que aún no encuentra conciliación posible. Específicamente *“(...) en el caso colombiano muestra cómo la dogmática, al hablar del injusto típica, se ha dividido en dos corrientes: la de la culpabilidad limitada y la de la culpabilidad estricta. En cada una de ellas el error juega un rol distinto y se le atribuyen diversas consecuencias con respecto a la punibilidad o a su carácter exculpante”<sup>113</sup>.*

Como consecuencia de lo anterior, cuando hablamos de culpabilidad limitada en el error de prohibición indirecto sobre causal de justificación, la misma excluye al dolo, pero si recapitulamos lo anteriormente expresado en el error de tipo, la exclusión del dolo, se elimina la tipicidad. Por consiguiente a este error, se le da el mismo tratamiento que al error de tipo. Lo anterior por la misma característica de los elementos del delito, puesto que *“(...) la finalidad de la tipicidad es prohibir y el de la justificación es permitir”<sup>114</sup>.*

Cuando se presenta ese error, queda desvirtuada la tipicidad con fundamento en lo dicho precedentemente reconfigurándose el esquema de la prohibición establecida en el tipo penal, por inexistencia de tipicidad, debido a la exclusión del dolo, permitiéndose así la ejecución del comportamiento prohibido en principio.

---

<sup>113</sup> ECHEVERRY ENCISO, Yecid. Óp. Cit., Pág. 235

<sup>114</sup> *Ibidem*.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, así lo ha determinado en sus diversos fallos adoptando la teoría del injusto, pasando el dolo a hacer parte de la conducta y no de la culpabilidad como se ha explicado. Lo anterior permite que el error de tipo elimine la tipicidad, como efectivamente se explicó, y como consecuencia lógica el error de prohibición por su parte elimine la culpabilidad.

Fíjese que no es pacífica la situación dentro de las teorías de la culpabilidad, la ubicación del error de prohibición, como del error de tipo. No obstante analizando sistemáticamente la normatividad penal colombiana, podemos constatar que el error de tipo es tratado con base en el principio de culpabilidad limitada, más no en la estricta culpabilidad. Como consecuencia, el error de tipo siempre dará lugar a la inculpabilidad. Lo anterior, con fundamento en el artículo 32, numeral 10, del Código Penal.

Dentro de la normatividad ejusdem, encontramos regulado el error de prohibición en el artículo 32, numerales 10, y 11. Al respecto el artículo 32 numeral 11 establece: *“Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuera vencible la pena se rebajará a la mitad”*. Con base en lo anterior podemos incluir en el tenor transcrito al error de prohibición indirecto por inexistencia de una causal de ausencia de responsabilidad penal, como también error de prohibición indirecto por exceso de los límites propios establecidos por las causales de ausencia de responsabilidad penal.

Por consiguiente, cuando el error sea ejecutado en la modalidad vencible, como lo expresa claramente la norma, se disminuye la pena a la mitad, por cambiar de valoración jurídica del tipo penal al ser de doloso, a culposo. Caso contrario sucederá cuando el mismo sea invencible, puesto que excluye en forma contrario al error de tipo (tipicidad por ausencia de dolo), la culpabilidad, puesto que no hay conciencia de la ilicitud en el sujeto del hecho desarrollado.

Ahora bien, respecto al error de error de prohibición indirecto sobre las circunstancias que justifican el hecho, se encuentra regulado en el artículo 32 numeral 10, inciso primero y final ibídem. Resulta claro como se ha dejado por sentado puede ser tratado como un error de tipo. Por consiguiente si es invencible “(...) *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 respectivo tipo imprudente – culposos – (art. 22 parte final CP, art. 23 CP y art.32 N° 10 inc. 1° última parte CP)*”<sup>115</sup>.

Grosso modo, dentro de la teoría de la inculpabilidad como culpabilidad no existe hasta el momento concepto uniforme, puesto que es necesario identificar los elementos propios que se afectan según el yerro en el tipo penal, para luego ubicarlo en la teoría adecuada.

Ahora bien, tanto en error de tipo, como el error de prohibición en sus diferentes formas, sólo pueden ser ejecutados en dos modalidades, bien en la modalidad vencible, o por el contrario en la modalidad invencible. Lo anterior quiere decir que no podemos hablar de error de prohibición diferente a error vencible, sino que debemos hablar de error de prohibición ejecutado en la modalidad de error invencible.

El error vencible o invencible, son la evitabilidad o inevitabilidad en la que las dos formas o tipos de error pueden ser cometidos. De tal suerte que si no nace el tipo, no se ejecuta la modalidad. Sin embargo las modalidades de error invencible y error vencible también se aplican a las causales de ausencia de responsabilidad, las cuales deberán del mismo modo ser vencibles o invencibles.

---

<sup>115</sup> BOTERO BERNAL, José Fernando. Óp. Cit., Pág. 16

Por consiguiente pasaremos a estudiar el error invencible y el error vencible conceptualizándolos dentro del contexto dogmático del presente trabajo. Teniendo en cuenta que respecto a sus consecuencias jurídicas, dentro del error de tipo, y el error de prohibición, ya fue estudiada anteceditamente.

**2.5.10 Error vencible y error invencible.** Cuando hablamos del error vencible, al igual que el error invencible, no estamos hablando de un tipo específico de error. La dogmática penal y la doctrina jurídica, nos enseñan que tanto el error vencible o el error invencible son las modalidades en que el error y sus formas se pueden presentar. Es decir que puede haber un error de hecho en la modalidad vencible o bien puede haber un error de derecho en la modalidad invencible. En el mismo sentido, puede hablarse de un error de prohibición de tipo directo en la modalidad vencible o un error de prohibición de tipo directo en la modalidad invencible.

Así las cosas, al hablar sobre el error vencible o invencible, nos referimos es a aquel que recae sobre los elementos esenciales del delito, bien sea porque los elimina, o porque del resultado de la acción desplegada por el sujeto tanto en su comportamiento, como en su resultado, hay inexistencia de alguno de los elementos del delito, bien sea la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. Esto, sin tener en cuenta los que la teoría moderna se ha permitido agregar, y estos son a saber: la necesidad de la pena, y la proporcionalidad entre el comportamiento y el resultado frente al castigo impuesto por el aparato jurisdiccional del Estado al delincuente.

En este sentido la vencibilidad o invencibilidad no responde a la modalidad del dolo, sino a las condiciones, o medios que tiene el agente activo de la conducta para salir del yerro en que se encuentra con cierto esfuerzo volitivo<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 231

De esta manera, el error en sus modalidades vencible e invencible, determinan la posibilidad o no que tuvo el agente para lograr salir del yerro en el que se encontraba. Sin embargo, el juicio realizado al agente activo de la conducta es de dos tipos a saber: un juicio objetivo, y un juicio subjetivo.

En el juicio objetivo debe compararse el modo, condiciones, formas y resultados de la conducta desarrollada por el agente, así como las circunstancias que le impidieron salir del yerro y lo hicieron obrar de manera inconfundible que su comportamiento estaba acorde al ordenamiento jurídico o que este no era prohibido por las normas jurídico penales vigentes. Al respecto, el juzgador debe hacer una valoración denominada “diligencia debida”.

La debida diligencia o la “*Due diligence*”, es un término anglosajón que nació en la Ley de Valores norteamericana de 1933, según el cual se pretende que quien actúa lo hace bajo un cierto nivel de cuidado y respeto de las prerrogativas, requisitos y formalidades legales para un caso determinado; de tal manera, que quien no actúa de esta forma rompe un deber legal de carácter imperativo de cuidado y puede ser responsable del resultado de su imprudencia. Cuando se actúa con debida diligencia en el área penal, se dice que el sujeto es irresponsable del acto, pues tuvo en cuenta todas las circunstancias del hecho y optó por la mejor salida, teniendo de base las características sociales, culturales del agente y las condiciones fácticas del hecho.

De este modo, *“en el derecho penal, la debida diligencia es la única defensa disponible a un delito que es uno de responsabilidad objetiva. Una vez comprobado el delito, el acusado debe probar en el balance que hicieron todo lo posible para evitar que el acto se produzca. No es suficiente que tomaron el nivel*

*normal de la atención en su industria, debe mostrar que se tomaban todas las precauciones razonables*<sup>117</sup>.

Grosso modo, la debida diligencia se demuestra cuando el sujeto activo de una conducta delictiva, demuestra que no infringió ningún comportamiento adecuado, y por lo tanto no existe un conocimiento ni mucho menos voluntad de infringir la norma penal.

En este sentido, el Juez Penal con Funciones de Conocimiento debe comparar el comportamiento del delincuente y determinar si cualquier otro ciudadano, frente a las mismas condiciones de tipo social, personal, fácticas y jurídicas hubiese desarrollado o no el mismo acto y el resultado de este sería el mismo por el cual se está condenando al sujeto activo de la conducta penal. En otras palabras, el Juzgador deberá determinar si el acusado actuó con la debida diligencia para en la medida de lo posible evitar transgredir con intención la prohibición establecida en el ordenamiento penal.

Si dicho examen objetivo de comparación entre el sujeto y el buen padre de familia es superado, y se considera que el sujeto activo de la conducta penal no se extralimitó o que su comportamiento ha sido el desarrollo normal de una serie de sucesos que no se han podido resolver de otra manera, atendiendo a las condiciones especiales del sujeto y el medio que lo rodea, se pasará a la valoración subjetiva.

En la valoración subjetiva hay que determinar muchas consecuencias, causas, efectos, intereses y querer del agente, la valoración subjetiva entonces no puede solo limitarse a estudiar la pura y simple intención del sujeto, más al contrario debe ser un análisis de todo tipo de intereses, valoraciones y condiciones que permitan

---

<sup>117</sup> CENTRO DE ARTIGO. La debida Diligencia. [en línea]. Disponible en: <[http://centrodeartigo.com/articulos-enciclopedicos/article\\_80842.html](http://centrodeartigo.com/articulos-enciclopedicos/article_80842.html)> [citado el 10 de noviembre del 2014].

inferir que el agente activo de la conducta ilícita no aprovechó el acto para intentar violar el ordenamiento jurídico obteniendo un resultado deseado y eliminando de su comportamiento el reproche de responsabilidad penal del que se hace acreedor quien vulnera el ordenamiento jurídico penal vigente sin justa causa.

Producto del anterior raciocinio por parte del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, se determinará si el comportamiento del agente además de estar en marcado en algún tipo de error bien sea de hecho, de derecho, de tipo o de prohibición está bajo la modalidad vencible o la modalidad invencible como ya se ha explicado. De tal suerte que *“la calificación de inevitable o insuperable obliga al juez a un razonable esfuerzo dialéctico para no exigir al hombre del común actitudes heroicas o aptitudes sobrehumanas”*<sup>118</sup>.

**2.5.10.1 El error vencible:** El error vencible es conocido como aquel, en donde el agente activo de la conducta a pesar de haber actuado con la debida diligencia pudo haber evitado el error y no lo hizo, o por el contrario desarrolló su comportamiento de manera irresponsable, inclusive no se representó en su interior el resultado obtenido.

En este caso, y basados en la escuela finalista, el error vencible solo elimina el dolo de la conducta, más no la culpabilidad, de tal manera que sí el delito admite modalidad culposa, el sujeto es responsable ante el aparato jurisdiccional del Estado del tipo penal en la modalidad culposa, todo esto porque el error vencible ha eliminado el dolo sin embargo no la imprudencia o el deber de cuidado del sujeto<sup>119</sup>. En otras palabras *“el error evitable, vencible o superable es aquél en el que no se habría incurrido si se hubiera aplicado la diligencia debida; (...). El error (...) evitable solo elimina el dolo, dejando subsistente el tipo culposo”*<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 232

<sup>119</sup> BRAMONT ARIAS, TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal, Parte General, pág. 210.

<sup>120</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 232

En este estadio dogmático, el error vencible, evitable o superable no solo trasciende en su estudio sobre la capacidad que tuvo el sujeto de conocer la prohibición bien sean sus elementos, conceptos o vigencia. Si no también la oportunidad para desarrollarla, siendo consciente de dos cosas: a) la representación mental a través del juicio de antijuridicidad formal, en el cual el agente estudia si su comportamiento transgrede o no las prohibiciones tipificadas por el legislador, y b) la posibilidad de determinar o investigar si la conducta era o no prohibida por la ley penal.

**2.5.10.2 El error invencible:** En contraposición el error “(...) *inevitable, invencible e insuperable es el error de quien poniendo la diligencia debido no hubiese podido salir de él porque al agente no le era posible superarlo. (...) El error inevitable remueve el dolo y la culpa*”<sup>121</sup>.

Según la escuela finalista, el error invencible es aquel que nace, aunque el sujeto actúe con debida diligencia, pues este no pudo prever, representarse mentalmente (antijuridicidad formal), ni mucho menos superar la comparación entre su comportamiento y la prohibición normativa de tal forma que el yerro en el que incurrió no pudo ser desvirtuado de ninguna manera y la consecuencia será la eliminación de toda responsabilidad penal en su contra al generarse así una causal de ausencia de responsabilidad penal en el sentido en que el comportamiento se deviene atípico exento de dolo o culpa<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. *Ibíd.*

<sup>122</sup> Revista Institucional N° 07. Aportes al derecho Penal Peruano desde la perspectiva constitucional, Academia de la Magistratura, pág. 23-24.

**2.5.11 La figura del error en la legislación penal colombiana.** La legislación penal colombiana, permite ubicar la figura del error en tres estadios jurídicos distintos, aglutinando en ellas las diferentes modalidades existentes, sin que sea necesario que abarque todo el desarrollo que la dogmática penal ha permitido elaborar acerca del error.

De esta manera, la legislación penal colombiana, no establece un sistema estricto de causales de ausencia de responsabilidad penal, pues cuanto causales existiesen, pueden ser alegadas ante el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, con el objeto de lograr la extinción de la acción penal en favor del acusado, ello con el cumplimiento de los requisitos dogmáticos que se vislumbren y en pro de la justicia material. Habrá que respetar eso sí, la vencibilidad o invencibilidad del error, pues como hemos dicho si es vencible y el delito admite modalidad culposa así mismo será juzgado o si por el contrario es invencible no habrá lugar a ningún tipo de reproche penal por parte del aparato jurisdiccional del Estado.

En este sentido, es dable rescatar que nuestro sistema de ausencia de responsabilidad penal enumerado por medio de causales, no es uno de tipo cerrado o de *“numerus clausus”*, sino por el contrario es uno de *“numerus apertus”*, en donde es viable con el respeto propio de la dogmática penal, y siempre y cuando las condiciones jurídicas, procesales y fácticas sean permisibles, esta sea reconocida por el Juez Penal con Funciones de Conocimiento de instancia y se decrete la libertad del acusado.

La dogmática penal colombiana, entonces no es cerrada, más al contrario está abierta al debate doctrinario que se genera en la academia y así ha sido reconocido por el legislador. De tal forma, ha dejado a los litigantes, académicos y funcionarios judiciales, la labor de determinar la procedencia o no de aquellas

causales o errores que conduzcan a la ausencia de responsabilidad penal a favor del acusado.

En este sentido, y parafraseando al Dr. Ricardo de la Pava Marulanda, en la legislación penal colombiana, podemos encontrar el error en las siguientes cuatro modalidades: *a) error de descripción típica y de exclusión de responsabilidad, b) error privilegiado de tipo, c) error sobre la ilicitud de la conducta, d) error privilegiado de atenuación.*

**2.5.12 Error de tipo:** Como ya hemos visto, el error en la descripción del tipo, se puede dar bien sea: a) por que el sujeto cree que la conducta por él desarrollada no está tipificada como un delito en la normatividad penal, b) cuando su comportamiento a pesar de ser ilícito, el sujeto cree que en la forma en que lo desarrolló concurren los elementos propios de una causal de ausencia de responsabilidad penal, c) cuando el sujeto cree que su comportamiento es conforme a las formalidades legales teniendo en cuenta las características del sujeto y las funciones que desarrolla, de igual manera, no es así e incurre en una extralimitación o desbordamiento de la acción que lesiona bienes jurídicos tutelables, d) el denominado error privilegiado de tipo.

Aunque el error de tipo tiene muchas más modalidades, la legislación penal colombiana permitió a través del numeral 10 del artículo 32 in fine, la positivización de estas modalidades del error y en especial del error de tipo, las cuales pueden ser vencibles o invencibles.

**2.5.12.1 Error de adecuación típica:** El error de adecuación típica se presenta cuando el sujeto a pesar de conocer la prohibición normativa, despliega su comportamiento creyendo firmemente que este tal cual como fue desarrollado no cumple con los elementos exigidos para el tipo penal. En este sentido, no hay un desconocimiento de la norma, sino por el contrario una percepción errada de la

realidad o del objeto que debe conocer, en este caso del tipo penal que debió haber conocido el agente.

Este por consiguiente, que aunque sabe que hay una prohibición normativa, no cree que su comportamiento lo sea, porque cree conocer exactamente las exigencias normativas, ingredientes y circunstancias en las cuales su mismo comportamiento si hubiese sido un delito.

En este sentido, en el agente no existen un reproche de culpabilidad, bien sea porque al no haber una intención del agente, no se puede representar en el dolo ni culpa posible, siempre y cuando se demuestre que la ejecución del yerro de tipo por adecuación típica ha sido de carácter invencible y no vencible, pues si fuese en esta segunda modalidad, pudiese ser responsable el sujeto activo en la modalidad culposa, siempre y cuando el tipo penal así lo permita.

En estos casos, el sujeto activo de la conducta puede ser un conocedor de la norma, es más puede estar en contacto permanente con ella, del tal manera su asombro cuando sea detenido pues su comportamiento como el cree ha sido conforme a la ley, y no ha violado ninguna prohibición legal. Suele suceder mucho estos casos, cuando el agente activo de la conducta delictiva, a pesar de estar en contacto con el elemento cognoscitivo penal, no es consciente de la totalidad de la norma, bien sea por falta de acceso, circunstancias sociales o confianza en el elemento o fuente de conocimiento penal.

Tenemos del error de adecuación típica es presentado cuando un comerciante cree haber vendido un electrodoméstico preservando el dominio de este, y ante el atraso del comprador decide apoderarse nuevamente del bien mueble. En este caso se presenta un hurto, pues si no se ha vendido explícitamente el bien mueble con reserva de dominio, mal puede el vendedor remontándose a épocas romanas, apoderarse nuevamente de algo de lo que ya no tiene el derecho.

Así, el error se presenta precisamente por desconocer los requerimientos normativos necesarios para vender los bienes muebles con reserva de dominio, y en segunda medida por olvidar que esto está prohibido por el derecho penal. Si bien el sujeto conoce del hurto, considera que en este caso el tipo penal no le es aplicable porque el bien es de su dominio, cosa que no sucede.

De esta manera, la conducta penal aunque sea típica y antijurídica, no puede ser sancionada en contra del agente activo, puesto que el sujeto es inculpable por inexistencia del dolo y/o culpa. De tal suerte, es necesario que concurren en el sujeto la convicción sincera de haber obrado sin error alguno, que el agente no pudo de manera alguna superar dicho error analizando para ello las características propias en que se ha cometido el hecho y a las circunstancias sociales que acompañan al sujeto.

Sin embargo puede sostenerse que si hubiese podido superar el error al que estaba sometido, será responsable penalmente en modalidad culposa, si así el delito lo permite, al haber sido el error vencible.

**2.5.12.2 Error de tipo por convicción errada e invencible de actuar bajo alguna causal de ausencia de responsabilidad penal:** En esta modalidad del error de tipo en la legislación colombiana, el sujeto activo de la conducta, aunque sabe que el comportamiento desarrollado es antijurídico, piensa que la forma en que lo realiza está amparado bajo por presupuestos objetivos de alguna causal de ausencia de responsabilidad. De tal orden, este error bien puede ser un error de tipo o un error de prohibición. Como quiera, lo importante es que su desarrollo tiende a eliminar la culpabilidad del sujeto y hacer inculpable el comportamiento por éste desarrollado.

Este error de tipo se aplica a todas las causales establecidas en el artículo 32 ídem, “*excepto, claro está, los errores de los numerales, 10, 11 y 12, por obvias razones de lógica jurídica*”<sup>123</sup>. En este tipo de casos, el error se presenta sobre los elementos objetivos de tipo normativo que exige el texto legal para que el comportamiento del sujeto se adecúe a alguna causal de ausencia de responsabilidad; por consiguiente, no puede predicársele a este reproche alguno pues creía que era la única solución que tenía para defender sus bienes jurídicos que por esencia deben ser tutelados por el Estado.

La doctrina a través del profesor Nódier Agudelo, nos entrega dos ejemplos clásicos sobre este tipo de error. El primero de ellos se origina cuando el sujeto pasivo de la conducta se convierte en victimario al intentar defenderse de una agresión que no existe, tenemos que el sujeto que saca un arma y le dispara a otro, cuando cree que su “atacante” lo iba a agredir porque al meter su mano en el bolsillo iba a sacar un arma y en realidad lo que sacó era un pañuelo. Otro ejemplo, es del sujeto que agrede a otro porque le iban a disparar y se comprueba que el arma era de juguete<sup>124</sup>.

En estos casos, el sujeto pasivo, termina convirtiéndose en el ejecutor de la conducta penal, de tal manera que su yerro solo puede ser justificado al estar plenamente convencido que su comportamiento es irresponsable por ser ajustado en alguna causal de ausencia de responsabilidad.

Dentro de este mismo tipo de error, se presenta el error de responsabilidad en el cual el agente activo al tener características esenciales a su función o por los actos que desarrolla, realiza situaciones de hecho que creyendo estar plenamente facultado para hacerlas, termina convirtiéndose en un ilícito, al ser realizado por yerro en la comprensión del agente. Este tipo de yerro es mucho más complicado

---

<sup>123</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 227

<sup>124</sup> AGUDELO BETANCUR, Nódier. La defensa putativa. Medellín: Editorial Nuevo Foro, 1980. Pág. 123

de demostrar porque casi siempre se comete por agente activo calificado; como quiera *“el servidor público allana un inmueble sin orden judicial porque cree está cumpliendo con un deber legal cuando su función pública no le permite este acto, o el que actúa porque cree que está siendo coaccionado por su padre cuando en realidad está actuando por temor reverencial”*. Frente a esta hipótesis el error de tipo por creer actuar bajo ausencia de responsabilidad, puede presentarse entonces: a) cuando efectivamente el sujeto activo de la conducta está actuando con el convencimiento suficiente que su comportamiento es amparado por causal de ausencia de responsabilidad, b) cuando a pesar de ser ilegal su comportamiento cree que algún elemento objetivo de la norma de ausencia de responsabilidad cobija su yerro, c) cuando los hechos realmente son contrarios a los exigidos por alguna causal de ausencia de responsabilidad.

Nótese que estamos ante estadios diferentes dentro del mismo yerro. En el primer caso el sujeto cree que su comportamiento aunque ilícito es irresponsable, en el segundo el agente sabe que su comportamiento es ilícito, pero lo justifica porque considera que ha realizado elemento alguno de la causal que lo exonera del reproche penal, y en el tercer caso el sujeto en teoría conoce los requisitos de la causal de ausencia de responsabilidad, pero al momento de los hechos, estos se desarrollaron contrariamente a la norma, como por ejemplo el sujeto que dispara a otro en defensa propia porque cree que este va a sacar un arma y en la realidad de los hechos se concluye que saca un pañuelo.

En definitiva, la legislación penal colombiana permite la ausencia de responsabilidad por el yerro de tipo, en las clases antes descritas y en las modalidades vencibles e invencibles.

**2.5.12.3 Error de tipo de carácter privilegiado:** Este tipo de yerro jurídico es más complicado, sucede cuando el agente activo de la conducta penal, cree estar cometiendo un delito más benigno, frente a la conducta delictiva que realmente está realizando. Por ello, el error recae sobre los elementos propios del tipo penal más blando de tal manera que se exige la existencia para su configuración de dos tipos penales autónomos con características similares que pueda concluirse el más favorable con la menor pena a favor del Acusado.

Por ejemplo, cuando el sujeto cree estar cometiendo un delito por abuso de confianza y en realidad realiza un hurto simple, o por ejemplo en un plano más controversial cuando el sujeto cree estar cometiendo rebelión y sus delitos conexos y en realidad su conducta se enmarca típicamente dentro de la figura del terrorismo.

En este caso, es un yerro que atenúa el dolo y la culpa, de tal forma puede ser juzgado, de la manera más favorable y en mejor situación al sujeto activo de la conducta penal. De tal suerte, esta vertiente clásica del error de tipo que permite aplicar la legislación penal colombiana, sin embargo en el plano procesal se vuelve extremadamente difícil de probar y está en una línea delicada que puede romper el principio de legalidad.

Como quiera, se exige del autor el convencimiento de estar ejecutando una conducta delictiva benigna y que tanto los hechos, como el tipo penal más favorable sean objetivamente parecidos, de tal suerte que se pueda aplicar la figura menos benigna.

**2.5.13 Error de prohibición.** Este tipo de error se encuentra reglado en el numeral 11 del artículo 32 de nuestra normatividad penal vigente, y se enmarca en el tipo específico de error de prohibición por licitud de la conducta. Al respecto reza la normatividad penal *“Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”*.

Este tipo de error de prohibición por licitud de la conducta puede ser bien sea vencible e invencible. Sucede o nace a la luz en el estadio procesal penal, según la dogmática jurídica, cuando el sujeto activo de la conducta realiza un comportamiento ilícito, pero en realidad por un yerro interno que afecta el elemento cognoscitivo del delito cree estar realizando un lícito. O por el contrario, puede suceder cuando el agente ni siquiera conoce la licitud o ilicitud del comportamiento desarrollado.

Resulta claro que este tipo de error de prohibición por licitud de la conducta puede ser directo o indirecto. Por ello, es directo cuando el error recae sobre la existencia de la norma jurídica, y será de tipo indirecto cuando el yerro recae sobre los elementos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad que sirva para legitimar su accionar. También este tipo de error puede ser también considerado como lo dijimos anteriormente al referirnos al numeral 10 del artículo 32 ejusdem, como un error de tipo.

Por lo anterior, esta circunstancia no será analizada en este caso, puesto que fue analizado anteriormente y encuadrarlo dentro del error de tipo por ser más objetivo dicha clasificación dogmática penal.

Este error de prohibición directo sobre la licitud de la conducta, se encarga de eliminar el principio del derecho según el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa, de tal suerte quien ignore dichos preceptos en el derecho penal no puede ser responsable por ello como lo recalca el profesor Ricardo de la Pava *“no basta con plantear el error como simple ignorantia iuris. La obligación del juez es verificar de la forma más racional posible, el error. Para ello debe partir de la base que no aplica dicha ignorancia en forma discriminada para todos los delitos pues las especies criminosas más graves que afectan las condiciones mismas de existencia del hombre y la sociedad y que forman parte del derecho natural esencial, no pueden ser objeto de desconocimiento: ¿quién, por iletrado que sea, no sabe que matar, hurtar, secuestrar, violar carnalmente, entre otras conductas graves, está prohibido por la ley penal?”*<sup>125</sup>.

Este tipo de error de prohibición es más dable en darse en tipos jurídicos técnicos y de complejidad que en tipos comunes y sencillos, puesto que estos son de conocimiento generalizado por la sociedad. Es más fácil que un sujeto conozca del hurto, que de delito de pánico económico por ejemplo<sup>126</sup>.

Ahora bien, el error de prohibición directo bien puede caer por desconocimiento del tipo penal como tal, o por desconocimiento de su vigencia, ya sea porque cree que esta derogado o porque no rige aún dentro del ordenamiento jurídico. Por ende, el sujeto debe estar con la convicción del yerro, y no aprovecharse de ello para lograr el nacimiento del error no existente dentro del comportamiento.

En este sentido, es el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, con base a un trabajo de ponderación objetiva y subjetiva, quien deberá determinar si efectivamente el sujeto desconoce la norma o su vigencia para poder predicar el error de prohibición directo por licitud del comportamiento. En este caso se hace

---

<sup>125</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Óp. Cit., Pág. 229

<sup>126</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. Bogotá: Editorial Temis, 1989. Pág. 312

un juicio de razonabilidad que debe atender a unos mínimos básicos y a las condiciones que rodean al sujeto, comparándolo con el común denominador en ese tipo de situaciones y condiciones materiales de existencia y sociales del agente activo de la conducta delictiva que espera ser irresponsabilidad por parte del poder jurisdiccional<sup>127</sup>.

Al eliminarse la antijuridicidad, la culpabilidad del sujeto sobre la acción desaparece porque en él no nace el reproche necesario para exigir su responsabilidad por el comportamiento desarrollado, pues no hay culpabilidad sobre la existencia del tipo o la vigencia del mismo, tornándose lícito el comportamiento que en un momento fue ilícito. No obstante es imperioso recordar que si el error es de tipo vencible, será sancionado en modalidad culposa, si el delito así lo permite.

**2.5.14 Error de tipo privilegiado por atenuación de la conducta delictiva.** Se encuentra desarrollado en el numeral 12 del artículo 32 de nuestra normatividad penal vigente, además se origina cuando el sujeto activo de una conducta delictiva ejecuta el acto ilícito con pleno conocimiento de su tipicidad, pero creyendo que puede ajustarse a una causal de ausencia de responsabilidad penal, que no elimina el reproche penal, pero si atenúa su pena.

Se necesita entonces que única, y solo únicamente sea invencible el error acaecido, de tal forma que pueda aplicarse la diminuyente de la pena y atenúe la responsabilidad penal. Por ende, el sujeto que da muerte a otro por ser delincuente y cree que por la calidad del sujeto pasivo de la conducta puede disminuir la pena en su contra.

---

<sup>127</sup> ARBOLEDA, Mario. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2005. Pág. 37

De igual manera este tipo de error roza al igual que el privilegiado de tipo, con el principio de legalidad, y debe con un margen de error muy mínimo analizarse todas las circunstancias en que se puede dar, con el objeto de evitar que se rompa con la estructura del delito que ha desarrollado la dogmática penal colombiana.

## 2.6 PROBLEMA JURÍDICO

La dogmática penal con el transcurso del tiempo ha permitido que la hermenéutica avance hacia el análisis sistemático, con el objeto de interpretar de manera amplia y analíticamente las instituciones del derecho penal, dotándolas de modernidad y respeto por las garantías y derechos de los acusados e intervinientes dentro de un proceso penal.

El análisis constitucional del derecho penal a luz del Doctor Pavajeau, no puede entonces circunscribirse a una mera óptica doctrinal, por el contrario debe ser en pro de la prevalencia de un orden social justo, la maximización de las garantías constitucionales, y la efectivización del equilibrio de armas en consonancia con los demás principios del derecho penal y del sistema procesal actual colombiano<sup>128</sup>.

En palabras del profesor Edgar Manrique Muñoz, en el método de interpretación sistemático, la norma *“debe ser interpretada a la par de todo el ordenamiento jurídico, es decir, dicha interpretación se fundamenta en el proceso de relacionar la parte con el todo y el todo con la parte.*

---

<sup>128</sup> GÓMEZ, PAVAJEAU, Carlos Arturo. Introducción al derecho penal constitucional. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2012.

*Los términos lingüísticos y el espíritu del sistema son los elementos que conforman el núcleo duro de la interpretación sistemática. Los términos lingüísticos se usan para identificar el campo conceptual en que se basa la norma jurídica, es decir, es el grupo gramatical de la normas relacionadas (las instituciones jurídicas) con aquella norma aislada que se quiere interpretar. En este método se presenta una ampliación de la interpretación gramatical al campo conceptual total e ideal, en relación con la norma confusa, para que el intérprete logre comprender la terminología significativa que hace variable la estructura conceptual de la norma.”<sup>129</sup>*

De esta manera, pasaremos a abordar con base al método sistemático, el problema de investigación, resolviendo así la siguiente pregunta:

¿Puede el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, de manera oficiosa decretar la extinción de la acción penal y/o absolver, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se viabilice la existencia de un error invencible a favor del acusado?

Para resolver la anterior pregunta, es imperioso consultar si el ordenamiento jurídico colombiano establece la oficiosidad del Juez dentro del proceso penal; si es así determinar el procedimiento que se debe llevar a cabo frente a la existencia de un error invencible por parte del Juzgador. Entonces puede presentarse el caso en que el sistema procesal penal actual no permita la oficiosidad del sentenciador con el objetivo de extinguir la acción penal y/o absolver de manera oficiosa cuando se vislumbre un error invencible. En este sentido, será imperioso analizar si en la normatividad procesal penal anterior era permitido, las posibles causas que intervinieron en la libertad de configuración legislativa del legislador para eliminar la oficiosidad del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, con el objeto de

---

<sup>129</sup> MANRIQUE, MUÑOZ, Edgar Eduardo. El libro negro de la interpretación jurídica: Teoría y Funcionamiento. Bogotá: Editorial Abadía Jurídica, 2014. Pág. 277.

extinguir la acción penal, cuando exista un error invencible en el actual código de procedimiento penal, y por último determinar los derechos y garantías constitucionales a la luz del derecho penal que se vulneran al acusado teniendo en cuenta el estatuto de Roma, la normatividad penal, y el derecho constitucional penal.

Por último, se realizará una propuesta sobre la importancia de implementar la oficiosidad del Juez Penal con Funciones de Conocimiento en el proceso penal, para poder decretar la extinción de la acción penal e inclusive la absolución.

**2.6.1 El principio de oficiosidad en el proceso penal colombiano:** El principio de oficiosidad se fundamenta en la facultad que otorga el Estado a la administración de justicia para que esta investigue, adelante y culmine actos dentro del procedimiento que no han sido solicitados por las partes, garantizando el respeto de los derechos de los intervinientes, la obtención de la justicia material y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, ordenamientos todos que devienen de la constitución y que se endosan en los fines esenciales del Estado para la consecución de un orden social justo.

De la lectura del Código de Procedimiento Penal, y del Código Penal, se ha permitido actuar de oficio al Juez Penal con Funciones de Conocimiento, en los siguientes casos:

- Código Penal: a) Cuando el Juez de manera oficiosa deba dar conocimiento a la autoridad competente de las penas accesorias que han sido impuestas al sentenciado (artículo 53), b) La suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63), c) Extinción de la acción penal, pero solo en el entendido que el Juez cuando ocurra el numeral primero que es la muerte del Acusado, deberá decidir de manera oficiosa y sin importar la reserva judicial, poner a disposición de las autoridades competentes las pruebas y elementos probatorios

recaudados en el proceso penal para que se adelanten las investigaciones pertinentes con el objeto de garantizar los derechos de las víctimas<sup>130</sup> (artículo 82).

- Código de Procedimiento Penal: a) Por prórroga de competencia (artículo 55), b) Extinción de la acción penal, pero solo en el entendido que el Juez cuando ocurra el numeral primero que es la muerte del acusado, deberá decidir de manera oficiosa y sin importar la reserva judicial, poner a disposición de las autoridades competentes, las pruebas y elementos materiales probatorios recaudados en el proceso penal para que se adelanten las investigaciones pertinentes con el objeto de garantizar los derechos de las víctimas<sup>131</sup> (artículo 77), c) De los poderes y medidas correccionales que puede tomar el Juez dentro del proceso penal (artículo 143), d) Sobre las medidas y levantamiento de las mismas que se hacen en el proceso cuando debe ser afectado o garantizado el principio de publicidad (artículo 149), e) En la suspensión, sustitución o cesación de la medida de seguridad (artículo 468), f) Condición para la revocatoria de la medida de seguridad (artículo 473), g) Ampliación de pruebas por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en la solicitud de rehabilitación (artículo 483).

La función de administrar justicia en el Estado Social y Democrático de Derecho colombiano, se erige como uno de los pilares fundamentales que hacen parte de la base del Estado. De esta manera, y no de otra se puede colegir del mismo texto constitucional, al establecer la Carta Magna en su artículo 2, la consecución de un orden social justo como uno de los fines de Estado y en los artículos 229 y 230 del mismo texto normativo, la consagración del acceso a la administración de justicia, para la obtención de decisiones judiciales en consonancia con la norma y la Constitución prevaleciendo el derecho sustancial y el respeto por las garantías de

---

<sup>130</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-828 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>131</sup> *Ibíd.*

las partes; todo ello con el objeto de garantizar a su vez una justicia material. Es tan importante y eje fundamental la consecución de la justicia, que el mismo Estado delega esta función jurisdiccional a los Jueces y solo de manera excepcional a los particulares o a ciertas autoridades de carácter público.

En este sentido, la verdad real se convierte en el objetivo primordial de la justicia con la magna tarea de vincularla a la verdad procesal, formando una de carácter unísono y eje rector del proceso penal. De tal suerte se convierte en un fin superior dentro del proceso penal que debe en todo caso ser descubierta con la sentencia de fondo que resuelva sobre la libertad o retención del acusado<sup>132</sup>.

De esta manera, el artículo 5 de nuestra normatividad procesal penal, consagra la imparcialidad del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, con el objeto principal de buscar la verdad y la justicia con objetividad. Por ello, establece al Juzgador no como un convidado de piedra, pero si como un tercero neutral que con base al equilibrio de armas debe decidir con las pruebas obrantes en el proceso y tomar su decisión con base a los fundamentos que las partes han dado en el mismo.

Como quiera la labor de la verdad no solo está circunscrita a esclarecer los hechos y tomar decisiones justas. Más que esto, el objeto primordial de la verdad también se encamina a garantizar los derechos de las víctimas a conocer la realidad de los hechos, a obtener justicia y ser reparados en el perjuicio ocasionado. En definitiva, la víctima espera en todo caso conocer la verdad de lo sucedido<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Editores del Puerto, 2000. Pág. 185

<sup>133</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño

Ahora bien, la consecución de la verdad obliga al legislador en la labor de establecer unos límites en los cuales, tanto las partes, como la administración de justicia delegada en los jueces, deben moverse dentro del proceso, por ende no se pueden transgredir con el objeto principal de preservar el orden social y respetar las garantías que la misma constitución y la norma legal les otorga a los involucrados e intervinientes dentro del proceso penal.

En este sentido, los Estados son libres de configurar su propio sistema procesal penal, con el objeto de cumplir con las máximas constitucionales que la Carta Magna les encomienda, esto es la prevalencia de un orden social justo, el respeto a los bienes jurídicos de los gobernados y el castigo de manera legítima de los transgresores de la ley penal, haciendo uso del poder coercitivo del aparato jurisdiccional.

Por consiguiente, el Estado colombiano ha permitido adoptar un procedimiento procesal penal de carácter acusatorio, pero con características propias que lo alejan a toda duda de un procedimiento acusatorio puro y que le imprime de acuerdo a las condiciones materiales y sociales propias de nuestra sociedad, características para la resolución de los conflictos entre los ciudadanos. En primera medida, su adopción se vio concretada a través de la Constitución de 1991, pues marcó un derrotero que no puede ser transgredido en ningún momento por los funcionarios judiciales, autoridades y particulares que de manera general, unos y excepcional otros administran justicia.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, al determinar:

*“Ejemplos claros de limitaciones constitucionales al derecho a la verdad y al deber del Estado de buscarla para proferir una sentencia justa, se encuentran en los artículos 29, 31, 32 y 33 de la Carta, según los cuales sólo pueden ser apreciados los hechos y circunstancias que rodean el caso con las garantías propias del derecho penal en los Estados constitucionales y democráticos, los que si bien es cierto constituyen un*

*avance cierto y determinante en la dignificación del derecho penal y en la civilización de los Estados en la lucha contra la impunidad, también lo es que inclina la balanza en la tensión entre eficientismo y garantismo, a favor de la búsqueda de la verdad con plena eficacia de los derechos y libertades del acusado. En efecto, cuando la validez y eficacia de la prueba, que pretende desentrañar la verdad de lo sucedido, depende del cumplimiento de las formas del juicio penal y de los requisitos previstos en la Constitución y la ley, so pena de que sea nula de pleno derecho, resulta evidente que las garantías constitucionales del derecho penal limitan la labor estatal de búsqueda de la verdad. Igualmente ocurre en los casos en los que, a pesar de que muy probablemente se conozca la verdad de lo sucedido, el ordenamiento jurídico exime de autoincriminarse o, en aquellas situaciones en las que el juez considera proporcional al hecho verdadero una condena de mayor magnitud que se impide en beneficio del apelante único, o en casos en los que a pesar de haberse encontrado elementos probatorios fundamentales, no pueden ser valorados porque se adquirieron con violación del debido proceso”<sup>134</sup>.*

De esta forma, aunque se advierte en cabeza del Estado, el deber de consecución de la verdad dentro del proceso penal, dicha obligación no es de carácter ilimitado, pues debe respetar una serie de garantías legales que permite establecer el legislador en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, con el objeto principal de reglar el procedimiento, el respeto a los derechos fundamentales y los derechos humanos.

Por consiguiente, ni siquiera en Estados de excepción pueden limitarse este tipo de garantías constitucionales y universales, mucho menos podrá hacerse en la consecución de la verdad dentro del proceso penal, subordinándose así la justicia al respeto de la dignidad humana, el respeto de los derechos fundamentales y el estricto apego a los principios rectores del proceso penal, y las regulaciones probatorias que en él se establecen.

Entonces, se crea una clara tensión entre la consecución de la verdad y los derechos constitucionales, garantías universales, procesales y reglas

---

<sup>134</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

procedimentales. De tal suerte, que en el sistema procesal penal “se han diseñado cuatro prototipos de esquemas procesales, a saber i) el sistema dispositivo, según el cual corresponde a las partes iniciar el proceso con el planteamiento de los hechos y normas jurídicas que serán objeto de análisis judicial, impulsarlo mediante la intervención activa en las actuaciones judiciales y aportar todos los elementos probatorios al proceso. Este sistema ha sido tradicionalmente utilizado en la justicia civil; ii) el sistema inquisitivo puro, en el que corresponde al juez la investigación y juzgamiento de las conductas reprochables penalmente, por lo que puede advertirse que la búsqueda de la verdad y la justicia es una clara responsabilidad judicial; iii) sistemas con tendencia acusatoria y acusatorios típicos, en los cuales se distinguen y separan las etapas cognoscitiva y valorativa del hecho, por lo que la búsqueda de la verdad de lo sucedido no está a cargo del juez y, con base en ella, a él corresponde hacer justicia en el caso concreto y, iv) los sistemas mixtos en que toman elementos de los dos esquemas extremos, por lo que la lucha contra la impunidad, la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia material son responsabilidades compartidas entre autoridades judiciales y administrativas”<sup>135</sup>.

Del mismo modo, es en el Acto Legislativo número 3 del año 2002, en donde permite el Constituyente cambiar el modelo procesal vigente, por uno acusatorio y se desarrolla la Ley 906 de 2004, para reglar lo concerniente a su procedimiento. Aunque el sistema adoptado fue el acusatorio, este no es de carácter puro, sino con tendencia a este, pues el Juez Penal con Funciones de Conocimiento tiene una función que “va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o acusado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una

---

<sup>135</sup> *Ibíd.*

*reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad*<sup>136</sup>.

Grosso modo, el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, debe actuar con una pasividad judicial, con el objeto de garantizar la igualdad de armas o de trato entre las partes procesales, lo que es lo mismo, la oficiosidad del Juzgador es limitada con el objetivo de evitar situaciones en donde una de las partes se encuentre privilegiada por el sentenciador, garantizándose los derechos constitucionales establecidos en los artículos 29, 13 y 229 de la Constitución Política, en donde las partes cuentan con igualdad de medios procesales que tiene por objeto un *“uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros*<sup>137</sup>

Aunque el ordenamiento jurídico procesal y el Código Penal vigente, le permite al Juez Penal con Funciones de Conocimiento del Estado Social de Derecho, en ciertos casos actuar de manera oficiosa, no podemos decir que en comparación con los anteriores sistemas penales adoptados por este Estado, esa sea la generalidad, sino por el contrario es la excepcionalidad y por consiguiente sus intervenciones dentro del mismo son excepcionales y taxativas por la ley, puesto que el legislador en uso de su libertad de configuración legislativa, así lo ha definido.

---

<sup>136</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>137</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

No obstante, la libertad de configuración legislativa del legislador debe responder a unas exigencias básicas y necesarias que establece la Constitución Política de Colombia, con el objeto de garantizar un orden social justo con equidad social y justicia material, además para ello, en algunas ocasiones el legislador puede desbordarse de su óptica rompiendo estos lineamientos constitucionales.

De este modo, el sistema procesal penal colombiano, no establece en su normatividad ninguna atribución de carácter oficioso al Juez Penal con Funciones de Conocimiento, para que en caso de vislumbrar dentro del proceso un error de carácter invencible, este sea decretado de oficio, por ser irresponsable el sujeto procesal y así acabar con el proceso por extinción de la acción penal y/o absolver.

Lo anterior, no quiere decir que en el proceso no se permita la extinción de la acción penal, cuando exista una causal de ausencia de responsabilidad, en este caso, una por error invencible, sino que el legislador en su libertad de configuración legislativa decidió limitar estas solicitudes solo a las partes o intervinientes. De tal suerte, que el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, es un tercero neutral que hace parte del proceso penal, con imparcialidad y no intervención dentro del desarrollo del mismo, a menos que por excepcionalidad así se requiera, como cuando puede ampliar el interrogatorio de las partes, con el objeto procesal de eliminar dudas pero sin intervenir en el manejo de la teoría del caso.

Recordemos, que el actual sistema procesal penal, se circunscribe, como uno acusatorio de carácter mixto y único. Por consiguiente, nuestro sistema procesal penal posee características que se la han ido imprimiendo a lo largo de su desarrollo y exige del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, por ejemplo su no intervención.

Así las cosas, y atendiendo al problema jurídico planteado, de manera inicial no puede el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, intervenir en el proceso de manera oficiosa para decretar la extinción de la acción penal y/o absolver, cuando de los elementos materiales probatorios vislumbre la existencia de un error invencible que permita decretar la absolución del acusado.

De tal suerte y teniendo como base lo anterior, pasaremos a estudiar los antecedentes procesales normativos del Código Penal de 1980, para verificar, si en las normatividades anteriores, se presentaba la misma situación.

**2.6.2 El principio de oficiosidad penal desde los estatutos procesales de 1970, hasta el actual: extinción de la acción penal por error invencible.** Como se dijo anteriormente, el sistema procesal penal vigente en el Código de 1980, si consagraron la extinción de la acción penal y/o absolver de manera oficiosa por parte del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, cuando se vislumbre causal de ausencia de responsabilidad, incluido por error invencible.

El objeto fundamental se basa en que a diferencia del actual sistema procesal penal, en el anterior *“el principio de oficiosidad es el dominante en el ordenamiento procesal penal”*<sup>138</sup>, en este sentido se daba primacía a un sistema procesal de carácter inquisitivo que aunque con formalidades como garantías procesales entregaba al juzgador las potestades de instrucción, investigación y juzgamiento, con el objetivo primordial de encontrar la justicia material.

Sin embargo, el casi que poder absoluto en la administración de justicia, puede llevar a excesos en la interpretación judicial por parte del sentenciador y a la eliminación de la imparcialidad, por consiguiente la subjetividad en las decisiones judiciales salta a la vista, por ser quien investiga y recolecta pruebas, el mismo que acusa y juzga.

---

<sup>138</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-459 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así las cosas, nos permitiremos revisar desde 1970, los diversos estatutos procesales y su consagración al principio de oficiosidad del Juez Penal con Funciones de Conocimiento para la cesación del proceso penal por existencia de alguna causal de ausencia de responsabilidad en la modalidad de error invencible, con el fin de determinar si la prohibición del legislador del actual código de procedimiento penal responde a requerimientos propios del sistema, o si por el contrario se afectan los principios de progresividad legislativa, prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, justicia material, acceso a la administración de justicia, debido proceso, dignidad humana y la limitación a la consecución de un orden social justo, fin esencial del Estado Social de Derecho colombiano, establecido por el Constituyente de 1991, y cuya consagración se encuentra en el artículo 2 del texto constitucional.

El Decreto 1345 de 1970, establece en su artículo 158, lo atinente a cesación del procedimiento, al respecto indica:

*“ARTÍCULO 158. PROVIDENCIA ESPECIAL DE CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido o que el Acusado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el Juez, previo concepto del Ministerio Público, procederá, aún de oficio, a dictar providencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo.*

*La providencia a que se refiere el inciso anterior debe ser consultada”*

Si bien es claro entonces, permitía en este estatuto procesal la cesación del procedimiento esto, es la extinción de la acción penal en favor del acusado de manera oficiosa por parte del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, cuando la ley no considera que el hecho es una infracción penal, en otras palabras, cuando se compruebe una ausencia de responsabilidad penal en la modalidad de error invencible, o en la modalidad de error vencible, siempre que el tipo no admita modalidad culposa.

En este mismo sentido lo establece el estatuto procesal Decreto 409 de 1971, en su artículo 163, el cual lleva el mismo título y contenido del anterior. A continuación se transcribe:

*“ARTÍCULO 163. AUTO DE CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el Acusado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el juez, previo concepto del Ministerio Público, procederá, aun de oficio, a dictar auto en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el Acusado. El auto a que se refiere el inciso anterior debe ser consultado”*

La diferencia esencial radica en que esta decisión ya no será ejecutoriada por medio de providencia, sino por auto. Sin embargo, la esencia del artículo es el mismo.

Con la expedición del Decreto 0050 de 1987, normatividad procesal promulgada en la época del Código Penal de 1980, establece en el artículo 34 la cesación del procedimiento penal de esta manera:

*“ARTÍCULO 34. CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. Salvo lo previsto en el artículo 503, en cualquier momento del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el Acusado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse, el juez, mediante auto interlocutorio así lo declarará”*

Es de recordar que técnicamente en el Código Penal de 1936, no estaban establecidas las causales de ausencia de responsabilidad con el mismo rigor dogmático que si se vislumbra en el Código Penal de 1980, de tal manera que el legislador al reglamentar la cesación del procedimiento en este nuevo estatuto penal, tuvo en cuenta el término causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad; de tal suerte que el Juez Penal con Funciones de Conocimiento,

puede de manera oficiosa, por medio de auto interlocutorio, una vez vislumbrado plenamente dentro del proceso penal, la existencia de un error invencible o vencible, siempre y cuando el delito no admita modalidad culposa, decretar la cesación del procedimiento y como consecuencia de ello la extinción de la acción penal.

El Código Penal de 1991, esto es el Decreto 2700 de 1991, le agrega una novedad al procedimiento de cesación de la acción penal, pues no solo es necesario que la acción pueda ser cesada por medio de providencia interlocutoria que emite el fiscal, y que debe ser verificada por el Juez Penal con Funciones de Conocimiento durante el juicio. Al respecto, nada dice que el Juzgador de manera oficiosa lo pueda hacer; tenemos del texto del artículo se desprende que está facultado, pues indica que *“el juez considerando las mismas causales declarará la cesación del procedimiento”*.

Al respecto indica la norma:

*“ARTICULO 36. PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. En cualquier momento de la investigación en que aparezca plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el fiscal declarará extinguida la acción penal mediante providencia interlocutoria. El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio”*.

Las causas son las mismas, y entre ellas está la existencia de un error invencible o vencible siempre que el delito no admita modalidad culposa. Se puede afirmar sin ningún error, que se permite que el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, tome de oficio dicha decisión, porque recordemos que el Código Penal de 1980, fue inspirado sobre el principio de la oficiosidad, de tal manera que el sentenciador con el objeto de prevalecer la justicia material y el respeto de las

garantías procesales podía intervenir en todo momento en el proceso penal e incluso participar en la recolección de pruebas.

Con la entrada en vigencia del Código Penal del 2000, el cual aún se encuentra vigente con sendas modificaciones, deroga la normatividad penal de 1980, y abre paso a un nuevo paradigma dogmático en la ciencia del derecho nacional. En este sentido, se expide la Ley 600 del mismo año, que permite entrar a regular el procedimiento penal aplicable a dicha normativa sustancial penal recientemente expedida.

En este sentido, establece en el artículo 39 la preclusión de la investigación y cesación del procedimiento de la siguiente manera:

*“ARTICULO 39. PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria.  
El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio”*

Siguiéndose la misma fórmula de la normatividad procesal anterior, establece la aplicación de la preclusión de la investigación y cesación del procedimiento, la cual puede ser oficiosa por parte del Juez Penal con Funciones de Conocimiento.

Con la entrada en vigencia del acto legislativo 03 de 2002, por medio del cual crea el sistema penal acusatorio, por ende cambia la dinámica del Juez Penal con Funciones de Conocimiento dentro del proceso penal, en este sentido y con la expedición del Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004, el legislador limita la solicitud de extinción de la acción penal a las partes e intervinientes y será el Juzgador quien de la revisión de los elementos materiales probatorios,

evidencia física, información legalmente obtenida y los argumentos del solicitante el que determinará si es procedente la cesación del procedimiento y por consecuencia la extinción de la sanción penal, cuando a la luz del numeral 6 del artículo 88 de la normatividad penal sustancial, se vislumbre la exención de punibilidad, esto es la ocurrencia de un yerro invencible o uno vencible que no admita el tipo modalidad culposa.

La extinción de la sanción penal, ocasiona a la luz del artículo 88 del Código Penal, la pérdida en cabeza del Estado de aplicar el poder punitivo a quien ha cometido un agravio o delito a la sociedad. De esta manera, solo puede ser solicitada haciendo uso de la justicia rogada, y no como una atribución oficiosa del Juez Penal con Funciones de Conocimiento.

De esta manera, el Legislador haciendo uso de su libertad de configuración legislativa, ha decidido limitar la oficiosidad del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, con el objeto de mantener el equilibrio de armas dentro del proceso y a favor de las partes, la imparcialidad judicial y el respeto al sistema propio con tendencia acusatoria adoptado por medio del acto legislativo ya mencionado. Sin embargo, el legislador ha hecho esto a un costo muy grande, pues ha puesto en peligro los fines esenciales del Estado para la consecución de un orden social justo, el acceso a la administración de justicia, la dignidad humana, la justicia material, el debido proceso, la verdad y la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal.

Así que de manera continuada pasaremos a estudiar la figura constitucional de la libertad de configuración legislativa por parte del legislador y los límites que por desarrollo jurisprudencial, la Corte ha establecido.

**2.6.3 Libertad de configuración legislativa versus derechos del acusado: oficiosidad del juez penal con funciones de conocimiento.** Por mandato constitucional, es obligación del legislador la configuración normativa de todo lo referente a procedimientos judiciales y administrativos, regulaciones sustanciales, recursos, cuantías, términos, régimen probatorio, competencia y todo lo atinente a la función legislativa. De esta manera, el artículo 150 de la Carta Magna, en sus numerales 1 y 2, imprime de facultad legislativa al congreso para que se encargue de ello, como un deber que deben ser protegido en una serie de libertades propias que le impriman al procedimiento características necesarias para la regulación de las relaciones entre el Estado, los particulares y las instituciones.

De esta manera, la libertad configurativa del legislador cubre un amplio espectro de situaciones que de no ser de otra manera imposibilitaría la función legislativa.

En este sentido, el legislador puede reglamentar y delinear<sup>139</sup> entre muchas otras circunstancias de tipo legislativo las siguientes de carácter fundamental: a) los diferentes recursos y medio de defensa que pueden ser interpuestos dentro del proceso, junto con sus requisitos<sup>140</sup>, b) las etapas de cada proceso junto con sus términos, y formalidades, c) la atribución de competencia a las autoridades o a los particulares que de manera excepcional administran justicia<sup>141</sup>, d) los mecanismos de prueba<sup>142</sup>, y e) *“los deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, del juez y aún de los terceros intervinientes, sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite, o para proteger a las partes o intervinientes, o para prevenir daños o perjuicios en unos u otros procesos”*<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-1104 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>140</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-384 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>141</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-111 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>142</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-1270 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>143</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-1104 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

No obstante, y ante la libertad de configuración legislativa que posee el legislador, dicha potestad no es de carácter absoluto, pues en ningún caso podría contrariar las garantías y derechos constitucionales que se esgriman por la carta magna, como todo límite por parte del Estado y los particulares a sus actuaciones. Por consiguiente, la potestad legislativa del legislador debe estar supeditada a este límite y a la sujeción de los principios de razonabilidad y proporcionalidad con el objeto del respeto de las garantías esenciales de los gobernados. Así lo ha expresado la Corte Constitucional por medio de su jurisprudencia, indicando:

*“El legislador dispone de un amplio margen de discrecionalidad para regular los procesos judiciales, esto es para determinar el procedimiento, las actuaciones, acciones y demás aspectos que se originen en el derecho sustancial. Todo ello dentro de los límites que fije la Constitución (art. 4º).*

*Estos límites están representados por la prevalencia y el respeto de los valores y fundamentos de la organización político institucional, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo (Preámbulo art. 1º de la Constitución); en la primacía de derechos fundamentales de la persona, entre ellos la igualdad, el debido proceso, la defensa y el acceso a la administración de justicia (CP. arts. 5, 13, 29 y 229) o el postulado de la buena fe de las actuaciones de los particulares (CP. art. 83).*

*En atención a referentes superiores como los señalados, la Corte tiene establecido que la legitimidad de las normas procesales y el desarrollo del derecho al debido proceso están dados por su proporcionalidad y razonabilidad frente al fin para el cual fueron concebidas. Por ende, “la violación del debido proceso ocurriría no sólo bajo el presupuesto de la omisión de la respectiva regla procesal o de la ineficacia de la misma para alcanzar el propósito para el cual fue diseñada, sino especialmente en el evento de que ésta aparezca excesiva y desproporcionada frente al resultado que se pretende obtener con su utilización”<sup>144</sup>.*

En este sentido, aunque efectivamente el legislador posee una libertad de configuración con el objeto de delinear los procedimientos y formas aplicables para el desarrollo y protección de los derechos sustanciales y la obtención de la justicia material, esta libertad de configuración normativa no puede ir en contra de los límites constitucionales que expresamente protege la constitución, ni mucho

---

<sup>144</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-1512 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

menos romper de manera desproporcionada e irrazonable los principios y derechos fundamentales que protegen a los gobernados de los abusos y arbitrariedades que durante épocas anteriores como la monarquía crearon procedimiento subjetivos y arbitrarios.

Ahora bien, la libertad de configuración del legislador no solo está limitada por las garantías y derechos fundamentales que ha establecido el constituyente, ni tampoco únicamente por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Dentro de la teoría moderna constitucional, se ha destacado como un aspecto importante la necesidad de estudiar cada norma producida por el legislador no solo a la luz de los anteriores principios, sino también acorde al principio de progresividad y no regresión, de tal manera que de manera posterior los derechos, garantías y principios establecidos a favor de los gobernados, no puedan ser limitadas por procedimientos, recursos, o elementos procesales o subjetivos posteriores que pongan en peligro los mínimos constitucionales establecidos por el Estado en favor de una justicia material.

De este modo lo ha entendido la Corte Constitucional, haciendo por consiguiente extensivo este principio de la progresividad y no regresión a todos los derechos con carácter prestacional, esto es a todos los derechos fundamentales, pues estos tienen por esencia este carácter prestacional. Así, ha sido entendido por la Corte Constitucional, por medio de la sentencia T-133 de 2006, en donde deja claro que no solo los Derechos Económicos Sociales y Culturales tiene este carácter, sino también los derechos civiles y políticos:

*“Es importante resaltar que todo derecho fundamental exhibe dos facetas. La primera, entendida como una faceta de abstención, la cual hace mención a la protección del contenido del derecho mismo, impidiendo que terceros los transgredan o vulneren con conductas que vayan en contravía de éstos. La segunda, concebida como una faceta de acción, que determina los mecanismos idóneos para garantizar su goce*

*efectivo, así como también estipula sobre quien recae la responsabilidad una vez éstos sean quebrantados.*<sup>145</sup>

*En efecto, la jurisprudencia constitucional, de manera reiterada, ha sostenido la dimensión prestacional no sólo de algunos derechos constitucionales específicos, como, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales, sino también de derechos relacionados con la libertad, derechos civiles y políticos fundamentales.*<sup>146</sup>

Aunque, en este momento, la Corte Constitucional solo reconocía el carácter prestacional a los derechos económicos, sociales y culturales, con base en las características propias de este tipo de garantías, de manera posterior amplía este aspecto a los derechos civiles y políticos, de tal suerte que por medio de la sentencia T – 760 del 2008 sostuvo:

*“3.3.4. No es cierto pues, que la categoría derechos de libertad coincida con la categoría ‘derechos no prestacionales’ o ‘derechos negativos’. Existen múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención.*

*3.3.5. La jurisprudencia constitucional considera entonces, que la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’. Es un error categorial hablar de ‘derechos prestacionales’, pues, como se dijo, todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales.”*<sup>147</sup>

Lo anterior, quiere decir que aunque un derecho sea fundamental, esta naturaleza no excluye el carácter prestacional que el mismo puede tener. De su carácter prestacional precisa explícitamente la necesidad de crear todo un andamiaje legislativo, e institucional para su protección junto con el desarrollo y adopción de una serie de características y procedimientos que garanticen su ejecución,

---

<sup>145</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-792 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Medina.

<sup>146</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-133 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>147</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

protección y reclamación ante los particulares y las autoridades judiciales y administrativas.

Ahora bien, la importancia de los elementos prestacionales en los derechos fundamentales radica en que estos son el eje de desarrollo de los procedimientos, entre ellos, el procedimiento penal. De tal suerte que todos los derechos fundamentales tienen unos elementos de contenido mínimo que son de cumplimiento inmediato y otros de contenido abierto que son los que el legislador entra a desarrollar por medio en este caso del procedimiento penal. Así las cosas, cuando el legislador desarrolla el contenido abierto de un derecho fundamental, este está sujeto a los principios de proporcionalidad, razonabilidad, progresividad y no regresividad entre otros. Así lo ha explicado la Corte Constitucional, en sentencia T-760 del 2008, al indicar:

*“3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP.–). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo de los derechos.”<sup>148</sup>*

---

<sup>148</sup> *Ibíd.*

De otro modo, el respeto por el principio de progresividad y no regresión crea unas obligaciones implícitas en el legislador, pues este no puede a) evitar que el Estado cumpla con la realización y ejecución a favor de sus ciudadanos de los derechos fundamentales, b) no se puede reducir por medio de procedimientos posteriores las garantías actuales de las que gozan los gobernados. De esta manera, es imperioso reconocer este principio como una de las más claras limitaciones objetivas en contra de la libertad de configuración del legislador. De esta manera ha sido reconocido por la Corte Constitucional en sentencia C – 671 de 2002:

*“[E]l mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.”<sup>149</sup>*

De este modo, con el desarrollo de un modelo de Estado Social de Derecho en Colombia, se adopta entre otras características, los derechos económicos, sociales y culturales, de tal forma que se intenta aumentar los niveles de justicia material y mínimos existenciales otorgando a favor de los gobernados, condiciones más dignas de vida y desarrollo personal.

En nuestro país, la adopción de este modelo de Estado Social de Derecho se hizo por medio de la Constitución de 1991. Así las cosas, se adopta un nuevo paradigma constitucional esto es, la imposición del Estado para con el legislador de adoptar un sistema legislativo que desarrolle un Estado Social<sup>150</sup>, respete el principio de progresividad y no regresión<sup>151</sup> y garantice los contenidos

---

<sup>149</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>150</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-722 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>151</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

constitucionales, la adopción y ratificación de los tratados internacionales vinculantes, y la conservación y desarrollo del Juez constitucional<sup>152</sup>.

Es de tal relevancia el principio de progresividad y no regresión en la protección de los derechos fundamentales por tener todos estos carácter prestacional, que el mismo constituyente ha equiparado de fuerza constitucional a la Corte de tal manera que pueda realizar un control de constitucionalidad, sobre las leyes que expide el congreso con el objetivo de entre otros muchos principios revise el respeto al principio de progresividad y no regresión. Así mismo, esto no significa que una vez se hace el primer control constitucional este no pueda ser desvirtuado, pues pone en cabeza de los gobernados por medio de la acción de constitucionalidad realizar una revisión posterior poniendo en juego nuevos argumentos que sean tenidos en cuenta por el Juez Penal con Funciones de Conocimiento.

Ahora bien, en materia internacional el principio de progresividad y no regresión ha sido reconocido por varios tratados de carácter internacional que han sido adoptados y ratificados por el Estado colombiano, haciendo parte de esta forma del bloque de constitucionalidad, creándose obligaciones para el Estado Social de Derecho colombiano, de respetar y adoptar medidas para su protección, garantía y cumplimiento. De tal suerte, el Estado debe destinar una gran fuerza técnica, humana y presupuestal para adoptar todas las medidas necesarias con el objeto de cumplir estas obligaciones que en él se impone.

El principio de progresividad y no regresión, por ejemplo lo encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales artículo 2.1:

*“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la*

---

<sup>152</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

*cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*<sup>153</sup>

Según la interpretación dada por el Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en la observación general número 3, de su interpretación se puede concluir que *“el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un periodo corto de tiempo”*<sup>154</sup>, de esta manera los Estados deben adoptar medidas inmediatas que garanticen un goce efectivo por el respeto, desarrollo y garantías a favor de los derechos fundamentales en consonancia con el principio de progresividad y no regresión.

En este mismo sentido se desarrolla el capítulo tercero, artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 el cual dispone:

*“CAPITULO III, DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 26: Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [en línea]. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. [citado el 4 noviembre de 2014]

<sup>154</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>155</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1993. [en línea]. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.V.htm>>. [citado el 4 noviembre de 2014]

De igual manera el artículo I, de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o más conocido como el protocolo de San Salvador se permite incluir el principio de progresividad, indicando:

*“Artículo I. Obligación de Adoptar Medidas: Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”<sup>156</sup>.*

La anterior declaración es de carácter similar a la establecida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ahora bien, respecto a la no regresividad, por medio del artículo 11 de la nota aclaratoria de la Convención para la Confesión de Informes Periódicos expedida y aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos – OEA -, se permite definirlo como *“todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”<sup>157</sup>*

En este mismo sentido se desarrolla el principio 14b) de los Principios de Maastricht, al indicar que son violaciones del Pacto, entre otras: *“la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza”<sup>158</sup>.*

---

<sup>156</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”. [en línea]. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>>. [citado el 4 noviembre de 2014]

<sup>157</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-767 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>158</sup> PEÑA CHACÓN, Mario. Límites, Restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental. [en línea]. Disponible en: <[http://huespedes.cica.es/gimadus/26-27/004-limites\\_restricciones\\_excepciones\\_principio.html](http://huespedes.cica.es/gimadus/26-27/004-limites_restricciones_excepciones_principio.html)>. [citado el 4 noviembre de 2014]

La Corte Constitucional Colombiana, tampoco ha sido ajena a esta situación y a través de la sentencia C-507 de 2008, estableció respecto a la no regresividad y las situaciones que la generan lo siguiente:

*“... la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social<sup>159</sup> o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que está en proceso de acceder al derecho<sup>160</sup>. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población.”<sup>161</sup>*

De esta manera, la introducción del principio de progresividad y no regresión aunque de manera primaria se realizó solo a los derechos económicos, sociales y culturales porque se creía que estos eran los únicos que tenían carácter prestacional, y que su exigencia por esta circunstancia no podía hacerse de manera inmediata sino gradual fue superada, dotando de estas mismas características a los derechos civiles y políticos debate y postura aceptada también por la Corte Constitucional Colombiana y por consiguiente extendiendo y agregando las facetas prestacionales de las cuales gozan los DESC, también a los derechos fundamentales de la Carta Magna.

Por consiguiente, la progresividad y no regresión como límites impuestos a la libertad de configuración normativa del legislador implica por consiguiente dos tipos de obligaciones<sup>162</sup>. En primera medida, se establece una obligación para el Estado en el sentido de analizar los resultados que se obtienen en la aplicación de las políticas públicas, desarrollo normativo y procedimientos aplicados y su

---

<sup>159</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-1165 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>160</sup> Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-1318 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>161</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>162</sup> COURTIS, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. En: Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Centro de Asesoría Legal (CEDAL) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2006. Págs. 3 a 6.

impacto en la preservación y protección de los derechos fundamentales. En segunda medida, la obligación de adoptar normas, procedimientos e instituciones que cumplen con el objetivo de ampliar la satisfacción a favor de los ciudadanos de gozar de los derechos y garantías que por Constitución tienen derecho, con la prohibición implícita de modificar, suprimir, limitar o trasgredir los derechos y garantías constitucionales ya reconocidos previamente.

En este sentido, para el cumplimiento de estas obligaciones, el Estado Social de Derecho colombiano, debe configurar un plan de acción, derrotero o guía para lograr la satisfacción del derecho a favor del ciudadano<sup>163</sup>, el aumento de los recursos a los planes, políticas, programas e instituciones que se encargan de ello<sup>164</sup>, y eliminar barreras como el aumento de costos<sup>165</sup>, o los requisitos necesarios para hacer uso de un derecho, así como las trabas administrativas innecesarias que de manera injustificada pueda sufrir un ciudadano para el goce, disfrute o exigencia de su derecho<sup>166</sup>.

Si bien, se ha dicho que el principio de progresividad y no regresión es un límite a la potestad de configuración normativa que tiene derecho el legislador al ser este derecho un requisito necesario para el cumplimiento de unos deberes que le encarga el Estado puesto que a su vez este debe cumplir una serie de deberes con sus gobernados. La aplicación de este principio no tiene obligaciones absolutas, puesto que es posible que en un determinado momento se deban adoptar medidas regresivas, siempre y cuando se deba adoptar *“una rigurosa carga justificativa por las autoridades competentes”*<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>164</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-1165 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>165</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-1318 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>166</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-428 de 2009. M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

<sup>167</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-991 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En palabras de la Corte Constitucional, *“las medidas regresivas deben sujetarse a un escrutinio de constitucionalidad más estricto que otras decisiones legislativas, que además comprenda una comparación con los estándares de protección anteriores, es decir, el juicio de constitucionalidad de estas medidas incluye también un examen de evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho correspondiente. Así, como se indicó en la sentencia C-671 de 2002, para que una medida regresiva pueda considerarse ajustada a la Carta, “(...) las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”. Además, con fundamento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en este mismo fallo la Corporación precisó que para justificar medidas regresivas “(...) el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que ‘se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles’”. Aunque estas afirmaciones parecieran restringirse a los derechos sociales, lo cierto es que, como se indicó previamente, deben extenderse a cualquier faceta de desarrollo progresivo de un derecho fundamental”*<sup>168</sup>.

De esta manera, el desarrollo y adopción del sistema procesal penal, debe responder no solamente a su promulgación como un requisito necesario para satisfacer el derecho sustancial, sino también debe vincularse con los principios, normas, reglas y obligaciones que tiene el Estado colombiano con sus gobernados, con el objeto de lograr la protección de los objetivos constitucionales, la consecución de una sociedad más justa, la paz, el respeto a la dignidad humana y la consecución de la justicia material.

No puede entonces hablarse de un procedimiento procesal penal que contrariando los preceptos normativos, límites y principios constitucionales elimine de su ordenamiento interno la facultad oficiosa que tenía el Juez Penal con Funciones

---

<sup>168</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de Conocimiento en procedimientos anteriores para decretar la extinción de la acción penal con su correspondiente cesación del procedimiento, cuando del comportamiento desarrollado por el acusado, y de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida se pueda determinar que en su comportamiento ha sido llevado a cabo bajo causal alguna de error invencible o vencible en delito que no admite modalidad culposa y que lleva a la absolución del Acusado, pero que por ignorancia, falta de técnica o de conocimiento del defensor o los intervinientes no haya sido alegada en el proceso.

De esta manera, se rompe la armonía del procedimiento, aunque obviamente entra en conflicto la imparcialidad del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, esta no puede ser absoluta, como ya se explicó, cuando se pone en riesgo la justicia material y los mandatos constitucionales del respeto a la dignidad humana, los derechos del acusado y la prevalencia del derecho procesal sobre el sustancial.

Así las cosas, no era viable que el legislador con el objeto de cumplir con un objetivo propio del acto legislativo 03, obviara y suprimiera del procedimiento penal, esta facultad oficiosa a favor del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, solo con el justificante de la libertad de configuración normativa de la que goza para crear un sistema con tendencia acusatoria propia, sujetándolo de manera casi que irrestricta al principio de imparcialidad ejemplo de ellos es la eliminación de la oficiosidad y porque no de la facultad probatoria establecida en el artículo 361 de la normatividad procesal penal y que la misma Corte Constitucional se ha permitido ampliar.

La adopción de este procedimiento, no solo viola los derechos y garantías constitucionales mencionadas a lo largo de esta tesis, sino que rompe con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano por medio del bloque de constitucionalidad para con la sociedad y la comunidad internacional, pero también

pone en juego los límites establecidos por la doctrina y la constitución a su autonomía o libertad de configuración normativa de manera injustificada, desproporcionada e irrazonable. De esta forma, la dogmática penal y el derecho penal constitucional se ven transgredidos, exigiendo ser modificada aquellas disposiciones que por vía legislativa afectan su desarrollo.

De esta manera, me permitiré encontrar posibles soluciones al problema planteado y ofrecer una alternativa ante el yerro que a mi consideración ha establecido el legislador.

**2.6.4 La oficiosidad del juez penal para archivar el proceso penal en el derecho comparado: Latinoamérica.** La necesidad de abordar el uso del derecho comparado, no es un simple capricho del investigador académico. Al contrario, responde a la necesidad de encontrar modelos foráneos que muestren o apoyen la posición doctrinal que se sostiene dentro de un trabajo de investigación. De esta manera, se pretende entonces encontrar unas bases sólidas que en la práctica demuestren la viabilidad de aplicar o no el modelo teórico que se propone y porque no, dar más fuerza a la propuesta que se realiza.

De esta manera, es innegable el avance dogmático penal de Latinoamérica la cual desde 1998, ha pasado de un sistema inquisitivo a otro de características acusatoria.

Así, para Mauricio Duce, y Rogelio Pérez Perdomo, en su artículo Seguridad ciudadana y reforma de la justicia penal en américa latina, son elementos claves para la reforma del sistema penal en el hemisferio sur, son los siguientes: a) era necesario la evolución del sistema penal en algunos países que ofreciera muchas más garantías a los intervinientes y fuera más eficiente desde todo punto de vista, b) los procesos de democratización que se fueron desarrollando en américa latina, exigió de los nuevos sistema democráticos con carácter social una nueva

perspectiva social que fuera eficiente contra las graves violaciones de derechos humanos que se presentaban, c) la avalancha de movimientos por la defensa de los derechos humanos, promulgando la noción del debido proceso, acceso a la justicia y la exigencia de una justicia material con base al respeto de la dignidad humana, d) modernización de la sociedad y la lucha contra el crimen organizado.<sup>169</sup>

Así las cosas, Guatemala en 1994, Argentina y Costa Rica en 1998, el Salvador, Paraguay y Venezuela en 1999, Chile en el 2000, Bolivia y Ecuador en 2001, Honduras y Nicaragua en 2002, República Dominicana en 2004, México desde 2005 hasta 2008, Colombia en el 2005, Perú en 2006 y Panamá en 2011, fueron los países latinoamericanos que adoptaron un sistema penal de tipo acusatorio.

A continuación se analizarán las legislaciones procesales de algunos países latinoamericanos y de manera excepcional el sistema procesal penal español, con el objeto de verificar si es permitido en sus procesos penales la oficiosidad del juez para cesar o archivar el procedimiento penal que se adelanta en contra del acusado cuando se vislumbra alguna causal de ausencia de responsabilidad por error invencible.

De todas maneras, el Código de Procedimiento Penal peruano, establece en su artículo 5, que se pueden proponer como excepciones a la acción penal aquellas como naturaleza del juicio, naturaleza de la acción, cosa juzgada, amnistía y prescripción. Así, considera que la excepción por naturaleza de la acción, es aquella donde el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. En este sentido, para Jorge Moyano<sup>170</sup>, caben los hechos que dentro

---

<sup>169</sup> DUCE, Mauricio. PÉREZ PERDOMO, Rogelio. Seguridad ciudadana y reforma de la justicia penal en América Latina. Boletín Mexicano de Derecho Comparado [en línea] 2001, XXXIV (septiembre-diciembre) : [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2014] Disponible en: <<http://redalyc.org/articulo.oa?id=42710203>> ISSN 0041-8633

<sup>170</sup> MOYANO, Jorge. Fundamento jurídico del medio de defensa técnico deducido. [en línea]. Disponible en: <<http://jorgemoyano.us/ena.html>> [citado el 10 de noviembre del 2014].

del proceso penal, y atendiendo al procedimiento y las pruebas que se recolecten en este se determine que el delito, ya no tiene las características de punibilidad por operar una causal de ausencia de responsabilidad por error invencible.

Ahora bien, la normatividad procesal penal faculta al Juez Penal para que las puedan deducir en cualquier momento, y resolverlas de oficio y archive definitivamente la causa que se lleva en contra del acusado.

En el sistema procesal de Chile, se establece en el artículo 407, la facultad en el juez para que de manera oficiosa pueda decretar el sobreseimiento, esto es el archivo definitivo del proceso en contra del acusado por medio de auto denominado “auto de sobreseimiento”, siempre que de acuerdo al artículo 408, entre muchas otras causales, la del número 4, que establece el sobreseimiento cuando el acusado se encuentre exento de responsabilidad penal alguna de acuerdo con lo establecido en el Código Penal artículo 10.

Al revisar el artículo 10 del Código Penal Chileno, nos encontramos que se establecen causales de ausencia de responsabilidad por la comisión de error de tipo o de prohibición en las modalidades vencible o invencible. Así que, de cierto es que en ese país también puede el Juez decretar el archivo definitivo del proceso si encuentra una causal de ausencia de responsabilidad en la modalidad de error invencible dejando en libertad al acusado.

El Código Procesal Penal de Paraguay, establece en el artículo 359, como excepciones que pueden interponerse para lograr el sobreseimiento del juicio de manera oficiosa por parte del Juez en consonancia con el artículo 362, la establecida en el numeral 1, la cual indica cuando el hecho no constituye hecho punible. En este mismo sentido, el Código Penal de Uruguay indica a modo de ejemplo como una causal que permite determinar que un hecho a pesar de existir no es punible el descrito en el artículo 22, denominado error de prohibición

estableciendo que no será reprochable el hecho cuando el sujeto desconozca la antijuridicidad del mismo, por error inevitable, o lo que sería lo mismo error invencible.

Con mucha más técnica, pero con objeto parecido el Código de Procedimiento Penal Argentino regula en los artículos 334, 335, y 336, todo lo referente al sobreseimiento, esto es el archivo definitivo del proceso en contra del acusado. Al respecto rescata que se puede hacer al igual que las normativas anteriores en cualquier estado del proceso y faculta al juez a decretarlo de manera oficiosa, si entre algunas causas se encuentra probada la establecida en el artículo 336 numeral 5, esto es la existencia de una causal de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o excusa absolutoria, cometida obviamente en la modalidad invencible.

Al respecto la legislación penal Argentina, se permite establecer la figura del error como una causal de ausencia de responsabilidad en el título 5 denominado Imputabilidad, artículo 34 numeral 1 y siguientes.

Por último, el Código de Procedimiento Penal Español, faculta al Juez para decretar el sobreseimiento de manera oficiosa, esto es la terminación del procedimiento judicial en lo criminal. Para ello, como causales de sobreseimiento definitivo encontramos entre ellas la establecida en el numeral 2, según la cual es viable decretar el sobreseimiento de oficio por parte del Juez cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito, esto a la luz del artículo 14 numerales 1 y 3 del Código Penal español, es conocido como el error invencible sobre un hecho ilícito, y típico que excluye la responsabilidad criminal, o un error invencible que recae en la ilicitud de la conducta.

Así las cosas, no cabe duda que la figura de la oficiosidad del Juez para decretar el archivo del proceso en favor del acusado, no es una teoría vaga, inocua y sin práctica jurídica. Al contrario, como hemos visto a lo largo de toda la presente tesis, responde al objetivo de un Estado Social de Derecho moderno, esto es a la consecución de un orden social justo, el respeto por los derechos del Acusado, la dignidad humana, el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la consecución de una justicia material, la obligación del Estado de establecer la verdad, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, y el acatamiento a los límites que la misma Constitución le impone a los funcionarios, las instituciones, los procedimientos y a las ramas del poder público. De esta manera, la libertad de configuración normativa del legislador, no puede ser desproporcionada e irrazonable puesto que la limitación de este tipo de derechos ha desbordado claramente su óptica, sin fundamentos objetivos que den a entender a este investigador de su sostenibilidad a la luz de los derechos conculcados frente al principio de imparcialidad, y neutralidad probatoria que se pretende proteger y que en otros Estados y sistemas procesales de tipo acusatorio han coexistido como se acaba de mostrar de manera armónica.

**2.6.5 Oficiosidad del juez penal con funciones de conocimiento, para terminar el proceso penal y como consecuencia de ello, ordenar el archivo del mismo, cuando avisora en favor del acusado la causal de ausencia de responsabilidad penal, como lo es el error invencible.** Al ser un trabajo hermenéutico, que toca la dogmática penal desde el punto de vista procesal, pensé que lo más ideal, y en efecto lo es, sería analizar al plano jurídico actual del error invencible dentro de la órbita de la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con el objetivo de contrastar el plano ideal, esto es la propuesta que presento en mi tesis, con el plano jurídico actual, es decir los resultados que desde el campo del análisis arroja la jurisprudencia estudiada.

Permitiendo que el juez penal con funciones de conocimiento, pueda de manera oficiosa decretar la preclusión de la investigación, cuando del comportamiento del acusado se identifique un error invencible que lo exonere del reproche jurídico penal en su contra.

Por último, se escogió la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, por este el máximo tribunal jurisdiccional desde el área del derecho penal, tanto con historia, material, como dogmáticos penal suficientes para abordar el tema del análisis, sin quedarle debiendo al lector un esfuerzo de mayor calidad.

Haciendo un análisis sistemático de la Constitución Política, podemos concluir que desde el mismo preámbulo, pasando por los artículos 2, 13, 29, 228, 229, y 250, el esfuerzo del constituyente estuvo enmarcado en la búsqueda de la justicia para los gobernados, puesto que de esta forma se lograba el fin del Estado mismo, esto es la consecución de un orden social justo. De tal manera, no puede obrar de otra forma el Juez Penal con Funciones de Conocimiento que en su proceso debe encontrar la verdad, para efectivizar los derechos como garantías a favor del Acusado, respetando los límites que la constitución le impone, maximizando la conservación de una armonía en la sociedad.

En este mismo sentido, es absurdo que el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, no puede de manera oficiosa decretar la preclusión y/o absolver, o lo que es lo mismo el archivo del procedimiento en favor del acusado, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, por las partes y adjuntadas en el proceso, se vislumbre la existencia de un error invencible que convierta inexistente el reproche penal en contra del sujeto activo de la conducta investigada y procesada.

La imposibilidad normativa, solo lleva a generar una desigualdad injustificada, de tal manera que Jueces de otras ramas del derecho puedan actuar de manera oficiosa en distintas etapas procesales de sus respectivos procedimientos, puesto que es precisamente en el derecho penal donde se exigen más garantías en la actuación de los intervinientes, como de la autoridad judicial que imparte justicia, en donde se encuentre limitado en algunas circunstancias el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, para decretar de manera oficiosa el archivo de las diligencias en contra de un Acusado, que de manera injustificada soporta un reproche penal al que por derecho sustancial no es merecedor.

Del mismo modo, es frecuente encontrar falta de técnica jurídica en los intervinientes del proceso, pudiendo suceder el caso que ninguno de estos alegue la causal en mención, o que por “pereza profesional” no se proponga, instándose al Acusado muchas veces iletrado e ignorante del proceso penal, en la aceptación de cargos. Por consiguiente es allí en donde el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, debe una vez analizado los indicios, elementos materiales probatorios, información legalmente obtenida, y evidencia física decretar la preclusión y/o absolución del proceso en favor del acusado por error invencible.

Como consecuencia de lo anterior, la facultad del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, en el caso de estudio debe ser oficiosa, por las características del mismo proceso, desde la audiencia preparatoria se hace descubrimiento de los elementos materiales probatorios, desde ese instante el operador judicial puede ir analizando la situación jurídica procesal y probatoria. Por ende en el juicio culminado la práctica de pruebas, escuchados los testimonios, pruebas documentales, grafológicas, y otras. Por ende el Juez Penal con Funciones de Conocimiento al percatarse que existe la causal de ausencia de responsabilidad penal de error invencible en favor del acusado, donde los intervinientes no solicitaron lo anterior, entonces es donde el Juez revestido constitucionalmente debe pronunciarse en forma oficiosa y excepcional, como ese Juez Constitucional,

como es la absolución del acusado o imputado, a menos que de manera anticipada se termine el proceso, y como consecuencia de lo anterior el archivo del proceso, de tal manera por existir la causal prenombrada. Permitted que en cualquier instancia del proceso, y hasta antes de dictar sentencia puede el Juzgador decretar la preclusión a través de una nueva audiencia, denominada “audiencia de preclusión”.

Tenemos que la necesidad propia de adoptar la oficiosidad específicamente a este procedimiento, no es un mero capricho, puesto que la misma Corte Constitucional al analizar las características del Juez Penal con Funciones de Conocimiento en el procedimiento penal ha dicho a través de la sentencia C-591 de 2005, que de las características propias de nuestro sistema procesal penal con tendencia acusatoria “no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el Juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo, el Ministerio Público y la víctima. (...) Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al Juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del imputado o acusado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”

Por consiguiente, en este sentido mal podría hablarse de un Juez Penal con Funciones de Conocimiento, que por respeto al principio de imparcialidad decida dejar a un lado las garantías constitucionales, como legales, que el constituyente le obliga a garantizar, afectando los fines esenciales del Estado y quebrantando la justicia material por prevalencia del derecho procesal sobre el sustancial.

Una vez analizada las características propias del juicio como del Juez Penal con funciones de conocimiento, es indiscutible la necesidad de modificar el estatuto penal con el objetivo primordial de habilitar al sentenciador para decretar de oficio la causal de ausencia de error invencible. Para ello se prevé tres soluciones a saber:

Modificar por vía legislativa el artículo 332 sobre el trámite de la preclusión del Código de Procedimiento Penal, teniendo como base este tipo de trabajos de investigación, en el entendido que siempre que sea por causal de ausencia de responsabilidad por error invencible, podrá el Juez Penal con funciones de Conocimiento, antes de dictar sentencia solicitar de oficio la misma en favor del Acusado. Esta actuación se hará en audiencia posterior con la participación de las partes e intervinientes quienes podrán apoyar o cuestionar la decisión del Juez. Contra la misma son procedentes los recursos de Reposición y Apelación.

Por medio de cambio jurisprudencial derivado del desarrollo que sobre la misma haga la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. De esta manera, el máximo tribunal jurisdiccional ha modificado preceptos normativos ampliándolos o restringiéndolos con base al respeto del precedente jurídico que como órgano de cierre tiene el organismo. Sí bien, leer sentencia con radicado 24.468 del 30 de marzo del 2006; Magistrado Ponente Edgar Lombana Trujillo.

Por último, y teniendo como base todo el acopio constitucional e interpretación hermenéutica, como también argumentos jurídicos, fácticos, históricos y probatorios con fundamento en la presente tesis de maestría sentando las premisas suficientes con el objeto de ejercer la acción pública de inconstitucionalidad y solicitar la constitucionalidad condicionada de la norma.

Serán cuestiones de debates doctrinales, académicos y jurisprudenciales tomar la opción que más sea viable desde el punto de interpretación del observador.

Asimismo, debe justificar por qué el juez debe tener la facultad de decretar de oficio la preclusión, si para el caso, puede perfectamente absolver cuando avizore la causal de ausencia de responsabilidad, es decir, en la práctica el juez si puede declarar probada la causal de ausencia de responsabilidad.

El trabajo de investigación hermenéutico, lo realicé con base en el análisis dogmático de la figura penal del error invencible. Por consiguiente, el trabajo se fundamenta en una perspectiva meramente sustancial, en donde se ponen en contradicción las garantías constitucionales, frente a las garantías procesales propias del proceso penal. Lo anterior no nos permite inferir que la lógica de trabajo gira en torno a un aspecto procesal, sino que al resolver el problema jurídico, se plantea como una de las tres alternativas una vía procesal.

Recordemos, que en el mismo trabajo se abordan elementos dogmáticos importantes como lo son, las causales de ausencia de responsabilidad penal, la figura del error dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: 2004 – 2014. Del mismo modo, el análisis sistemático del error, dentro de la normatividad penal.

Como quiera, frente a las posibles soluciones al problema jurídico se plantea desde el punto de vista legislativo la modificación de la normativa penal, y desde la acción de constitucionalidad, la demanda del mismo artículo con el objeto de que se declare por parte de la Corte Constitucional, la constitucionalidad condicionada de la norma.

Sobre la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal, pienso que la misma sirve de fundamento para afirmar que en tratándose de delitos de sujeto activo cualificado, la Corte Suprema de Justicia ha estudiado en reiteradas oportunidades en qué eventos podría presentarse error de tipo o de prohibición; sin embargo, las jurisprudencias analizadas no tienen que ver con el problema jurídico planteado, esto es, si el juez puede o no decretar la preclusión y/o absolver de oficio, al existir el error invencible.

Primeramente las jurisprudencias escogidas, se debió a un análisis selectivo que sirviera para identificar el tratamiento actual del error invencible. Permitió identificar posibles falencias en el sistema procesal penal, respecto al tratamiento de la figura jurídica pluricitada, estudiada desde una dogmática penal.

Otorga fundamentos dogmáticos, como procesales para reforzar la propuesta en el entendido que casi siempre en los delitos de sujeto calificado es posible identificar la existencia de un error de tipo o de prohibición.

Como corolario de lo anterior, además reforzando la investigación, realicé un análisis jurisprudencial de las sentencias más relevantes proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, desde los años 2004 a 2014, concluyendo efectivamente la necesidad de plantear dentro del plano académico, como jurídico, la necesidad de facultar al juez penal con funciones de conocimiento, que de manera oficiosa pueda decretar el error invencible, siempre

y cuando las partes dentro del proceso no lo alegaran, o no lo solicitaran, con el objeto de garantizar las garantías constitucionales a favor del acusado.

Ahora bien, no es posible la existencia dentro de las más de 230 jurisprudencias sobre el error invencible entre los años 2004 a 2014 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, de alguna manera en donde el Juez Penal con funciones de conocimiento, hubiese decretado la preclusión por la existencia del error invencible en el comportamiento del acusado. Precisamente por eso, se estructura la presente investigación, como una propuesta novedosa que pueda servir de fundamento para lograr bien sea (i) un cambio jurisprudencial, (ii) modificación legislativa, (iii) demanda de inconstitucionalidad condicionada al artículo 332 del estatuto procesal penal colombiano.

Finalmente es el principio rector el de imparcialidad que se constituye como el problema jurídico objeto de la presente tesis, cuando los operadores jurídicos en el curso de aplicar el procedimiento penal, en el caso del error invencible, cuando la ley 906 del 2004, limita al Juez con funciones de conocimiento, desempeñar ciertos actos o roles que solo le competen a las partes y/o a los intervinientes, como es la de alegar una causal de ausencia de responsabilidad penal. Sin embargo, es un principio de formalidad en la cual los jueces penales singulares y colegiados deben aplicar el derecho sustancial, es decir, si bien es cierto, los jueces están sometidos al imperio del derecho, estos administradores de justicia no solo deben tener en cuenta lo regulado por la ley de procedimiento penal, sino también, los fines esenciales de un Estado Social de Derecho, los tratados internacionales suscritos por Colombia, las garantías de los derechos fundamentales constitucionales del acusado y la primacía del derecho sustancial sobre lo procesal.

Aunado a lo anterior, en la praxis del procedimiento penal, muchos operadores jurídicos pese a que existe un material probatorio donde se vislumbra prueba de la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad penal, se abstienen de aplicar de manera oficiosa la eximente, con fundamento a la prohibición de la ley 906 del 2004, no obstante, descartando cualquier mínima posibilidad de buscar un amparo dentro del ordenamiento jurídico, inclusive el constitucional, la aplicación de dicha figura, quebrantando de esta manera todas las garantías, los fines y principios constitucionales, inclusive la aplicación de la justicia material, incluso la primacía del derecho sustancial sobre la forma.

En la actualidad los Jueces con funciones de conocimiento, cumpliendo con el rito procesal, no aplican la eximente de error invencible, por cuanto creen que están desplegando una conducta de hecho exclusivamente de la competencia de las partes, aplicando el principio de imparcialidad, y no es así, hoy los Jueces en el proceso penal deben de ser como los de tutela, garantizar primero que todo los derechos fundamentales del acusado, puesto que si existe elementos materiales probatorios fehacientes, por qué no aplicar dicha eximente?, cuando observe la omisión o negligencia de las partes, siendo una administración de justicia pronta y cumplida, por qué no evitar un perjuicio al acusado, teniendo ese poder como juez constitucional?, respaldando sus argumentos en jurisprudencias, inclusive principios constitucionales, garantizando la dignidad, la honra, el buen nombre, la libertad al acusado, además, evitar demandas futuras para la Rama Judicial por una privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, todas estas cosas, en vista de que existe tal prohibición, los Jueces penales pueden evitarlo y dada la solución planteada en párrafo anteriores.

En la práctica del derecho del procedimiento penal y conforme al objeto del interrogante planteado en la citada pregunta, son los hechos que hablan por sí solos, por ende, observamos, que los jueces penales con funciones de

conocimiento, en muchas ocasiones por no intervenir de manera oficiosa, no aplican la causal de ausencia de responsabilidad penal y lo que se quiere de este problema jurídico-penal, es que los jueces puedan intervenir en este caso concreto de aplicar el error invencible, así sea de manera oficiosa, en aras de garantizar los derechos fundamentales constitucionales del acusado, además, materializar los fines de la justicia material, del Estado Social de Derecho y darle aplicación al derecho sustancial.

### **3. EL ERROR DE DERECHO INVENCIBLE EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

En el presente capítulo, me permitiré desarrollar a modo de introducción, un esquema histórico del desarrollo del Estado, comenzando desde la visión filosófica partiendo de los filósofos griegos, para luego ir llegando al pensamiento romano, de manera posterior el Estado Absolutistas, continuando con la revolución francesa, y la revolución norteamericana, y llegando al Estado Liberal. En esta medida, me permitiré por consiguiente estudiar la evolución del Estado liberal, hasta la visión moderna del conocido Estado Social de Derecho, para determinar los lineamientos básicos que sirven de fundamento para su existencia, y su relación con la configuración ideológica del Estado colombiano, estructurado a partir de la Constitución de 1991.

Pasó seguido, explicaré un breve análisis histórico, y dogmático de las causales eximentes de responsabilidad penal de manera general. Sin embargo se hará un breve parangón entre la normatividad penal anterior, y la actual en cuanto a configuración legislativa, y estructura de las mismas dentro del Código Penal.

A modo de continuación, se estudiarán de manera dogmática las definiciones que la doctrina de manera general le han dado al término eximente de responsabilidad penal, y de la conducta punible, centrando así al lector en unos conceptos básicos para luego ser tenidos como base al momento de comprender el resto del desarrollo del presente documento.

Una vez dejado claro lo anterior, pasaremos a estudiar los elementos propios de la conducta punible, como lo son la tipicidad, antijuridicidad, y la culpabilidad; haciendo un breve desarrollo histórico, jurisprudencial, normativo y dogmático.

### 3.1 DESARROLLO HISTÓRICO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En el siglo V a. de c. el filósofo Platón a través de sus obras filosóficas, se encargó de crear un sistema de gobierno ideal denominado república, para que este fuera el encargado de sufragar las necesidades de los gobernados, quienes de manera voluntaria y movidos por el beneficio recibido, permitían la constitución de un gobernante, un sistema de gobierno y un sistema político conocido como república. Sin embargo, Aristóteles en el siglo IV a. de c. consideraba al hombre como un “*ZOON POLITIKON*”, es decir un animal político o un animal que en su estado natural vive en la ciudad y se interesa por la política. Así, Aristóteles consideraba que el hombre era un ser social, que efectivamente su desarrollo estaba en la polis, y por consiguiente se interesaba en la política. La polis, que para Aristóteles era la Ciudad-Estado, era el espacio natural en donde podía vivir el “*ZOON POLITIKON*”, y por ende en donde la política se debía desarrollar, a través únicamente de una forma de gobierno.

Aristóteles, sin embargo tuvo dos momentos diferentes al momento de concebir la organización de la Ciudad-Estado. En un primer momento, determinó que esta solo podría determinarse, si existía una ciudadanía en donde todos fuesen tratados como iguales, respetando las leyes, la forma de gobierno y a sus gobernantes; sin embargo, los gobernados sobre todas las cosas debían lealtad a los gobernantes, siempre y cuando estos llegasen al poder por las leyes y no por el despotismo. A ello, le sumaba que para Aristóteles en este primer momento, la igualdad era condicionada, pues esta solo podía derivarse de un cuerpo muy mínimo o selecto de ciudadanos, más no de la totalidad del mismo. De manera posterior, es decir en un segundo momento, Aristóteles considera que la igualdad es esencial para el desarrollo de la Ciudad-Estado, y por eso define que esta debe ser para todos los hombres, incluyendo allí a los esclavos, extranjeros, y bárbaros. Esto, porque Aristóteles primeramente consideraba que había diferencias por

decirlo de alguna manera “irreconciliables”, que hacían que existiese un trato diferente para con algunos grupos sociales. En efecto, Aristóteles consideraba que hay razones de inteligencia, carácter o propiedad, que permitían al Estado tener un trato diferente para con sus gobernados, y que existiese ese mismo trato desigual entre ellos.

Aristóteles en sano juicio y haciendo un raciocinio de la importancia de la igualdad como principio esencial en la configuración del Estado, decide determinar que esta, es necesaria puesto que el Estado, o la Ciudad-Estado, no puede discriminar a los ciudadanos, originando un trato desigual, pues se iría en contravía de su máxima filosófica: la libertad, dado que un ciudadano con un trato desigual, no es libre: por ejemplo un esclavo, repercutiendo en su ciudadanía, pues limita su libertad dentro del Estado.

Así, desde el siglo IV a. de c., EL Estado, comienza a relacionarse con principios y valores trascendentales, lo primero es que el Estado es una creación o invención de la sociedad, para auto regularse, y procurar el bien general de todos los gobernados. Segundo, su importancia radica en un trato igual a favor de los ciudadanos; y tercero, ese trato igual es basado en la libertad, y en una ciudadanía libre.

No obstante, para Aristóteles el reconocimiento de estos principios, fue visto con tanto recelo, a tal punto que fue de manera posterior que él reconoce en sus trabajos filosóficos la igualdad como principio esencial de la libertad a favor de los ciudadanos. Así lo destaca el profesor Luis Bernardo Díaz al acotar:

*“Aristóteles había sostenido que las condiciones esenciales de la ciudadanía eran la que debía ser una relación entre iguales y la de que éstos tributasen voluntariamente lealtad a un gobierno que tuviera autoridad basada en las leyes y no despótica. Pero había inferido que solo podía afirmarse la igualdad de un cuerpo de ciudadanos pequeño y muy selecto. La nueva concepción postulaba la igualdad para todos los*

*hombres, incluso los esclavos, extranjeros y bárbaros. En consecuencia, tenía que diluir el contenido de la personalidad individual, ya fuera en la igualdad un tanto mística de todas las almas a los ojos de Dios, o en la igualdad de todos los hombres a los ojos de la ley, sin tomar en cuenta las desigualdades de inteligencia, carácter y propiedad. Pero aunque más abstracta, odia seguir afirmando, como Aristóteles, que la ciudadanía libre implica una cierta esfera de trato análogo dentro de la cual el Estado no debía reconocer diferencias personales”.*<sup>171</sup>

De manera posterior, llega el estoicismo de Zenón de Citio en el siglo II a. de c. El estoicismo, es una Doctrina filosófica, fundada por Zenón de Citio en el siglo II a. de c. basado en la autarquía y el bienestar general. Es una doctrina racional que liga a la lógica, a la física y la moral en un todo, considerando al universo gobernado por la razón, en donde el sabio es aquel que se comporta de forma natural<sup>172</sup>. En cierto sentido se puede considerar como una filosofía posaristotélica, por cuanto la base de sus postulados eran los mismos o en esencia los principales postulados construidos por Aristóteles a través de su filosofía.

Para los estoicos entonces, eran los seres humanos, los hombres a construir una vida social, igual y justa, los llamados a construir el Estado y a gobernar con justicia, razón, lógica y física. Consideraban que los animales vivían con instintos y por eso su comportamiento no era racional, era instintivo y la justificación de sus actos no respondía a procesos lógicos. En cambio, el hombre, era dominado por la razón, y cada respuesta de sus actos correspondía específicamente a un proceso lógico que le permitía inferir el porqué de su comportamiento, la decisión tomada, los beneficios obtenidos y las consecuencias de los mismos. Así, es el hombre el que con base a la razón, debe gobernar con leyes y justicia divina para la consecución del bienestar general de los ciudadanos. Para los estoicos entonces, la justicia divina, también va a ser el desarrollo de la racionalidad pues la providencia, termina convirtiéndose para ellos, en el valor de las finalidades

---

<sup>171</sup> DÍAZ GRANADOS, Luis Bernardo. Constitucionalismo social: Hacia un nuevo Estado Social y Democrático de Derecho. Bogotá: Instituto María Cano – ISMAC, 2001., pág. 19 – 20. ISBN 958-9339-23-9.

<sup>172</sup> Larousse (2008). Larousse Diccionario Enciclopédico. México

sociales constituidas como parte de los deberes a ser desarrollados por el hombre y que obliga a estos a participar en ellas, tanto así que valores como la justicia o la equidad, simplemente responden al derecho natural, mas no al derecho positivo. Al respecto señala el profesor Luis Bernardo Díaz lo siguiente:

*“Los estoicos consideraban que a los animales se les ha dado el instinto y los impulsos y facultades que necesitan para vivir según sus diversas especies, pero los hombres tiene la razón, el lenguaje y el sentido de lo justo y lo injusto; de ahí que de todos los seres vivos sean ellos los únicos aptos para llevar una vida social y que tal vida les sea necesaria. Los hombres son hijos de Dios y en consecuencia todos son hermanos. Para los estoicos la creencia en la providencia es esencialmente una creencia en el valor de las finalidades sociales y en que constituye parte de los deberes de un hombre bueno participar en ellas. Fue esta convicción la que hizo del estoicismo una fuerza moral y social. Incluso el uso de la equidad como principio de crítica requiere una percepción clara de que la justicia no puede identificarse con el derecho positivo”.*<sup>173</sup>

Es decir, los estoicos dieron los primeros pasos en la constitución de un Derecho Natural, en donde a pesar de reconocer la existencia de un derecho positivo, entendieron que existen principios universales o generales, que deben ser reconocidos y criterios auxiliares como la moral deben ser tenidos en cuenta por la razón al momento de gobernar, o porque no decirlo, al momento de administrar justicia por parte de los entes de control, administrativos y judiciales.

El estoicismo, creó un plan de ruta, que de manera posterior fueron desarrollados por los Romanos, quienes en el siglo II, y I a. de c., con jurista notables como Rodas y Cicerón, afirmaron que con base al derecho natural, se configuraba la razón como ley para todos los hombres sin distinciones de inteligencia, pues antes era considerada la razón solo como un derecho de los sabios. Así, recogiendo los postulados de Aristóteles con base a la igualdad como fundamento a la ciudadanía libre y a la misma libertad, y las bases dejadas por los estoicos, referente al Derecho Natural basado en la divinidad. Los romanos consideraron la importancia

---

<sup>173</sup> DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo. Óp. Cit., pág. 20.

del derecho natural, como el límite a las arbitrariedades que se pudieran cometer al momento de positivizar la ley.

Determinan entonces que deben existir ciertos mínimos de igualdad, que sean tenidos en cuenta por el Estado al momento de administrar justicia, pues sin ellos se pierde la armonía del Estado. Así, aunque reconocen que es imposible la existencia de igualdad absoluta entre los hombres, pues siempre existirán razones de tipo religioso, sexual, económico, cultural o en general de dotes naturales que los diferencien; el Estado debe brindarle a estos un trato igual ante lo que hoy conocemos como la administración de justicia. Esto, pues en un Estado desigual, e injusto, no operaran el orden ni la razón, sino la anarquía rompiendo la armonía. Así, se configura la existencia por parte de Cicerón de un Derecho Natural Universal, en donde se fijan los lineamientos mínimos y necesarios para que el hombre ciña su actuar en determinadas conductas, y no se franqueen ciertos mínimos de igualdad, justicia, y libertad, con el pretexto de beneficiar calidades o cualidades específicas de algunos ciudadanos.

Al respecto destaca el profesor Luis Bernardo Díaz, lo siguiente:

*“Panecio (...) y Cicerón (...), coincidieron, desde el derecho natural, en que la razón es la ley para todos los hombres y no solo para los sabios. Hay un sentido en el que todos los hombres son iguales, aún después de tomar en cuenta las inevitables diferencias de rango, dotes naturales y riqueza: todos deben tener, por los menos, aquel mínimo de derechos sin el cual es imposible la dignidad humana, y la justicia exige que la ley reconozca tales derechos y proteja a los hombres en el goce y disfrute de ellos. La justicia es, en consecuencia, norma para los Estados; en la medida en que no sea justo pierde la base de armonía que hace de él un Estado.*

*Para Cicerón, hay un derecho natural universal que surge a la vez del providencial gobierno del mundo por Dios y de la naturaleza racional y social de los seres humanos que les hace afines a Dios. Es como si dijéramos, la Constitución del Estado Universal; es la misma en todas partes y obliga inmutablemente a todos los hombres y a todas las naciones. Ninguna legislación que la infrinja merece el nombre de ley, porque ningún gobernante ni pueblo puede convertir lo injusto en justo*

*A la luz de la ley eterna, todos los hombres – sostiene Cicerón – son iguales. No son todos iguales en saber, y no es conveniente que el Estado intente igualarlos en riqueza, sino que son iguales en cuanto poseen razón en su estructura sociológica y en su actitud general respecto a lo que creen honorable o digno, pues “nada es tan igual, tan semejante a otra cosa, como cada uno de nosotros a los demás”. La fuerza es incidental en la naturaleza del Estado y sólo está justificada porque es necesaria para dar eficacia a los principios de justicia y derecho”<sup>174</sup>.*

Cicerón, comienza en la estructuración de los principios universales del Derecho con base al Derecho Natural, configurando a este como un límite a la posible arbitrariedad de los Estados al momento de positivizar la ley. Es decir, que existe un derecho supranacional o supralegal que les permite a los ciudadanos, exigir justicia frente al derecho nacional, cuando este rompa los mínimos de justicia, igualdad, libertad y genere caos con la denominada “armonía” del Estado.

Es importante destacar, que el Jurista Romano Cicerón, aunque reconoce las desigualdades, y respeta la existencia de estas, no exige del Estado un comportamiento activo en cuanto a ofrecerle a los ciudadanos el reemplazo de lo que carecen. Más bien, determina que no es “*conveniente que el Estado intente igualarlos en riqueza*”, es decir, que la desigualdad de la que habla Cicerón es mucho más profunda y axiológica, y no tan básica como se argumentaba en épocas de Aristóteles. La igualdad de Cicerón, va mucho más allá del plano físico, dado que esta igualdad es un mandato de la divinidad que debe ser respetado por los hombres y garantizado a través del desarrollo de los principios de la justicia y el derecho a favor de los ciudadanos.

Cicerón, a través del Derecho Natural, y los principios generales del Derecho, cimentó las bases de la Constitución, los criterios auxiliares del Derecho y la materialidad de los mismos. A través de la exigencia de la justicia de manera igual a favor de los ciudadanos, permite la constitución de la materialidad de la misma,

---

<sup>174</sup> DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo. *Ibíd.*

pues se hace exigible para el Estado, no solo la garantía de una justicia igualitaria, en pro de la libertad y la armonía del Estado; sino que también obliga a este a ofrecerla a sus gobernados, pues hay máximas supremas que exigen su cumplimiento. Esto constituye entonces, los principios de la oficiosidad de la administración de justicia, en especial de sus funcionarios, que deben en ocasiones decretar nulidades, aplicar errores o decretar pruebas de manera oficiosa, con el objeto de lograr la igualdad de la que habla Cicerón, y que como veremos más adelante se insertó en el actual Estado Social de Derecho, pues así se materializa la justicia y se logra la igualdad de los gobernados.

Así, el Estado no puede enriquecer a los ciudadanos para que estos contraten abogados contractuales que puedan ofrecer una defensa técnica de calidad; sin embargo si puede instruir al Juez Penal con Funciones de Conocimiento para que sea este quien al momento de avizorar una nulidad, un prueba o una eximente de responsabilidad penal dentro del proceso, le ofrezca al ciudadano las garantías suficientes para que su culpabilidad pueda ser desvirtuada o demostrada a cabalidad, ofreciéndole al igual que a la contraparte, las garantías necesarias que lo equiparen en igualdad de armas frente a la administración de justicia. Si vemos, el Estado no enriquece al ciudadano ofreciéndole el dinero para contratar una defensa técnica de claridad, pero si lo equipara instruyendo al Juez Penal con Funciones de Conocimiento a declarar de oficio circunstancias que lo pueden favorecer en el proceso, despegándose de la ritualidad, y favoreciendo la sustancialidad, y la materialidad de los derechos constitucionales, supralegales o los principios generales del derecho, envueltos en el Derecho Natural.

Este pensamiento, se comenzó a desarrollar en la antigua Roma, de tal manera que exigían del jurista una mayor preparación, una vida dedicada al derecho no solo de verbo sino de acción. Alguien preparado totalmente para la profesión, ejerciendo con totalidad, cabalidad, respeto y excelente técnica la defensa y práctica del derecho.

*“Para los jurisconsultos romanos la justicia es la voluntad constante y perpetua que da a cada uno su derecho. Los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo. La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto (Digesto: compilación de opiniones y máximas de los principales juristas clásicos publicada en 529). De ahí que el jurisconsulto sea un “sacerdote de la justicia”, “el que practica una verdadera filosofía y el que no finge hacerlo”<sup>175</sup>.*

Así, por desarrollo jurisprudencial, se comienzan a sintetizar los principios de justicia material que van a ser las bases para contextualizar el nacimiento de los Estados, los principios generales del derecho, y la solidificación sin contraposición del Derecho Natural, dentro de una organización política que cada vez más iba positivando el derecho, hasta crear la máxima del Digesto. El aporte de la cultura jurídica romana, significa el nacimiento de un nuevo jurista y de un Estado o nueva organización jurídica.

Al respecto, el Derecho Romano, entrega el precedente jurisprudencial, y su experiencia permite la configuración de nuevos principios generales del derecho como por ejemplo el *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans*. Pero también la historia, permitió determinar que los excesos, la falta de límites, el irrespeto a la justicia material y las garantías constitucionales, rompen la armonía del Estado y generan lo que Aristóteles denominaba el despotismo o la tiranía.

Hasta los mismos cristianos, reconocieron la importancia de la Constitución del Estado, el respeto por la Ley, y el Gobierno de las gentes. Al principio la Iglesia se establecía como un poder celestial que era otorgado por Dios al gobernante de turno por Derecho Divino, o a veces por Derecho de Conquista. Lo anterior, permitía así, determinar que lo Divino, que hacía parte del Derecho Natural, hiciera parte de lo terrenal. Sin embargo, y con la división cada vez más latente entre Estado e Iglesia, el surgimiento de la racionalidad como expresión básica del comportamiento humano, y el método científico. Comenzó a establecerse la

---

<sup>175</sup> DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo. *Ibíd.*, pág. 21

necesidad de separar la Iglesia del Estado, primero de manera tenue decretando que el Papa se encargaba de lo espiritual y el Rey o monarca de lo terrenal, y después de manera más marcada junto con el nacimiento del Estado Liberal en donde era necesario por razones de igualdad y respeto de cultos, la constitución de un Estado Laico.

Hasta cierto punto, es claro que el pensamiento Cristiano siempre estuvo de acuerdo en básica como la igualdad, y la libertad, como expresiones de respeto de la dignidad humana, la sociedad y la constitución de un orden social justo.

Al respecto el profesor Luis Bernardo Díaz relata:

*“Ya los cristianos con San Pablo (siglo I), rechazan para la Iglesia las diferencias de raza o posición social: “No hay judío, ni griego; no hay siervo, ni libre; no hay varón, ni hembra; porque todos vosotros sois uno en Cristo Jesús”. (Gálatas, 3, 28). Para Santo Tomás de Aquino (siglo XIII) es función del gobernante terrenal poner los cimientos de la felicidad humana manteniendo la paz y el orden, conservarla vigilando que todos los servicios necesarios de administración pública, jurisdicción y defensa se realicen debidamente, mejorarla corrigiendo los abusos donde quiera que ocurran y eliminando todos los obstáculos de puedan oponerse a la vida buena”.*

Es claro entonces, que la división entre Iglesia y Estado, aunque tuvo a veces intereses diversos a la igualdad o respeto de otros cultos, como ocurrió en Inglaterra durante el reinado de Enrique Tudor<sup>176</sup>, si es claro que era necesario para la constitución de un Estado más justo, racional y armónico que acompasara los principios morales, las calificaciones éticas, los principios generales del Derecho, el Derecho Natural y la ley escrita, es decir la positivización del derecho.

---

<sup>176</sup> IGLESIA LUTERANA DE VALPARAÍSO. El Anglicanismo [en línea]. Disponible en: <<http://iluterana.cl/index/wp-content/uploads/2011/07/El-Anglicanismo.pdf>> [citado el 18 agosto de 2014]

Al respecto, el profesor Eduardo López Villegas en su libro Derecho y Argumentación, nos indica:

*“Los principios naturales están impresos en la conciencia del hombre, según predicen algunos, o se debe llegar a ellos previa experiencia percibida según las propias teorías del ser racional, según otros. Para Kant, el derecho natural tiene el carácter de a priori, anterior a cualquier experiencia, e innato. Para todos ellos los principios están ahí para ser instruidos o para ser descubiertos, no para ser elaborados. El derecho natural, es el conjunto de valores o de normas que emanan de la naturaleza racional del hombre. Todas las cosas dispuestas en el universo se comportan de acuerdo con su naturaleza, siguen leyes que se acomodan a sus propiedades. De igual manera, el hombre que está dotado de razón debe guiarse por ella para actuar”<sup>177</sup>.*

Como vemos, una vez las monarquías comenzaron a perder la legitimidad religiosa como una forma de cimentar su poder en la población, con la llegada de los contractualistas y liberales del siglo XVI y XVII, que propugnaban por un Estado en donde se llegara al poder, no por nacimiento, sino por cualidades; que el gobernante, pudiera demostrar que tenía las capacidades para gobernar y no que estaba allí por azares del destino. Así, las monarquías sufren un revés, también como lo destaca Becaría en su obra de los delitos y las penas, muy seguramente también por la arbitrariedad al momento de ejecutar la ley, al momento de reconocer los derechos de los gobernados o de tan siquiera promulgar la ley y que esta fuera de dominio público<sup>178</sup>.

Así, se establece que la no existencia de garantías como la libertad, la armonía y la igualdad; ponen en jaque a una organización política que estaba cayendo en desuso, mostraba arbitrariedades, y denotaba el inconformismo del pueblo. Con la llegada de las revoluciones francesas y norteamericana, la exigencia de unas reglas claras de juego a través de la promulgación de los derechos inherentes al

---

<sup>177</sup> LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. Derecho y Argumentación. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011., págs. 35 y 36. ISBN 978-958-716-454-1.

<sup>178</sup> BECCARIA, Cesar de Bonesana *masques de*. De los Delitos y de las Penas. Bogotá: TEMIS, 3º, 2005., 189 páginas.

hombre (entendida como una expresión del derecho natural), tuvieron un cambio positivo en la mentalidad de los ciudadanos. El hombre se convirtió en un fin en sí mismo, siendo este el eje central de las políticas públicas del gobierno, pensamiento que va a ser recogido de manera posterior por Immanuel Kant, al afirmar “lo único que es un fin en sí mismo es el hombre, nunca puede ser utilizado como un medio”<sup>179</sup>.

Con el declive económico que comienzan a sufrir las monarquías como la francesa, por ejemplo, por causas como:

*Las ideas de los ilustrados del XVIII serán las que den soporte y justificación intelectual a los revolucionarios franceses, esto se puede ver en las peticiones, notas, exigencias y quejas de estos revolucionarios, se puede decir que sin estas ideas el movimiento revolucionario habría carecido de base ideológica. Las ideas de los ilustrados suponen el golpe de gracia a la concepción del mundo del Antiguo Régimen, y suponen el acta de nacimiento del Régimen Liberal o burgués.*

*Los ilustrados franceses atacan al sistema tradicional y al Antiguo Régimen, pretenden una modernización de todo y ponen la felicidad del hombre por encima de cualquier principio. Los reyes del XVIII adoptan muchas ideas de estos ilustrados (despotismo ilustrado), pero no todas, había muchas ideas que limitaban su poder, esas serán muy importantes para los revolucionarios. Veamos cuáles son esas ideas y cómo influyeron en la revolución.*

*(...)*

*La división en estamentos de la sociedad del Antiguo Régimen se manifiesta como algo anacrónico, y más en una etapa de crisis económica aguda como la que se da en vísperas de la Revolución. La burguesía, basándose en las ideas de Rousseau está en contra de una sociedad tan desigual en la que una minoría está exenta de pagar impuestos y la inmensa mayoría tiene que tributar. Si a esto añadimos una terrible crisis económica (momento propicio para un agravamiento de las tensiones sociales) tendremos todos los ingredientes para comprender que el Tercer Estado aspire a vivir en pie de igualdad con la nobleza y el clero. Es la crisis económica y la idea de igualdad y lucha contra los privilegios lo que hace que a la burguesía se le una el pueblo llano en las ciudades y gran parte del campesinado en el campo. Las*

---

<sup>179</sup> KANT, Immanuel. Crítica de la razón práctica. Bogotá: Alianza Editorial, 2013., 392 páginas. ISBN 9788420676111

*tensiones sociales, en definitiva generan un malestar social que será rentabilizado por la burguesía.*

*(...)*

*En el campo podemos señalar un hecho de gran trascendencia, en el siglo XVIII los señores (nobles y clero) van a redoblar sus esfuerzos por recaudar impuestos del campesinado reinstaurando en algunos casos tributos ya olvidados, tratan con ello de sobreponerse a la crisis, pero la presión fiscal sobre el campesinado, que ya vive al límite”.<sup>180</sup>*

Es decir, con el nacimiento de una clase económica dispuesta a disputar el poder de la monarquía, el descontento social originado por los abusos de poder que el monarca ejercía en contra el pueblo, la necesidad de reformar las leyes, darlas a conocer, y establecer pena preexistentes al delito que permitieron con imparcialidad, justicia y eficacia juzgar a los delincuentes; así como las excesivas bancarrotas por el inmensurable gasto público, originó la caída de las monarquías como la francesa, dando espacio al Estado liberal, cuyos pilares principales serían la propiedad y la libertad como máximas para la consecución del bienestar general de los gobernados.

Su nacimiento varía de país a país, pero sus causas y consecuencias son siempre la misma. Su fundamento ideológico principal, se crea al momento de la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la revolución francesa, en donde su artículo segundo establece:

*“La meta de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la seguridad, y la resistencia a la opresión”<sup>181</sup>*

---

<sup>180</sup> INSTITUTO SABUCO ALBACETE. 2. Causas de la Revolución Francesa [en línea]. Disponible en <<http://bachiller.sabuco.com/historia/caurevfr.pdf>> [citado el 18 de agosto del 2014].

<sup>181</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano [en línea]. Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>> [citado el 18 de agosto del 2014].

Como vemos, son los mismos principios establecidos por Platón y Aristóteles, recogidos por los estoicos, y enlazados por el Derecho Natural a través de Cicerón y los Jurisconsultos romanos, los que al ser violados, rompen con la ya famosa armonía del Estado y engendra un gobierno despótico o Estado Absolutista, que debe ser derrotado por los revolucionarios y dar paso al Estado liberal.

Por consiguiente, las máximas del Estado serán la libertad, la seguridad, la resistencia a la opresión, la propiedad y la igualdad. Nuevos ejes centrales de las políticas públicas, que deberán ser respetados para la consecución del bienestar general. Su nacimiento entonces, se configura como una crítica constante y permanente al Estado monárquico, o conocido como Monarquía o también como Estado Absolutista de los siglos XVII y XVIII.

Ya en 1789 y ante el descontento general del pueblo y las ideas revolucionarias que se estaban gestando, estalla la revolución francesa que se erige como el eje principal de referencia para delinear lo que conocemos como el nacimiento de Estado Liberal.

De este modo:

*“Hobbes acudió a la institución del contrato social para responder a la común preocupación de la política y del derecho: ¿por qué se debe obedecer una norma?*

*El racionalismo de la ilustración instaura una nueva teoría del derecho natural con la publicación en 1625 de Grocio de “Iure belli ac pacis”, la cual conserva vigencia hasta cuando la escuela historicista rescata el valor de la historia en la evolución de la sociedad, según lo proponer Norberto Bobbio<sup>182</sup>.*

*Una pléyade de filósofos de muy diferentes escuelas, Hobbes y Locke; Puffendorf y Wolff; Leibniz y Kant; Rousseau, concuerdan en este principio: la razón es omnipotente, con ella todo puede ser descubierto,*

---

<sup>182</sup> BOBBIO, Norberto. Libro de la historia de la filosofía. Madrid: Debates, 1991. Citado en: LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. Óp. Cit.,, pág. 35

*hasta las leyes ínsitas en la naturaleza racional del hombre, las que rigen su destino, comunidad y gobierno”<sup>183</sup>.*

Este liberalismo, basaba su nacimiento en los contractualistas y pensadores liberales filósofos y enciclopédicos de la época como Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, John Locke, Adam Smith, David Ricardo, Thomas Hobbes, entre otros. Su pensamiento iba en tres dimensiones; la primera una dimensión política, en donde establecían el nacimiento de un Estado con la ya conocida división de poderes, los cuales debían estar en órganos diferentes para evitar la acumulación de poderes en un solo gobernante. La segunda en una perspectiva económica, basada en el libre comercio y en la no intervención o regulación del Estado en este aspecto, para evitar el conflicto de intereses del gobernante en las políticas económicas, puesto que como lo definía Adam Smith en su libro *la Riqueza de las Naciones*<sup>184</sup>, una mano invisible sería la encargada de regular la economía así como la oferta y la demanda. Y por último, una perspectiva filosófica liderada por el movimiento conocido como los enciclopedistas encabezado por filósofos como Diderot, Voltaire, John Locke, y Rousseau entre otros. En donde se propugnaba la razón como elemento esencial del conocimiento del ser humano, el método científico y los valores como forma de regulación del comportamiento social. De esta manera, se buscaba masificar el conocimiento y a través de la imprenta distribuirlo ya no de forma selecta, sino hacerlo accesible a toda la población.

Al respecto, señala el profesor Luis Bernardo Díaz lo siguiente:

*“Ya entrando a los teóricos liberales, Locke (siglo XVII) sostenía enfáticamente que los derechos y deberes morales son intrínsecos y tiene prioridad sobre los derechos; los gobiernos están obligados a hacer vigente por la ley aquello que es justo natural y moralmente. El progreso, creía Condorcet (siglo XVIII), había de seguir probablemente*

---

<sup>183</sup> LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. *Ibíd.*

<sup>184</sup> SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones: Libros I-II-III y selección de los libros IV-V.* Bogotá: Alianza Editorial, 2011. 816 págs. ISBN: 9788420650968.

*tres direcciones: una creciente igualdad entre las naciones, la eliminación de las diferencias de clase y una mejora mental y moral general resultante de las otras dos. Es posible que todas las naciones y todas las razas lleguen a ser tan ilustradas como las respectivas revoluciones demostraron que lo fueron los norteamericanos y los franceses (fin del siglo XVIII).*

*La democracia acabará con la explotación de las razas atrasadas y hará de los europeos los hermanos mayores y no los amos de los negros. Dentro de cada nación es posible eliminar las desventajas de educación, oportunidad y riquezas que las desigualdades de clase social han impuesto a los menos afortunados. La libertad de comercio, el seguro de enfermedad y vejez, la abolición de la guerra, la eliminación de la miseria y el lujo, la igualdad de derechos para las mujeres, y sobre todo, la educación universal se pueden dar a todos una oportunidad prácticamente igual.*

*En concepción de Rousseau (siglo XVIII), la miseria absoluta de una clase no hace sino contribuir al lujo parasitario de otra; las artes ponen “guirnaldas de flores sobre las cadenas de los hombres” porque – basada en el trabajo de las masas – la explotación económica produce como resultado natural el despotismo político”<sup>185</sup>.*

Así, el nacimiento del Estado liberal, permite la construcción de lo que conocemos como las primeras constituciones, y el establecimiento de principios generales como la ley escrita, la ley preexistente, el nacimiento de las revoluciones como una forma de limitar el poder absoluto del monarca, la consagración de los derechos universales mínimos inherentes al hombre y respetados por los Estados, la masificación del conocimiento y las artes y los valores como una expresión de dignificación a favor del hombre, a favor del ser humano.

*“El Estado liberal clásico se hace insuficiente para resolver los problemas de los grandes conglomerados humanos. Se necesita un Estado de nuevo tipo que regimiente una sociedad masificada, que se convierta en agente dinamizador del desarrollo y de la distribución del ingreso y que busque aprovechar plena, racional e intensivamente los recursos humanos, naturales, financieros y tecnológicos de la sociedad”<sup>186</sup>.*

---

<sup>185</sup> DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo. Óp. Cit., pág. 24

<sup>186</sup> *Ibíd.*

Particularmente, el Estado liberal, tenía un defecto esencial y era que la literalidad a la libertad hacía parte del Estado, a tal punto que la intervención de este, solo se producía en eventos totalmente necesarios. Así, los ahora Terratenientes y Capitalistas, anteriormente Burgueses, haciendo parte del poder político que siempre pretendieron, y aprovechándose de la no intervención del Estado en la regulación de la economía, mano de obra y condiciones laborales; decidieron aprovecharse de sus trabajadores y explotar a la clase trabajadora, ofreciendo las menores condiciones económicas posibles, para favorecer el crecimiento de su capital económico.

Con ello, los derechos inherentes a los seres humanos, se veían otra vez amenazados, puesto que el Estado Liberal, gozaba de una Justicia Formal, mas no de una Justicia Material, dado que no existían instrumentos jurídicos necesarios que le permitieran exigirle al Estado el cumplimiento y garantías de sus derechos, ante los abusos cometidos por los terratenientes y capitalistas, pues ellos ostentaban el poder económico y la propiedad; y con ello el poder político, el poder del Estado.

A pesar de todo, Karl Marx desde una perspectiva filosófica, jurídica, económica y política, haciendo un estudio de las clases sociales, un análisis de los factores de producción y de las desventajas y abusos de los capitalistas, termina junto con los movimientos políticos de la época dando las bases para el nacimiento del denominado Estado Social, a la parte del nacimiento del Estado Socialista, y del Comunismo, estos últimos nacidos de manera alterna al desarrollo del Estado Social, y del Estado Social de Derecho<sup>187</sup>.

*“Para Marx (siglo XIX), por su parte, la fuerza de trabajo del proletariado es una mercancía, la única mercancía económicamente valiosa, que debe ser vendida en un mercado competitivo donde la única obligación del comprador es pagar el precio establecido. La relación de patrón y*

---

<sup>187</sup> MARX, Karl. El Capital. Bogotá: Editores, 2008. 240 págs. ISBN: 9788445907450.

*obrero en la industria tiende a quedar desprovista, así, de sentido humano y de obligación moral y se convierte simplemente en una relación de poder. Marx vio justamente en esta situación el hecho potencialmente más revolucionario de la historia moderna; por una parte, una clase definida por su propiedad de los medios de producción y motivada esencialmente por la necesidad de crear ganancias y, por otra, un proletariado industrial sin ningún poder, salvo a través de las masas organizadas, y obligado a fijarse como fin no la libertad política sino el sostenimiento o el mejoramiento de su nivel de vida.*

*Entendiendo esto como un hecho histórico, Marx concebía al capitalismo como institución, no como resultado de leyes económicamente intemporales sino como una fase en la evolución de la sociedad moderna. Partiendo, pues, del hecho de los intereses divergentes de clases, se dedicó a interpretar el liberalismo político como ideología característica de la clase media y a crear una filosofía social para el proletariado en ascenso, apropiada para servirlo en su lucha por el poder.*

*Más allá de la revolución política esta – para Marx – la revolución social que, socializando la producción, identifique plenamente al hombre con el ciudadano y destierre definitivamente las raíces de la explotación y la desigualdad social. Y así como la clase media fue la fuerza activa que produjo la revolución política, el proletariado, producto del dominio de la burguesía y la clase última por debajo de la cual no hay ninguna otra clase explotada, es la fuerza que, al librarse, liberará a la sociedad y al abolir la desigualdad social pueda crear una sociedad sin clases.*

*Así, en última instancia, el materialismo tenía para Marx un sentido ético: la raíz de la desigualdad social es económica, en consecuencia, toda reforma política es superficial, dejando intocada la fuente de la desigualdad, solo aboliendo la propiedad privada puede efectuarse un cambio sustancial. Mediante este cambio toda la estructura de la desigualdad de la sociedad se transformará de inmediato. La sociedad sin clases es, al mismo tiempo, la meta final del desarrollo social y el siguiente paso lógico más allá de las libertades burguesas ya realizadas por la revolución burguesa. El triunfo de la revolución burguesa abre el camino para la más completa revolución proletaria que, en definitiva, suprimirá a la nueva clase explotadora. Pero el paso final complementará el proceso, aboliendo totalmente las clases y la explotación”<sup>188</sup>.*

Con el crecimiento del dominio de los Capitalistas del poder político, la no intervención del Estado en la regulación de las condiciones de los trabajadores, el hacinamiento, la pobreza extrema, las precarias condiciones de vida de las clases menos favorecidas, y las inmensas desigualdades sociales, se sumaba la

---

<sup>188</sup> DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo. Óp. Cit., págs. 22 Y 23

revolución industrial que había generado el despido masivo de la mano de obra en las industrias para ser reemplazadas por maquinarias, que reducía los costos de producción. El nacimiento del cooperativismo como una opción de asociación entre los trabajadores desprotegidos para poder competir contra las Industrias, y el nacimiento del pensamiento Marxista y comunista, que propugnaba un Estado más activo y participativo en la economía para lograr una sociedad totalmente igual, sin distinciones, ni rasgos sociales divergentes.

*“Con la revolución Industrial se origina la sociedad de masas, que se distingue de manera especial por el fenómeno del urbanismo, y sus conflictos adyacentes. Las migraciones han generado múltiples problemas al Estado en materia de sanidad, educación, transporte, desocupación, actividades marginales, vivienda, alimentación, etc. Se produjo, igualmente, una inmensa masa de personas con problemas de miseria, desempleo y delincuencia. Llega el urbanismo preñado de conflictos sociales; la propia explosión demográfica supera los antiguos espacios, leyes y costumbres, Las personas exigen respuestas eficaces y rápidas para sus problemas, la represión penal por parte de los Estados es muchas veces una medida facilista para la contención de las demandas. El mundo vive en tensión y desequilibrio”<sup>189</sup>.*

De ahí que, se da el nacimiento al Estado Social, un Estado que ofrece una justicia material, acompañado de una justicia formal, y que define una carta de derechos básicos, que debe ser garantizada a favor de todos los ciudadanos. Es decir, no solo se cambia la estructura política como lo expresaba Marx, sino que también se convierte en imperativo el cambio de la estructura económica; por consiguiente se exige del Estado la intervención en la economía, en la regulación de las condiciones laborales, y en la garantía de la estabilidad social, los derechos políticos, económicos, y culturales.

El Estado entonces, se transforma en un Estado Social que acompañado de una nueva forma de regulación económica, regla las condiciones mínimas necesarias para la supervivencia y el goce efectivo de una serie o carta de derechos básicos,

---

<sup>189</sup> DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo. Óp. Cit., pág. 24

denominados derechos de primera y segunda generación<sup>190</sup> incluida las condiciones laborales, y la distribución de la riqueza, para lograr un equilibrio social que permitiese la armonía del Estado.

Su necesidad principal entonces, se transforma en liberar al ser humano, no solo de los regímenes políticos de la tiranía o el despotismo, como efectivamente trataba de hacerlo el Estado Liberal aunque le fue infructuoso, sino también de las necesidades básicas, del hambre, la inseguridad, la necesidad, el desequilibrio social, las nefastas condiciones laborales, y la desigualdad entre otras, ofreciéndole al ciudadano condiciones de vida justas, convirtiéndose en un Estado de bienestar, cuya preocupación radica en ofrecer unas condiciones de vida generales de carácter aceptable, controlando los medios de producción, y la no renuncia de las libertades individuales, compatibilizando los principios de libertad (Estado Liberal), y solidaridad (Cooperativismo, Socialismo), y logrando una conciliación armónica que permitiera ofrecer mejores condiciones de vida, y garantizara el goce efectivo de los derechos favor de los ciudadanos.

Al respecto señala León Duguit, en su texto las transformaciones del Derecho, lo siguiente:

*“La solidaridad por la división del trabajo: he aquí el elemento fundamental de la cohesión social en nuestras modernas naciones civilizadas. La civilización en sí misma se caracteriza además por la multiplicidad de las necesidades y de los medios de satisfacerlas en un*

---

<sup>190</sup> Los derechos de primera generación, esencialmente se relacionan con las denominadas libertades básicas del ciudadano y la participación de este en la vida política. Son esencialmente, de tipo político y civil, protegiendo al individuo del exceso del Estado; su promulgación por consiguiente se dio en la Carta de Derechos de los Estados Unidos, y en Francia por medio de la ya citada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; ambas a mediados del siglo XIX. Por su parte, los derechos denominados de segunda generación están relacionados con la igualdad, y su origen se dio luego de la Primera Guerra Mundial, su inclusión al igual que los derechos de primera generación, se realizó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de instrumentos Internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entre su catálogo de derechos podemos encontrar el derecho a la igualdad, a la seguridad social, a la salud, a la educación, a la participación en la vida cultural, promulgación, protección y desarrollo, entre otros.

*tiempo muy breve. Esto implica, por consiguiente, una gran división del trabajo social y también una gran división de las funciones, y de ahí además una gran desigualdad entre los hombres modernos.*

*La división del trabajo social: he ahí el gran hecho moderno, he ahí el eje central, en cierto modo, sobre el cual evoluciona hoy el Derecho. Cada hombre, cada grupo de hombres, ya sea el dictador supremo de un país o el más modesto de los súbditos, ya sea un Gobierno o un Parlamento omnipotente o una modesta asociación, tiene una cierta tarea que cumplir en el vasto taller que forma el cuerpo social. Esta función está determinada por la situación que de hecho ocupa en la colectividad. No tiene derechos subjetivos: no puede tenerlos, porque un derecho es una abstracción sin realidad. Pero por lo mismo que es miembro de una sociedad tiene que cumplir una cierta función social, y los actos que realiza para este fin tiene un valor social y serán socialmente protegidos”<sup>191</sup>.*

Sin embargo, el Derecho Natural fue desechado por los sistemas políticos, dándosele primordial importancia a la ley escrita, es decir al derecho positivo. Por consiguiente, los Estados vieron la posibilidad de regularse a sus antojos y se crearon la primera y segunda guerra mundial. Sus causas son muy diversas, pero en lo que si se está claro es que la positivización del derecho favoreció a que por ejemplo en la Alemania Nazi, durante el reinado del tercer Reich, se permitiera regular como válido el genocidio (aunque no en los mismos términos) del pueblo judío. Así, era legal matar a los judíos, aunque realmente eso fuera un crimen, y más tarde fuese declarado por la comunidad internacional como un crimen de lesa humanidad.

La falta de garantías de un Estado que necesitaba de una legislación supralegal y supraconstitucional, determinó el nacimiento de Organizaciones Internacionales realizado por un esfuerzo entre académicos y universidades, para evitar una tercera guerra mundial y la puesta en peligro de la sociedad en general. Así, con la imposibilidad de una carta de derecho más incluyente, que garantizara no solamente la vida, sino que esta fuera en condiciones dignas y justas, con acceso a justicia, trabajo, seguridad social y el debido proceso; se creó el Estado Social

---

<sup>191</sup> DUGUIT, León. Las transformaciones del Derecho Público y Privado. Bogotá: Comares, 2007. Pág. 93. ISBN: 9788498362374.

de Derecho, enmarcado en la constitucionalidad de los derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, y de los Derechos económicas, sociales y culturales, como su máxima expresión de protección. También, y por los antecedentes recientes de la primera y la segunda guerra mundial, se adhiere al bloque de constitucionalidad, y por ende a la ley interna, los tratados, acuerdos y decisiones tomadas por los organismos internacionales, en los que el Estado acepte y ratifique sus decisiones, y decida de manera voluntaria someterse a su jurisdicción; todo esto dando paso al denominado Constitucionalismo Social.

### **3.2 LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Para la existencia de los Estados, fue necesario un cuerpo normativo superior, que definiera su forma de organización política, administrativa y judicial, enmarcada en unos principios rectores que con base a una estructura política e ideológica determinada, y delimitara las bases y límites del Estado.

Esto es, la Constitución; la cual ya desde Aristóteles, y luego en 1815, y 1825 con Ferdinand de La Salle, comienzan a tener la fuerza necesaria para reglar las condiciones de un país, hacer parte de la legislación interna, servir de instrumento de configuración de los derechos fundamentales, y crear un derrotero, marco o lineamiento jurídico del cual se desprendiera el desarrollo legislativo y pudiera positivarse los derechos, normas y principios a favor de la ideología política, y jurídica de la organización de un Estado.

Para Aristóteles al igual que para la Corte Constitucional Colombiana<sup>192</sup>, la Constitución era entendida como la forma en que se organizaba la ciudad, desde su aspecto administrativo, su aspecto político y su aspecto jurídico, contemplando atributos de organización judicial, administrativa, jurídica y soberanía. Si vemos, estos serán los aspectos esenciales inherentes a las modernas Cartas Constitucionales de derechos, también, anexándole a ello, la Carta de Derechos Fundamentales, y los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, más conocidos como DESC. Al respecto, Aristóteles Plantea en su libro La República, que la constitución es vista como un principio que *“ordenaba la autoridad, organizaba las magistraturas, la distribución de los poderes, y los atributos de la soberanía”*<sup>193</sup>.

Muchos consideran que el nacimiento de la Constitución es contemporáneo y deviene su origen del concepto liberal establecido en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano. Al respecto nos enseña Ricardo Guastini, en su artículo titulado “Sobre el Concepto de Constitución”, lo siguiente:

*“El originario concepto liberal de Constitución fue puesto en claro por el artículo 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen (1789), que estableció lo siguiente: “Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”*<sup>194195</sup>.

---

<sup>192</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia C-536 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Revisar también sentencia C-560 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>193</sup> PLATÓN. La República. Bogotá: Akal, 2009. 654 págs. ISBN: 9788446023784.

<sup>194</sup> A propósito: Troper, M., “Tre esercizi di interpretazione costituzionale”, *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1990, pp. 197 y ss.; id., *Pour une théorie juridique de l’Etat*, París, 1994, pp. 263 y ss., pp. 317 y ss. Citado por: GUASTINI, Ricardo. Sobre el concepto de Constitución. En: *Cuestiones Constitucionales* [en línea]. No. 1 (julio-diciembre, 1999). Disponible en: <[http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/sobre\\_el\\_concepto\\_de\\_constituci\\_\\_n.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/sobre_el_concepto_de_constituci__n.pdf)> [citado 5 de agosto de 2014].

<sup>195</sup> GUASTINI, Ricardo. *Ibíd.*

Es decir, su origen solo se puede hablar desde el nacimiento del Estado liberal, que es precisamente con la promulgación de la Declaración anteriormente citada, y como se dijo antes, las revoluciones francesas y norteamericanas, pautaron el nacimiento del constitucionalismo moderno. Para el Dr. Hernán Alejandro Olano García, Ms., y PhD en Derecho Constitucional y Administrativo colombiano, al contrario de lo expresado por la mayoría, entre ellos el autor anteriormente citado, podemos hablar de un constitucionalismo antiguo, que tuvo sus bases desde la misma Roma en donde el término constitución era acuñado como “*rem publicam constituere*”; al respecto nos relata en su escrito *¿Qué es una constitución?, Reflexiones a propósito del “Boterismo constitucional”*:

*“Para poder hablar de Constitución, tenemos que decir que este término, según algunos, aparecido sólo después de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, no es nuevo; Duverger refiere que:*

*En la antigüedad se lo empleaba corrientemente casi en el mismo sentido que hoy es utilizado. En la Edad Media se lo utilizaba así mismo en la terminología eclesiástica para designar las reglas monacales. Luego de un largo eclipse, vuelve a aparecer en el siglo XVIII en la terminología política, bajo la influencia de los filósofos, quienes designaban como Constitución al conjunto de leyes que organizan un país. Para ellos, la idea de Constitución recubre, ante todo, la de organización, en el sentido de estructuración racional, coherente. Cuando Turgot dice a Luis XVI: “Sire, vuestro reino carece de Constitución”, no quiere decir que la Francia de entonces careciera de instituciones políticas, sino que tales instituciones no estaban coordinadas, ligadas las unas con las otras, organizadas: concepción unida íntimamente con el racionalismo de la época.*

*Según Gaspar Caballero y Marcela Anzola,*

*En el lenguaje jurídico romano se usaba el término Constitución para distinguir las fuentes del derecho dotadas de un valor particular; por ejemplo, la expresión *constitutionis principis* hacía referencia a los actos normativos del Emperador, dotados de eficacia superior respecto de los demás actos. Análogo uso se encuentra en el ordenamiento canónico a propósito de las *constitutioni pontifice e sinodali*, revestidas también de importancia superior al de las otras normas. Cicerón habla de *constitutioni populi* para indicar la estructura política de un pueblo. Ese mismo término se encuentra en el medioevo, por ejemplo, en Marsilio de Padova y otros autores que emplean la expresión *constitutio republicae*, en el sentido de estructura política fundamental. Finalmente el término “Constitución” en sentido de “acto solemne determinante de la estructura fundamental y del poder organizado en el ámbito de una*

*sociedad estatal”, se usa por primera vez para designar la Carta Política Norteamericana de 1786”.*<sup>196</sup>

En este sentido, es entendida la constitución como un cuerpo normativo superior, cuyo aspecto principal era indicar la estructura política fundamental de un Estado. Para Ignacio de Otto, la Constitución en sentido material es el: *“conjunto de normas cuyo objeto es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de estos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos; en pocas palabras: las normas que regulan la creación de normas por los órganos superior de Estado”*<sup>197</sup>.

Pietro Virgta por su parte considera que una constitución es: *“como la ley suprema de organización jurídica de un país, relacionada con la estructura y funcionamiento del Estado, así como relativa al régimen político de este, la cual condiciona la validez de todas las demás leyes”*<sup>198</sup>.

Ferdinand la Salle define a la constitución como: *“la ley fundamental proclamada en un país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de esa nación”*<sup>199</sup>

Para Carl Schmitt, la Constitución es entendida como un trozo de la realidad del Estado, en donde sus supremos poderes, cuyas características son la formalidad, las garantías en sus contenidos y su integralidad con el ordenamiento jurídico<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. ¿Qué es una Constitución?: Reflexiones a propósito del “Boterismo Constitucional”. En: Dikaion [en línea]. No. 15 (2006). Disponible en: <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1351>> [citado 5 de agosto de 2014].

<sup>197</sup> DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona. Ariel Derecho, 1998, pág. 17.

<sup>198</sup> VIRGIA, Pietro. Diritto Costituzionale, pág. 68. Citado por Olano y Olano. Óp. Cit., pág. 63

<sup>199</sup> Ferdinand Lasalle. ¿Qué es una constitución? Bogotá. Panamericana. 1995. Pág. 1 a 7.

<sup>200</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Teoría de la Constitución. Bogotá: Alianza Editorial, 2001. 384 págs. ISBN: 9788420680576.

Gonzalo Ramírez Cleves, en su texto “Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma”, considera que la Constitución es *“la elaboración política-normativa que da base al Estado democrático de derecho que refleja y es producido por un poder constituyente a su vez democrático y superior”*.<sup>201</sup>

De todos los conceptos anteriormente consultados, podemos concluir que la Constitución es entendida en tres sentidos:

- **En sentido propio del término:** Como el conjunto de normas, principios y reglas jurídicas, de carácter escrito o inclusive no escrito<sup>202</sup>, con el objeto de estructurar las bases del ordenamiento jurídico, y la configuración del Estado.
- **En sentido formal:** Es un conjunto de normas de carácter distinto a las normas ordinarias, que son expedidas en virtud de un procedimiento especial, bien sea por votación y legislación de un órgano legislativo especial como por ejemplo una Asamblea Constituyente, de votación y legislación en un órgano común como por ejemplo el congreso, pero enmarcadas en un procedimiento especial, o sin importar el órgano, puede estar presente la intervención directa de un cuerpo electoral, como por ejemplo en un plebiscito o un referendo.
- **En sentido material:** El conjunto de instituciones jurídica, que acompañadas de un ideología política, valores y reglas específicas, tiene como objeto el ideario de un bien común, con la inclusión de las diferentes fuerzas políticas que hacen parte del país.

---

<sup>201</sup> CLEVES RAMÍREZ, Gonzalo. Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyentes: Los derechos fundamentales como paradigma. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Pág. 40.

<sup>202</sup> OLANO VALDERRAMA, Carlos Alberto, y OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Derecho Constitucional general e instituciones políticas – Estado social de derecho. 3° edición. Ediciones Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 2000. Págs. 61-62

### **3.3 LAS GARANTÍAS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

La falta de garantías de los Estados, para el cumplimiento de los derechos civiles y políticos de primera y segunda generación, originó que se tuviera la necesidad de construir de una serie de garantías que permitiera el goce efectivo de estos derechos, a través de unas condiciones mínimas necesarias para su goce.

De ahí que, no solamente nace una Carta de Derechos Fundamentales, con el objeto de determinar las funciones del Estado Social de Derecho, sino que dichos derechos fundamentales, van acompañado de unas garantías sociales, económicas y culturales, que permita gozar con condiciones dignas de los derechos fundamentales, como la vida. Por ejemplo, si la vida es un derecho fundamental, para que esta sea con condiciones dignas y justas, es necesario que se garantice el derecho al trabajo, la seguridad social, la estabilidad, y la paz. Sin ello, no sería posible hablar de la existencia de un derecho a la vida, cuando este se vería fuertemente amenazado por los menesteres sociales como la desigualdad, el hambre, desnudez, falta de salubridad, acceso a medicamentos y en general a servicios y prestaciones públicas necesarias para garantizar el goce adecuado de los derechos fundamentales.

En la escena política y jurídica, se comienza entonces a gestar el inconformismo social, que como anteriormente se dijo, fue orquestado en primera medida por el Marxismo, y el socialismo, quienes a través del análisis político, jurídico, sociológico y económico, reclamaron la reivindicación de unos mínimos sociales que deben estar acorde con todo ciudadano para obtener unos niveles mínimos dignos de vida. Es por eso, que el Estado, no puede limitarse a reconocer la existencia jurídica del ciudadano, sino también ofrecer un mínimo de condiciones sociales, económicas y culturales que garanticen el pleno ejercicio de esa independencia.

De ello resulta que, 1917 en México y 1919 en Alemania, se promulgaron las primeras constituciones sociales, que devenían del Movimiento del Constitucionalismo Social. En la Constitución Mexicana, se da un cambio trascendental a los conceptos de propiedad privada, libertad e igualdad entre otros. A tal punto que, se permitió la nacionalización de ciertos recursos naturales para el provecho de la colectividad. Es decir, se dio transformación al concepto de comunidad, libertad y propiedad con base al trabajo social.

Por su parte, la Constitución Alemana o más conocida como la Constitución de Weimar, tuvo transformaciones importantes al configurar igual que la Carta Magna Mexicana un Estado de Bienestar, y reconocer los derechos de los trabajadores. Grosso modo, también sirvió como puente de exportación del constitucionalismo social, puesto que permitió que países europeos, como: Austria en 1920, Estonia en 1920, Polonia en 1921, Yugoslavia en 1921, España en 1931, Irlanda en 1937, Francia en 1946 y 1958, Italia en 1948, entre otros, expidieran sus primeras constituciones con carácter social, constituyendo un Estado de Bienestar y siguiendo la línea del Movimiento del Constitucionalismo Social, llegando a influir incluso al Derecho Constitucional Americano.

Esto lo que ocasiona es la incorporación al derecho positivo de máximas sociales de carácter ético y del derecho natural, a la configuración jurídica del Estado. Ya no será la satisfacción de las obligaciones jurídicas únicamente del gobernante, sino el respeto por una serie de garantías éticas, sociales, económicas y culturales, con base al respeto de la dignidad humana, un orden social justo y la garantía de la materialización de los derechos fundamentales a través de herramientas jurídicas de obligatorio cumplimiento frente a cualquiera que pueda poner en riesgo estas garantías. Estas funciones recaen entonces sobre las ramas del poder público, quienes deberán ofrecer las garantías que las constituciones ordenan como mandatos de obligatorio cumplimiento, y sobre todo hacerlas exigibles ante cualquiera de no violarlas.

No quiere decir esto, que el constitucionalismo social que dio nacimiento al Estado Social y luego al Estado Social de Derecho, se aparte abiertamente del pensamiento liberal clásico, y del Estado Clásico. Al contrario, lo que pretende es enriquecer estos conceptos, no encapsularlos como máximas jurídicas. Pretende entonces, ofrecer mejores garantías para que la libertad, igualdad y la propiedad gocen de unos mínimos necesarios para su preservación con dignidad, y justicia.

Por consiguiente el constitucionalismo social, termina agregando los elementos modernos del Estado, pues lo constituye en un Estado de Bienestar, interventor y regulador que ofrece no solo derechos formales, sino que los materializa otorgando unas condiciones mínimas que permitan su desarrollo, goce y disfrute dentro del Estado; pero también los enmarca en una óptica de orden justo, libertad y dignidad humana, sin descartar los postulados del Estado Liberal y atribuyendo estas funciones a las ramas del poder público de la que hablaban los contractualistas y que a través de los años, se independizaron concretándose en un trabajo armónico que permita la efectivización de las políticas públicas, la protección de los derechos de los ciudadanos y el cumplimiento de las garantías que ofrece la Constitución y que son protegidas por el Estado.

Con el proceso constituyente de 1991, a través de la confluencia de la mayoría de los actores políticos de la sociedad colombiana, y el uso de las diferentes vertientes ideológicas y sociales que desde la fundación del estado, habían entrado en conflicto, se promulgó la Constitución de 1991.

El objeto principal, era promover un cuerpo normativo superior que conviviera la idea de un Estado Social de Derecho, con una democracia participativa e incluyente que evitara que nuevamente grupos políticos se alzaran en armas contra el Estado. A su vez, se incluyeron una amplia carta de derechos catalogados de carácter fundamental, y una serie de derechos económicos, sociales y culturales, que permitieran el goce efectivo de los primeros y

garantizaran tal cual se promulgó en el preámbulo de la Constitución política de 1991, un orden social justo, basado en el respeto de la dignidad humana.

El Estado por consiguiente, se instituyó como un Estado laico, descentralizado y con respeto, tolerancia y garantía por la libertad de culto. La educación quedó a cargo de Estado y se garantizaría su acceso gratuito hasta la básica secundaria.

Recogiendo la ideas liberales, y reforzado por las ideas que venían del constitucionalismo social, el nuevo Estado Social de Derecho colombiano no fue ajeno a los cambios y necesidades del mundo moderno, permitiendo caracterizarse por ser por lo menos en las letras, un Estado incluyente, con una amplia carta de garantías constitucionales y sociales a favor de la población, sin hacer distinciones de sexo, raza, condiciones sociales, ni mucho menos ideología política.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-585 de 2008, Magistrado Ponente el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, ha indicado:

*“La definición del Estado como Social de Derecho (artículo 1º constitucional) trae como consecuencia indiscutible el compromiso de la organización estatal con la garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Prerrogativas estas que han sido ideadas como mecanismos para garantizar la igualdad material entre los asociados, presupuesto que a su turno se reconoce como necesario para asegurar el goce efectivo de las libertades consagradas en los textos constitucionales.*

*Los derechos económicos, sociales y culturales traducen necesidades históricamente desconocidas respecto de sujetos que, en atención a las circunstancias particulares en las que se encuentran, se han visto privados de la posibilidad de ejercer la libertad que animó la constitución del Estado de Derecho y que bajo la fórmula del Estado Social es nuevamente reivindicada, esta vez, tras el replanteamiento del concepto mismo de libertad que en adelante reconocerá como prerequisite de su goce a la igualdad, entendida ya no en el sentido formal clásico sino como mandato dirigido al Estado en cuanto organización política encargada de la satisfacción de las necesidades básicas, con la*

*intención última de asegurar a los Ciudadanos una vida en condiciones respetuosas de la dignidad humana*<sup>203</sup>.

La inclusión en la nueva Carta Constitucional, una serie de Derechos Fundamentales, y de una serie de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (DESC), permitió garantizar lo que denominamos la justicia formal. No obstante, el constituyente del 91, fue más amplio y a través de mecanismos jurídicos de respuesta inmediata, incluyó lo que denominamos la justicia material. Estos son los recursos jurídicos que tienen los ciudadanos para hacer exigibles ante las Instituciones y contra el mismo Estado o los particulares, el respeto, garantías y protección de los derechos reconocidos por la Constitución de 1991.

Por consiguiente, mecanismos como la tutela, el habeas data, el habeas corpus, o las acciones populares y de grupo; le permite al ciudadano hacer uso de esa justicia material, en favor de la justicia formal. Lo principal fue, que le dio poder al ciudadano, comprendiendo a través de la teoría de Marx, porque no decirlo, que efectivamente el poder residía en el pueblo y por consiguiente era este quien efectivamente lo delega a las Instituciones jurídicas y políticas que conforman el Estado, armándolo de jurisdicción y competencia.

El Constituyente se permitió consignar en el título II, del Capítulo 2 de la Constitución política, los derechos económicos, sociales y culturales con base a la consigna de que el ser humano deberá vivir y desarrollarse dentro de unas condiciones mínimas que garanticen su dignidad. Esto, es acorde al origen de los denominados derechos humanos de segunda generación, pues su nacimiento como ya lo vimos anteriormente se da como respuesta al denominado “utilitarismo” del Estado liberal que se había generado con el nacimiento de los derechos civiles y políticos o derechos de primera generación en el periodo comprendido entre el siglo XIX y el siglo XX.

---

<sup>203</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Nuestra Carta política, se permite destinar 35 artículos para establecer los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de su texto, establecidos entre el artículo 42 al 77. Se cuenta así, con un amplio catálogo de derechos, que permite garantizar unos mínimos a favor de los ciudadanos como lo son la protección a la familia, el acceso al sistema de seguridad social, al sistema de salud básico, a la educación, a la defensa, la promulgación y protección de la cultura, la libertad de expresión, los derechos de la niñez, de los adolescentes, de los minusválidos físicos, y los derechos mínimos de los trabajadores.

A pesar de que se ha dicho que estos derechos, no son fundamentales y en principio no pudieran ser exigidos su protección a través de mecanismos de protección inmediata como la tutela; la Corte Constitucional se ha permitido pronunciarse desde vieja data al respecto, explicando que una interpretación armónica, sistemática y coherente de la Constitución permite entender que los derechos de segunda generación se integran por conexidad a los derechos fundamentales, y permite hacer posible a través de la acción de tutela su exigibilidad, pues no se garantizarían los mínimos vitales necesarios para el goce de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional, al momento de decidir tutelar el derecho a la vivienda digna, derecho de segunda generación consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política, abordó el tema de la “iusfundamentalidad” de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), al respecto indica:

*“Como ocurrió con los demás derechos económicos, sociales y culturales, desde sus primeros pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional negó la iusfundamentalidad del derecho a la vivienda digna, señalando para el efecto, que se trata de un derecho de carácter prestacional cuyo contenido debe ser precisado en forma programática por las instancias del poder que han sido definidas con fundamento en el principio democrático, de conformidad con las condiciones jurídico materiales disponibles en cada momento histórico.*”

*Así, gran parte de los pronunciamientos en la materia califican la vivienda digna como un derecho asistencial del cual no es posible derivar derechos subjetivos exigibles en sede de tutela por cuanto su desarrollo sólo corresponde al legislador y a la administración". Argumentación que del mismo modo, acompañó desde etapas tempranas las consideraciones en relación con derechos como la salud, el trabajo, la educación, la seguridad social, entre otros derechos sociales y económicos.*

*Pese a lo anterior, en situaciones de afectación clara de este tipo de derechos, la competencia del juez constitucional fue reivindicada con fundamento en el criterio de la conexidad, en desarrollo del cual se estableció que los derechos denominados de segunda generación podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograra demostrar un nexo inescindible entre éstos y un derecho fundamental en atención a las circunstancias del caso concreto.*

*De esta forma, se aceptó la procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la vivienda digna - aun cuando éste no fuera considerado fundamental - siempre que la lesión de tal prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales per se, tales como la vida, la integridad física, la igualdad, el debido proceso, entre otros. Criterio que asimismo se ha mantenido latente en el análisis que en aras de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales realiza en cada caso el juez constitucional.*

*Sin embargo, el criterio de la conexidad se advertía insuficiente en muchos casos en los que consideraciones de justicia y equidad tornaban necesario un pronunciamiento del juez de tutela que permitiera la protección del derecho a la vivienda digna. Esta situación condujo a la jurisprudencia constitucional a reconocer algunas hipótesis adicionales en las que pese al carácter no fundamental de este derecho, la acción de tutela resultaba procedente.*

*En tal sentido, se sostuvo en primer término que cuando pudiera evidenciarse una afectación del mínimo vital, especialmente en personas que se encontraran en situación de debilidad manifiesta, la autoridad judicial en sede de tutela debía proceder -en forma en todo caso excepcional- a adoptar las medidas tendentes a conjurar la vulneración alegada.*

*Pronunciamientos del mismo tenor han sido constantes en relación con otros derechos económicos, sociales y culturales, siendo un caso paradigmático al respecto el del derecho a la salud, que en innumerables ocasiones ha resultado protegido cuando, en atención a la escasa capacidad económica de quienes solicitan el amparo, el juez constitucional se ve en la necesidad de ordenar -con cargo al presupuesto del Estado- prestaciones necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, aun cuando la omisión relativa a las mismas no genere directamente la afectación de otros derechos calificados en forma autónoma como fundamentales.*

*De otro lado y bajo la misma idea de ampliar las hipótesis en las que es posible para el juez de tutela proteger derechos sociales y económicos,*

*la jurisprudencia constitucional ha reconocido que en los casos en los cuales el contenido de estos derechos ha perdido la vaguedad e indeterminación que como obstáculo para su fundamentalidad se argüía en un principio, tales garantías deben ser consideradas fundamentales y en tal sentido, admiten la intervención del juez de amparo.*

*Así, respecto de aquellas prestaciones que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, es admitido el carácter iusfundamental de la vivienda digna, con fundamento en el criterio de la transmutación. Un caso emblemático al respecto es el relacionado con la concesión y desembolso de subsidios de vivienda cuando los adquirentes de vivienda han cumplido con todos los requisitos establecidos por la ley para el efecto.*

*En otras ocasiones, el juez constitucional ha recurrido a la aplicación de otros principios definitorios del Estado como es el caso de la solidaridad para, por esta vía, procurar la protección del derecho a la vivienda digna no obstante ser calificado como un derecho constitucional no fundamental.*

*Como se advierte, la jurisprudencia constitucional se ha ido apartando, cada vez con mayor claridad, de los pronunciamientos iniciales que catalogaban la protección de derechos económicos, sociales y culturales en sede de tutela como algo excepcional en atención al carácter no fundamental de las prerrogativas que integran dicha categoría.*

*Tal constatación ha conducido a que en pronunciamientos recientes, la Corte en sus distintas Salas de Revisión haya replanteado la consideración que dio origen a la línea jurisprudencial que viene de comentarse y en consecuencia, admita el carácter fundamental de aquellas garantías catalogadas como sociales, económicas y culturales. Sin duda alguna, una importante precisión en este sentido fue la establecida en sentencia T-016 de 2007, en relación con el derecho a la salud. Este fallo permitió desligar dos categorías conceptuales que hasta entonces habían sido asimiladas en la jurisprudencia constitucional: de un lado, el carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales y de otro, las vías que éstos requieren para su efectivo cumplimiento<sup>204</sup>.*

La Corte Constitucional, determina que para hacer exigible los Derechos Económicos, Sociales y Culturales por vía de tutela, es necesario que su afectación conlleve al menoscabo de algún derecho fundamental, inescindible para el desarrollo del ser humano por criterio de conexidad. Así las cosas, debía tanto el tutelante como el operador constitucional, determinar si efectivamente esa

---

<sup>204</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, Ibíd.

conexidad se daba, pues si ello era así, debía protegerse el derecho económico, social y cultural afectado, dado que gozaba de un rango iusfundamental.

Además, y claramente lo advierte la Corte Constitucional, en la sentencia anteriormente mencionada, este criterio de conexidad, se hacía insuficiente en algunos casos, lo que originaba que el Juez basado en aspectos diferentes pudiera tutelar la protección del derecho vulnerado; así, cuando se evidenciara una afectación al mínimo vital, de manera excepcional, el Juez de tutela estaba obligado a la protección efectiva del derecho económico, social y cultural vulnerado, como por ejemplo en los casos del derecho a la salud pues su conexidad con la vida lo hacía gozar de esta característica fundamental. En segunda medida, es viable su protección, cuando el contenido de estos derechos, pierden su vaguedad e indeterminación. Y, en tercera medida, basado en el principio de solidaridad, se exige del Estado entonces, la protección del derecho constitucional vulnerado, todo ello con el objeto de defender los derechos económicos, sociales y culturales con carácter iusfundamental.

En síntesis, reconoce la Corte Constitucional, la importancia en la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puesto que su vulneración va en contra de la estabilidad de los derechos fundamentales, el mínimo vital, y la solidaridad como principio rector del Estado Social de Derecho, poniendo en vilo un orden social justo, rompiéndose así la dignidad del ser humano y afectándose la dignidad humana de manera injustificada en contra del ciudadano.

**3.3.1 Del orden social justo.** La Constitución Política de Colombia, establece en su artículo 2 que entre los fines esenciales del Estado se encuentra: “... *asegurar la convivencia pacífica y un orden social justo*”.

Al respecto cabe mencionar, que el orden social justo va en dos sentidos, el primero encaminado a ser cumplido por los ciudadanos y el segundo encaminado a garantizarlo el Estado.

Para garantizar un orden social justo, solo se puede hacer si los ciudadanos tienen derecho al acceso a la administración de justicia, derechos constitucionales, consagrados en nuestra carta magna en el artículo 22, pues si existiese un conflicto que no puede ser resuelto por las partes de manera pacífica, será el operador judicial, quien entre a resolverlos escuchado a los sujetos procesales, siempre con el debido respeto de las formalidades legales y el debido proceso. Sin embargo, no basta con que las personas cumplan con sus derechos y sus deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución Política; sino que además es necesario que las autoridades e instituciones, cumplan con las funciones que les competen<sup>205</sup>.

De igual manera, la vigencia de un orden social justo, recae en el legislador al momento de imponer el cumplimiento de obligaciones para con los ciudadanos dado que cuando estas cargas se establecen de manera excesiva rompiendo con los esquemas de justicia retributiva; desnaturaliza el esquema de la conducta desplegada, y los efectos de ella se desenlazan, generando una desproporción en el la acción y el resultado, y ocasionando una desviación del propósito imperativo que estableció el constituyente para la consecución de un orden social justo<sup>206</sup>.

Por último, debe entenderse que solo será posible la existencia de este orden social justo, si es un tercero imparcial quien es el encargado de dirimir los conflictos. Al respecto ha indicado la Corte Constitucional, en Auto 318 – 06 lo siguiente:

---

<sup>205</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-438 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz

<sup>206</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia C-406 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía

*“Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación señaló en la providencia T-657 de 1998, que hace parte del orden justo y del Estado Social de Derecho, consagrado en nuestra Norma Fundamental, la existencia de un tercero imparcial que dirima los conflictos: “La convivencia pacífica y el orden justo, consagrados en la Constitución como principios que rigen la relación entre las personas y el ordenamiento constitucional colombiano, reposan sobre la institución del tercero imparcial. Ante éste deben acudir las personas cuando no les ha sido posible resolver un conflicto por medio del entendimiento directo entre las partes, a fin de que sea el juez, con audiencia y participación de los interesados, quien diga cuáles son las normas aplicables al caso, qué hechos debidamente establecidos han de ser valorados para resolver el asunto, y cuál es, en últimas, la solución adecuada a derecho. La actuación parcializada de este funcionario daría al traste con cualquier posibilidad de lograr una decisión justa, y convertiría al Estado de Derecho en una burla cruel para quienes se acercaran a los estrados judiciales en procura de cumplida justicia”.*<sup>207</sup>

Al respecto, es viable aclarar que el tercero neutral debe de gozar de dos elementos esenciales, la imparcialidad y la oficiosidad. La imparcialidad le permite tomar decisiones neutrales, tal como lo indica la Corte Constitucional, puesto que le permite avizorar sin manto de duda posible, la claridad de los hechos; sin embargo, si existiese alguna oscuridad, haciendo uso de la oficiosidad, por medio del decreto de pruebas de oficio, o la identificación de alguna causal de error, pudiese demostrarse la inocencia del acusado y a su vez garantizándole las garantías propias del debido proceso.

Por consiguiente, la vigencia de un orden social justo, no está llamado a nacer de manera vacua e insuficiente; por el contrario, su constitución se basa en la necesidad del respeto a la dignidad humana, y la garantía del acceso por parte de los ciudadanos a la justicia material; con el objeto de obtener la protección del Estado quien delega sus funciones jurisdiccionales a un tercero imparcial. Entonces, la permanencia de un orden social justo garantiza la armonía del Estado y con ello, la garantía y el respeto por los Derechos Humanos que le son inherentes a cada ciudadano, sin importar la Nación a la que pertenezcan.

---

<sup>207</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia A-318 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

La existencia de un orden social justo, como un fin esencial del Estado, permite de manera seguida, delinear una guía para los ciudadanos y las Instituciones, quienes deben encaminar sus esfuerzos de manera mancomunada a la consecución de dicho fin constitucional, tanto por un deber, como por un derecho que garantiza el pleno disfrute y desarrollo de las garantías constitucionales, establecidas por el constituyente del 91.

La inclusión del orden justo, como uno de los fines del Estado, no es caprichosa por parte del Constituyente. Por el contrario, es respuesta al proceso del desarrollo social, político e histórico propios de país, y del desarrollo general del Estado, y en particular del Estado colombiano. Al respecto es dable recalcar que la inclusión de este fin constitucional, responde a la necesidad que dio origen a la creación del Estado Liberal, pues en su lucha contra el despotismo y la concentración de poderes en una sola persona, puso en desequilibrio el orden justo, la justicia material y los derechos de los ciudadanos; tal como se dijo anteriormente. Sin embargo, su desarrollo, no se dio hasta el nacimiento del Estado Social, y su perfeccionamiento a tal punto como lo conocemos hoy, no se estableció sino hasta la materialización del Estado Social de Derecho, permitiendo ser el orden justo una obligación para el Estado y sus Instituciones, y una garantía para los ciudadanos que a su vez deben contribuir a ello con el cumplimiento de los deberes y las obligaciones establecidas en la Carta Política, y ante cualquier conflicto, sino es posible de solucionarse a través de los Mecanismos alternativos de Solución de Conflictos, será el Juez quien basado en la proporcionalidad, oficiosidad, y demás principios procesales y constitucionales, deberá dar fin, al conflicto ante el planteado, en nombre del Estado.

Si bien, el fin de la persecución de un orden social justo, es muy amplio, esta regla constitucional, se erige como una de las máximas del Estado. No podríamos hablar de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin la existencia de unos mínimos de justicia, en todas las esferas de la sociedad colombiana. Así, es el

Estado quien el otorgamiento de este tipo de instrumentos para con sus ciudadanos, el llamado en últimas a garantizar el cumplimiento de este fin en todos los aspectos de la vida del sujeto.

Para su eficaz cumplimiento, este principio se desarrolla como en muchos otros aspectos de la administración pública, y sus instituciones, en el llamado principio de la justicia material.

**3.3.2 De la justicia material, la igualdad y la dignidad humana.** Si revisamos el nacimiento del Estado Social de Derecho, no podemos negar la existencia entre muchos otros elementos, de la dignidad, la igualdad y la justicia material.

Estos tres principios nacen en el Estado y se desarrollan en él, como una garantía constitucional e Institucional a favor de los ciudadanos, con el objeto de garantizar un orden social justo, la dignidad, y los demás fines del Estado. Por consiguiente, no es aleatoria su consigna desde el nacimiento del Estado Liberal, y su promulgación como máximas dentro de las revoluciones francesas y norteamericana. Al contrario, son estos conceptos desarrollados como ya se dijo anteriormente por parte del Racionalismo, el Movimiento del Constitucionalismo Social, y las vertientes académicas de los liberales y los enciclopedistas; los que permiten hoy hablar de un Estado garantista de principios y valores como la dignidad humana, que a través de la igualdad, la inclusión social y el acceso a la justicia material permiten el desarrollo del ser humano como fin dentro del Estado, el cual destina todas sus instituciones, acciones y omisiones a favor del respeto de sus derechos y facilita el goce de las garantías constitucionales establecidas por el Constituyente en la Constitución Política.

La dignidad humana como concepto, ha tenido un desarrollo ligado a la Divinidad, y a la Razón. En la época pre-moderna, este concepto era entendido de la relación entre parentesco derivado de la relación del hombre y de Dios, en donde el

primero gozaba de una perfección única, al ser un desarrollo del segundo<sup>208</sup>. Es decir, no había en él, imperfección o error alguno que le permitiera dudar a nadie sobre su valor, su complejidad, y su integridad tanto física como moral. Tal es así que, cualidades como el físico, la inteligencia, el lenguaje, las artes, etc., venían todas del desarrollo de un Dios superior y omnipotente que en el esquema del ser humano tuvo en cuenta todas las habilidades necesarias para hacer de él, un ser completo y superior a todos los seres vivos sobre la faz de la tierra. Sin embargo, en la época moderna y con la re-adopción del Darwinismo, y los enciclopedistas, así como de las ideas liberales, hubo una reconfiguración del término, a tal punto que se consideró al hombre un fin en sí mismo, en donde el origen de la dignidad humana, nace de la naturaleza misma del hombre desligándola de cualquier origen divino. Es decir, se sigue haciendo alusión a las cualidades del hombre, sus capacidades y competencias, pero esta vez con razones de esfuerzo, talento, disciplina, mas no por origen divino o místico.<sup>209</sup>

El antropocentrismo, terminó siendo el eje central del Estudio del hombre para determinar la procedencia de sus capacidades, su desarrollo en sociedad, y los mínimos necesarios que debe tener para el goce y garantía de sus derechos.

Al respecto, la Corte Constitucional, ha indicado en sentencia T-881 del 2002, al referirse al concepto de dignidad humana lo siguiente:

*“Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la*

---

<sup>208</sup> VATICANO. La Dignidad de la Persona Humana [en línea]. Disponible en <[http://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/p3s1c1\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s1c1_sp.html)> [consultado el 23 de agosto del 2014].

<sup>209</sup> PELÉ, Antonio. Una aproximación al concepto de Dignidad Humana. En: Universitas [en línea]. No. 01 (2003). Disponible en: <[http://universitas.idhbc.es/n01/01\\_03pele.pdf](http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf)>. [consultado el 23 de agosto del 2014].

*Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”<sup>210</sup>.*

Es necesario aclarar tal cual lo hace la Corte Constitucional en la misma sentencia, que los aspectos anteriormente mencionados no son una conclusión definitiva, pues mal podría entenderse solo de esta manera el concepto de la dignidad humana.

Por el contrario, la dignidad humana, representa un sin números de conceptos, situaciones y definiciones que resulta ser un tema inacabado y es por eso que ha querido la Corte intentar encuadrar tan basto concepto, en unos lineamientos básicos que sirvan de guía para los ciudadanos, el operador judicial y las Instituciones.

A partir de una serie de pronunciamientos constitucionales, sentencias T-532 de 1992, C-542 de 1993, C-221 de 1994, T-596 de 1992, C-239 de 1997, T-401 de 1992, T-572 de 1991, T-879 de 2001, entre otras, la Corte Constitucional, se permite entender que el concepto de la dignidad humana se encuentra vinculado a tres esferas de la vida del sujeto.

**- La dignidad dentro de la autonomía individual del sujeto:** A través de señalamientos jurisprudenciales como las sentencias T-532 de 1992, C-542 de 1993, C-221 de 1994, T-447 de 1995, T-472 de 1996, C-239 de 1997, T-461 de

---

<sup>210</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

1998, entre otros pronunciamientos. Para la Corte, es de fundamental importancia y así se puede colegir de los pronunciamientos anteriormente mencionados, que dicho concepto está basado en los imperativos kantianos de la dignidad como eje fundamental del ser humano, por cuanto este no puede ser considerado como un medio, sino como un fin; que, la dignidad humana repercute directamente en la autonomía individual del sujeto, por medio de la cual este tiene la plena facultad de definir su proyecto de vida, y tomar sus propias decisiones, siempre y cuando no se vean afectados los derechos fundamentales o la órbita personal de los demás ciudadanos. Por consiguiente, esta facultad de auto determinarse, solo puede nacer de la dignidad humana, a tal punto que las personas morales o jurídicas, no pueden gozar de esta cualidad, pues su origen no proviene de la naturaleza, sino de una ficción elaborada por el derecho.

A tal punto llega el concepto de la dignidad humana, y repercute en la autonomía individual del sujeto, que su sustento se erige como la base al respeto de las decisiones trascendentales de la vida del sujeto, por ejemplo: al momento de decidir la puesta en práctica de algún tratamiento, su consentimiento para ser o no operado, o el uso y consumo de la dosis personal.

**- La dignidad dentro de unas condiciones mínimas materiales de existencia:**

La Corte Constitucional, desde sus inicios ha expresado por medio de las sentencias T-596 de 1992, T-124 de 1993, C-239 de 1997, T-296 de 1998, C-521 de 1998, T-556 de 1998, T-565 de 1999, y C-012 de 2001, entre otras; la importancia que el Estado y las Instituciones brinden al ciudadano unas condiciones mínimas de existencia desde el punto de vista material que garanticen el desarrollo del sujeto, y su autonomía individual, pues de nada serviría el respeto por las decisiones que este tomase, por la imposibilidad física de llevarlas a cabo por la falta de elementos materiales que sustenten el desarrollo de su decisión.

Es decir, también se refiere esta segunda línea jurisprudencial de la Corte, en el entendido, a eventos en que el ciudadano está recluso en un centro penitenciario, y el Estado no le brinda los mínimos necesarios para su proceso de resocialización dentro del penal, dificultando su readaptación en la sociedad. Es decir, las condiciones materiales, precisamente responden a las nuevas necesidades que plantea el nuevo Estado Social de Derecho, en donde en cabeza de este, se plantean los requisitos necesarios para exigir el cumplimiento de las garantías, derechos y valores a favor del ciudadano. Uno de ellos, será la dignidad humana, como eje central del ordenamiento jurídico colombiano, cuyos fines estarán enmarcados en el respeto precisamente de este valor.

- **La dignidad dentro de la denominada “intangibilidad de cuerpo y del espíritu”**: En sentencias T-401 de 1992, T-402 de 1992, T-123 de 1994, T-036 de 1995, T-572 de 1999, y T-879 de 2001, entre otras. La Corte Constitucional al respecto habla de la protección moral y psicológica por parte del Estado frente a este valor.

Así, para la Corte Constitucional, los castigos, o tratos crueles inhumanos o degradantes, no solamente repercuten en el estado físico del sujeto; sino que muchas veces termina haciendo un daño irreparable en la psiquis del ciudadano. Entonces, el Estado a pesar de hacer uso del poder coercitivo y de delegarlo en menor medida a las autoridades o instituciones jurisdiccionales, debe propender porque en todo momento las actuaciones de los entes de control, y vigilancia, la fuerza pública y los ciudadanos en general, comporten un respeto especial a la dignidad humana.

Grosso modo, estos tres ámbitos de entendimiento de la dignidad humana, comportan el desarrollo constitucional que la Constitución le encarga al Estado y sus Instituciones. Así, el artículo 1 (*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, (.....) fundada en el respeto de la*

*dignidad humana...), plantea como eje central el respeto a la dignidad humana, y su desarrollo constitucional, se presenta en los artículos 25 (Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas), 42 (la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables), 51 (Todos los colombianos tiene derecho a la vivienda digna).*

El texto constitucional, de manera armónica se pone a disposición del ciudadano, como un medio para obtener este sus fines. Ya la dogmática de la dignidad humana, será el primer plano, en donde la igual desarrollada en el artículo 13 de la constitución política, estará al servicio del sujeto, con el objeto de garantizar el respeto de los derechos del ciudadano, y en donde una de esas formas será a través de la distribución equitativa de los bienes y servicios que el Estado desarrolla o delega en los particulares, y que permite satisfacer las necesidades básicas de los gobernados<sup>211</sup>.

Una de las maneras en que se habla de dignidad humana a favor del sujeto, es a través del acceso a la justicia material, en condiciones de igualdad. Al respecto indica la Corte Constitucional:

*“El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.”<sup>212</sup>*

Es decir, no se trata de la aplicación de la ley de manera mecánica, pues tal cual como lo ha dicho la Corte, se trata también de ponderar una serie de situaciones, principios y actos que llevan al operador judicial a tomar las decisiones que

---

<sup>211</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-1430 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

<sup>212</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-429 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell

ameritan, teniendo en cuenta las consecuencias y las obligaciones a imponer a las partes.

No se trata entonces, de un ejercicio jurídico de carácter lógico, pues en últimas lo que se está analizando en los juzgados, son comportamiento sociales, costumbres y culturas que se contraponen en la forma de vivir la vida, lo cual generan conflictos que ante la imposibilidad de una situación amigable deben ser abordados por la justicia ordinaria a fin de evitar en lo máximo posible la venganza privada.

Una de las consecuencias, de emitir situaciones jurídicas desarticuladas con la realidad y la factibilidad de los sujetos procesales, ha sido reconocida por la Corte Constitucional:

*“El ideal de justicia material consustancial al Estado Social de Derecho que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales, requiere una concreción no sólo con el pronunciamiento judicial que declara o constituye el derecho o impone la condena, sino mediante su efectivización o realización material, que se logra mediante el cumplimiento de la sentencia.”<sup>213</sup>*

Es decir, que las sentencias en abstracto, aquellas que no consultan la realidad de los sujetos procesales, terminan contrariando el principio de la justicia material, pues está la imposibilidad de la imposición de la pena o el castigo emitido por la autoridad jurisdiccional. Por consiguiente, la víctima o la contraparte del proceso encuentran que el gasto efectuado al solicitar la justicia del Estado fue innecesario.

Es entonces menester, recordar que la efectividad de las decisiones judiciales, comportan varias aristas que no pueden ser resueltas de manera mecánica y lógica, pues los comportamientos analizados y enjuiciados son por naturaleza,

---

<sup>213</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-084 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell

sociales, y complejos. Ante ello, la justicia material nace como una necesidad social, y no como un imperativo jurídico. Cosa distinta es que por necesidad, la justicia material se desarrolle en el campo jurídico, sin embargo a su vez demandan de este campo, un comportamiento más real con las condiciones sociales de los sujetos partes del proceso, y los hechos fácticos que se desarrollan en el caso.

Ahora, no podemos hablar tampoco de una justicia material que por meras formalidades, deje de un lado el derecho sustancial. Al respecto, hemos visto como en el derecho penal, o como en el derecho civil, las formalidades terminan dejando a un lado las realidades del proceso, por eso muchas veces se habla de la realidad procesal (aquella que es la probada en los procesos judiciales), y de la realidad real (la real ocurrencia de los hechos).

Por eso, el constituyente y previendo la necesidad de acabar con los procesos atestados de formalidades y llenados de irregularidades sustanciales, previó en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia: *“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”*. Es decir, que aunque existen formalidades procesales, estas no deben vulnerar la sustancialidad del proceso, es decir los derechos constitucionales y en el caso penal, los bienes jurídicos tutelados, que por conquistas sociales los hombres han logrado establecer como mínimos existenciales para la raza humana.

La anterior consagración constitucional es de vital importancia, puesto que debe ser desarrollada en todos los ámbitos de la administración de justicia. Desde la correcta resolución por parte de un funcionario judicial a un derecho de petición

elevado por un ciudadano, hasta la imposición de una sentencia que limite los derechos constitucionales de un ciudadano. No podemos esperar entonces, que la administración de justicia con base a la mera y formal imparcialidad ejecute decisiones judiciales sin sopesar los elementos probatorios, las condiciones sociales de las partes y la verificación de los hechos judiciales. Lo que necesitamos es un operador judicial activo que además de todo lo anterior, vele por el estricto cumplimiento de las garantías y derechos de ambas partes, y en caso de existir por ejemplo en el caso penal de eximentes o exculpantes de responsabilidad penal, las decrete de oficio, pues en juego están los derechos constitucionales de los ciudadanos, la credibilidad de la administración, y la objetividad jurídica del Estado.

*“La Constitución asegura tanto en el Preámbulo, como en los artículos 2º, 29, 228, 229 y 250, la vigencia de un orden justo y la efectividad de los principios y de los derechos, incluido el acceso efectivo a la administración de justicia, la cual será debida, oportuna y acertadamente impartida.*

*En desarrollo de esos principios y finalidades, en el artículo 29 ibídem se ha consagrado que el debido proceso debe aplicarse tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas y dentro de esa prerrogativa existe la garantía de toda persona, sea natural o jurídica como quedo visto, a ejercer su defensa y contar con la asistencia de un letrado para tal fin.*

*Aunado a lo anterior, esta Corte ha indicado que el derecho a la defensa, como integrante del debido proceso, impone una serie de facultades de las partes. Al respecto, en el fallo T-383 de mayo 16 de 2011, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se recordó lo consignado en el C-025 de enero 27 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil, donde con relación al respeto a esas garantías, en cualquier tipo de actuación judicial o administrativa, se consignó:*

*"Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, 'de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga'.*

*La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, señalando que con su ejercicio se busca 'impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad,*

*con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado'. Acorde con ello, ha reconocido igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que 'constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico'."*

*En ese orden, dentro del debido proceso también está contenido el derecho de defensa, que no solamente se relaciona con la facultad de presentar y controvertir pruebas, sino con la obligación proveniente del Estado social de derecho de permitir a los interesados contar con la representación de un abogado escogido para tal fin, cuando sea necesario, y a recurrir las decisiones que resulten desfavorables cuando ello sea permitido por el ordenamiento.*

*5.2. Si bien las garantías referidas tienen el carácter sustancial, su efectividad requiere de normas procesales, sin que lo allí establecido pueda contrariar o impedir su materialización, pues se incurriría en lo que jurisprudencialmente se ha denominado como el "exceso de ritualidad manifiesto", que no es otra cosa que un desconocimiento del orden superior.*

*La referida doctrina nace de la imperiosa necesidad que los operadores jurídicos no desconozcan los derechos sustanciales, mediante el apego extremo de los presupuestos procesales contenidos en normas de esa naturaleza, que si bien son el instrumento para su realización, no pueden ser un obstáculo injustificado para la consecución de la justicia material.*

*Con relación a la prevalencia del derecho sustancial, esta corporación en la sentencia C-029 de febrero 2 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía, explicó:*

*"Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia 'prevalecerá el derecho sustancial', está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio."*

*Por ende, las normas procesales, aunque de orden público y de obligatorio cumplimiento, son el medio para hacer efectivos los derechos sustanciales y solucionar conflictos, entre particulares o de éstos con el Estado. Lo anterior, sin desconocer la importancia que las formas propias de cada proceso tienen, pues su aplicación fue reconocida por el artículo 29 de la Constitución.*

*Así, partiendo del derecho de acceso a la administración de justicia y del principio de la prevalencia del derecho sustancial, se presenta un "exceso ritual manifiesto' cuando hay una renuencia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales", el cual puede conllevar el quebrantamiento de derechos fundamentales como el debido proceso y,*

*dentro de él, la defensa, al igual que el acceso a la administración de justicia*<sup>214</sup>.

La Corte Constitucional en suma, se permite reconocer la importancia de la justicia material envuelta en el respeto a la dignidad humana, el debido proceso, la igualdad, la garantía al acceso de la administración de justicia, y la consecución de un orden social justo, como la persecución al cumplimiento de los fines del Estado.

No podemos decir que sea caprichoso de parte de la Corte Constitucional, el reconocimiento de este tipo de derechos, más bien corresponde a lo que hemos dicho a lo largo de este capítulo y es a los procesos de lucha histórica que han logrado que los ciudadanos exijan el respeto de unos mínimos necesarios para el desarrollo de la vida en condiciones dignas y justas, y permita la consecución de un orden social justo y un bien superior para todos.

### **3.4 LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO**

El artículo 1° de la Constitución Política de Colombia establece: *“Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*. Esto quiere decir, que el eje de acción de las políticas públicas entre ellas, la política criminal, está enmarcada dentro del respeto por la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y prevalencia del interés general. Así, se plantea como eje principal, que por oficiosidad debe el Juez Penal con Funciones de

---

<sup>214</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-892 de 2011. M.P. Nilson Pinilla.

Conocimiento en principio decretar las nulidades procesales que se presentan en el curso de un proceso penal, y como no, las causales de responsabilidad penal que por falta de técnica del defensor del acusado, descuido del ministerio público o desinterés del fiscal, no han sido decretadas para así proceder en pro de la dignidad humana del acusado y el respeto a las garantías fundamentales como el debido proceso.

Las causales de ausencia de responsabilidad penal, se encuentran señaladas en el artículo 32 de nuestra normatividad penal, esto es el Código Penal, ley 599 de 2000, la cuales nos dejan ver que cuando se hace un estudio in examen en las diferentes causales de ausencia de responsabilidad penal consagradas en la norma en comento, se visualiza que se presenta una aplicación totalmente diferente por parte de los jueces, mostrando que no hay una unificación de criterio clara respecto a su aplicabilidad en el proceso penal; puede ser muy posiblemente a diversas variables subjetivas como la conducta desarrollada por el sujeto, los principios o valores del Juez Penal con Funciones de Conocimiento, la hermenéutica interpretativa que usa para aplicar las causas de ausencia de responsabilidad penal, la falta de técnica del defensor del acusado, en fin.

En cambio, hay personas que infringen un tipo penal arguyendo estar convencidas que por cualquier medio les asiste la razón, ora por decir, que es allí donde le corresponde al operador judicial dentro de la balanza jurídico procesal, con equidad, e imparcialidad, determinar si en verdad la conducta realizada está amparada por una o cualquiera de las diferentes eximentes de responsabilidad penal.

No podemos olvidar entonces, que será el operador judicial quien escuchando a las partes, determinará si efectivamente se dio la causal eximente de responsabilidad penal, o por el contrario nos encontramos ante un acusado plenamente responsable de sus actos. Sí bien, tampoco no podemos esperar a

que el operador judicial se encuentre como un participante pasivo en el proceso penal, que solo está llamado a resolver las consultas de las partes, o de manera excepcional a interrogar para esclarecer hechos confusos, sin entrar a detallar más en el caso. Aquí lo que estamos exigiendo, es un Juez Penal con Funciones de Conocimiento que no solo formaliza la justicia, sino que también la materializa, de tal manera que los derechos constitucionales del sujeto procesal, efectivamente gocen de una tutela del Estado, quien delega su poder jurisdiccional en él para la efectiva protección de estos derechos ganados a través de conquistas sociales.

Esto, porque a pesar de ser el infractor penal, no puede ser considerado un enemigo del ordenamiento jurídico, es decir las expresiones del derecho penal de enemigo, no pueden hacer parte de las decisiones jurisdiccionales. Al contrario, la manera más adecuada de juzgarlo es tratándolo con neutralidad, eficacia, imparcialidad y sobre todo objetividad, de tal forma, que el sujeto procesal sea consciente de su error, acepte la justicia, comprenda su castigo y decida resocializarse en la sociedad. Para ello, el Juez Penal con Funciones de Conocimiento, como los intervinientes deben velar porque los derechos del acusado dentro del proceso penal se cumplan a cabalidad, se garanticen y se protejan en pro de la justicia formal, y la justicia material.

Ahora, aquí estamos ante la disyuntiva que más adelante me permitiré desarrollar, y es la contraposición de dos principios constitucionales, el primero el de la imparcialidad de la administración de justicia, versus la justicia material, propia de un Estado Constitucional de Derecho, como el colombiano.

Dentro de un campo procesal hermenéutico, podemos considerar en un proceso penal, que la conducta infringida por el acusado se puede equiparar en forma sociológica, psicológica, y aún hasta psiquiátrica a una posible eximente de responsabilidad penal. Así, muchos autores hablan sobre cada una de estos temas que se pueden considerar como parámetros de medidas, con el objetivo de

concluir, sí de verdad puede existir una imputabilidad e inimputabilidad, ello de acuerdo con la hermenéutica jurídica y las hipótesis dentro de las estrategias defensivas de un profesional del derecho, quién va a sostener que su apadrinado, defendido, o poderdante; puede estar incurso en una eximente de responsabilidad penal de acuerdo con el comportamiento desplegado al momento de cometer el ilícito, causales establecidas dentro del artículo 32 *ibídem*.

Pero, sin embargo el derecho penal es paradójico, puesto que aunque prohíbe la realización de las conductas tipificadas como delitos y descritas en el Código Penal, también por otro lado, autoriza a determinadas personas a realizar conductas tipificadas en la ley, menoscabando los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, siempre y cuando se den ciertos requisitos establecidos en la norma<sup>215</sup>.

También, existen otras fuentes dentro del ordenamiento jurídico que permiten que determinadas personas realicen ciertas conductas tipificadas por la ley y su conducta es exonerada de toda responsabilidad penal, situación fáctica esta de derecho que se debe demostrar como eximente de responsabilidad penal. Amén, el legislador consagra unas pautas, como cuando un individuo comete una conducta la que se encuentra tipificada en el Código Penal, es allí donde el juzgador procede a equiparar a quién le asiste la razón junto con el comportamiento desarrollado. En ese balance, se toma en cuenta el acervo probatorio como lo son, los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, con el objetivo de que esa persona trate de desvirtuar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de su conducta y de ello convenza al operador judicial; entonces, una vez demostrada la inexistencia de estas, se rompen los nexos que constituye la conducta punible, lográndose la libertad del acusado.

---

<sup>215</sup> VELÁSQUEZ, Fernando. Manuel de Derecho Penal: Parte General. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 3º edición, 2007, página 360.

Siendo tipificada la conducta por la ley penal, y demostrada la inexistencia de estos tres elementos, la persona se encuentra amparada por la causal de justificación, porque el bien jurídico vulnerado fue con justa causa, permitido por la misma ley. Ejemplo de ello, la misma Constitución y la ley consagra que cuando un ciudadano se encuentra cometiendo una de tales conductas punibles, en ese momento al no haber autoridad del orden, es decir cualquier ciudadano lo puede retener y entregar al funcionario competente, entonces no podemos hablar de secuestro o cualquier otro delito, puesto que este ciudadano con su conducta desplegada ha actuado conforme a la Constitución y a la ley, dado que esta lo permite. Además, si ese ciudadano pudo haberse percatado que el capturado estaba cometiendo una conducta punible y no lo colocó en conocimiento de las autoridades competentes, puede incurrir en omisión de denuncia; por consiguiente, miremos como nuestro ordenamiento jurídico penal, tiene diferentes bagajes a modo de interpretación, que le permiten al ciudadano, moverse en una franja de eximentes de responsabilidad penal y de deberes que debe cumplir con el Estado, que no contraviene el orden interno, ni muchos menos ponen en riesgos injustificado los bienes jurídicos tutelados por la administración de justicia. Con ello se puede entonces, aplicar las circunstancias de ausencia de responsabilidad penal consagrado en el artículo 32, en especial el presente tema de investigación denominado “El Error Invencible”.

Este, es un tema de suma importancia puesto que para valorar al error invencible como un eximente de ausencia de responsabilidad penal según el artículo 32 ibídem, se deben analizar algunos presupuestos jurídicos y jurisprudenciales que me permitiré desarrollar más adelante, enlazarlos con los hechos y a partir de allí plantear el defensor del acusado una estrategia defensiva que sea útil para demostrar la ausencia de responsabilidad penal de su prohijado. Así, cuando el juzgador se encuentra analizando todo el resorte procesal probatorio, nos vamos a encontrar con una certeza: la presentación del caso, en ella, el juzgador, debe determinar si la conducta primero es típica, segundo si es antijurídica y tercero si

es culpable. Del análisis que le presente tanto el fiscal, como la defensa, y de las pruebas recolectadas en el proceso y las estipulaciones probatorias acordadas deberá determinar el Juez Penal con Funciones de Conocimiento a modo de justicia rogada, si efectivamente procede decretar un error invencible, como eximente de responsabilidad penal en favor del acusado.

De igual manera, ¿Qué sucede cuando no existe la justicia rogada?, ¿En dónde se encuentran las facultades de oficio del Juez Penal con Funciones de Conocimiento?, ¿Hay justicia material, si existiendo un error invencible y al no ser alegado por ninguno de los intervinientes, el Juez Penal con Funciones de Conocimiento condena al acusado?

Todas estas preguntas, son las que me dispongo a desarrollar a lo largo del presente documento. Sin embargo, debo adelantar que hoy por hoy, el Juez Penal se ha convertido en uno Constitucional, con Funciones de Conocimiento. Es decir, no solo debe velar por la ritualidad del procedimiento, sino que también por el respeto a las garantías y derechos constitucionales establecidos por el bloque de constitucionalidad, la Constitución, y Los Tratados Internacionales.

Así mismo, es importante que el juzgador domine el tema de las pruebas testimoniales, hoy denominadas entrevistas, puesto que de la lectura del testimonio se logra, que el declarante manifieste solamente la verdad de lo que presencié, vio y palpó, dado que de ella se pueda perjudicar el triunfo de la verdad judicial. Es decir, que con lo que el declarante manifieste bajo la gravedad del juramento, se puede llegar a la conclusión de que si lo alegado por el acusado, le asiste la razón o no, para aplicar cualesquiera de las eximentes de responsabilidad penal, puesto que ese es el objetivo para así poder determinar si el dicho de ese ciudadano quién sostiene que su conducta punible desplegada, nada tiene que ver con responsabilidad penal, está amparado por una causal de ausencia de responsabilidad penal para entonces la hipótesis de esos hechos

desplegados llevarlos al estadio procesal, con el único objetivo de valorarlos cada uno de ellos.

Grosso modo, estando en ese estadio procesal de valoración probatoria, nace la hipótesis hermenéutica, es decir; como el juzgador dentro del acervo probatorio con ley 600 y ley 906 de 2.004, ambos del C.P.P., se toma en cuenta la favorabilidad para aplicación, con base a la ley 153 de 1.887, en sus artículos 1, 40 (modificado por el artículo 624 de la ley 1564 de 2012) y 43, teniendo en cuenta las hipótesis planteadas por la defensa. Además, puede manejar según los hechos acontecidos, el error invencible, para elevar esa hipótesis con base al bloque de constitucionalidad, a la ley, a la jurisprudencia, a la doctrina, y a las costumbres, manejadas estas también, de acuerdo al campo sociológico de los pueblos, como son reales y no reales.

Como quiera, el tema de ausencia de responsabilidad penal es tan complejo, inclusive existe un manejo internacional de esas disposiciones, por ejemplo en España, Alemania, que no se puede acabar en una tesis. De todas maneras, si es válido plantear un derrotero que permita ser de consulta al investigador jurídico penal. Para ello, es necesario desmenuzar algunos conceptos de suma importancia.

En suma, el derecho penal necesita de otras ramas para poder establecer sí en su cotidiana labor los sujetos procesales están o no amparados en causales eximentes de responsabilidad penal, son inimputables o por el contrario responsables y con plena consciencia de sus actos. Así, el psiquiatra forense realiza dictámenes sobre inimputabilidad, y con ello responde a la autoridad judicial, que solicita establecer sí la persona investigada por haber cometido un ilícito presentó trastorno mental o inmadurez psicológica, no solo se entra a determinar esto, sino además la ausencia de responsabilidad penal en cuánto a los hechos y a las condiciones. Aquí, es donde el legislador en principio, debe

marcar que de manera preliminar parece adecuado decir que con los usos aceptados dentro de la práctica legal los límites y obligaciones en que el Instituto de Medicina Legal debe participar dentro del proceso penal. Por consiguiente, la interpretación jurídica puede ser descrita como cierto tipo de operaciones intelectuales que se encaminan en encontrar, clasificar, extraer, descubrir, crear, o de manera aún más general atribuir a un cierto hecho las características más adecuadas y concretas para establecer que tipo es, por ende que conducta realizó<sup>216</sup>.

La dogmática, que es la que constituye el Derecho legislado para reconstruirlo con base científica, viene estableciendo conceptos, categorías de análisis, etc. Este procedimiento analítico se hace necesario para la correcta comprensión de los preceptos contenidos en un cuerpo de leyes, en vista de que el legislador debe guiarse por consideraciones prácticas y no puede emplear el nivel de abstracción y la prolijidad propios de la teoría. Esto significa, que la sola letra de la ley resulta insuficiente para resolver los complejos problemas que presentan los casos concretos dado que en el área del Derecho Penal, existen dos grandes sistemas teóricos que conciben de diferente manera el delito y siguen un orden distinto en el análisis de los problemas penales y su solución. Por una parte tenemos el sistema tradicional, conocido como teoría de la acción causal, y por otra, el sistema alternativo o de la acción final, que es en la actualidad el predominante. Estas teorías se diferencian en el significado que le atribuyen a los elementos de la infracción penal, particularmente a los componentes de la acción, la estructura del tipo y el contenido de la culpabilidad.

Pero, ¿Cómo entrar a determinar la naturaleza jurídica del error invencible como eximente de responsabilidad penal? El problema consiste en determinar qué debe entenderse por ley penal. Si se consideran ley penal todas las disposiciones

---

<sup>216</sup> CAMPOS SUAREZ, Carlos. Las Causas Eximentes de Responsabilidad Criminal [en línea]. Disponible en <<http://www.monografias.com/trabajos4/respcriminal/respcriminal.shtml>> [citado el 23 de agosto del 2014].

legales contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales, se llegará a la conclusión de que las regulaciones sobre las eximentes son materia penal; pero en tal caso lo serían también las reglas para determinar la responsabilidad civil nacida del delito, lo que resulta inaceptable. Si por el contrario, se consideran materia penal sólo aquellas disposiciones que definen los delitos y establecen las penas, así como las de la parte general que las complementan, por consiguiente en el sentido de integrar las condiciones positivas del hecho punible, deberá aceptarse que las reglas que prevén una eximente no son ley penal. Sin embargo es necesario dejar claro el concepto de responsabilidad penal, *“la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de éste”*<sup>217</sup>.

Ahora bien, el hecho de que las eximentes aparezcan enumeradas en el Código Penal debe interpretarse como una exigencia práctica que el legislador ha acatado juiciosamente. En efecto, al describir un delito en el tipo penal no es posible incluir en él todos los elementos necesarios para la existencia de la responsabilidad penal. Lo más recomendable, desde el punto de vista técnico, es tratar los problemas de la antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad en la parte general del Código, por ser comunes a todas las figuras delictivas, evitándose así la farragosa tarea de repetir una y otra vez los mismos requisitos. Por otra parte, el texto legal no dice quién es imputable, o quién actúa antijurídicamente, sino que establece quiénes son inimputables o cuáles acciones están justificadas, quedando, pues, los elementos de la responsabilidad penal establecidos por exclusión y la carga de la prueba sobre el que la afirma. El delito, es la negación del Derecho y las eximentes son la negación de esa negación, y, por tanto, son Derecho común contenido en el Código Penal, sólo a título de excepción.

---

<sup>217</sup> GERENCIE.COM. Sobre la Responsabilidad. [en línea]. Disponible en: <<http://www.gerencia.com/sobre-la-responsabilidad.html>> [consultado el 23 de agosto del 2014].

También podemos sostener desde otro punto de vista observado, que la no aplicación de las causales en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio, introducido por la ley 906 del 2004, denota una irresponsabilidad administrativa del Estado para el cumplimiento de las condiciones de reclusión de los internos, contribuyendo tanto al aumento de las conductas jurídicas, como a la disminución de las eximentes de responsabilidad penal, originando el aumento de la población carcelaria que ha obligado al INPEC, desde ya hace un año, a la declaratoria de emergencia carcelaria<sup>218</sup>.

De todas maneras, podemos sostener que las causales de ausencia de responsabilidad penal y en especial el error invencible, es una figura jurídica creada para contribuir con los fines del Estado; particularmente con la justicia, porque no permite que el órgano de la justicia del Estado se congestione con cantidades de procesos que en realidad tienen su solución en una causal de ausencia de responsabilidad penal. Por ende, las cárceles no se llenarían con tantos penados, por eso, y al no ser tenidas en cuenta estas causales de ausencia de responsabilidad penal y en especial el presente caso de estudio el error invencible, las consecuencias son de mucha connotación social, debido a que un gran porcentaje de la población está relacionada con un proceso judicial, por las razones que tuvo que reaccionar para defenderse de la conducta antisocial de otra persona que le quería vulnerar su derecho fundamental (vida, libertad ); de otra manera las cárceles no tienen espacio para los sentenciados, de esto se deriva a que los principios como la dignidad humana, se vulneran y hasta la misma vida se pone en riesgo tal como sucedió en Barranquilla en el presente año<sup>219</sup>. Por lo tanto, el Estado no estaría garantizando sus principios fundamentales, como es garantizar el desarrollo de una vida digna, ni mucho menos a la resocialización de

---

<sup>218</sup> ELCOLOMBIANO.COM. Inpec declaró la emergencia carcelaria. [en línea]. Disponible en: <[http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/l/inpec\\_declaro\\_la\\_emergencia\\_carcelaria/inpec\\_declaro\\_la\\_emergencia\\_carcelaria.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/l/inpec_declaro_la_emergencia_carcelaria/inpec_declaro_la_emergencia_carcelaria.asp)> [consultado el 23 de agosto del 2014].

<sup>219</sup> ELESPECTADOR.COM. Incendio en cárcel de Barranquilla deja seis heridos. [en línea]. Disponible en: <<http://www.elespectador.com/noticias/nacional/incendio-carcel-de-barranquilla-deja-seis-heridos-articulo-498591>>. [consultado el 23 de agosto del 2014].

la pena y los fines constitucionales que ella debe desarrollar y que de ella se desprenden como fundamentos válidos para la limitación de los derechos fundamentales del acusado.

**3.4.1 La ausencia de responsabilidad penal.** La ausencia de responsabilidad penal, es la exclusión que hace la normatividad penal a la persona que por razones de tipicidad, culpabilidad o antijuridicidad, no puede ser sujeto de recibo de la acción penal por parte del Estado colombiano.

Respecto a las circunstancias excluyentes de la antijuridicidad, entendida como el justificante de la conducta punible reprochable por parte del Estado; las eventualidades eximentes de la culpabilidad, en donde se vuelve inculpable el comportamiento o de la tipicidad. Es de importancia anotar, que nuestro actual Código Penal, Ley 599 de 2000, están inscritas dichas causales, bajo el rótulo ausencia de responsabilidad penal establecidas en el artículo 32, cosa distinta ocurría en el Código Penal anterior, Decreto - Ley 100 de 1980, pues en este último se denominan causales de inculpabilidad.

La normatividad penal anterior en su artículo 29 consagraba como causales de justificación del hecho las siguientes:

- “1. En estricto cumplimiento de un deber legal.*
- 2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.*
- 3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.*
- 4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.*  
*Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione, y*
- 5. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya*

*causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.*

Respecto a las causales de inculpabilidad, la legislación anterior las estipulaba en su artículo 40 así:

- “1. Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor.*
  - 2. Quien obre bajo insuperable coacción ajena.*
  - 3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación, y.*
  - 4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.*
- Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo”.*

En vista de ello, como anteriormente se ha dicho, el actual código penal no se permite clasificar las circunstancias de justificación y de inculpabilidad, pues las une todas definiéndolas como factores constitutivos de ausencia de responsabilidad penal, e incluyendo respecto de su normatividad anterior, dos nuevas justificantes, la primera, el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico menoscabado en los casos en que este pueda disponer del bien, y el obrar por parte del agente por miedo insuperable.

Respecto de las demás, no existe ninguna diferencia trascendental, sin embargo y aunque son incluidas todas bajo un mismo grupo, deben ser tratadas las unas como exculpantes y las otras como eximentes de responsabilidad penal, de tal manera que el objetivo en últimas se logra la exclusión de la punibilidad de la conducta a favor del agente activo, pues se encontró con el incumplimiento o la inexistencia de algunos de sus elementos, los cuales son: la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad.

Para Fernando Velásquez Velásquez, sobre el tema de las causales de ausencia de responsabilidad penal, indica que la figura jurídico penal:

*“(...) es de mucha importancia social, pues así como las demás instituciones jurídicas necesita de estudiarse, esta también requiere de un estudio; de igual forma según él, las causales de ausencia de responsabilidad penal, además tiene su naturaleza jurídica en normas que son permisivas, lo cual quiere decir que todo el compendio normativo, no solamente consagra prohibiciones y mandatos, sino también autorizaciones para que la persona en el evento que pueda notar la vulneración de sus derechos fundamentales constitucionales, logre reaccionar, realizando una conducta tipificada pero no antijurídica. Podemos decir que los tipos penales consagran reglas generales que encuentran sus excepciones en las causales de justificación. Las fuentes de las causales de justificación, es indispensable precisar de dónde surge o emanan, pues es un interrogante no muy difícil de explicar, partiendo de la base que el concepto de antijuridicidad es unitario, por el cual una conducta no puede ser al mismo tiempo ajustada a derecho y contraria a él, de esto se desprende que las causales de justificación no solo deban buscarse su justificación en la ley penal, sino en todo el ordenamiento jurídico, puesto que pueden existir causales extralegales que están por fuera del plexo normativo. Es evidente que la antijuridicidad es un elemento de la conducta punible, por ende si el agente despliega una conducta que está tipificada por la ley penal, pero lo hace de manera justificada, así mal podría decirse que estamos dentro de una conducta punible, por las razones donde el sujeto activo la realizó al momento de proteger un derecho fundamental, puede ser del mismo o de un tercero, de tal forma el agente actuó dentro de una causal que quebranta la estructura del delito, porque ya no se constituye la antijuridicidad en ese caso concreto, debido a que la persona está amparada por un causal de justificación.”<sup>220</sup>*

Es decir, su importancia no solamente radica desde la perspectiva jurídica como efectivamente lo reconoce el autor, sino también desde una perspectiva social, dado que permite los derechos como la auto tutela, en donde es el mismo ciudadano, que ante la imposibilidad física inmediata de solicitar la protección de su bien jurídico puesto en peligro por otro agente, de manera autónoma toma las potestades de protección que le concede el Estado, con el objetivo de proteger sus bienes jurídicos en contra del riesgo que pueda sufrir.

Para Ricardo De La Pava Marulanda, el estudio de las causales de la ausencia de responsabilidad penal exige del investigador sus características y su posterior ubicación dentro de la teoría del delito. Así, haciendo un estudio de sus

---

<sup>220</sup>VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Óp. Cit., Pág. 360

características y ubicándolas dentro de la teoría del delito, las define como el proceso por medio del cual:

*“La dialéctica jurídica toma el concepto de responsabilidad y le enfrenta inmediatamente su aspecto negativo: los supuestos de hecho que la niegan, construyendo así unos eventos que de materializarse demuelen esa responsabilidad penal haciendo lícito el comportamiento típico, es decir, le quita lo injusto dejándolo impune. Esos supuestos fácticos pueden impactar la antijuridicidad al justificar la conducta típica, o la culpabilidad por tocar con uno de los elementos del tipo subjetivo y en cualquiera de los dos eventos la consecuencia es la irresponsabilidad penal.*

*Lo anterior tiene que ver con el problema de la imputación que en su expresión clásica se presenta atribuyendo un acto a un individuo, es decir se lo atribuye para hacerle sufrir las consecuencias; para hacerlo responsable de él si es culpable. En estas condiciones, la culpabilidad y la responsabilidad están íntimamente vinculadas a la imputabilidad y no obstante ser conceptos distintos, algunas tendencias del derecho penal las considera equivalentes.”<sup>221</sup>*

Es claro entonces, que no basta con el estudio de las figuras exculpantes de la responsabilidad penal; sino que es necesario caracterizarlas dentro de la antijuridicidad o la culpabilidad y definir de qué manera afecta la tipicidad e imputabilidad del delito frente al comportamiento desplegado por el sujeto. Mal podría entenderse el análisis de las figuras, sin su correspondiente característica dogmática que le permite convertir su comportamiento en *lícito*, y librarse del reproche penal, haciendo omisión de manera excepcional al poder punitivo del Estado.

Jaime Sandoval Fernández, se permite definir las causales de ausencia de responsabilidad penal como aquellos comportamientos en donde:

---

<sup>221</sup> DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Causales de ausencia de responsabilidad penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, Pág. 17. ISBN: 978-958-8297-88-0

*“(...) todas las situaciones... conlleven ausencia de conducta, atipicidad, justificación, inculpabilidad, innecesaridad de la pena. Así no se encuentren señalados expresamente en las causales del art. 32 ídem.”<sup>222</sup>*

En el decir del autor entonces, podríamos entender las causales no como una lista de números clausus en donde los comportamientos desplegados por el agente deben estar fundados en dicha lista, de lo contrario no podríamos hablar de ausencia de responsabilidad penal. Sino que por el contrario, siempre que un comportamiento sea desarrollado con *“ausencia de conducta, atipicidad, justificación, inculpabilidad e innecesaridad de la pena”*, podríamos estar hablando de una eximente o exculpante de responsabilidad penal a favor del acusado.

Para Juan Manuel Camell Cure Márquez, las causales de ausencia de responsabilidad penal, son entendidas desde las perspectivas ideológicas y dogmáticas que permitan la concreción de la estructura dogmática del delito y su aplicación de manera particular y subjetiva en el comportamiento desplegado por el sujeto o acusado, teniendo en cuenta los atenuantes y agravantes de la conducta y del resultado<sup>223</sup>. Más que partiendo de una concepción meramente jurídica, el autor se permite hacer un desarrollo ideológico y jurídico que con la ayuda de las demás ciencias auxiliares del derecho como la sociología, le permitan al operador judicial la comprensión no solo abstracta sino real de los hechos y la resolución de una sentencia jurídicamente aplicable con las circunstancias del acusado, sin necesidad de violarse la justicia material, y con el respeto del debido proceso, las formalidades legales, la prevalencia del derecho sustancial y el irrestricto respeto a la dignidad humana con el objeto de un orden social justo, fin último del Estado.

---

<sup>222</sup> SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. Causales de ausencia de responsabilidad penal. En: Revista de Derecho, Universidad del Norte [en línea]. No. 19 (2003). Disponible en: <<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2957/2036>>. [consultado el 23 de agosto del 2014].

<sup>223</sup> CURE MÁRQUEZ, Juan Camell. La ausencia de responsabilidad en el derecho penal. Bogotá: Leyer, 2010, Pág. 17. ISBN: 978-958-711-670-0

Sin embargo, el eminente jurista colombiano Alfonso Reyes Echandía, nos entrega la definición más completa, respecto de las causales de ausencia de responsabilidad penal, al respecto nos enseña que:

*“Son aquellos fenómenos que tienden a eliminar la antijuridicidad a pesar de acomodarse en una descripción de un tipo determinado y de ocasionar la lesión al bien jurídico tutelado por la ley penal, habida cuenta se llaman exclusión de la antijuridicidad porque justifican dentro de lo legal una conducta que es contraria al orden jurídico, por tanto la legislación penal en las causales de justificación las denomina de esta forma, tal vez porque sirven para justificar comportamientos aparentemente injustos”.*<sup>224</sup>

Está claro entonces, que aunque efectivamente son conductas “*aparentemente injustas*”, estas deben nacer a la luz de las situaciones que se presentan cuando los bienes jurídicos del posible infractor están en juego, bien sea por desprotección del Estado, bien sea por las características subjetivas de la acción, o bien sea por la imposibilidad física para la materialización de los derechos de las partes por parte del Estado. Esto quiere decir, que efectivamente nace un reproche constitucional en el sujeto que ejecuta una acción amparado en una causal de exclusión de responsabilidad penal. Sin embargo, este reproche nace con un vicio o nace incompleto. Es decir, nace como los contratos sin voluntad, o con error en la cosa o en el objeto. Nacen, con la falta de los requisitos legales exigidos por el legislador para la aplicación de la sanción o el reproche penal por parte del Estado. Y es que debe ser así, pues de lo que se está hablando es de bienes jurídicos que por obligación deben ser tutelados por el Estado y que están en juego contra otros de igual o mayor importancia. Es por eso que indico, que el Juez penal se termina convirtiendo en un Juez constitucional, pues debe ponderar por ejemplo si era más importante la protección de la vida, que de la libertad religiosa, o la integridad física de una de las partes.

---

<sup>224</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Bogotá: Editorial Temis S.A, 1998. Pág. 159. ISBN: 958-604-241-6.

No obstante, no es injusto que una persona haya realizado una conducta que esté descrita como reprochable, por qué no hay un daño general en la sociedad; por ende, lo injusto aquí desaparece, puesto que la conducta de la persona está dentro del marco de la justicia, lo contrario a esto sería el atropello que hace quién desea violar la norma de armonía social, así que sería injusto que una persona actuara de manera arbitraria sin tener en cuenta los derechos de los demás.

De lo anterior, es dable inferir que es evidente que el derecho en Colombia no se crea de manera absoluta, el derecho se crea debido a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales, es dinámico, de acuerdo también a las conductas que vayan teniendo relevancia, el derecho las va regulando, además por disposición constitucional, no solamente las causales de ausencia de responsabilidad penal están consagradas en la ley penal, sino en todo el orden normativo, de tal manera son normas de carácter permisivo que autorizan que las personas realicen conductas que aunque estén tipificadas, se adecuen en un tipo penal, no sean antijurídicas, porque se realizó con justa causa, dándose aquí aplicación a aquellos preceptos constitucionales que nos dan esta libertad de actuar en estos tipos de comportamientos.

Desde esta órbita percibimos que la ley no es imperativa en absoluto, debido a que ella se concibe para imponer mandatos aún en contra de la voluntad del individuo, a manera de ejemplo cuando en el Código Penal expresa “el que mate a otro incurrirá en prisión”, este es un supuesto jurídico que se crea como prohibición, mientras en otras normas como “el que observe que una persona necesite ayuda, que está en peligro y teniendo los medios como ayudarla, no la ayuda”, observamos que es una norma de mandato; desde esta posición observamos que existen distintas clases de leyes, como de mandatos, permisión y prohibición. Entonces, se puede deducir que la ley penal por mandato de la constitución, consagran las causales de justificación, con base en que las autoridades no estén presente, pudiendo las personas actuar en defensa de su

derecho o de un tercero, puesto que la constitución les otorga una legitimación o autorización para actuar en ese momento<sup>225</sup>.

En la ley 599 del año 2000 ídem, por medio de la cual se expidió el Código Penal vigente, se estableció en el artículo 32 las causales de ausencia de responsabilidad penal, quien reemplazó las normas del artículo 29 y 40 del Código Penal de 1980. Aquí, el legislador refundió, todas las causales de ausencia de responsabilidad penal en un solo texto, incluyendo el error de tipo con todos sus efectos, consecuencias y contenido en un sólo numeral que es el décimo del citado artículo. Lo anterior significa que se diferencia del error de prohibición de que tanto la doctrina nacional y la extranjera, venían ventilándolo desde un punto de vista similar.

Como quiera, el legislador debe interpretar la norma, inclusive no desconociendo que el derecho le está marcando variedad y complejidad de conductas y tipos que este debe enfrentar en la adecuación necesaria del tipo, con el objetivo de mostrar que la conducta analizada por el sujeto deberá patrocinar los principios establecidos dentro del marco legal, es decir las eximentes de responsabilidad penal. Para ello el legislador ha querido hacer un aporte a la actualización del conocimiento del Derecho Penal. No es, ciertamente, éste es el espacio apropiado para la discusión de los arduos problemas que han consumido los esfuerzos de grandes juristas, ni su autor. Pero, por lo menos se logra una interpretación de la legislación vigente, aunada o acorde con la doctrina que en la actualidad goza de mejor aceptación, así como exponer las soluciones que plantea.

---

<sup>225</sup> TORRES, Óp. Cit., Págs. 8 y 9.

### 3.5 LA CONDUCTA PUNIBLE

La normatividad penal Colombiana, conforme a la doctrina jurídica penal de ámbito internacional, ha establecido dos regímenes de responsabilidad penal, para ser aplicados en el territorio nacional. El primero es destinado a los imputables, conocidos estos como los sujetos que al momento en que desarrollan las conductas o actos jurídicos, pueden actuar de manera culpable, pues su capacidad psicológica para comprender la ilicitud de su comportamiento y de guiarlo está intacta. En este tipo de situaciones, la normatividad penal nacional se encarga de imponer penas al ciudadano y exigirle al operador judicial, que para la imposición de estas, debe examinar que el comportamiento además de estar consagrado en la norma penal (tipicidad), sea antijurídico y culpable, pues la Constitución nacional excluye la responsabilidad penal objetiva en materia penal. En segunda medida se encuentran los inimputables, pues estos son los sujetos que al momento de ejecutar el delito y por factores como trastorno mental o inmadurez psicológica, no pueden comprender la ilicitud de la conducta, o determinar su comportamiento a ejecutar ese tipo de actos ilícitos; por consiguiente, el derecho penal no puede imponerle sanciones de tipo coercitivo al sujeto, sino medidas de restablecimiento o tratamiento psicológico<sup>226</sup>.

Nuestro Código Penal, define la conducta punible en el artículo 9, como aquella que necesita de la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad para que nazca al derecho. Al respecto consagra:

*“Artículo 9°. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.”*

---

<sup>226</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia C-379 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

En el artículo anteriormente reseñado, se termina haciendo una especial referencia a los inimputables, de quienes se exige la constatación de inexistencia de las causales de ausencia de responsabilidad penal, pues según el profesor Juan Camell Cure Márquez, *“antes de la reforma se presentaban grandes inconvenientes en casos de coautoría o participación criminal cuando uno de ellos era inimputable, llegándose a soluciones ilógicas e injustas, pues a estos sólo se les analizaba lo que era la tipicidad y la antijuridicidad, la categorías dogmática de culpabilidad no era analizada”*<sup>227</sup>.

Así las cosas, las causales de exclusión de responsabilidad penal deben abarcar las ópticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en donde el defensor del imputado debe destruir la existencia de los elementos anteriormente mencionados, logrando encontrar la innecesariedad del reproche o castigo penal en contra de su defendido y eliminando la lesividad de la conducta contra el bien jurídico tutelado de la presunta víctima. Sin más, la conducta punible, debe responder a acciones desarrolladas por sujetos imputables, que gocen de plena conciencia de la ilicitud del comportamiento desarrollado y que aun así conociéndolo, deciden llevarlo a cabo, sin estar bajo ninguna exculpante o eximente de responsabilidad penal, que permite decretar la ausencia de la misma, y la inexistencia del castigo por parte del Estado.

A pesar, de la definición anterior, me permitiré agregar algunas de los tratadistas nacionales e internacionales, que se han permitido desarrollar acerca del concepto de la conducta punible. Así, para Servio Tulio Ruíz, la conducta punible es aquella que es considerada *“como un hecho humano típicamente antijurídico y culpable, a diferencia de algunos autores que opinan que el ilícito penal es un todo unitario desde el punto de vista ético-jurídico y que la antijuridicidad (comprendida en esta la culpabilidad) no es un elemento del delito, pues su esencia consiste en ser un*

---

<sup>227</sup> CURE MÁRQUEZ, Juan Camell. Óp. Cit., Pág. 11.

*acto contrario al derecho, con elementos estructurales y características teleológicas que determinan la atribuibilidad del ilícito a determinado sujeto.*<sup>228</sup>

La anterior definición, sin ninguna duda, puede ser encabezada dentro de la concepción analítica y la teoría de la tripartición del ilícito penal dominante en países como Alemania e Italia.

El Dr. Alfonso Reyes Echandía, define desde cuatro perspectivas, la conducta punible:

1° Desde la perspectiva estrictamente fenoménica, como un *“hecho humano, jurídico, voluntario e ilícito”*<sup>229</sup>.

2° Desde la perspectiva formal, la conducta punible es definida como *“toda conducta humana legalmente descrita y cuya consecuencia es una sanción”*<sup>230</sup>.

3° Desde la perspectiva sustancial, la conducta punible es *“aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal”*<sup>231</sup>.

4° Desde la perspectiva dogmática, la conducta punible *“es la conducta típica, antijurídica y culpable para la cual el legislador ha previsto una sanción penal”*<sup>232</sup>.

No cabe duda, que siempre o casi siempre nos quedamos con la versión dogmática del derecho. Sin embargo el Dr. Alfonso Reyes Echandía, en un trabajo magistral siempre se permite revisar las demás ópticas del derecho para el jurista. Podemos determinar entonces, que la conducta punible es el pilar fundamental y base óptica del delito, desde donde se puede determinar bajo determinadas circunstancias y condiciones su tipicidad adecuándola dentro de un tipo penal; su

---

<sup>228</sup> TULLIO RUIZ, Servio. La concepción del delito en el código penal. Bogotá: Editorial Temis S.A, 1983. Pág. 6. ISBN: 84-8272-293-X.

<sup>229</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Óp. Cit., Pág. 80

<sup>230</sup> *Ibíd.*

<sup>231</sup> *Ibíd.*

<sup>232</sup> *Ibíd.*

antijuridicidad o contravención al ordenamiento jurídico; y su culpabilidad o reproche realizado al sujeto por no haber preferido actuar conforme a derecho.

Por lo anterior, se establece, así, los elementos integradores de la conducta punible, que pasaremos a estudiar; los cuales son la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad.

### **3.6 ELEMENTOS DE LA CONDUCTA PUNIBLE**

**3.6.1 Tipicidad.** Al preguntarnos por los orígenes de la tipicidad, o del tipo; debemos remontarnos a 1506, época en que el jurista alemán Ernst von Beling, había comenzado la investigación sobre el concepto. Así, fue bautizada la tipicidad en sus orígenes como *“Tabestand”*, cuya significación más acorde era *“tipo penal”*. El *“tabestand”*, sin embargo era conocido por los juristas penales antiguos como el *“Corpus Delicti”* o cuerpo del delito, el cual era necesario al momento de dictar la sentencia, pues era el justificante de la conducta sancionable y se comparaba con el resultado objetivo obtenido para imponer la sanción.

Así, en 1906, es el mismo investigador penal alemán Beling, quien se encarga de encuadrar el tipo como un rasgo característico del delito, ubicándolo en el sistema especial del derecho penal, pero sin ninguna conexión con la conducta ni la antijuridicidad. Paso seguido, la tipicidad es entendida con carácter meramente descriptivo de la acción, es decir la tipicidad es entendida como una descripción pura y simple de las conductas punibles que no podían ser cometidas por los ciudadanos.

Para Beling, la tipicidad es una descripción literal del delito, en donde se señalan los elementos y características propias de la conducta penal, sin hacer juicio de valor alguno. Así, el tipo penal, nos indica cuando una conducta es típica, y por consiguiente debe ser sancionable penalmente, entendiéndose que no habrá delito sin la existencia de la tipicidad, y convirtiéndose esta en un elemento genérico del delito de carácter esencial al igual que la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad.

De manera posterior, Karl Ludwig Lorenz Binding, jurista alemán y autor de la teoría de la justicia retributiva, considera que el tipo penal más que ser un mero descriptor, es un indicio de la existencia de antijuridicidad en el comportamiento del sujeto activo. Para Binding, la tipicidad no tiene un comportamiento meramente descriptivo, sino que por el contrario hace parte activa en la definición del delito, pues tacha de antijuridicidad y del desvalor de la conducta prohibida por el ordenamiento jurídico, es ejecutada por el ciudadano. Por consiguiente, su mera ejecución de por sí da origen al reproche penal, por ser un acto de desvalor que ha puesto en desequilibrio o menoscabado un bien jurídico tutelado por el Estado y amerita un castigo.

Ante esto, se presentó una unión entre las teorías de Beling y Binding, pues se comenzó a entender la tipicidad no solo como una descripción, sino también como una adecuación del comportamiento a la antijuridicidad. Al respecto Max Ernest Mayer, otro jurista Alemán en su libro Derecho Penal Parte General, se permite conciliar las dos teorías indicando que la tipicidad tiene una relación con la antijuridicidad, de tal manera que la primera origina el reproche de la segunda por secuencia lógica. Es decir, que un acto por ser típico, inmediatamente se convierte en antijurídico, a menos que se realice sobre alguna de las cualesquiera causales de justificación desarrolladas por la ley penal<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> MAX ERNST, Meyer. Derecho Penal: Parte General. Argentina: Editorial B de F, 2007. Págs. 260. ISBN: 9789974578890.

Por consiguiente, Beling hace el desarrollo descriptivo de la conducta y la configuración como elemento o característica del delito. Binding, por consiguiente se permite relacionarla no de manera meramente descriptiva sino también con la antijuridicidad como un acto de desvalor; y Mayer, se permite indicar que aunque esta relación es válida, no siempre toda conducta desarrollado por un sujeto infractor puede ser considerada como un comportamiento antijurídico, pues hay momentos en que el sujeto activo actúa amparado bajo una causal de ausencia de responsabilidad penal, por tutela de la ley, aunque pone en riesgo un bien jurídico tutelado, no goza de desvalor jurídico para ser reprochado y sancionado por el aparato jurisdiccional del Estado.

Actualmente, la teoría del tipo y de la tipicidad, ha sido revisada por la Escuela Finalista. De esta manera, en la dogmática actual el concepto de tipo se entiende desde dos perspectivas:

- **Perspectiva Objetiva:** Compuesta por elementos del mundo exterior y de la psiquis del sujeto. De lo anterior, se origina una valoración integral de la conducta, teniendo en cuenta las condiciones del entorno, el comportamiento desplegado, los atenuantes, y los justificantes haciendo imposible una separación del plano objetivo o meramente descriptivo de la conducta y su encuadramiento normativo, y el plano subjetivo como los motivos fundantes que llevaron a la ejecución del comportamiento, pudiendo encuadrarse el mismo dentro de alguna causal de ausencia de responsabilidad penal. Por consiguiente, desde esta perspectiva el tipo penal está compuesto por:

- El sujeto
- La acción
- El resultado
- El nexo de causalidad
- El bien jurídico tutelado

- El momento de la acción
- El lugar de la acción
- El Objeto de la acción
- Otros componentes

- **Perspectiva Subjetiva:** Una perspectiva un poco más simple y hasta descriptiva. Se basa en el dolo y los elementos subjetivos distintos a este, que permiten comprender el porqué del comportamiento. Su estudio es mucho más básico porque se basa principalmente en el sujeto, sin entrar a analizar el resultado de la conducta, ni las condiciones del entorno. Así, su eje central es el dolo del infractor, entendido este como el conocimiento por parte del agente de los hechos que dan inicio a la infracción penal, y la voluntad a pesar de conocer las consecuencias de ejecutar la acción, esperando unos determinados resultados.

La escuela finalista, se permite situar a la tipicidad dentro del tipo doloso del delito, en donde el sujeto a pesar de la prohibición, decide ejecutar su comportamiento, sabiendo que aparte del resultado deseado, debe asumir unas consecuencias jurídico-penales en su contra, por la antijuridicidad de su comportamiento. De este modo, entra la escuela a realizar un análisis subjetivo y objetivo del delito, tal como lo expone Maurach, en su tratado de derecho penal, configurándose la tipicidad y estructurándose su análisis subjetivo y objetivo dentro de los cuatro caracteres genéricos del delito<sup>234</sup>.

Por último, y siendo un gran exponente de la escuela finalista, cerca de 1935, Hans Wezel, se permite distinguir la norma y la antijuridicidad, indicando que la primera es un desarrollo intelectual, más la segunda es una prohibición que pertenece o redundará más bien en la esfera ética del sujeto.

---

<sup>234</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: Parte General. Argentina: Editorial Ediar, 1998. Págs. 718. ISBN: 9789505740871.

La Tipicidad entonces es considerada un principio del derecho penal. Es entendida, como la garantía de seguridad jurídica y de ausencia de abusos del gobernante de turno, encontrándose desarrollada en el artículo 10 de nuestra ley penal, al indicar:

*“La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.”*

La dogmática estricta entiende el principio de tipicidad, como el corolario que concreta y garantiza la legalidad.

*“Dado el carácter delimitativo del principio de tipicidad, entendemos que significa en primer lugar, la imposición de restricciones tanto al juez como al legislador, elaborando este, descripciones inequívocas con sanciones precisas – principio de exhaustividad de la ley penal- y que se debe aplicar de manera restringida a la norma penal. Además encontramos que en los delitos de comisión por acción como los de omisión simple, deben estar descritos, es decir, tipificados positivamente; pero las tipificaciones que admiten la comisión por omisión, no necesariamente tienen tal expresividad normativa.”<sup>235</sup>*

Al respecto ha indicado la Corte Constitucional en sentencia C – 739 de 2000. Magistrado Ponente. Dr. Fabio Morón Díaz, citando jurisprudencia anterior de la misma Institución C – 127 de 1993, Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero:

*“Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nulla poena sine lege”, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.*

---

<sup>235</sup> PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Comentarios al nuevo código penal sustancial. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda., 2009. Págs. 29 y 31.

*“Quiere decir lo anterior que cuando el legislador redacta un tipo penal está obligado a definir de manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, y que si no lo hace propicia un atentado contra la libertad individual, pues deja al arbitrio de la autoridad que deba aplicarlo la calificación de los actos, vulnerando la libertad y la seguridad individuales consagrados como derechos fundamentales en el ordenamiento superior.” (Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 1993, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).<sup>236</sup>*

Es decir, que la tipicidad, se basa en el principio de la legalidad. En donde se impone el deber por parte del Estado de redactar las normas penales de manera clara y taxativa con los elementos normativos de *“acto, hecho, o la omisión que constituye el delito”*, en donde la de estos supuestos, genera la inaplicabilidad de la conducta descrita como típica, o en su defecto, da márgenes de interpretación al juzgador para que encuadre de manera arbitraria el comportamiento del sujeto, los presupuestos de hechos, y los elementos fácticos, dentro del delito descrito de manera insuficiente.

También, es claro determinar que, la tipicidad se vincula con la conducta exclusivamente del ser humano. Es la adecuación o el encasillamiento que se hace de la conducta humana en el tipo penal. Adecuar la conducta humana en los tipos penales, se llama juicio de tipicidad, función que realiza el Juez. Lo cual, en el fondo es la focalización de la conducta humana al hecho típico.

Si la conducta particular no encuadra dentro del tipo penal, hablamos de una conducta atípica, que no es punible. Como consecuencia de lo anterior, se pueden ejecutar todas las conductas que la ley penal no está prohibiendo.

Para Juan Luis Alegría Hidalgo, La Tipicidad es la *“adecuación del comportamiento del sujeto activo a la descripción que realiza el tipo penal. Se presenta cuando un hecho acontecido en la realidad se encuadra (adecua) dentro*

---

<sup>236</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

*del supuesto de hecho descrito en la ley penal. Entonces, es una característica de la conducta del sujeto activo.*<sup>237</sup>

Alfonso Reyes Echandía, al entregarnos un análisis de la tipicidad, luego de hacer un breve recorrido histórico, la define como *“la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible.*<sup>238</sup>

Carlos Arturo Gómez Pavajeau, define la tipicidad como *“un principio y por norma general, de naturaleza descriptivo-formal, en virtud del predominante contenido subjetivo-material que en ella se encierra, por lo cual, si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (así por ejemplo, el dar muerte a un hombre), esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la normatividad de la conducta.*<sup>239</sup>

Máximo Pacheco, en su tratado denominado Teoría del Derecho, al estudiar el derecho penal chileno, se permite definir la tipicidad como una: *“descripción precisa formulada en la ley. El hecho de la vida real que se adecua a la descripción, será una acción típica. Esta conformidad entre el hecho concreto y el esquema descriptivo, recibe el nombre de “tipicidad” constituyendo el elemento formal del delito.*<sup>240</sup>

Para el doctrinante argentino Sebastián Soler, *“la tipicidad, es considerada en definitiva como la adecuación que debe existir entre el hecho y una bien delimitada descripción esquemática contenida en la figura legal.*<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> ALEGRÍA HIDALGO, Juan Luis. Derecho Penal: Parte General. Perú: Universidad Alas Peruanas, 2007. Pág. 196.

<sup>238</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Óp. Cit., Pág. 96

<sup>239</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuricidad material. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 4° edición, 2005. Pág. 29. ISBN: 958939633

<sup>240</sup> PACHECO, Máximo. Teoría del Derecho. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 4° edición, 1990. Pág. 238. ISBN: 956-10-0132-1

<sup>241</sup> SOLER, Sebastián. Temas básicos de Derecho Penal. Argentina: Abeledo – Perrot, 4° edición, 2005. Pág. 19.

Eugenio Raúl Zaffaroni, define la tipicidad como *“una característica de la acción y el juicio de tipicidad es la valoración jurídica que, con base en el tipo, permite establecer la tipicidad de la acción.”*<sup>242</sup>

La ley penal es la descripción de los tipos, lo hace en forma exhaustiva y cerrada por regla general. Es decir, trata de abarcar todas las conductas ilícitas, por eso se sostiene por los autores que el Código Penal es un catálogo cerrado de delitos o repertorio de delitos.

Al respecto de la tipicidad el profesor Servio Tulio Ruiz, destaca:

*“En el concepto de tipicidad es indispensable distinguir la noción de tipo y de adecuación típica, porque se trata de dos conceptos diferentes, aunque complementarios, como se verá enseguida. El tipo es la abstracción concreta que el legislador ha realizado o los detalles necesarios para la descripción del hecho que en la ley se cataloga como delito. En otras palabras: el tipo consiste en el conjunto de los elementos que de acuerdo con una norma debe presentar la conducta humana para que sea sometida a una pena. La adecuación típica o subordinación es la correspondencia o acuerdo de la conducta humana, con la figura, modelo o tipo abstractamente descrito en la disposición penal. Es, dicho de otra manera, la subsunción del hecho concreto en la descripción legislativa. En el primer caso, o sea el tipo, es la conducta concretada en la norma; y en el segundo, esto es, la adecuación típica, es la conducta que el hombre desarrolla en el mundo exterior y que de antemano ha sido descrita en la ley, en el sentido de que tal conducta se encuentra ligada y puede ser adecuada o subsumida en un tipo legal penal.”*<sup>243</sup>

Esto quiere decir, que hay esencialmente dos elementos: uno el elemento de configuración normativa, el cual debe ser respetado en estricto cumplimiento al principio de legalidad, y del adagio latino *“nullum crimen, nulla poena sine lege”*; y el segundo elemento trata de la subsunción del hecho concreto en la descripción normativa.

---

<sup>242</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Óp. Cit., Pág. 434

<sup>243</sup> TULLIO RUIZ, Servio. La concepción del delito en el código penal. Óp. Cit., Pág. 26

**3.6.2 Antijuridicidad.** Es considerado uno de los elementos de la teoría del delito, necesarios para la configuración del delito. Es conocido de manera general como el determinar si el actuar humano ubicable en dichas categorías contradice el ordenamiento jurídico en su conjunto o pugna con él, y si, además lesiona o amenaza el bien jurídico<sup>244</sup>; encontrándola además en el artículo 11 del Código Penal (ley 599 de 2000), que dice: *para que una conducta sea típica se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.*”

La antijuridicidad, puede ser explicada como un juicio de valor del comportamiento desplegado por el agente, constatándolo con la prohibición establecida en el ordenamiento jurídico que indica su prohibición. En últimas, su juicio se trata de analizar un comportamiento que ha sido contrario al derecho, pues no se basa específicamente en el derecho penal, sino que por el contrario su análisis irradia a cualquier rama del ordenamiento jurídico como el derecho civil, el derecho comercial o el derecho administrativo. Por ejemplo, el promitente comprador, de un bien inmueble que en las fechas estipuladas, no cancela los dineros acordados respecto del pago de la obligación que pretende adquirir, incurre en una conducta antijurídica, en el derecho civil, como de igual manera incurriría en una conducta antijurídica ante las leyes fiscales o tributarias el comerciante que no realiza la declaración de renta sobre su negocio.

En el derecho penal, la antijuridicidad se materializa cuando el sujeto contraviene el orden normativo de prohibiciones que establece la normatividad jurídico-penal colombiana. Por ejemplo, el que se apodera de cosa mueble, para uso o beneficio propio la cual es total o parcialmente ajena, pone en riesgo el bien jurídico tutelado por la administración de justicia del verdadero dueño, el cual es la propiedad. Así las cosas, el delito penal para su materialización, siempre presupone la comisión de una acción de tipo antijurídico, pero sin embargo no toda acción antijurídica,

---

<sup>244</sup> VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal: Parte General. Óp. Cit., Pág. 355.

puede ser considerada un delito, pues hay eventos como fue explicado anteriormente en el título de la tipicidad, en que el sujeto activo actúa bajo una causal de ausencia de responsabilidad penal.

Así, se desarrolla en el operador judicial un análisis lógico para determinar la comisión de un delito, por medio del estudio de la conducta, su encuadramiento normativo (tipicidad), su antivalor (antijuridicidad) y su culpabilidad, para saber así si estamos ante un delito, o por el contrario una conducta que aunque típica, no es antijurídica, ni culpable, pues el derecho le ha permitido al sujeto activo quien actuando bajo ciertos criterios penales, estar exento del reproche jurídico-penal y ser cobijado por una causal de ausencia de responsabilidad penal.

En conclusión, se puede afirmar que la tipicidad de una determinada acción implica la realización de un juicio de desvalor, el cual se verá confirmado o neutralizado en la medida en que se pueda concluir que la conducta típica, es antijurídica, al ser está prohibida su ejecución por el ordenamiento jurídico, ni estar amparada por ninguna causal de ausencia de responsabilidad penal. Así, ante la presencia de una acción típica y antijurídica, no nos resta más que afirmar por el momento, que nos encontramos ante la existencia de un injusto penal<sup>245</sup>.

La noción de antijuridicidad, surge alrededor de 1867, debido a los estudios realizados por el jurista alemán Rudofl von Ihering, quien determinó que si en el derecho civil, el acuerdo de voluntades podía tacharse de ilícito al ser contrario a la regulación legal, entonces lo mismo podía predicarse de la ley penal; en donde la sola ejecución de un comportamiento descrito como delito en el ordenamiento jurídico daba origen a la antijuridicidad formal u objetiva.

---

<sup>245</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría del delito. Argentina: Editorial Ediar, 2008. Pág. 441

Al principio, al igual que con la tipicidad. La antijuridicidad, solo era analizada desde una perspectiva meramente formal, en donde se contraponía el comportamiento desarrollado por el sujeto activo de la conducta objeto de reproche penal, y la descripción normativa que de ella se hacía en la ley tratando de encontrar la contrariedad entre la normal y la conducta. Por ello, es que al hablar del esquema clásico del delito, se habla de la existencia de una antijuridicidad formal, debido a que la antijuridicidad material no hacía parte del esquema del derecho penal, pues más bien era tratado como un tema de política criminal, basado en la presunción y escogencia de los bienes jurídicos a tutelar y en la importancia de la existencia a favor de estos de un reproche penal.

No es hasta 1870, cuando Adolf Merkel, profesor de Franz von Liszt, quien se constituyó como un abanderado de la teoría evolucionista, el ponente en Viena de la concepción subjetiva de la antijuridicidad. Se consideraba entonces, que todo comportamiento injusto conllevaba a la lesión de la voluntad general del derecho, y en especial del sujeto pasivo de la conducta. Por consiguiente, el sujeto activo se convertía de manera idónea en el destinatario de la imputación por parte del ordenamiento penal.

Ya, para 1899, el alumno de Merkel, esto es el profesor Franz von Liszt, siendo fiel a su maestro, decide agregarle al aspecto moralmente formal de la antijuridicidad, entendido este como ya se dijo en la contraposición entre la conducta y la prohibición legal; otro aspecto material, basado en la puesta en peligro o lesión efectiva a los bienes jurídico protegidos por la ley.

En el año de 1906, Ernest von Beling, indica en su ya reseñada teoría del delito penal, la diferenciación del injusto objetivo proveniente de la tipicidad, y la antijuridicidad. Lo anterior, con el objeto de determinar a la tipicidad en relación con la prohibición establecida en la norma penal vigente, y la antijuridicidad, desarrollada con el choque entre la prohibición y el ordenamiento jurídico.

Ya pasando al esquema neoclásico de la estructura del delito, la antijuridicidad no solo se basa en su esquema formal, sino que también es de gran importancia el esquema material, en donde se debe tener en cuenta la lesividad o el riesgo sufrido contra el bien jurídico tutelado por la ley, instaurándose así una antijuridicidad eminentemente material. Esquema este que ha sido recogido por la escuela finalista y adoptado en nuestro Código Penal.

Respecto al desarrollo de la antijuridicidad desde el punto de vista dogmático y jurídico, la Corte Constitucional, en sentencia C – 420 del 28 de mayo de 2002, *“en relación con la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó el ciudadano Pedro Augusto Nieto Góngora contra los artículos 32, 33, 34, 35, 36, 37 parcial, 38, 39, 40, 41, 42 y 43 de la Ley 30 de 1986 y contra el artículo 6 del Decreto 1856 de 1989”*, expresó lo siguiente:

*“Haciendo abstracción de las distintas fases, escuelas y esquemas que han confluído en el derecho penal, lo cierto es que el único elemento común a cualquier sistema de imputación penal radica en el contenido de injusticia que se atribuye al delito, esto es, la antijuridicidad. Pero el concepto de antijuridicidad no ha sido siempre el mismo. Durante mucho tiempo se creyó que el contenido de injusticia del delito se determinaba sólo por la relación de contradicción existente entre la prohibición o el mandato contenido en la norma penal y la conducta del autor o partícipe. Eran los tiempos de apogeo del positivismo formalista, tiempos en los que se creía que el ámbito de racionalidad de los delitos y de las penas estaba determinado por el tenor literal de la ley. No cabe duda que un tal sistema de imputación penal se ajustaba a la racionalidad propia del Estado legal de derecho: Una conducta era delito por el sólo hecho de que la ley la calificara como tal. Pero el tiempo se encargó de develar la insuficiencia de esa concepción del injusto penal pues se presentaban muchos supuestos en los que, pese a concurrir esa relación de contradicción entre el mandato normativo y la conducta, ésta estaba desprovista de contenido alguno de injusticia. Entonces se cayó en cuenta que el delito debía tener un contenido de ilicitud no solo formal frente a la norma sino también un contenido material que consistía en la lesión o, al menos, en la puesta en peligro de un bien jurídico. Así, la injusticia del delito radicaba en la afeción de derechos ajenos. De esta manera, el delito se dotó de un referente material que, a través de la categoría del bien jurídico, racionalizó el ejercicio del poder punitivo. Siendo así, el solo tenor literal*

*de la ley no definía ya el delito pues se precisaba también de un contenido sustancial que remitiera a la afección de derechos ajenos. Este modelo de imputación es compatible con el constitucionalismo: En el Estado constitucional de derecho se parte de la consideración del ser humano como un ser digno, como un ser cuya instrumentalización, indistintamente de la naturaleza de los fines que se esgriman, está vedada. Pero al reconocimiento de esa dignidad es consustancial una cláusula general de libertad: No se es digno ni en la esclavitud, ni en el autoritarismo, ni al abrigo de un mal entendido paternalismo. No obstante, esa cláusula general de libertad no implica el reconocimiento de atribuciones ilimitadas. Ella tiene como barrera el límite impuesto por los derechos de los demás y el orden jurídico. De allí que el ejercicio responsable de la libertad implique no afectar derechos ajenos y, al tiempo, no desconocer la capacidad reguladora del derecho, como instrumento de vida civilizada, en todo aquello que trascienda el ámbito interno de la persona. En ese marco, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad no habilita a la persona para la comisión indiscriminada de delitos. De allí que la tipificación de conductas penales constituya un límite al libre desarrollo de la personalidad impuesto por el ordenamiento jurídico. No obstante, tal límite sólo será legítimo si las conductas tipificadas son susceptibles de vulnerar o poner en peligro los derechos de los demás. Si ello no ocurre, a la sombra de la penalización de conductas se encontrarán delirios autoritarios<sup>246</sup>.*

La antijuridicidad entonces, se encuentra clasificada en dos tipos: la antijuridicidad formal; y la antijuridicidad material. Para la presente tesis, se entiende por antijuridicidad, la comisión de una conducta penal establecida en la ley penal, poniendo en riesgo o lesionando bienes jurídicos tutelados por la administración de justicia. Estableciéndose una contradicción entre el comportamiento desarrollado y la prohibición establecida en la norma penal

A su vez, la antijuridicidad se divide en:

- **Antijuridicidad Formal:** Entendida esta como la violación al ordenamiento jurídico penal vigente

---

<sup>246</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia C-420 de 2002. M.P. Pedro Augusto Nieto Góngora.

- **Antijuridicidad Material:** Entendida como el menoscabo o puesta en riesgos de los bienes jurídicos tutelados por la administración de justicia.

Para Juan Luis Alegría Hidalgo, La Antijuridicidad *“es la contradicción de una conducta con el ordenamiento jurídico. Consistente en la no observancia de la norma de prohibición o de la norma mandatoria. Así, la conducta realizada por el Sujeto Activo lesiona el ordenamiento jurídico.”*<sup>247</sup>

Alfonso Reyes Echandía, luego de realizar un recuento positivo de la antijuridicidad, partiendo de sus orígenes e indicándonos que el concepto es relativamente reciente, puesto que anteriormente era entendida de manera meramente formal, cuyo desarrollo se originó por los penalistas alemanes, la define como *“el desvalor de una conducta típica en la medida en que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídicamente entendible, el interés legalmente tutelado.”*<sup>248</sup>

Carlos Arturo Gómez Pavajeau, define la antijuridicidad como *“una confrontación de la conducta con todo el ordenamiento jurídico, y no sólo con la ley penal, ya que si fuera con respecto solamente a ésta, se confundiría con la tipicidad, (...) esa confrontación debe realizarse en un plano objetivo, sin auscultar el aspecto subjetivo, pues lo contrario significaría confundirla con el tercer elemento del hecho punible, que es la culpabilidad.”*<sup>249</sup>

Máximo Pacheco, se permite definir la antijuridicidad como una: *“(...) valoración objetiva de (...) la acción típica (...) para que se compruebe su conformidad o disconformidad con las normas del ordenamiento jurídico. Este juicio es la antijuridicidad.”*<sup>250</sup>

---

<sup>247</sup> ALEGRÍA HIDALGO, Juan Luis. Óp. Cit., Pág. 171.

<sup>248</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Óp. Cit., Pág. 153

<sup>249</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Óp. Cit., Pág. 40

<sup>250</sup> PACHECO, Máximo. Óp. Cit., Pág. 245

Para el doctrinante argentino Sebastián Soler en su libro Temas básico del Derecho Penal, *“la antijuridicidad consistiría, esencialmente, ya en la lesión de intereses socialmente importantes – esto es en el carácter antisocial del acto (Von Liszt); ya en la contradicción de ese acto con las normas de cultura (Mayer), ya en su oposición al bien común (Sauer), ya en su negación de la idea de derecho, concebida a la manera de Stammler, como lo sostiene el conde de Dohna.”*<sup>251</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni, analizando el conocimiento del dolor y su diferencia con la comprensión de la antijuridicidad, se permite definirla como *“el resultado del juego de la antinormatividad y de la no permisión (no justificación), demanda en el plano de la culpabilidad una comprensión de naturaleza por entero diferente a la del conocimiento de los elementos del tipo objetivo requerido por el dolo, toda vez que la llamada consciencia de la antijuridicidad (de la normatividad y de la no permisión) sólo puede ser la exigencia de una mera posibilidad de conocimiento y no de un conocimiento efectivo, dado que, para que una acción típica y antijurídica (injusto) sea culpable (reprochable) es suficiente con que el agente haya tenido la posibilidad de saber y de comprender que la misma era antijurídica, aunque de hecho nunca lo haya sabido efectivamente y menos aún lo haya comprendido.”*<sup>252</sup>

Al respecto el Dr. Servio Tulio Ruiz, define la antijuridicidad como:

*“(…) la valoración que lleva a efecto el juez en cuanto a la lesividad del comportamiento, que es antagónico a los intereses tutelados en un norma penal. Es un juicio de desaprobación del acto, ya que el juez, en vista de las normas legales, lo encuentran reprobable por su carácter lesivo y por su contrariedad con un precepto legal. De este modo, la antijuridicidad es un concepto objetivo, porque su esencia consiste en una relación de contrariedad entre la conducta del ente y el derecho con una norma que prohíbe u ordena, sin que cuente hasta este momento la culpabilidad, que es el tercer elemento del delito. En efecto la antijuridicidad, se manifiesta en un juicio de desaprobación de la*

---

<sup>251</sup> SOLER, Sebastián. Óp. Cit., Pág. 15

<sup>252</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: Parte General. Óp. Cit., Págs. 569 y 570

*conducta típica realizada, que es principio es independiente del elemento subjetivo del delito. Esa relación en la que se funda la antijuridicidad, tiene como términos y extremos la conducta y la norma de derecho pero entendidas no subjetivamente, sino como algo que está en contraposición con el interés jurídicamente tutelado.*<sup>253</sup>

Por consiguiente, se podría concluir que la antijuridicidad se vería reflejada en la lesividad de la conducta, que hace el Juez, respecto al resultado del comportamiento indilgado por el fiscal, en contra del acusado, revisando en primera medida, si existe el encuadramiento normativo de la conducta en la tipificación realizada por el legislador como delito y sopesando el daño sufrido o la puesta en riesgo soportado por el bien jurídico objeto de protección por el aparato jurisdiccional del Estado.

**3.6.3 Culpabilidad.** Es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor del reproche punitivo<sup>254</sup>. Estando consagrado en el artículo 12 *ibídem*: *solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad*". La culpabilidad es tratada como un tema fundamental, debido a que con esta se manifiesta una responsabilidad penal para justificar una pena, siendo uno de las bases primordiales de la conducta punible.

En 1764, con la publicación de la obra *De los delitos y las Penas*, Beccaria puso de manifiesto teórico de la culpabilidad, al expresar *"Un hombre no puede ser llamado culpable antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la protección pública sino cuando se haya decidido que violó los pactos con los que aquella protección le fue acordada"*<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> TULLIO RUIZ, Servio. La concepción del delito en el código penal. Óp. Cit., Pág. 27

<sup>254</sup> CURE. Óp. Cit., Págs. 56 y 57.

<sup>255</sup> BECCARIA, Cesar de Bonesana *masques de*. De los Delitos y de las Penas. Óp. Cit., Pág. 120

De allí se ponen los lineamientos para el desarrollo de la teoría clásica de la culpabilidad, desarrollada entre el siglo XIX y comienzos del siglo XX, nace entonces la culpabilidad como un elemento autónomo del delito pues se realiza la separación entre los elementos subjetivos y los elementos objetivos de la teoría del delito, haciéndose una distinción. Los elementos subjetivos entonces hicieron parte de la culpabilidad y los elementos objetivos del denominado injusto penal (tipicidad y antijuridicidad), explicado anteriormente.

Así, F. von Liszt, comienza a entender la culpabilidad a través de sus investigaciones penales como los presupuestos objetivos necesarios para las consecuencias del delito, en donde se creaba un vínculo psicológico que permite unir al autor o sujeto activo con la conducta desarrollada.

Esto creó un análisis sociológico de la culpabilidad en donde se entra a comprender el estado mental del sujeto activo de la conducta objeto de reproche penal, estableciéndose entonces que la causa del hecho ilícito, no podía ser otra que la voluntad de su ejecutor. Por consiguiente, la culpabilidad sería la relación entre la voluntad del agente y el hecho. Sebastián Soler, nos indica que *“lo que de verdad caracteriza a esa corriente consiste en exigir la real existencia de cierta actitud subjetiva frente al hecho que se sabe ilícito”*.<sup>256</sup>

Una vez determinado el origen de la culpabilidad, era necesario establecer la causa del hecho ilícito, para ello se determinó que podía ser bien por dolo o bien por culpa, como un modo de representación del sujeto frente al comportamiento desplegado. entonces, dependiendo de la capacidad de comprensión del sujeto, respecto al hecho ilícito desarrollado, sería la gravedad de la relación entre la causa y el resultado. Pues entre mayor comprensión, se interpreta que más responsable es el sujeto por el comportamiento desplegado.

---

<sup>256</sup> SOLER, Sebastián. Óp. Cit., Pág. 16

Sin embargo, la teoría clásica de la culpabilidad, no podía explicar los momentos en que aspectos como la usencia de responsabilidad penal, o la inimputabilidad del sujeto, lo hacía irresponsable frente al comportamiento desarrollado, aunque conociera perfectamente el resultado y la prohibición establecida en la norma.

Por consiguiente, se pasa a la teoría neoclásica, en donde el objeto de estudio ahora va a ser el comportamiento humano, puesto que al desarrollar este su voluntad, había que ver las circunstancias subjetivas del sujeto y su grado de imputabilidad en el comportamiento ejecutado, para pasar a determinar el grado de responsabilidad penal, teniendo en cuenta el conocimiento de la norma, las causales de exclusión de responsabilidad penal y el querer del agente frente al resultado obtenido y el esperado. De esta manera, los elementos del dolo y la culpa, comienzan a ser referentes naturales al momento de determinar la culpabilidad del sujeto.

Para la escuela finalista, la culpabilidad se considera como un reproche interno realizado al sujeto por no haber adecuado su comportamiento de acuerdo a la prohibición normativa, y aunque el dolo y la culpa hacen parte de la culpabilidad, no son objeto de análisis de esta, sino que por el contrario pasan a ser parte de la acción, obviamente por ser este un elemento de la tipicidad.

Actualmente, la culpabilidad es un juicio de reproche que se realiza sobre la conducta de una persona, que al ser capaz de entender su actuar y por consiguiente hábil para actuar de otra manera, de manera voluntaria y sin estar amparado bajo ninguna exculpante o eximente de responsabilidad penal, decide transgredir el ordenamiento jurídico.

Entre sus elementos encontramos:

- La imputabilidad.

- El conocimiento de la antijuridicidad.
- La inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad penal.
- La exigencia de otro comportamiento.

El penalista Fernando Velásquez Velásquez, nos define el concepto de culpabilidad el cual adoptó para la presente tesis, de la siguiente manera: *“El concepto formal de culpabilidad comprende todos aquellos presupuestos que, en un ordenamiento jurídico dado, son indispensables para formular al agente la imputación subjetiva; mientras que el material busca desentrañar el contenido, el porqué de esa imputación. De esta manera, a la luz de la discusión actual no basta con decir que la culpabilidad es un juicio de reproche, sino que es indispensable indagar por los presupuestos de los cuales depende esa reprochabilidad.”*<sup>257</sup>

Alfonso Reyes Echandía, define la culpabilidad como *“la ejecución del hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en la que intervinieron conscientemente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad, es lo que se conoce con el nombre genérico de culpabilidad; y porque tal fenómeno se origina en el siquismo del hombre que realiza la conducta, se habla de él como aspecto subjetivo del delito.”*<sup>258</sup>

Para Juan Luis Alegría Hidalgo, la Culpabilidad *“es un análisis de atribuibilidad al autor. (...) Su utilidad radica en permitir atribuir una conducta desvalorada a su autor y, en consecuencia, permitir también que éste responda penalmente por dicho hecho.”*<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Óp. Cit., Pág. 395

<sup>258</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Óp. Cit., Pág. 203

<sup>259</sup> ALEGRÍA HIDALGO, Juan Luis. Óp. Cit., Págs. 181 y 182

Máximo Pacheco, define la culpabilidad como: *“un producto de una elaboración jurídica, filosófica y política desarrollada a través de la historia. El pensamiento moderno abandona el castigo por el resultado objetivo, y exige una atribución subjetiva de la acción a una persona. La culpabilidad es el reproche individualizador que se hace al autor de una acción típica y antijurídica por no haberla omitido, en circunstancias que habrán podido motivarse obedeciendo a la norma jurídica.”*<sup>260</sup>

Para el doctrinante argentino Sebastián Soler, *“la culpabilidad es una situación de hecho, pero jurídicamente valorada “desde afuera”. Aunque se la haya usado para combatir esta concepción, es fundamentalmente exacta la expresión de que “la culpabilidad está en la cabeza del juez”.*

*En segundo término, la culpabilidad es reprochabilidad por una reprobada decisión de la voluntad, y, en consecuencia, por la acción misma. En tercer y último término, la reprochabilidad de la conducta antijurídica se basa en la exigibilidad de otra conducta, es decir de una conducta adecuada a derecho.”*<sup>261</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni, define la culpabilidad como *“el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre este.”*<sup>262</sup>

El Dr. Servio Tulio sobre el concepto de culpabilidad nos indica lo siguiente:

*“Es un juicio de desvalor o censura, por haberse cometido el hecho típico y antijurídico, y se realiza judicialmente. El juicio evaluativo de reproche o censura partiendo de las cualidades psicológicas que lo produjeron se puede efectuar porque el reo voluntariamente ha*

---

<sup>260</sup> PACHECO, Máximo. Óp. Cit., Pág. 247

<sup>261</sup> SOLER, Sebastián. Óp. Cit., Págs. 113 y 114

<sup>262</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: Parte General. Óp. Cit., Págs. 692.

*realizado algo que no debía hacer, o ha querido y ejecutado algo que estaba vedado en una norma penal. En otras palabras: la culpabilidad como elemento del delito es el juicio de reproche o desaprobación que emite el juez con fundamento en el nexo de naturaleza psicológica entre el acto, porque este, al querer el acto y realizarlo, no obstante estar prohibido por la ley, ha demostrado una clara rebeldía y desobediencia hacia imperativos legales a los cuales debía observancia. Este juicio de reproche puede concretarse:*

*a) en una rebeldía dolosa, cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, y lo mismo cuando lo acepta previéndolo a lo menos como posible según el artículo 36;*

*b) en una rebeldía culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible, o cuando habiéndolo previsto, confió imprudentemente el haberlo evitado, de acuerdo con el artículo 37;*

*c) En una rebeldía preterintencional, cuando el agente realiza una conducta cuyo resultado, siendo previsible, excede a la intención, según el artículo 39.*

*Naturalmente para formular el juicio de reproche es indispensable que en el momento de la acción el sujeto tenga capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, deba ser imputable, deba tener capacidad penal.<sup>263</sup>*

Es decir, la culpabilidad va en relación con el aspecto subjetivo del sujeto que realiza el delito, proscribida tal cual lo hace la constitución, la responsabilidad objetiva, pues no basta con el hecho y el resultado para determinar la culpa del sujeto, sino que es necesario auscultar en la psiquis de este las razones que llevaron a cometer el delito, es decir el móvil, para así determinar si es o no culpable y en qué grado de responsabilidad penal.

Sin embargo, es necesario siempre estar ante un sujeto capaz y responsable de reproche penal, pues si estamos ante un inimputable, la culpabilidad queda fuera de este juicio de valor que debe realizar el Juez.

---

<sup>263</sup> TULLIO RUIZ, Servio. La concepción del delito en el código penal. Óp. Cit., Pág. 30

**3.6.4 Teoría estricta y limitada de la culpabilidad.** Así mismo, este tipo de teoría, es una de las más acogidas por la jurisprudencia, inclusive la doctrina, concluyéndose por ambos sectores en descartar el dolo, además, sosteniéndose que el error sobre los presupuestos objetivos de la justificante no constituye un error de tipo, también es cierto que el sujeto yerra sobre los referidos presupuestos, todavía quiere realizar algo que el ordenamiento jurídico permite; esto significa que quiere ser fiel al derecho<sup>264</sup>. Como quiera que el error es una causal de eximente de responsabilidad penal, lo cual indica que son normas permisivas que le permiten al sujeto infractor de la ley punitiva, quebrantar un tipo penal objetivo, puesto que tiene el conocimiento que su conducta está amparada bajo una causal de ausencia de responsabilidad penal, y, por lo tanto, solo actúa conforme se lo indica el derecho.

Siguiendo el desarrollo de la mencionada teoría; ésta ha sido considerada como relevante con el único propósito de solucionar las situaciones de error que se producen sobre los presupuestos objetivos de las justificantes, planteando la tesis para resolver los eventos de error anotados, la teoría de la culpabilidad debe restringirse en busca de poder aplicar analógicamente, la norma prevista para tratar el error de tipo.

Para esta corriente el error sobre los presupuestos de la justificante se debe tratar como si fuera un error de tipo; debe ser la exclusión del tipo doloso tratándose de error invencible, o el castigo de la conducta con la pena del delito imprudente si el error fue vencible<sup>265</sup>.

La teoría de la culpabilidad limitada, es de gran acogida por la doctrina en Alemania, mediante un híbrido, se inclina por error de tipo si recae sobre presupuestos fácticos de justificantes reconocidas, y por error de prohibición, si

---

<sup>264</sup> TORRES VÁSQUEZ, Filemón, El Error en el Derecho Penal Colombiano, Prólogo J. Guillermo Eduardo Ferro Torres, Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial IBÁÑEZ. Pág. 176.

<sup>265</sup> Ibid. Pág. 177.

versa sobre la existencia de justificantes no reconocidas o sobre los límites de justificantes reconocidas por el ordenamiento jurídico. También la culpabilidad estricta, es seguida por el finalismo ortodoxo, el error sobre los presupuestos fácticos de causales de justificación, constituyen un error de prohibición<sup>266</sup>.

Habida cuenta, esta clase de teoría sostiene que el autor despliegue un tipo de conducta en la forma como debe actuar conforme al ordenamiento jurídico, y, por lo tanto, no es loable aplicar la pena del delito doloso, sino eventualmente culposo. Entonces diremos que se aplica la pena del delito culposo o imprudente en la medida que exista el remanente culposo, puntualizándose que cualquier modalidad culposa o imprudente debe extraerse del derecho penal, y, por ende, trasladarse a otra disciplina, en el entendido en que justifica su existencia es una razón indemnizatoria, por lo menos en un Estado Social de Derecho, donde lo que impera es el fin de la justicia material, real y efectiva.<sup>267</sup>

Para Muñoz Conde, expone esta teoría que la antijuridicidad no es un elemento del dolo, sino un elemento independiente dentro de la culpabilidad. Así mismo, el dolo como conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo, se concibe como un dolo natural, que no incluye el conocimiento de la antijuridicidad<sup>268</sup>. Así mismo, se sostiene que esta teoría cubre mejor las lagunas de punibilidad que inevitablemente surgen en la teoría del dolo. Además, para esta corriente el conocimiento de la antijuridicidad no tiene que ser, como para la teoría del dolo, un conocimiento actual, sino que basta que sea uno meramente potencial; es decir, es suficiente que el sujeto haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud de su hecho, aunque en el caso concreto no tuviera ese conocimiento<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> SALAZAR MARÍN, Mario, Injusto Penal y Error, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia 2001. Pág. 188.

<sup>267</sup> CURE MÁRQUEZ, Juan Camell, La Ausencia de Responsabilidad en el Derecho Penal, Editorial Leyer, Bogotá – Colombia. Pág. 308.

<sup>268</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, El error en Derecho Penal, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Donna Edgardo Alberto, Rubinzal – Culzoni Editores. Pág. 33.

<sup>269</sup> Ibid. Pág. 36.

**3.6.4.1 La teoría de la culpabilidad:** Se da por satisfecha con la mera potencial del conocimiento. El conocimiento de la antijuridicidad pasa a convertirse en un conocimiento potencial y con ello en un dato psicológicamente distinto del auténtico conocimiento pues un conocimiento potencial no es un verdadero conocimiento, que puede ser comprobado.

**3.6.4.2 La teoría estricta de la culpabilidad:** Sostiene que debe tratarse como error de prohibición, tanto aquellas hipótesis en las que el sujeto admite erróneamente la existencia de una causa de justificación que la ley realmente no admite, o va más allá de los límites permitidos por ésta, como aquellas otras en las que el sujeto cree equivocadamente que se dan los presupuestos objetivos que fundamentan una causa de justificación. Ejemplificando, cuando en el caso del miembro de la fuerza pública que dispara contra un grupo de personas confundiéndolos con un grupo de terroristas que preparan un atentado<sup>270</sup>.

**3.4.6.3 La teoría limitada de la culpabilidad:** Sustenta que el error sobre la existencia o límites de una causa de justificación debe ser tratado como un error de prohibición, esta postura tiene asienta dos situaciones, la primera, consiste en que error sobre los presupuestos de las causas de justificación el sujeto quiere algo que la ley permite y, por tanto, en si es “fiel al derecho”, cosa que no sucede cuando el sujeto yerra sobre la existencia o sobre los límites de una causa de justificación, porque en este caso el sujeto quiere algo que la ley prohíbe, aunque él supone que ésta permitido.

En segundo lugar, el argumento de la analogía entre el error sobre los presupuestos de las causas de justificación y el error de tipo, pues en ambos se da efectivamente una imprudencia de hecho. Y en tercer lugar, sobre la consecuencia jurídica, que a su vez constituye una teoría autónoma, que viene a decir que aunque en el error sobre los presupuestos de las causas de justificación

---

<sup>270</sup> Ibid. Pág. 40.

el hecho sigue siendo doloso, conviene que sea tratado con la pena del delito imprudente, basándose para ello también en consideraciones de justicia material que permiten una corrección a la rígida concepción de la teoría estricta de la culpabilidad<sup>271</sup>.

Ahondando más en la teoría restringida o estricta de la culpabilidad, también dentro de la órbita finalista se alzó como otra versión frente a la teoría de la culpabilidad estricta. Entendiendo ésta como principal distinción que los errores como presupuestos de una causa de justificación tendrían que ser tratados con los efectos de un error de tipo. La teoría Limitada o Restringida de la culpabilidad es sostenida de manera preponderante en la literatura jurídica aunque bajo distintas formas y con fundamentos discrepantes, a ella adhieren Von Hippel, Von Weber, Schaffstein, Lange, Engisch, Roxín, Wessels, Rudolphi, entre otros.

Para ésta solución hay tres caminos posibles –como lo aludía Sancinetti-:

- a). Partir de la Teoría de los elementos negativos del tipo;
- b). La Teoría del Tratamiento analógico.
- c). La Teoría del Injusto Personal
- a). Teoría de los Elementos Negativos del Tipo.-

**3.6.4.4 A) La teoría de los elementos negativos del tipo:** Si bien es una teoría que parte de la escuela dogmática finalista, nace bajo una concepción monista (tipicidad) de los imperativos, a diferencia del finalismo tradicional que parte de una concepción dualista (tipicidad-antijuridicidad).

Esta teoría entiende que el “injusto consta de dos partes: la positiva equivalente al tipo en sentido tradicional y la negativa concebida como exigencia de que no concurra causa de justificación. La suposición errónea de que concurren los

---

<sup>271</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, El error en Derecho Penal, Colección Autores de Derecho Penal, dirigida por Donna Edgardo Alberto, Rubinzal – Culzoni Editores. Pág. 42.

presupuestos de una causa de justificación supone un error de tipo negativo, y por lo tanto, relativo al tipo total de injusto (tipo positivo más tipo negativo), pero ello solo en lo atinente a errores sobre la situación fáctica (presupuestos objetivos de la justificante). El error de prohibición indirecto o de permiso es siempre un error de derecho y debe tratarse en la culpabilidad.”

Es mentor de ésta teoría August Tom, adhiriendo en Alemania a ésta vertiente Claus Roxín, mientras que en España lo hacen, Mir Puig, Silva Sánchez, Gimbernat Ordeig y Luzón Peña.

**3.6.4.5 B) Teoría del tratamiento analógico.- funcionalismo:** La aceptación actual de la teoría de la culpabilidad limitada obedece, más bien, a la opinión de decidir el sistema de la teoría del error, utilizando un criterio puramente conceptualista para resolver una cuestión meramente político-criminal, la formulación más moderna de la teoría limitada o estricta de la culpabilidad parte de demostrar las analogías que tiene el error sobre los presupuestos justificantes, tanto con el error de tipo, como con el error de prohibición. Para esta teoría el error de prohibición sobre presupuestos justificantes debe ser tratado como si fuera un error de tipo, dado que propugna una analogía in bonam parte. Con lo cual produce las mismas consecuencias que la teoría de la culpabilidad restringida o limitada.

**3.6.4.6 C) La teoría del injusto personal -post finalismo:** Esta teoría parte de un criterio estrictamente subjetivista, de allí que su creador Diethart Zielinski, en su obra denominada disvalor de acción y disvalor de resultado en la teoría del ilícito.

Dicho autor parte de la concepción de que la voluntad de realización del tipo ya fundamenta la realización del tipo doloso, aunque el autor –solo por un grosero error- haya creído que concurrían las circunstancias del tipo; así también entiende que la voluntad de actuar sobre la base de presupuestos de una causa de

justificación tiene que hacer operar el presupuesto permisivo, ello debido a la fuerza de representación que posee la norma. Así la norma prohibitiva y norma permisiva, se comportan como fenómenos paralelos, su operatividad depende siempre de aquella representación que ha tenido el autor acerca de lo que sucede.

“En síntesis el error sobre presupuestos de causa de justificación no excluye el dolo, pero si excluye su ilicitud, porque la voluntad de actuar sobre la base de circunstancias justificantes excluye la antijuridicidad del dolo justificación, esta conclusión es idéntica, sea el error evitable o inevitable. Pero si es evitable reaparecerá el ilícito no dolo, sino de la imprudencia por haber infringido el deber de examen”.

**3.6.5 Teoría estricta y limitada del dolo.** También tenemos que esta teoría también de origen causalista, encuentra su génesis en el proyecto Gürtner de 1936 y las considerables modificaciones también efectuadas por Arthur Kaufmann, en nuestro país –la República Argentina-, la doctrina tradicional también se rigió por una modalidad limitada de la teoría del dolo, así esta teoría, era seguida firmemente por autores, como Sebastián Soler, Ricardo Núñez, y Fontán Balestra.

Tal como lo expresa su nombre, esta teoría no representa un contrapunto a la teoría estricta del dolo, por el contrario su elaboración es consecuencia de las inevitables absoluciones infundadas y condenas injustificadas por “culpa de derecho” a que llega la primera.

Como menciona Maurach, por ello, esta teoría solo “se contenta con la simple potencialidad de la conciencia del ilícito sin exigir una presencia efectiva, psicológica de éste”- Como aludía Sancinetti, la Teoría Limitada del dolo efectúa una pequeña corrección en la definición de dolo “la impunidad por falta de dolo ya no sería invocable si el supuesto error fuera incompatible con una sana intuición sobre lo justo y lo injusto, es decir, en una palabra, una solución para colmar el

vacío de punibilidad que uno no estuviera dispuesto a admitir. Sin embargo, esta teoría no reportó en su momento un avance palmario traducido en las sentencias judiciales, ya que cuando la jurisprudencia y la doctrina tradicional se les presentaba un caso que desde el punto de vista de la justicia material, debía quedar impune, los errores “de derecho” eran mágicamente convertidos en lo que se denominó error de derecho extra penal, los cuales eran análogos al error de hecho, el cual -como es sabido-, excluye el dolo. En conclusión como claramente ha plasmado el citado autor argentino, un partidario de la teoría del dolo, siempre podría evitar la impunidad: 1) negando el error y afirmando una conciencia incierta suficiente para el dolo eventual; o 2) recurriendo a la Teoría Limitada del dolo. En pocas palabras, la teoría del dolo evitaría la impunidad penando el dolo eventual o acogiendo a su modalidad limitada o restringida.

De igual manera, ésta teoría deja traslucir su alto nivel de vaguedad y ambigüedad al poder adecuar su estructura conceptual a su mera intuición subjetiva, al poder argumentar bajo una estructura pseudo-lógica la impunidad o criminalización cuando alguna de estas apareciera como la solución adecuada o correcta cuando estas parecieran ser a nivel ético-social, moral o axiomático.

Así mismo, esta teoría sostiene que el conocimiento del injusto debe ser actual, es decir, un conocimiento efectivo y no la mera posibilidad de conocimiento, que se suele llamar conocimiento potencial, igualmente, para esta corriente estricta, sostienen que el conocimiento al que se hace alusión, debe ser tanto de tipo, como de antijuridicidad, entonces diremos, el error invencible excluye el dolo y la culpa, mientras el error vencible excluye el dolo, más no la culpa.<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> SALAZAR MARÍN, Mario, Injusto Penal y Error. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia 2001. Pág. 241.

Haciendo alusión a la tesis planteada por Bustos Ramírez, al calificar de “ceguera jurídica”, como una teoría artificial, por cuanto a que existe un conocimiento actual de la antijuridicidad, se demuestre todo lo contrario: el desconocimiento de la antijuridicidad, pese a lo cual procede la culpabilidad.

De igual manera, Mezger fue uno de los defensores de esta teoría estricta del dolo, estas objeciones lo llevaron a inventar la “ceguera jurídica”, para referirse a los sujetos que por su indiferencia no conocen la ilicitud de sus conductas, incluso, son quienes se les debe deducir responsabilidad como si hubiesen actuado con dolo. Para Wezel, que penar como doloso, lo que no es doloso es una “ficción”, por tal razón la cambia por “enemistad del derecho, no siendo más como una conducta del sujeto incompatible con la sana institución de lo justo e injusto, para lo cual no basta el hecho realizado sino que es menester indagar la vida del sujeto infractor.

Sin embargo, estos argumentos para Zeffaro Ni, quien afirma que tanto la “ceguera jurídica”, como la “enemistad al derecho” son conceptos de corte totalitario inventados por Mezger, como “parches” necesarios de su sistema y conducen necesariamente a la “culpabilidad de autor”

Por otra parte, la versión limitada del dolo, desde ésta óptica el conocimiento no debe ser efectivo o actual. Solo exige que el sujeto haya tenido la posibilidad de lo ilícito “potencia de conocimiento” pues habiendo podido conocer la ilicitud ha debido conocerla conforme a los postulados del “deber jurídico”, por razones socios políticas de convivencia<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> Ibid. Pág. 243.

**3.6.5.1 La teoría estricta del dolo:** Considera que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho por parte del autor del mismo, es un elemento integrante del dolo y que, por tanto, debe tener el mismo, carácter que cualquier otro tipo de conocimiento necesario para imputar el hecho a título de dolo. Esto significa, que para la teoría estricta del dolo el conocimiento de la antijuridicidad debe tener, psicológicamente, el mismo carácter e intensidad que el conocimiento de cualquier otro dato configurador del hecho delictivo<sup>274</sup>.

Expuestas las diferentes corrientes, temáticas de diferentes doctrinantes, quienes exponen inclusive sustentan sus tesis sobre la teoría limitada y restringida del dolo y la culpa, hoy en la praxis del derecho penal, los operadores jurídicos y/o administradores de justicia, se han cazado con la teoría de la culpabilidad limitada y restringida, puesto que, la misma le permite al juez togado determinar que el sujeto infractor si bien es cierto actuó con dolo al conocer los presupuestos objetivos de la causal eximente, sin embargo, al momento de entrar a realizar el raciocinio del juicio, se puede determinar que el sujeto agente de la conducta punible, actuó de una manera equivocada, es decir, debido a ese conocimiento potencial, que no es otra cosa que un posible conocimiento, desplegó una conducta objeto de reproche por la ley penal, confiando de estar amparado incluso de estar cumpliendo con los presupuestos objetivos de las eximentes penales, en el caso concreto error de tipo y sus clasificaciones.

De igual manera podemos sostener que las teorías estricta y limitada del dolo son las teorías de la dogmática neoclásica y estricta y limitada de la culpabilidad del finalismo y del postfinalismo. Es de advertir que la legislación colombiana asume la teoría limitada de la culpabilidad en su versión de corrección político criminal vía justicia material.

---

<sup>274</sup> Ibid. Pág. 245.

**3.6.5.2 La teoría limitada del dolo:** Por otra parte, la versión limitada del dolo, desde ésta óptica el conocimiento no debe ser efectivo o actual. Solo exige que el sujeto haya tenido la posibilidad de lo ilícito “potencia de conocimiento” pues habiendo podido conocer la ilicitud ha debido conocerla conforme a los postulados del “deber jurídico”, por razones socios políticas de convivencia<sup>275</sup>.

En esta teoría, el conocimiento actual pasó a la “ceguera jurídica”, o a la enemistad del derecho”, es decir, una posición diametralmente opuesta, la repuesta contra esa postura fue precisamente la exigencia de que el sujeto tenga por lo menos la posibilidad de conocer el ilícito, de ahí lo de “potencial de conocimiento del injusto”, para que pueda declararse culpable, porque deducir el dolo donde lo hay, como dijo Wezel en su momento, no pasa de ser una ficción “conciencia de antijuridicidad”.

Igualmente la teoría limitada del dolo trata por igual al error de tipo y error de prohibición, porque ésta fue una división ideada después por la teoría de la culpabilidad, entonces, esta versión del dolo simplemente tomó el “conocimiento potencial” de la teoría de la culpabilidad, o sea que “la ceguera jurídica” o “enemistad del derecho” de Mezger fue superada por el “conocimiento potencial”.

Así mismo, la versión limitada del dolo, sostiene esta teoría que el conocimiento del injusto no tiene que ser efectivo o actual. Solo se exige que el sujeto haya tenido la pasividad de conocimiento de lo ilícito, “potencial conocimiento”, en cuyo caso se le imputa la conducta a título de dolo, pues habiendo podido conocer la ilicitud ha debido conocerla conforme a los postulados del “deber jurídico”, por razones sociopolíticas de convivencia<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> Ibid. Pág. 243.

<sup>276</sup> Ibid.

#### **4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL AÑOS 2004 – 2014 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL**

Con base en lo anterior, resulta imperativo indicar que actualmente la función de los jueces ha venido modificándose teniendo como fundamento las diferentes teorías desarrolladas a lo largo de la dogmática penal. Perspectivas que influyen al momento de tomar una decisión en derecho, contribuyendo a la construcción jurídica de la argumentación judicial con características de coherencia, como consecuencia, conforme a la ideología adoptada por el operador judicial.

Analizado el anexo A de la presente tesis de investigación, haciendo uso de la parte dogmática de la presente tesis, el Capítulo IV se configura como la puesta en práctica con casos reales y la comprobación de las teorías descritas en los capítulos anteriores de la efectividad, aplicación y análisis por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

El objetivo fundamental, es determinar con base en la jurisprudencia existente expedida por la Sala Penal de la Corporación Judicial en mención, la efectividad o no de dicha figura. Recordemos, que el error invencible es una figura jurídica de poca aplicación, y de difícil aceptación judicial por parte de los jueces de la República.

En ese mismo sentido, el análisis Jurisprudencial de este capítulo se centra en demostrar o no la anterior tesis. Pero también, en segunda medida viabilizar la importancia de habilitar al Juez Penal con funciones de Conocimiento para que decrete de manera oficiosa la extinción penal y/o absolución en favor del Acusado y por ende el archivo de las diligencias siempre que de los elementos materiales

probatorios, evidencia física, e información legalmente obtenida viabilice la existencia de un error invencible.

Así las cosas, la importancia del presente Capítulo radica en la facultad de concretar la teoría a la práctica, y de analizar como el máximo tribunal judicial en su Sala penal, ha hecho el mismo ejercicio profesional para el juzgamiento, bien sea por condena o absolución de los acusados.

Sin embargo, algunas jurisprudencias fueron excluidas por ser repetitivas, irrelevantes o porque aunque se trataba sobre el error en su modalidad invencible, el objeto de la misma se centraba en cuestiones que poco aporte dogmático podían agregarle al presente trabajo de investigación.

La Interpretación como género, y la interpretación judicial de tipo constitucional, son elementos indispensables dentro de la hermenéutica jurídica que han sido adoptados dentro de la dogmática penal. El objetivo, la implementación de los principios, valores como fines que el constituyente estableció en la Carta Magna nacional, dentro del área del derecho penal colombiano.

En este sentido, para la presente tesis la interpretación jurídica constitucional de la dogmática penal solo puede ser entendida como la búsqueda del sentido de las instituciones, figuras y expresiones de la ciencia jurídico penal colombiana dentro de la dogmática misma, en consonancia con el procedimiento como también los principios, valores y fines que la Constitución Política de Colombia, ha radicado en cabeza del Estado a favor de todos los gobernados.

Para la interpretación judicial, lo importante es poder extraer del cuerpo normativo la norma jurídica que en él se encuentra contenida. Para Jorge Ulises Carmona Tinoco, la interpretación judicial no solo responde a este cometido puesto que también es congruente con el método o escuela utilizada para abordar la norma.

En este sentido “(...) se han formado un gran número de escuelas y corrientes acerca de la interpretación jurídica; por lo que respecta al derecho continental europeo, se pueden citar entre las principales: la Escuela de la Exégesis o francesa; la Escuela Histórica alemana; la jurisprudencia dogmática; la jurisprudencia de conceptos; la jurisprudencia de intereses; la escuela científica francesa; el sociologismo y la escuela del derecho libre, entre muchas otras más. En el derecho angloamericano, donde los jueces han tenido históricamente una influencia decisiva en la evolución del derecho, han adquirido especial relevancia las corrientes del realismo jurídico y la jurisprudencia sociológica.”<sup>277</sup>

Con base en lo anterior, es claro que cada una de las escuelas anteriormente descritas, parten de fundamentos interpretativos propios, esgrimidos como correctos dentro del campo ontológico hermenéutico, de tal forma que sus procedimientos hermenéuticos dentro de la dogmática jurídica son abanderados como totalmente ciertos, sin tener en cuenta las circunstancias externas que deben ser tenidas en cuenta para aplicar la metodología correcta.

En suma, no siempre el método que puede ser avizorado como el más completo, es el que mejor puede ser puesto en práctica dentro de situaciones jurídicas particulares, debido principalmente a las necesidades que el problema jurídico le exige al interprete.

Ahora bien, es claro concluir sin yerro alguno, que los distintos métodos de interpretación se mueven dentro de una línea con dos puntos lógicos en sus extremos. Por un lado, uno de tipo subjetivo denominado “*la voluntad del legislador*”, y de otro lado el espíritu de la Ley. Entre estos extremos, se mueven las diferentes escuelas de la interpretación judicial, las cuales haciendo uso de la

---

<sup>277</sup> CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. La Interpretación Judicial Constitucional. Editorial, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Pág. 22. ISBN: 970-644-021-6

dogmática hermenéutica permiten clasificarse dentro del amplio margen de aplicación que estos extremos facilitan.

Por consiguiente, no pueden hablarse de escuela en sentido general, sino como herramientas que el intérprete dentro de la ciencia hermenéutica tiene a su disposición para el análisis de una figura, herramienta o cuerpo de normas jurídicas. Por consiguiente, la valoración subjetiva u objetiva, le dará al intérprete las herramientas básicas para desglosar el objeto de estudio, siempre sin olvidar que una vez el cuerpo normativo, la figura jurídica o la herramienta legal entran en contexto con el entorno social, puede transformarse lentamente gracias a la actividad judicial de los sentenciadores de instancia, los cuales haciendo uso de su poder jurídico, como también constitucional, le van imprimiendo a través de sus decisiones judiciales, los matices o perspectivas propias del contexto<sup>278</sup>.

*Corolario de lo anterior, “la interpretación judicial del derecho, cuya finalidad se extiende más allá del aspecto estrictamente hermenéutico, goza de eficacia normativa, esto es, el juez a través de su decisión vincula las conductas de los destinatarios de las normas jurídicas. La cantidad y diversidad de los casos concretos que generalmente se le presentan al juez hacen de su actividad de aplicación del derecho algo cotidiano y, por este motivo, le otorgan especial relevancia respecto al resto de los órganos aplicadores de las normas jurídicas.”<sup>279</sup>*

Sin embargo, no siempre se tuvo ese dinamismo en la interpretación, ni mucho menos fue aceptado dentro de la dogmática jurídica, puesto que la sumisión del operador judicial a la Ley, otorgaba transparencia como también seguridad jurídica frente a las decisiones que eran tomadas por el juez<sup>280</sup>. Así, con el cambio de paradigma judicial, y el reemplazo de la mecánica exégeta francesa, se han

---

<sup>278</sup> BETTI, Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Editorial, Revista de Derecho Privado, 1971. Chile. ISBN: 84-7130-247-0.

<sup>279</sup> CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. Óp. Cit., pág. 24.

<sup>280</sup> DUALDE, Joaquín. Una revolución en la lógica del derecho. Editorial: Barcelona, España. 1933.

venido adoptando nuevas formas de interpretación judicial que agregándole elementos constitucionales, humanizan más el derecho, ofrecen mejor seguridad jurídica como consonancia por el respeto como las garantías de los postulados constitucionales deontológicos, como la dignidad humana, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento, y la consecución de los fines de Estado a través de un trabajo armónico institucional.

Ahora bien, la interpretación judicial de tipo constitucional dentro de la dogmática penal colombiana, no puede realizarse sin el respeto al máximo órgano jurisdiccional de cierre que es la Corte Constitucional de Colombia. Al respecto dentro del análisis de la jurisprudencia realizada de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal de los años 2004 a 2014, se analizaron desde un enfoque orientador, actualizable y de control.

En el desarrollo del enfoque orientador se analizó la estructura judicial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, sobre las pautas determinantes al momento de fallar sobre la figura del error invencible, en las decisiones judiciales limitadas por un espacio temporal desde el año 2004 hasta el año 2014, sobre la figura jurídica del error invencible, destacándose elementos como requisitos formales, exigencias dogmáticas, como decisiones de cierre de tipo jurisdiccional, sin dejar de lado el elemento constitucional, pero centrándose principalmente en un enfoque judicial, legal de tipo sistemático y exegetico.

Respecto a los requisitos formales, es claro que para la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, las causales de casación deben estar ampliamente definidas, descritas con claridad y suficiente argumentación judicial, realizando el ataque a la sentencia de manera clara sin vacío o vaguedades que eliminen la formalidad del recurso de casación y conviertan en una instancia judicial más, lo que por naturaleza jurisdiccional no existe.

No obstante en ciertos casos por razones de necesidad, importancia o claridad, oficiosamente ha casado sentencias tratando de encontrar el fondo de la *“litis”*. Sin embargo, en las sentencias analizadas la formalidad fue un aspecto primordial para la admisión del recurso, en este sentido se puede concluir una falta de técnica por parte de la defensa técnica de los acusados en la alzada del recurso ante el Máximo Tribunal Judicial, siendo rechazadas sendas sentencias por inexistencia o falencia de los requisitos formales.

Analizando las exigencias dogmáticas, se vislumbra una falta grave de las mismas originando de manera lógica la falta de requisitos formales. Al respecto, es dable el resultado obtenido una vez analizadas las jurisprudencias, debido a la poca utilización de la figura judicial del error invencible dentro del contexto jurídico nacional, por consiguiente, la dogmática penal nacional adolece de los conocimientos suficientes para ser objeto de estudio.

Lo anterior, principalmente por la falta de interés sobre un medio de defensa judicial que resulta altamente atractivo dentro de la dogmática jurídica de países europeos, como Francia y España, o dentro del contexto dogmático penal latinoamericano.

Por último, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, es un órgano de última ratio, es decir sus decisiones son definitivas y dan tránsito a cosa juzgada a menor que la Corte Constitucional como salvaguarda de la Constitución Nacional y órgano de cierre decida revocar decisión alguna tomada por violación a las garantías sustanciales básicas dentro del procedimiento, conocido como *“choque de trenes”*, o TCS *“Tutela Contra Sentencias”*.

En este sentido, aunque las decisiones judiciales tomadas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, son basadas en el respeto de las garantías constitucionales, principalmente son decisiones bajo el imperio de la Ley, a tal

punto que el tema objeto de estudio de la presente tesis de maestría no ha sido objeto de duda por parte del máximo tribunal constitucional.

Es decir, no existe una preocupación dentro del máximo tribunal jurisdiccional en evaluar la proporcionalidad, como la razonabilidad de los procedimientos jurisdiccionales aplicables a los derechos constitucionales que por razones de interés jurídico superior son limitados. Así las cosas, es la comunidad académica la que con contribuciones de este tipo puede hacer un *"llamado"*, a la rama judicial, con el objeto de reevaluar el procedimiento penal, para así facultar al Juez Penal con funciones de Conocimiento que una vez evaluado los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida pueda de manera oficiosa cesar y/o absolver el proceso penal en favor del acusado.

Ahora bien, en el desarrollo del enfoque de actualización con el objeto de adecuar la norma penal con el texto constitucional e ir en consonancia con los cambios que el ritmo social exige del poder legislativo, como del poder jurisdiccional, se encuentra un verdadero vacío.

En primera medida, no hay un control constitucional efectivo que permita en consonancia con los nuevos lineamientos constitucionales nacionales e internacionales adoptar la figura del error invencible versus la imparcialidad del funcionario judicial en una relación armónica que permita hacer más efectivo los principios de seguridad jurídica, justicia material, y la prevalencia del derecho sustancial, sobre el derecho procesal.

En segunda medida, la figura jurídica del error invencible sigue siendo utilizada mayoritariamente para exculpar las actuaciones propias de los funcionarios judiciales al momento de desarrollar sus procedimientos o dictar resoluciones, fallos o ejercer sus respectivas actuaciones administrativas.

Es claro entonces, que el avance en la aplicación de la figura del error invencible en otro tipo de delitos continúa siendo un aspecto vacío dentro de la dogmática, como la práctica del área del derecho penal colombiano, puesto que se prefiere el uso de herramientas más céleres como la aceptación de cargos o los acuerdos y preacuerdos.

Desde un punto de vista técnico, el uso anticipado de este tipo de figura ni siquiera termina siendo una buena estrategia de defensa procesal, puesto que su uso es limitado en el tiempo, por ejemplo los preacuerdos celebrados. Así pues, delitos contra la vida o el patrimonio económico en donde pueda vislumbrarse un error invencible, no es usada la figura dentro del proceso penal.

En último lugar, basados en la función de control al analizar la jurisprudencia en comento, el error invencible es utilizado mayoritariamente con carácter subsidiario, más no principal, analizando las causas, principalmente se concluye que es una consecuencia derivada de los errores identificados anteriormente en las etapas anteriormente enunciadas en este mismo acápite.

Grosso modo, la figura del error invencible es atractiva hablando desde una perspectiva técnica para la defensa del acusado en los sistemas procesales latinoamericanos, y europeo, especial España y Francia, sin embargo dentro del contexto colombiano adolece de uso por el desconocimiento de la misma.

El error cognoscitivo limita al defensor del acusado que haciendo uso de elementos menos técnicos y más básicos, aunque con resultados diferentes, permite encontrar una solución temporal frente al litigio que enfrente el prohijado del defensor. No obstante el desconocimiento no es solo del defensor, sino también de las instancias de juzgamiento, a tal punto que es el máximo tribunal constitucional el que termina tomando la decisión que en derecho corresponde.

Sin embargo, a pesar de las decisiones tomadas, no son con base a lineamientos constitucionales, pues se ha comprobado que estos solos son acatados de manera formal, más no material. En este sentido la maximización de las garantías constitucionales, se ve seriamente limitada por la misma ley, como también por el operador judicial.

En gracia de discusión no puede ser otro el contexto nacional, cuando no existe una fuerte ciencia dogmática penal que contribuya al enriquecimiento de la doctrina nacional y la limitación en la aplicación de modelos foráneos que poco se pueden contextualizar dentro de la sociedad colombiana.

## 5. CONCLUSIONES

Descendiendo todas las premisas anteriormente planteadas a lo largo de la presente investigación, se pretendió de esta manera **(i)** ofrecer al lector una completa descripción sobre el error invencible de derecho penal con base en la dogmática jurídica nacional, identificando su rango de aplicabilidad, como también sus limitaciones dentro del proceso penal; **(ii)** entregar tanto a los litigantes como a los operadores judiciales un instrumento hermenéutico completo y detallado que puede ser utilizado al momento de encontrar un caso sin resolver, teniendo como base el respeto a las garantías constitucionales; **(iii)** ofrecer una herramienta constitucional a los ciudadanos interesados en modificar el proceso penal, quienes con base en los argumentos expuestos haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad, logren la inconstitucionalidad condicionada de la norma penal para otorgar las facultades para el archivo de la acción penal, agregándole de acuerdo a lo investigado la facultad de manera oficiosa en forma excepcional al juez penal con funciones de conocimiento, cuando el comportamiento sea ejecutado con base a la causal de ausencia de responsabilidad penal en especial el error de derecho invencible; **(iv)** presentar una compilación calificada y especial de todos los precedentes jurisprudenciales que han sido proferidos por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en el periodo comprendido entre los años 2004 – 2014, identificando los precedentes más importantes, o apremiantes para el trabajo.

Del mismo modo toda la normatividad jurídico penal existente, así como la dogmática penal nacional e internacional realmente importante para la indagación hermenéutica. Todo lo anterior con el objetivo principal de resolver el problema jurídico planteado *¿Puede el Juez Penal con funciones de conocimiento de manera oficiosa decretar la extinción de la acción penal y/o absolver, cuando de*

*los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se viabilice la existencia de un error invencible en favor del acusado?*

Con base en la investigación realizada, en el primer capítulo, se demostró efectivamente que el desarrollo histórico de las causales de ausencia de responsabilidad en el derecho penal, son consecuencia de la adopción de la dogmática penal internacional, especialmente del derecho penal italiano y alemán. Adopción que se ve reflejada en los Códigos Penales desde 1980, hasta el Código Penal actual Ley 599 de 2000.

Sin embargo, esta adopción fue modificada por procesos propios que le fueron imprimiendo a las causales de ausencia de responsabilidad penal, en especial al error de derecho invencible, la connotación jurídica que tiene hoy dentro de la estructura dogmática penal colombiana, como también dentro del mismo proceso penal.

Seguidamente, en el capítulo segundo se constató la condescendencia que dentro del ordenamiento jurídico penal existe respecto al proceso evolutivo que en la dogmática penal internacional ha tenido el error de derecho invencible.

Lo anterior comprueba a su vez que dentro de la dogmática propia se han agregado elementos auténticos al error de derecho invencible dentro del ámbito penal. Por lo anterior, como forma de comprobación se estudió desde el punto de vista dogmático, normativo como constitucional, la figura del error, sus clases y formas dentro de la academia penal internacional, como nacional.

Tenemos que dentro del numeral 2.6, se estudió la figura del error en la legislación penal, identificándose en concordancia con la dogmática penal internacional el error de tipo, el error de prohibición y el error de tipo privilegiado por atenuación de

la conducta delictiva, todos con elementos propios como foráneos que efectivamente hacen particular nuestro sistema penal.

No obstante, se pudo evidenciar que aunque propio el proceso de evolución de la dogmática penal nacional ha sufrido una serie de modificaciones que generan tres circunstancias a saber:

1. En la dogmática penal propia de las causales de ausencia de responsabilidad, el legislador en contravía del principio de progresividad creó una lista de causales, sin distinguir entre eximentes, ni exculpantes, cosa que sí ocurría en el Código Penal de 1980.
2. A pesar de existir una lista de causales de ausencia de responsabilidad penal, entre ellas el error de carácter vencible o invencible. Lo anterior, no significa que la ejecución de algún tipo de error en la modalidad de invencibilidad y que no se encuentre contenido en el listado no pueda ser reconocido por los Jueces para ser decretado en sus providencias, pues a la luz de la doctrina citada, es una lista de referencia lo que pretende mostrar el legislador, puesto que mal haría en desconocer la existencia de un error por falta de técnica jurídica del legislador. Por lo tanto no existe una lista taxativa dentro del Código penal.
3. El error invencible se presenta en amplias formas, modalidades como circunstancias, de ahí que una valoración fáctica, jurídica y probatoria rigurosa le permitirá al operador judicial reconocer su existencia para tomar la decisión que en derecho corresponda.

Igualmente, en el capítulo segundo se planteó el problema jurídico *¿Puede el Juez Penal con funciones de conocimiento de manera oficiosa decretar la extinción de la acción pena y/o absolver al acusado, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se viabilice la existencia de un error invencible a favor del acusado?*

Con base en lo investigado, se pudo concluir que no existe en el ordenamiento jurídico facultad oficiosa a favor del Juez penal con funciones de conocimiento para decretar la extinción de la acción penal. Por consiguiente, lo investigado constituye un problema para los operadores judiciales puesto que los limita en la protección como respeto de las garantías constitucionales, especialmente la justicia material, como también la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, so pena de caer en prevaricato por acción.

Lo anterior, por cuanto el principio de imparcialidad, como también el debido proceso parecen tener más prevalencia sobre los derechos sustanciales que el constituyente ha establecido a favor del acusado, prevalencia que desde todo punto de vista es injustificada y desproporcionada, por cuanto la libertad configurativa del legislador al no ser absoluta, en este caso pudo estar extralimitada sin razonabilidad justificable.

Se comprobó de esta manera que aunque no existe facultad oficiosa a favor del Juez penal con funciones de conocimiento para decretar la extinción de la acción penal por identificar en el comportamiento del acusado un error invencible, la no existencia de esta no corresponde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad puesto que afecta garantías constitucionales de inmensurable valor, como lo es la dignidad humana, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, la seguridad jurídica y la justicia material.

Con gran importancia, en el capítulo tercero, se precisaron de manera puntual los principios constitucionales que hacen parte del actual modelo de Estado colombiano; esto es El Estado Social de Derecho. Del mismo modo, los elementos propios de la conducta punible, delimitándose su estructura como también el desarrollo social, histórico y constitucional dentro de la dogmática constitucional penal colombiana.

Efectivamente en el capítulo tercero se analizó la constitucionalización del derecho penal, elemento importante que está haciendo parte de los estudios actuales de derecho penal que se vienen desarrollando dentro de la academia nacional, con el objeto de constitucionalizar la dogmática, dotándola de los principios constitucionales, para hacerla más congruente con los postulados supra legales.

De igual modo, en el desarrollo del capítulo cuarto de esta investigación siguiendo el modelo de recolección de información se logró recopilar las aplicaciones que por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal se le ha dado al error de derecho invencible, ofreciéndole al lector una síntesis desde el punto de vista práctico de la importancia que desde la instancia de conocimiento decretar la extinción de la acción penal y/o absolver, para evitar el desgaste a la administración de justicia, prevaleciendo el principio de celeridad en las decisiones judiciales.

Como quiera, esta investigación logra un análisis tanto dogmático, como práctico del error de derecho invencible dentro del proceso penal, partiendo propiamente de la estructura de la figura, la respuesta al problema jurídico planteado, su identificación dentro del sistema jurídico nacional y por último su aplicación dentro de la jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional.

Del mismo modo, esta investigación se convierte en una propuesta académica que dota de herramientas, al operador judicial, a los abogados litigantes, a los ciudadanos, al legislador y a la academia, que pueden ser utilizadas de manera favorable para resolver las situaciones fácticas que se presenten frente a la comisión de delitos en la modalidad de error de derecho invencible, hasta tal punto que pueda modificarse el proceso penal.

Como consecuencia de lo anterior, esta investigación efectivamente profundizó además de todo lo anterior, en la solución al problema jurídico, eje central de la investigación. No solo brindó respuestas claras como efectivas, sino también dotó de herramientas suficientes para cambiar el proceso penal de manera que el Juez penal con funciones de conocimiento, posea todas las herramientas necesarias para decretar la extinción de la acción penal en favor del acusado de manera oficiosa.

Como corolario de lo anterior, a medida que sigan apareciendo nuevas situaciones fácticas dentro del proceso penal relacionadas con conductas cometidas bajo la modalidad de error invencible, esta investigación seguirá siendo útil para resolverlas, puesto que el acopio dogmático, jurídico, como jurisprudencial es altamente amplio para seguir abarcando las situaciones que se puedan presentar en un futuro.

## 6. RECOMENDACIONES

Una vez concluida la presente investigación, es importante modificar el procedimiento penal con el objetivo primordial de efectivamente garantizar los principios constitucionales a favor del acusado, por lo cual se propone:

1. Investigar lo esencial de las garantías constitucionales a saber: prevalencia del derecho sustancial sobre lo procesal, dignidad humana, justicia material y seguridad jurídica vs debido proceso, principio de imparcialidad, y neutralidad del juez dentro del proceso penal.
2. Trabajar en instruir al operador judicial para modificar sus decisiones judiciales en el entendido de decretar de manera oficiosa en casos excepcionales la extinción de la acción penal cuando se identifique en el comportamiento del acusado, la existencia de un error de derecho en la modalidad invencible.
3. Efectuar una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, para que sea decretada la inconstitucionalidad condicionada en el entendido que el Juez penal con funciones de conocimiento, de igual manera pueda decretar la extinción de la misma excepcionalmente de oficio.
4. Analizar con mayor detenimiento el trámite de extinción de la acción penal, como también las vías alternativas que puedan existir para lograr modificar el procedimiento establecido en el artículo 78 *in fine*

Extender la presente investigación a casos similares, identificables dentro del procedimiento penal, con el objetivo de proteger las garantías constitucionales en favor del acusado.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, Nódier. La defensa putativa. Medellín: Editorial Nuevo Foro, 1980.

\_\_\_\_\_. La estructura del delito en el nuevo Código Penal. Medellín: Ediciones Nuevo Foro Penal, 1996.

ALEGRÍA HIDALGO, Juan Luis. Derecho Penal: Parte General. Perú: Universidad Alas Peruana, 2007.

ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. España: Editorial Barcelona, 1960.

ARIAS TORRES, Luís Miguel Bramont. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Segunda Edición. Lima – Perú. 2002. Edit. Jurídica Grijley.

ARBOLEDA, Mario. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2005.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Artículo en lecciones de derecho penal. Bogotá: U. del Externado, 2003.

BECCARIA, Cesar de Bonesana masques de. De los Delitos y de las Penas. Bogotá: TEMIS, 3°, 2005.

BERNATE, OCHOA, Francisco. El Código Penal de 1890. Revista Estudios Socio-Jurídicos [en línea] 2004, 6 (julio-diciembre): [Fecha de consulta: 11 de noviembre

de 2014] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360217>> ISSN 0124-0579

BETTI, Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Editorial, Revista de Derecho Privado, 1971. Chile. ISBN: 84-7130-247-0.

BOBBIO, Norberto. Libro de la historia de la filosofía. Madrid: Debates, 1991.

BRAMONT ARIAS, TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal, Parte General.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Editorial Ariel. Tercera edición.

CAMPOS SUAREZ, Carlos. Las Causas Eximentes de Responsabilidad Criminal [en línea]. Disponible en <<http://www.monografias.com/trabajos4/respcriminal/respcriminal.shtml>> [citado el 23 de agosto del 2014].

CANCINO MORENO, Antonio José. Instituciones penales colombianas y su evolución a partir del Código de 1837. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. La Interpretación Judicial Constitucional. Editorial, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. ISBN: 970-644-021-6.

CENTRO DE ARTIGO. La debida Diligencia. [en línea]. Disponible en: <[http://centrodeartigo.com/articulos-enciclopedicos/article\\_80842.html](http://centrodeartigo.com/articulos-enciclopedicos/article_80842.html)> [citado en jueves 2 de abril de 2014].

CLEVES RAMÍREZ, Gonzalo. Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyentes: Los derechos fundamentales como paradigma. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-828 de 2010.  
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2004.  
M.P. Jaime Córdoba Triviño.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007.  
M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005.  
M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007.  
M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-459 de 1995.  
M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-1104 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-384 de 2000.  
M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-111 de 2000.  
M.P. Álvaro Tafur Galvis.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-1270 de  
2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-1104 de  
2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-1512 de 2000.  
M.P. Álvaro Tafur Galvis.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia T-792 de 2005.  
M.P. Clara Inés Vargas Medina.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia T-133 de 2006.  
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.  
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002.  
M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia T-722 de 2003.  
M.P. Álvaro Tafur Galvis.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.  
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.  
M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-767 de 2014.  
M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-1165 de  
2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia T-1318 de  
2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 2008.  
M.P. Jaime Córdoba Triviño.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.  
M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-1165 de  
2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia T-1318 de  
2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-428 de 2009.  
M.P. Mauricio González Cuervo.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-991 de 2004.  
M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2011.  
M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005.  
M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia C-536 de 1998.  
M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2008.  
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia T-438 de 1993.  
M.P. Carlos Gaviria Díaz

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia C-406 de 1994.  
M.P. Jorge Arango Mejía

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia A-318 de 2006.  
M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002.  
M.P. Eduardo Montealegre Lynett

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia T-1430 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia T-429 de 1994.  
M.P. Antonio Barrera Carbonell.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia T-084 de 1998.  
M.P. Antonio Barrera Carbonell.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia T-892 de 2011.  
M.P. Nilson Pinilla.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2000.  
M.P. Fabio Morón Díaz.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional, sentencia C-420 de 2002.  
M.P. Pedro Augusto Nieto Góngora.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación  
Penal, sentencia de marzo 28 de 1983

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia sentencia del 6 de  
agosto de 1936. M.P. José Antonio Monsalvo.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la  
comisión interamericana de derechos humanos 1993. [en línea]. Disponible en:  
<<https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.V.htm>>. [citado el 4 noviembre  
de 2014].

\_\_\_\_\_. Protocolo adicional a la convención americana  
sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y  
culturales, “Protocolo de San Salvador”. [en línea]. Disponible en:  
<<https://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>>. [citado el 4 noviembre de 2014].

COURTIS, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. En: Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Centro de Asesoría Legal (CEDAL) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2006.

CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penología, 13° ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1960.

CUESTIONES CONSTITUCIONALES [en línea]. No. 1 (julio-diciembre, 1999). Disponible en: <[http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/sobre\\_el\\_concepto\\_de\\_constituci\\_\\_n.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/sobre_el_concepto_de_constituci__n.pdf)> [citado 5 de agosto de 2014].

CURE MÁRQUEZ, Juan Camell. La ausencia de responsabilidad en el derecho penal. Bogotá: Leyer, 2010. ISBN: 978-958-711-670-0.

DE LA PAVA MARULANDA, Ricardo. Causales de ausencia de responsabilidad penal. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009. ISBN: 978-958-8297-88-0.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia [en línea]. <<http://goo.gl/D2xjhJ>> [citado en jueves 2 de abril de 2014].

DÍAZ GRANADOS, Luis Bernardo. Constitucionalismo social: Hacia un nuevo Estado Social y Democrático de Derecho. Bogotá: Instituto María Cano – ISMAC, 2001. ISBN 958-9339-23-9.

DUALDE, Joaquín. Una revolución en la lógica del derecho. Editorial: Barcelona, España. 1933.

DUCE, Mauricio. PÉREZ PERDOMO, Rogelio. Seguridad ciudadana y reforma de la justicia penal en América Latina. Boletín Mexicano de Derecho Comparado [en línea] 2001, XXXIV (septiembre-diciembre): [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2014] Disponible en: <<http://redalyc.org/articulo.oa?id=42710203>> ISSN 0041-8633.

DUGUIT, León. Las transformaciones del Derecho Público y Privado. Bogotá: Comares, 2007. ISBN: 9788498362374.

ELCOLOMBIANO.COM. Inpec declaró la emergencia carcelaria. [en línea]. Disponible en: <[http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/!/inpec\\_declaro\\_la\\_emergencia\\_carcelaria/inpec\\_declaro\\_la\\_emergencia\\_carcelaria.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/!/inpec_declaro_la_emergencia_carcelaria/inpec_declaro_la_emergencia_carcelaria.asp)> [consultado el 23 de agosto del 2014].

ELESPECTADOR.COM. Incendio en cárcel de Barranquilla deja seis heridos. [en línea]. Disponible en: <<http://www.elespectador.com/noticias/nacional/incendio-carcel-de-barranquilla-deja-seis-heridos-articulo-498591>>. [consultado el 23 de agosto del 2014].

FERDINAND Lasalle. ¿Qué es una constitución? Bogotá. Panamericana. 1995.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

FINGER, Augusto. Error en el derecho. Italia: Editorial Torino, 1964.

GACETA JUDICIAL, Tomo LXI, Página 160. Citado en NUÑO HENAO, José Enrique. Sistema Penal y control social en Colombia. (Tesis de Grado) Abogado. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá. 2002.

GARCÍA-GALLO, Alfonso: "Los enigmas de las Partidas", en VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio, Instituto de España. 1963.

GARAVITO, Fernando. Jurisprudencia de los tribunales de Colombia. Bogotá: Imprenta Nacional, Tomo I.

GARRAUD, René. Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français. París, Francia: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913.

GERENCIE.COM. Sobre la Responsabilidad. [en línea]. Disponible en: <<http://www.gerencie.com/sobre-la-responsabilidad.html>> [consultado el 23 de agosto del 2014].

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez, 2000.

\_\_\_\_\_. El principio de la antijuricidad material. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 4º edición, 2005. ISBN: 958939633.

\_\_\_\_\_. Introducción al derecho penal constitucional. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2012.

\_\_\_\_\_. Relaciones entre poder político, derecho penal y derechos fundamentales, en Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal. Segunda Parte, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colección de Estudios Breves, 1997.

IGLESIA LUTERANA DE VALPARAÍSO. El Anglicanismo [en línea]. Disponible en: <<http://iluterana.cl/index/wp-content/uploads/2011/07/El-Anglicanismo.pdf>> [citado el 18 agosto de 2014].

IGNACIO DE OTTO. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona. Ariel Derecho, 1998.

INSTITUTO SABUCO ALBACETE. 2. Causas de la Revolución Francesa [en línea]. Disponible en <<http://bachiller.sabuco.com/historia/caurevfr.pdf>> [citado el 18 de agosto del 2014].

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano [en línea]. Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>> [citado el 18 de agosto del 2014].

KANT, Immanuel. Crítica de la razón práctica. Bogotá: Alianza Editorial, 2013. ISBN 9788420676111.

LAROUSSE (2008). Larousse Diccionario Enciclopédico. México.

LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. Derecho y Argumentación. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011. ISBN 978-958-716-454-1.

LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos del derecho penal. Bogotá: Editorial Lerner, 1961.

MANRIQUE, MUÑOZ, Edgar Eduardo. El libro negro de la interpretación jurídica: Teoría y Funcionamiento. Bogotá: Editorial Abadía Jurídica, 2014.

MARÍN SALAZAR, Mario. Injusto penal y error hacia una nueva concepción del delito. Editorial Ibáñez 2013, Segunda Edición. ISBN 958808704X.

MARTÍNEZ, Miguel (1899) Código Penal con anotaciones y leyes reformativas. Imprenta del Departamento: Bogotá. ISBN 9781141273096. Disponible en: <<http://www.bdigital.unal.edu.co/5673/#sthash.bGL284RD.dpuf>> [citado en jueves 2 de abril de 2014].

MARX, Karl. El Capital. Bogotá: Editores, 2008. ISBN: 9788445907450.

MAX ERNST, Meyer. Derecho Penal: Parte General. Argentina: Editorial B de F, 2007. ISBN: 9789974578890.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: B DE F, 2009. ISBN 9789974578364.

MOYANO, Jorge. Fundamento jurídico del medio de defensa técnico deducido. [en línea]. Disponible en: <<http://jorgemoyano.us/ena.html>> [citado el 10 de noviembre del 2014].

NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [en línea]. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. [citado en jueves 2 de abril de 2014]

NUÑO HENAO, José Enrique. Sistema Penal y control social en Colombia. Dirigida por Andrés Fernández Ramírez Moncayo. Tesis de grado para optar al título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá. Facultad de Derecho, 2002.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. ¿Qué es una Constitución?: Reflexiones a propósito del “Boterismo Constitucional”. En: *Dikaion* [en línea]. No. 15 (2006). Disponible en: <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1351>> [citado 5 de agosto de 2014].

OLANO VALDERRAMA, Carlos Alberto, y OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Derecho Constitucional general e instituciones políticas – Estado social de derecho*. 3° edición. Ediciones Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 2000.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Comentarios al nuevo código penal sustancial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda., 2009.

PACHECO, Máximo. *Teoría del Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 4° edición, 1990. ISBN: 956-10-0132-1.

PELÉ, Antonio. Una aproximación al concepto de Dignidad Humana. En: *Universitas* [en línea]. No. 01 (2003). Disponible en: <[http://universitas.idhbc.es/n01/01\\_03pele.pdf](http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf)>. [consultado el 23 de agosto del 2014].

PEÑA CHACÓN, Mario. Límites, Restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental. [en línea]. Disponible en: <[http://huespedes.cica.es/gimadus/26-27/004-limites\\_restricciones\\_excepciones\\_principio.html](http://huespedes.cica.es/gimadus/26-27/004-limites_restricciones_excepciones_principio.html)>. [citado el 4 noviembre de 2014].

PIACENZA, Scipione. *Error e ignorancia del derecho en materia penal*. Italia: Editorial Di Tulio, 1960.

PLATÓN. La República. Bogotá: Akal, 2009. ISBN: 9788446023784.

PUIG PEÑA, Federico. Colisión de normas penales, Barcelona, Edit. Bosch, 1955.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). Coacción. En Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Tomado de: <<http://lema.rae.es/drae/?val=coacci%C3%B3n>> [citado en jueves 2 de abril de 2014].

Revista Institucional N° 07. Aportes al derecho Penal Peruano desde la perspectiva constitucional, Academia de la Magistratura.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Bogotá: Editorial Temis S.A, 1998. ISBN: 958-604-241-6.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Editores del Puerto, 2000.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. Causales de ausencia de responsabilidad penal. Revista de Derecho [en línea] 2003, (junio): [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2014] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85101901>> ISSN 0121-8697.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Teoría de la Constitución. Bogotá: Alianza Editorial, 2001. ISBN: 9788420680576.

SEGURA, Pablo A. "Evolución del Derecho Penal Colombiano". Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República. Disponible en: <<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/viajes/indice.htm>> [citado en jueves 2 de abril de 2014].

SMITH, Adam. La riqueza de las naciones: Libros I-II-III y selección de los libros IV-V. Bogotá: Alianza Editorial, 2011. ISBN: 9788420650968.

SOLER, Sebastián. Temas básicos de Derecho Penal. Argentina: Abeledo – Perrot, 4° edición, 2005.

TULIO RUIZ, Servio. La concepción del delito en el código penal. Bogotá: Editorial Temis S.A, 1983. ISBN: 84-8272-293-X.

VATICANO. La Dignidad de la Persona Humana [en línea]. Disponible en <[http://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/p3s1c1\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s1c1_sp.html)> [consultado el 23 de agosto del 2014].

VELÁSQUEZ, FERNANDO. Manuel de Derecho Penal: Parte General. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 3° edición, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: Parte General. Argentina: Editorial Ediar, 1998. ISBN: 9789505740871.

\_\_\_\_\_. Teoría del delito. Argentina: Editorial Ediar, 2008.

## ANEXOS

### ANEXO A. Providencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal frente al Error Invencible

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
18158	10 – 11 – 04	Alfredo Gómez Quintero	¿Puede ser responsable penalmente un particular quien en el ejercicio provisional de la función pública, viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, a pesar de tener las cualidades técnicas y académicas profesionales requeridas para el desempeño de sus funciones?	Sí. En este sentido para la Corte Suprema de Justicia es imperioso señalar que el desconocimiento del régimen de prohibiciones, e inhabilidades en la contratación pública no puede ser un argumento a favor del sujeto activo de la conducta para eludir el reproche penal por error invencible, puesto que es obligación del particular que desempeña transitoriamente la función pública, o del funcionario público conocer a cabalidad el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones legales que establece el legislador.
18411	06 – 10 – 04	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente un miembro activo de la fuerza pública, cuando en el desarrollo de sus funciones dice tener la convicción errada e invencible que en su actuar no concurren ningunas de las circunstancias tipificadoras del delito de	Sí. Para la Corte Suprema de Justicia, el error invencible es un instrumento o herramienta jurídica que debe ser probada con la mayor rigurosidad posible; de tal suerte que no puede hacerse una simple comparación entre los elementos materiales probatorios recolectados durante la investigación y acreditados en el proceso para determinar la existencia del error propuesto,

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			secuestro extorsivo?	sino por el contrario deben darse todos los supuestos fácticos exigidos por la normatividad penal para el nacimiento a la luz del juzgador del error invencible que sirva para la absolución del acusado.
18656	21 – 04 – 04	Mauro Solarte Portilla	¿Es responsable penalmente el ejecutor de una conducta delictiva, cuando este actúa típica, injustificada o culpablemente?	Sí. Para la Corte Suprema de Justicia, el ejecutor material de una acción típica no será responsable penalmente si se comprueba que ha sido usado como un instrumento; bien sea por haber desarrollado su comportamiento debido a una coacción insuperable, error invencible o ser inimputable.
18911	13 – 10 – 04	Mauro Solarte Portilla	¿Es responsable penalmente por el delito de celebración indebida de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, el funcionario público que basado en una forma de contratación más benigna a sus intereses elude la aplicación de las disposiciones regulares que para el mismo fin a dictado la ley?	Sí. En este sentido es dable aclarar, que el legislador ha establecido varias formas de contratación, pero estas se deben a diferentes momentos, o hechos generadores que con el objeto de atender circunstancias específicas deben ser utilizadas con el objeto de satisfacer el bien general. En este sentido, la contratación directa o la contratación en urgencia manifiesta, formas de contratación mucho más ágiles que la tradicional ejecutada a través del proceso de licitación, no pueden ser usadas como pretexto ante circunstancias inexistentes para eludir los procedimientos establecidos por el legislador para dotar de legalidad el proceso de contratación de la administración pública y de por sí ver afectado el interés general, la transparencia y demás principios de la administración pública.

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				Así las cosas, el desconocimiento de lo anterior no puede ser alegado como un error invencible por parte del funcionario público investigado en el proceso, y pretender con ello ser absuelto de la responsabilidad que le merece.
20751	25 – 02 – 04	Jorge Aníbal Gómez Gallego	¿Es responsable penalmente un Juez de la República por el delito de prevaricato por omisión cuando sin motivo justificado decide rehusarse al cumplimiento de un acto propio de sus funciones?	Sí. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que no es de recibo el argumento por medio del cual un funcionario judicial, al momento de proferir decisiones o resoluciones en donde administre justicia sus yerros, sean justificables por error invencible. En este sentido aunque si bien es cierto que el yerro debe ser abiertamente ostensible, también lo es que debe estar motivado de tal suerte que pueda predicarse el convencimiento absoluto del operador judicial al momento de tomar dicha decisión. Así las cosas, cuando se omite o se actúa sin motivación suficiente, se está ante el delito de prevaricato bien sea por acción u omisión.
20889	18 – 11 – 04	Herman Galán Castellanos	¿Es posible predicar la ira e intenso dolor como un diminuyente de la conducta delictiva a pesar que el hecho ilícito no se produce de manera inmediata al acontecimiento que genera la ira en el sujeto activo de la conducta punible?	Sí. La ira, e intenso dolor como una diminuyente de la conducta penal bien puede darse de manera objetiva o de manera subjetiva. En el primer caso es efectivamente cierto que ocurre un hecho indiciario que produce en el sujeto la puesta en marcha de un comportamiento de carácter delictivo en contra del agresor. En el segundo caso, el sujeto obra con error invencible creyendo que efectivamente el comportamiento que lo ofende sucede y este es su justificante para el nacimiento de su ira. Así

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				<p>las cosas, no es necesario que sea inmediatamente el hecho delictivo para poder ser considerado como una diminuyente de la conducta penal, sino que no exista en su desarrollo, ningún elemento que permita inferir una planeación, perfeccionamiento o ejecución con fines de venganza que prevén una antelación de un verdadero plan delictivo con el objeto de ser exculpado bajo la causal de ausencia de responsabilidad de la ira o intenso dolor, bien sea de carácter objetivo o bien sea por error invencible (carácter subjetivo).</p>
21256	21 – 07 – 04	Mauro Solarte Portilla	<p>¿Es responsable penalmente por enriquecimiento ilícito de particulares quien obtenga un beneficio no justificado?</p>	<p>Sí. En este sentido, es claro que el enriquecimiento ilícito es aquel que se produce cuando se carece de fuente legal de donde provienen los mismos, de tal manera que quien los recibe obtiene un beneficio no justificado. Así las cosas, no es viable sostener que el desconocimiento de este beneficio lo exonera del reproche penal del delito por error invencible, pues el traslado de los dineros y el beneficio obtenido fueron disfrutados por el sujeto activo de la conducta delictiva.</p>
22054	17 – 03 – 04	Álvaro Orlando Pérez Pinzón	<p>¿Es responsable un Fiscal por el delito de prevaricato por acción, cuando en sus resoluciones certifica la legalidad o el procedimiento de un objeto sobre el cual no ha realizado inspección alguna?</p>	<p>Sí. Para la Corte Suprema de Justicia, este tipo de situaciones pone en jaque la correcta administración de justicia. De tal suerte, que las resoluciones o certificados que entregan las entidades o funcionarios públicos, en este caso el Fiscal, deben estar soportadas en los procedimientos necesarios para tal fin.</p>

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				Así las cosas, no es dable decretar el error de hecho por considerar que no existió lesión algún contra quien le fue entregado el certificado de legalidad sobre el automotor, pues efectivamente este incurrió en un yerro al creer que la certificación expedida por un fiscal era acorde a la realidad del vehículo, situación que nunca sucedió pues efectivamente el vehículo había sido robado y tenía los números de chasis e identificación adulterados.
19094	03 – 08 – 05	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato en concurso homogéneo y sucesivo el Gobernador de un departamento que decide nombrar docentes de manera directa sin la realización de concurso alguno en concordancia con un convenio inter administrativo firmado con el Ministerio de Hacienda?	No. Entiende la Corte Suprema de Justicia, que no siempre puede ser responsable penalmente por el delito de prevaricato el funcionario que en el desarrollo de sus funciones carezca de dolo porque no obra con la representación alguna de que su conducta sean tipificadas como delito. Al contrario, cuando dicho funcionario motiva sus decisiones creyendo sin lugar a duda alguna que la interpretación de la ley que fundamenta su comportamiento es el correcto se puede colegir inequívocamente que dicho funcionario actúa bajo error invencible.
19896	27 – 04 – 05	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente por el delito de abuso de función pública, un Juez de la República que haciendo uso de su poder emite resoluciones judiciales para conocer información de ciudadanos que nada tienen	Sí. Para la Corte Suprema de Justicia, no puede ser entendido como un error invencible, el funcionario judicial quien abusa de la función pública para obtener información privilegiada sobre los ciudadanos o realizar procedimientos que nada tiene que ver con los ordenamientos jurídicos irrestrictos que exige la constitución

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			que ver con los procesos judiciales que lleva su despacho?	y la ley. Así las cosas, el delito es cometido en modalidad dolosa y por consiguiente es responsable penalmente el funcionario judicial que vulnera la función pública.
20233	13 – 04 – 05	Alfredo Gómez Quintero	¿Es responsable penalmente por el delito de falsedad ideológica en documento público, quien crea documento público para consignar afirmaciones que no corresponden a la realidad, pero que materialmente si existieron?	Sí. Es indispensable, que en los documentos que gozan de fe pública, solo se consignen hechos materialmente existentes, puesto que se afecta la transparencia institucional, se transgrede la imagen de la administración pública, y se configura un delito penal por haber mentido al momento de elaborar el documento sobre unos hechos que no existieron, o que existieron de manera anterior al momento de haber elaborado el acta, resolución o decisión administrativa o judicial.
22299	06 – 07 – 05	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción un Juez de la República, que al emitir una decisión judicial no satisface los deseos de los intervinientes en el proceso?	No. Para la Corte Suprema de Justicia, el delito de prevaricato por acción se configura cuando como en este caso un funcionario judicial emite una decisión que tiene que ser manifiestamente contraria a la ley, de tal suerte que en el pasado ante decisiones iguales haya tomado un postura que en el presente ha decidido cambiar, sin la justificación jurídica ni fáctica suficientes que sirvan de base como justificar el cambio de su propio precedente. Todo por consiguiente debe analizarse atendiendo a elementos fácticos, historia o trayectoria del funcionario investigado y demás circunstancias que permitan inferir que puede haber un provecho de cualquier índole para

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				haber prevaricado el funcionario. El solo error en la interpretación no puede ser tenido como un delito, pues el ordenamiento jurídico colombiano en materia penal ha proscrito la responsabilidad objetiva.
22586	16 – 01 – 05	Sigifredo Espinosa Pérez	¿Es responsable penalmente el fiscal que emite resoluciones de preclusión por antijuridicidad, contra los acusados basado en hechos falsos o inexistentes?	Sí. Para la Corte Suprema las decisiones judiciales que se toman dentro de un proceso, así como las resoluciones emitidas por los fiscales sobre preclusión o archivo de la investigación, deben estar soportadas con base a elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, con el objeto que no se afecte la transparencia, legitimidad y objetividad de la función pública. En este sentido, no puede ser entendido como un error invencible el desconocimiento del fiscal sobre la muerte del acusado como ocurrió en el caso de marras para indicar que la noche anterior había tenido comunicación con este y que efectivamente había constatado. Se comprueba entonces, que fue una actuación dolosa con el objetivo de archivar el proceso y de manera unilateral desistir del deber y obligación de perseguir el delito.
23198	06 – 07 – 05	Álvaro Orlando Pérez Pinzón	¿Es responsable por el delito de prevaricato por acción, el Fiscal que decide no adelantar las diligencias pertinentes contra alguno de los acusados basado en los mismos	Sí. No puede ser un capricho del funcionario judicial, el no adelantar las investigaciones pertinentes contra los sospechosos o acusados, si de la evidencia física, la información legalmente obtenida y los elementos materiales probatorios se evidencia la

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			elementos procesales que sirven de sustento para condenar a los cómplices?	culpabilidad de los investigados. Así las cosas, se pone en tela de juicio la correcta impartición de justicia, la transparencia administrativa y la seguridad jurídica, principios todos base de los postulados del Estado Social de Derecho. Así, las cosas no se configura un error invencible, cuando es el mismo funcionario el que decide por capricho obviar el análisis probatorio pertinente que se debe realizar antes de tomar o dictar cualquier decisión o resolución judicial.
23258	20 – 04 – 05	Jorge Luis Quintero Milanés	¿Es responsable penalmente por el delito de abuso de la función pública el Juez que emite decisiones judiciales desbordando su poder jurisdiccional, al no ser competente para resolver ese tipo de asuntos?	Sí. Para la Corte Suprema de Justicia, no puede ser un capricho de los funcionarios que tienen la función de administrar justicia, el dictar resoluciones que desbordan ampliamente el poder jurisdiccional encomendado y que no son propias de funciones, valiéndose de la imagen, transparencia y legalidad de su cargo para obtener beneficios para sí o un tercero por medio de sus resoluciones judiciales.
18667	20 – 04 – 06	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente por el delito de peculado por apropiación, el congresista que dispone de los tiquetes aéreos para su desplazamiento y los cede sin autorización previa a terceros?	No. Para la Corte Suprema de Justicia, no existe norma expresa que prohíba a los congresistas a ceder los tiquetes aéreos a ellos entregados para cumplir con sus funciones. Sin embargo, de los elementos materiales probatorios y los hechos recaudados en el proceso, se puede concluir sin lugar a dudas que el comportamiento del imputado se encuentra amparado por causal de ausencia de responsabilidad al ser un error de tipo

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				invencible, puesto que no se puede colegir dolo en su actuación y en vez de venderlos o sacar provecho del mismo decidió cederlos a los funcionarios y personas de confianza con el objeto de concluir con sus fines congresariales.
19059	12 – 12 – 06	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable penalmente por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, el fiscal que basado en una orden de allanamiento realiza registro personal a los residentes del inmueble desnudándolos y afectando su honra y dignidad, sin presencia del defensor del requisado y de los padres de los menores que habitan el inmueble?	Sí. En efecto no es válida la tesis de la defensa de atipicidad de la conducta por error invencible puesto que efectivamente el Fiscal tenía funciones de policía judicial para realizar la diligencia de allanamiento, y el objetivo de la orden se cumplió el cual era capturar al ciudadano Juan David Mosquera Montoya, sin embargo el Fiscal perpetra el ilícito de abuso de autoridad por acto arbitrario al realizar de manera celosa y caprichosa el registro corporal de una señora de 30 años, y dos menores de edad, sin justificación alguna y violando de manera desproporcionada, injustificada e irracional el respeto a la dignidad humana, generando un desequilibrio entre los intereses privados de las registradas y los fines constitucionales del Estado Social de Derecho, por cuanto se transgredió la honra, vida, creencias, bienes y demás derechos y libertades de las personas registradas.
19662	10 – 05 – 06	Edgar Lombana Trujillo	¿Es responsable penalmente por el delito de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, quien le ocasiona	Sí. En efecto, la defensa subjetiva de derechos ajenos, ha sido reconocido por la doctrina como una forma de alegar error invencible y exonerarse del reproche penal, pues un tercero

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			la muerte a otra persona amparada en el supuesto de defensor a un tercero que estaba siendo víctima del ahora agredido?	neutral pone en riesgos su libertad para defender los bienes jurídicos tutelados de otra persona que están en riesgo por el comportamiento delictivo del delincuente. Sin embargo, como se ha podido desprender del caso en marras lo que efectivamente sucedía era una discusión familiar y que así se lo hicieron saber al agresor cuando este intervino a solucionar el conflicto. De esta manera, no puede predicarse un error invencible o vencible pues fue el mismo autor material de la conducta penal sancionada quien decidió cerciorarse de la situación a lo que efectivamente realizó. Sin embargo, de manera irresponsable y ante la actitud defensiva de uno de los occisos decidió dispararle y ocasionar el resultado que es sancionado por medio de la providencia en estudio.
21138	13 – 07 – 06	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente por el delito de hurto calificado y agravado el ciudadano que apoderándose de un automotor que no es de su propiedad, alega desconocer el ilícito e indica que ha sido contratado única y exclusivamente para su transporte?	Sí. En el caso de marras, se ha podido comprobar que efectivamente el acusado conocía de la ilicitud del hecho, y por consiguiente es responsable del ilícito. Situación diversa hubiese sido si no tuviese conocimiento del hecho, pues se elimina la antijuridicidad del comportamiento y por ausencia del elemento subjetivo en la psiquis del delincuente.
21392	08 – 06 – 06	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros el Rector de una Universidad del Estado que concede	Sí. En este sentido es importante rescatar, que caso contrario hubiera sucedido en el caso que quien hubiese firmado los contratos era un funcionario sin experiencia, pero en este caso

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			becas académicas a terceros y por medio de contrato de prestación de servicios le entrega el beneficio a cambio de laborar para la institución por un tiempo determinado?	fue el Rector de la Institución Educativa con varios años de trayectoria y ejercicio dentro del claustro universitario, de esta forma no se puede configurar la inexistencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito tipificado. En conclusión, no hay lugar a la existencia de error de tipo de carácter invencible.
22469	10 – 10 – 06	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable por el delito de prevaricato por acción y falsedad en documento público, el notario que por darle agilidad a un trámite da fe pública de la legalidad del mismo faltando sendos requisitos necesarios para su existencia, legalidad y nacimiento a la vida jurídica?	Sí. Para la Sala es indispensable recordar que no puede exigírsele a un funcionario público menor responsabilidad que la tiene un particular, al contrario es mayor el reproche que debe hacersele a un funcionario público. En este sentido, se hace imperioso reprochar la irresponsabilidad del funcionario que conociendo todos los trámites y procedimientos propios de su cargo por la trayectoria en su profesión y la experiencia del mismo, decidió omitir a sabiendas de la ilegalidad del acto. De esta manera no puede la defensa alegar error de tipo de carácter invencible por inexistencia de los elementos subjetivos necesarios para la existencia del tipo.
22713	20 – 04 – 06	Jorge Luis Quintero Milanés	¿Es responsable por el delito de privación ilegal de la libertad el Fiscal que con el objeto de hacer efectiva una orden de secuestro de bien mueble decide retener a su propietario para que este le entregue el bien?	Sí. No puede un funcionario judicial, desligarse al cumplimiento irrestricto y los procedimientos propios de sus funciones, de tal manera que ejecute prácticas que pongan en juicio los fines y deberes de la administración de justicia y dañen la imagen de transparencia de la función pública. En este sentido, no puede esconder su comportamiento el funcionario endilgando un error

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				de tipo normativo, y aclarando que la situación presentada no fue bajo la modalidad de captura administrativa sino que debió haber sido una citación para indagatoria. Así las cosas, lo que pretende el funcionario es excusar su comportamiento ilícito para lograr eludir el reproche jurídico penal.
22818	19 – 07 – 06	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable penalmente un ciudadano por falsedad material en documento público agravada por el uso, un ciudadano de nacionalidad extranjera que confiando en la identidad de un tercero adscrito al DAS, compra una cédula de ciudadanía y hace uso de ella?	Sí. En definitiva para la Sala, es claro que el ciudadano era consciente del ilícito pues efectivamente en vez de adquirir su cédula de ciudadanía por los procedimientos regulares, en todo momento supo que estaba haciendo un acto irregular necesario para poder establecerse en el país. Hubiese existido tal como lo alegaba su defensor un error invencible por atipicidad del hecho, si efectivamente el ciudadano de nacionalidad cubana creyera sin lugar a duda alguna que el trámite adecuado para tramitar su nacionalidad, estancia y permanencia legal en el país era a través del tercero que se hizo pasar por agente del DAS, lo cual no se comprobó en el proceso y por el contrario quedó plenamente demostrado el dolo del ciudadano cubano de nacionalizarse y regular su estatus en el país a toda costa.
25161	18 – 05 – 06	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción el Juez de la República que no siendo competente para conocer de u caso por desconocimiento y	No. Es claro que los errores de tipo vencible o invencible deben ser analizados teniendo en cuenta tanto las circunstancias jurídicas como las circunstancias fácticas y probatorias. Así las cosas, no puede predicarse dolo en el comportamiento típico

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			cambio de la estructura jurídica decide pronunciarse sobre el mismo y dictar sentencia asumiendo competencia?	endilgado al acusado, puesto que en ningún momento su error obtuvo beneficio o interés alguno de trasgredir las normas para beneficiar a los acusados. Al contrario, fue un comportamiento responsable, y llevado a cabo con el convencimiento irrestricto que era el competente para llevar la alzada de proceso y concluirlo con sentencia condenatoria en contra de los acusados.
18578	12 – 09 – 07	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente por el delito de concusión y peculado por uso, el Congresista que haciendo uso de su Unidad Legislativa de Trabajo decide aumentar los salarios de sus subordinados y obligar a estos a entregarle el aumento con el objeto de no ser despedidos?	Sí. Para la Corte Suprema de Justicia, no es dable que un Parlamentario haga ese tipo de concesiones, tratos o acuerdos con el erario público, de esto se desprende el dolo del congresista de violar el orden público, la normatividad legal y los preceptos constitucionales que juró defender. En este sentido, no es admisible aceptar la tesis del defensor del acusado según la cual su desconocimiento de trámites administrativos lo llevaron a cometer sendas equivocaciones que pueden ser vistas como delitos a la luz de un especialista en temas administrativos. Sin embargo como se puede concluir de los elementos materiales probatorios y las credenciales del funcionario, este gozaba de una gran experiencia en temas fiscales, contables y administrativos, tenemos entre muchos otros cargos fue Revisor Fiscal de la Contraloría General.
19794	21 – 03 – 07	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable por el delito de celebración de contratos sin requisitos legales el	Sí. Para la Sala es claro que la primera autoridad de Santa Rosa de Cabal a pesar de excusar su responsabilidad en su poca

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			<p>burgomaestre de un municipio que pese a ser bachiller decide haciendo uso de los consejos de los asesores jurídicos del municipio decretar la urgencia manifiesta y contratar directamente con una firma de ingenieros obviando el trámite regulatoria que sobre la materia está establecido legalmente para atender ese tipo de situaciones?</p>	<p>experiencia profesional, trayectoria y estudios académicos al ser un bachiller, y escuchar los consejos de los asesores jurídicos del municipio decidió decretar la urgencia manifiesta para atender las necesidades más inmediatas. Sin embargo es claro también que dicha actitud fue celosa, irracional y desproporcionada, pues había otros mecanismos más adecuados para atender las situaciones que se estaban presentando en el municipio, respetándose así los principios de transparencia y celebración de contratos con el cumplimiento de los requisitos legales. Así las cosas, no puede hablarse de un error de tipo invencible por inexistencia del elemento subjetivo de la conducta y por el contrario estamos ante un burgomaestre que consciente y responsable de su comportamiento decidió encontrar la manera más adecuada para exonerarse de un posible reproche penal en el futuro y contratar a dedo.</p>
21230	10 – 10 – 07	Julio Enrique Socha Salamanca	<p>¿Es responsable penalmente por el delito de homicidio en exceso de legítima defensa, el ciudadano que a pesar de ser agredido de manera desproporcionada se defiende de una agresión inminente pero leve?</p>	<p>Sí. Para la Corte Suprema de Justicia, es inaceptable que un ciudadano amparado por causal de ausencia de responsabilidad legítima defensa, aproveche la eximente para ocasionar una mayor desvalor al bien jurídico del agresor y de manera desproporcionada ocasione un daño mayor al sufrido o al riesgo por el agresor esgrimido. Así las cosas, al existir un exceso no habrá más circunstancias que disminuir la gravedad de la</p>

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				conducta adecuándola a un tipo menos gravoso, pero reprochando el resultado de los hechos.
22185	28 – 02 – 07	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción, el Juez que emite sentencia judicial de absolución por duda respecto a la condena?	Sí. Entiéndase acota la Corte Suprema, que por regla general ante duda es imperioso que el Juez de conocimiento decreta la absolución del Acusado, más sin embargo esta duda debe recaer sobre la esencia del proceso y no sobre uno de los elementos accesorios de este. Así las cosas, mal podría el defensor del Acusado alegar la existencia de error invencible pues le era imposible a su prohijado condenar al Acusado por desconocimiento de la cantidad exacta de droga encontrada en su haber, cuando efectivamente se había demostrado que llevaba droga, que efectivamente era una sustancia ilícita, y que correspondía aproximadamente a un porcentaje mayor al 30%. Así las cosas, era consecuente dictar sentencia condenatoria contra el Acusado y regular lo atinente al monto de la pena según la cantidad efectivamente comprobada, o comprobable y no decretar la absolución como equivocadamente lo hizo el Juzgado, hoy Acusado y condenado.
22296	01 – 02 – 07	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto el Fiscal, que haciendo uso de su autoridad sin querrella u orden judicial	Sí. En efecto y como se ha dicho a lo largo de la presente tesis, no es válido que un funcionario judicial utilice su poder jurisdiccional para con ello haciendo uso e imagen del Estado, y la correcta e imparcial administración de justicia, tome

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			aparente realiza un acto conciliatorio entre dos partes?	decisiones, resoluciones o actuaciones judiciales o administrativas sin el debido respeto a los procedimientos reglados en el estatuto jurídico legal colombiano.
23812	21 – 02 – 07	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente por el delito de abuso de la función pública cuando un Secretario Departamental de Educación decide utilizar un automotor de propiedad de una institución educativa para su propio beneficio?	Sí. Es claro para la Corte Suprema de Justicia, que no puede predicarse un error en cuanto al origen del automotor pues claramente la institución de educación superior varias veces y por medios de sendas comunicaciones intentó y demostró la propiedad de vehículo. Así las cosas, es el funcionario público quien en una actitud renuente y caprichosa decide hacer uso del automotor a pesar de conocer la prohibición de usarlo y de hacerlo para su propio beneficio aprovechando el poder y la autoridad que su cargo le confería.
25766	03 – 05 – 07	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción e Juez que decide conceder la libertad de un implicado en un proceso penal, quien había instaurado una acción pública de hábeas corpus?	Sí. Para la Corte es ilógico pensar que hubo un error de tipo invencible que elimina el aspecto subjetivo del delito por ausencia de dolo del funcionario judicial pues este concede el habeas corpus a sabiendas que el procedimiento correcto era la interposición del desacato por parte del implicado en el proceso penal, y a sabiendas también que el mismo había sido condenado en dos instancias y esperaba respuesta del recurso de casación interpuesto a través de apoderado. Así las cosas, se configura una conducta dolosa por parte del Juez tendiente a transgredir el orden y la seguridad jurídica el irrespeto a las

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				instancias procesales y a los recursos pertinentes para cada decisión judicial.
23538	20 – 02 – 08	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito de contaminación ambiental el ciudadano que a pesar de verter residuos a los afluentes de agua, sigue las recomendaciones de los organismos de control?	Sí. En este sentido hay que rescatar que al ser un delito de ejecución continuada se debe escoger la ley más favorable, esto sin desconocer el daño causado. Así las cosas, a pesar de haber seguido las recomendaciones de la CAR, es claro que efectivamente se produjo un daño y no por desconocimiento, sino por desidia del ciudadano de contratar un equipo de expertos que lo asesorara en el manejo de los residuos químicos dejados por su industria textil. Así las cosas, no puede predicarse ningún error en la conducta del ciudadano que da origen a la causal alguna de ausencia de responsabilidad y por el contrario se denota un comportamiento desproporcionado, e irrespetuoso con el medio ambiente.
24190	24 – 09 – 08	Alfredo Gómez Quintero	¿Es responsable penalmente por el delito de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades el servidor público que aduciendo cuestiones de seguridad decide contratar con sus propios familiares suministros para el departamento?	Sí. No puede ser excusa razones de seguridad para que el propio mandatario se vea obligado a contratar con su familia un contrato de suministro a favor del departamento, en ese sentido lo que efectivamente sucede es una violación al régimen e inhabilidades e incompatibilidades porque aspectos como la violencia o las condiciones de acceso son previsibles y soportables de tal manera que no pueden ser una excusa que sirva de fundamento para solicitar por parte del apoderado del

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				burgomaestre su absolución por atipicidad de la conducta al considerar inexistente el elemento subjetivo del tipo penal por ausencia de dolo.
25104	05 – 11 – 08	Jorge Luis Quintero Milanés	¿Es responsable penalmente por el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales el funcionario judicial el funcionario público que adiciona un contrato por más del 900% expidiendo en días no laborales y sin los procedimientos necesarios los documentos necesarios para las adiciones correspondientes al contrato?	Sí. En efecto no puede definirse de otra manera la actitud dolosa del servidor público quien en días no laborales decide expedir los certificados para poder adicionar un contrato a más del 900% de su valor original y excusarse con ello en la importancia que tenía para el departamento el cumplimiento del mismo. Es claro que el objetivo era defraudar el erario celebrando un contrato de menor valor, para luego aumentarlo y obtener sendos beneficios. De esta manera, no hay lugar a dudas de la existencia del delito en la modalidad dolosa y dejando de lado cualquier eximente de responsabilidad que pueda hacer valer el defensor de los Acusados.
27395	22 – 08 – 08	Alfredo Gómez Quintero	¿Es responsable por el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, el alcalde de un municipio quien para evadir el procedimiento de licitación pública basado en el poco tiempo que tenía para ello celebra sendos contratos de menor cuantía para cumplir con las obligaciones del departamento?	Sí. En efecto, el irrestricto apego a los preceptos legales no es un mero capricho del legislador, por el contrario son bases que sirven para la transparencia de la administración pública, de tal manera que su irrespeto genera desconfianza hacia todos los procedimientos que dicha entidad, o en este caso la alcaldía de malambo desempeña. Así las cosas, no puede entonces concluirse que fue un error en el cual el burgomaestre cayó por la necesidad de celebrar el contrato con el FIS lo más antes

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				posible, sino por el deseo de omitir el proceso licitatorio que debía realizarse menoscabando de manera injustificada las obligaciones que la ley le imponía
28698	15 – 05 – 08	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito de calumnia quien de manera injustificada hace aseveraciones afectando el buen nombre de un tercero y demás le genera investigaciones disciplinarias y administrativas que terminan siendo desvirtuadas a su favor?	Sí. En efecto, no puede desconocer la procesada de la existencia del tipo penal. Al respecto ha dicho la Corte Suprema que es viable aceptar el desconocimiento de tipos penales técnicos que por su complejidad escapan del imaginario del ciudadano común, más no delitos comunes que por lógica son conocidos por la población en general. En este sentido no puede aplicarse el error invencible de tipo por desconocimiento objetivo de la prohibición normativa que hoy sirve de condena, y por el contrario procede la corporación a mantener la sanción impuesta a la procesada.
28908	08 – 02 – 08	Yesid Ramírez Bastidas	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción, el Juez que decide decretar la libertad de los Acusados por considerar errónea la interpretación de la fiscalía sobre un tipo penal?	No. Para la Corte Suprema es claro que los Jueces tiene libertad al momento de tomar sus decisiones judiciales, de tal manera que no puede invocarse como una conducta delictiva cuando de las discrepancias encontradas no se advierta dolo o una decisiones abiertamente contraria a la Ley. De esta manera, es claro que por la misma dinámica de la interpretación judicial y las decisiones jurisprudenciales se puedan presentar errores en las decisiones que toman los funcionarios, pero esto no quiere decir que automáticamente se de paso al nacimiento de una actividad

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				delictiva. Así las cosas, en el presente caso hay origen a un error invencible por la no concurrencia de un hecho constitutivo de la descripción propia del tipo penal.
30539	18 – 11 – 08	Augusto Ibáñez Guzmán	¿Es responsable penalmente por los delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción el fiscal que de manera injustificada ordena el pago de título judiciales a terceros sin justificación o relación de causa aparente?	Sí. En este sentido es claro para la Corte Suprema de Justicia, que el pago de títulos u órdenes judiciales es para los directos beneficiarios y que mal podría disponerse de esos dineros de manera subjetiva, puesto que se afecta la imagen de la administración de justicia, así como los derechos de los intervinientes dentro del proceso. Así las cosas, no puede ser de recibo esgrimir como defensa un error invencible sufrido en el elemento subjetivo del tipo penal por que el juez se equivocó en direccionar los títulos a los destinatarios reales.
29221	02 – 09 – 09	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito de secuestro extorsivo en la modalidad de cómplice el ciudadano que dice haber participado del mismo coaccionada por otra persona?	Sí. Es válido aclarar que quien actúa bajo coacción ajena o miedo insuperable no puede de ninguna manera desplegar un comportamiento diferente al ordenado por quien ejerce la coacción. Es decir su psiquis está completamente nublada por el miedo o la presión que este ejerce sobre el cómplice. Sin embargo, en el caso de marras, es claro que la participación de la procesada fue sin orden o supeditación alguna y con el objeto de sacar provecho para sí y los demás participantes del delito. En estas circunstancias, no es posible hablar de un error invencible por coacción o miedo insuperable pues efectivamente

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				ha nacido a la vida jurídica el elemento subjetivo del tipo penal de secuestro extorsivo.
30847	26 – 01 – 09	Alfredo Gómez Quintero	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción el Fiscal que atendiendo a problemas personales y calamidades domésticas por error decide decretar la preclusión de la investigación a favor del investigado con el objeto de disminuir su carga laboral y atender a las exigencias internas de la Fiscalía?	Sí. En efecto, no puede por razones subjetiva un Fiscal decretar la cesación del procedimiento en contra del imputado de tal suerte que esgrimir un error invencible por inexistencia de dolo en la conducta pues su comportamiento era por razones familiares y de exceso de carga laboral es inexistente. Precisamente es responsable por eludir la responsabilidad que por mandato legal y constitucional juró cumplir.
30911	05 – 08 – 09	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de cómplice quien dice actuar bajo insuperable coacción ajena?	Sí. Es claro en el caso de marras, que efectivamente la procesada no actuó bajo modalidad alguna de error invencible o insuperable coacción ajena puesto que en todo momento tuvo la libertad tal cual se desprende de los elementos materiales probatorios, de tomar las decisiones atinentes a librarse del aparente yugo o coacción que el “cerebro” de la banda ejercía sobre ella. Sin embargo, en todo momento colaboró y participó en el ilícito como una cómplice más, apropiándose indebidamente de dineros por medio de la adulteración de títulos y documentos públicos que servían de sustento para tal fin.

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
30979	04 – 02 – 09	Julio Enrique Salamanca Socha	¿Es responsable por el delito de peculado por apropiación el funcionario judicial que valiéndose de su cargo decide apropiarse de dineros de la entidad por medio del cobro de sendos cheques a su favor?	Sí. En efecto no puede ser alegado como un error invencible el hecho de haber desconocido la prohibición de destinar los recursos de la Contraloría Municipal de Neiva para su propio beneficio puesto que al desconocer el ilícito realizado devolvió la mitad de los dineros apropiados. Demuestra entonces la intención de la procesada de apropiarse de los dineros y ocultarlos para su provecho personal, haciéndolo de manera progresiva y en pequeñas cantidades para evitar ser sorprendida por las autoridades de vigilancia y control.
31151	08 – 07 – 09	Jorge Luis Enrique Quintero Milanés	¿Es responsable por el delito de prevaricato por acción el funcionario judicial que decide dictar resolución a favor de Acusado dentro de un proceso penal sin justificación aparente?	Sí. En efecto las resoluciones judiciales que emiten los Jueces deben estar amparadas o soportadas con base a los elementos materiales probatorios, información legalmente obtenida y evidencia física con el estricto respeto a los procedimientos legales y acompañados de un fundamento sustantivo que sirvan de motivación suficiente para dictar las resoluciones, decisiones y actuaciones administrativas pertinentes.  Así las cosas, no es válido hablar de un error invencible por atipicidad debido a la ausencia del elemento subjetivo del tipo, puesto que evidentemente el juez olvidó el deber mínimo que impone la ley, esto es motivar las decisiones judiciales que toman las autoridades.

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
31483	09 – 12 – 09	Alfredo Gómez Quintero	¿Es responsable penalmente por el delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades el particular que ejerciendo transitoriamente la función pública decide entregarle un contrato a su cuñada?	Sí. En efecto no hay excusa posible para desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades puesto que efectivamente al funcionario público o a quien ejerza la función de manera transitoria debe conocer a cabalidad sus obligaciones y funciones. Así las cosas, no es de recibo la hipótesis que el desconocimiento de la prohibición penal lo exonera de la responsabilidad que se genera por la configuración del tipo.
32356	09 – 09 – 09	Alfredo Gómez Quintero	¿Es responsable penalmente por el delito de lesiones personales el ciudadano que de manera injustificada y desproporcionada agrede a quienes intervienen en la pelea con el objeto de separarlos?	Sí. No es congruente que quien interviene en la pelea con ánimo conciliatorio sea agredido por quienes se encuentran en gresca pues nada tiene que ver el tercero neutral en su enojo. Así las cosas, es claro que quien lesiona a alguien sin motivo alguno, siente un menosprecio por la integridad vida y salud de su víctima y un irrespeto grave por los preceptos constitucionales y legales que protege el Estado Social de Derecho. No puede ser entendida entonces como error invencible la tesis de quien dice golpear a todo el que intervenga en la pelea con indistinto objetivo al ser este un conflicto netamente privado. Por consiguiente, es claro que quien actúa de esa manera lesiva a los intereses e integridad de las partes es responsable de la condena que ha decidido imponer la corporación,

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
27109	05 – 05 – 10	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa el ciudadano que hiere a otro en el cuello con arma de fuego y dejándolo mal herido casi al borde de la muerte por creer erróneamente que iba ser atacado por su víctima?	Sí. Aunque en palabras del defensor “el acusado RICARDO ISAAC MORENO CUESTA, incurrió en un error de prohibición indirecto, porque reaccionó ante una agresión que sólo existió en su imaginación (putativa), su equivocación recayó sobre los elementos que estructuran la legítima defensa, el que encuentra regulación en la norma denunciada como dejada de aplicar por el <i>ad quem</i> , conforme a la que no habrá lugar a responsabilidad penal por el obrar del Acusado en error invencible de que en su actuar concurrían los elementos objetivos de la causal que excluye su responsabilidad. Si el error fuera vencible la conducta será punible sólo si la ley la hubiere contemplado como culposa”. Sin embargo, para la Corte no es del todo cierto, puesto que efectivamente se vio en el Acusado un interés injustificado e innecesario en buscar una pelea, para lo cual sin el menor cuidado posible y ante el menor riesgo decide agredir a su víctima ocasionándole lesiones graves que le hubiesen podido acarrear la muerte.
28696	04 – 08 – 10	Jorge Luis Quintero Milanés	¿Es responsable por el delito de celebración de contrato sin el lleno de los requisitos legales el funcionario público que basándose en la modalidad de contratación directa decide para agilizar los trámites obviar los	Sí. No puede olvidarse que para la configuración del delito es indispensable que el funcionario investigado de manera dolosa o culposa haya obviado la celebración de los documentos y demás procedimientos propios que exige el modelo de contratación escogido. En suma, no puede excusarse el

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			requisitos propios para la celebración de los contratos?	funcionario público en su inexperiencia o desconocimiento de la normatividad aplicable, puesto que efectivamente a estos es exigible un mayor compromiso y respeto a la Ley que a los particulares. Así las cosas, no es de recibo la tesis de error invencible por inexistencia del elemento subjetivo del delito.
31767	15 – 02 – 10	Jorge Luis Quintero Milanés	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por omisión el Fiscal que decide solicitar la preclusión de la acción penal en contra de investigado por la falta de logística para continuar con la investigación y el cúmulo laboral que presenta en su despacho?	Sí. En efecto, no puede por decisiones subjetivas archivarse una diligencia de investigación y dejar impune la lesión ocasionada de manera injustificada y desproporcionada a los bienes jurídicos tutelados que fueron afectados a la víctima. En este sentido, mal puede agregársele a la norma legal, aspectos subjetivos como la carga laboral o la falta de condiciones de logística para que sirvan de sustento en la solicitud de archivo de las diligencias solicitada por la Fiscalía. Por consiguiente, no puede ser considerado por error invencible la imposibilidad del fiscal para adelantar la acción penal por ser imprevisible e irresistible la continuidad de las diligencias.
33022	20 – 10 – 10	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años el ciudadano que se acuesta con su pareja sentimental menor de edad?	Sí. No hay duda que para la Corte es claro la intención del joven de acostarse con su novia a sabiendas que era menor de edad y de conocer el tipo penal que prohibía dichos comportamientos. De este modo, se puede colegir por la intención de ocultarse siempre, de sustraerla del colegio, de

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				<p>privar del conocimiento de la relación al público y de sólo revelárselo a dos amigos. Es más, el joven mayor de edad, novio de la menor iba a entrar a hacer parte de la policía, de tal suerte que no se puede negar que conocía la prohibición legal que sobre el tipo penal existe. En definitiva no puede alegarse la existencia de un error invencible por desconocimiento del tipo penal.</p>
33223	14 – 04 – 10	Jorge Luis Quintero Milanés	<p>¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción el funcionario judicial que de manera injustificada es renuente en dictar resolución judicial a favor de una de las partes a pesar de mandato expreso de su superior?</p>	<p>Sí. En efecto, las decisiones judiciales que se toman deben estar soportadas por la motivación necesaria que con base a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida justifican la parte motiva de las mismas. Situación que también opera con las órdenes de las instancias superiores, pues no puede ser aceptable que un juez inferior se retraiga de cumplir una orden judicial de su superior jerárquico por simple capricho.</p>
28143	29 – 06 – 11	María del Rosario González de Lemos	<p>¿Es responsable penalmente por el delito de homicidio el agente del DAS, que creyendo estar ante un peligro inminente intenta defenderse de una agresión y le ocasiona la muerte a un ciudadano?</p>	<p>Sí. Si bien es cierto, que la defensa putativa es una eximente de responsabilidad que puede frente a una errónea percepción de la realidad por error invencible amparar el yerro por falta de un ataque injusto. Así la diferencia entre la legítima defensa en donde efectivamente se dan todos los elementos de la causal y la defensa putativa en donde se configura por un yerro en la percepción errónea de un ataque inexistente, permite ver con</p>

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				claridad que en el caso de marras, en ningún momento se puede apreciar que pudo crearse en el intelecto del agente del DAS, miedo o ataque alguno, más si a quien dio de muerte se encontraba durmiendo. Así las cosas, mal podría la Corte Suprema aceptar el argumento de la defensa de la existencia de una defensa putativa por error invencible y decretar la libertad del Acusado.
32614	17 – 08 – 11	Alfredo Gómez Quintero	¿Es responsable penalmente por el delito de secuestro extorsivo, y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas el ciudadano que basado en su experiencia militar decide realizar una toma de rehenes con el objetivo de obtener una pensión como suboficial del ejército y asilo en otro país?	Sí. Aunque para la defensa del acusado, es claro que sobre se aplica un error invencible pues su prohijado creía estar amparado por una causal eximente de responsabilidad, como lo es el estado de necesidad. Es claro que para la máxima corporación judicial no es de recibo dicha situación pues de los elementos materiales probatorios, exámenes y demás pruebas realizadas al intelecto y psiquis del Acusado se pudo concluir que es un ciudadano común que por cuestiones puramente económicos decidió realizar el ilícito que ahora ha servido de base para condenarlo. De esta manera, se puede comprobar sin duda alguna que no solo se dan los elementos objetivos del tipo, sino también los subjetivos, esto es la existencia del dolo y el querer del Acusado en violar la prohibición normativa.
32679	14 – 12 – 11	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable penalmente por los delitos de peculado por apropiación, contrato sin el	Sí. Como se ha dicho a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, la transparencia de la administración de

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			<p>cumplimiento de los requisitos legales y falsedad ideológica en documento público el Diputado que celebra una gran cantidad de contratos con personas sin el perfil adecuado para ejecutar la labor, que efectivamente no ejecutan la labor y si se cancelan los honorarios respectivos?</p>	<p>justicia va ligada al estricto cumplimiento de los requisitos, procedimientos y disposiciones que sobre la materia, la ley se permite regular, de tal manera que la celebración de contratos, expedición de documentos o cualquier otra labor que deba ser realizada por los funcionarios que en ella se desempeñan, debe estar soportada con todos los documentos, procedimientos o elementos que sirvan de sustento para dar credibilidad y transparencia a la labor desarrollada. En este sentido, no es de recibo el argumento del defensor del Acusado según el cual su prohijado actúo basado en el principio de confianza de sus subordinados los cuales eran encargados de la elaboración y celebración de los contratos y su única función era firmarlos, carece de sustento probatorio pues como se comprobó a lo largo del proceso se elaboraron sendos contratos y documentos con falsedad ideológica con el objeto de darle legalidad a un procedimiento contractual defectuoso e ilegal.</p>
32977	07 – 04 – 11	Fernando Alberto Castro Caballero	<p>¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por omisión el Fiscal que con base a los actos de investigación y los resultados por estos emitidos decide no seguir adelante con el proceso penal en contra</p>	<p>No. Precisamente, a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha condenado a sendos funcionarios judiciales que emiten resoluciones, sentencias o realización actuaciones sin tener de sustento los procedimientos, pruebas o elementos materiales probatorios que sirvan de sustento a las medidas</p>

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			del Acusado?	tomadas o solicitadas. En el caso de marras, si después de la valoración realizada por el fiscal de los resultados de los actos de investigación, concluye que no es imperioso continuar con la misma, mal podría seguir adelantándola pues genera una serie de lesiones a bienes jurídicos en forma desproporcionada e injustificada.
33825	16 – 12 – 11	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales el alcalde de un municipio que de manera injustificada vende un bien propiedad de ente territorial por un valor irrisorio?	Sí. No puede aceptarse de recibo la tesis según la cual por la inexperiencia del burgomaestre no se conocía el valor real del inmueble, pues tenía a su disposición una serie de asesores y un capital técnico y humano para superar este yerro. De tal manera, no puede invocarse causal de ausencia de responsabilidad por error invencible al no existir el elemento subjetivo del delito. En conclusión, se denota una actitud dolosa de la primera autoridad del municipio en defraudar el patrimonio del municipio de Maní en Casanare, en favor de un tercero.
34339	26 – 01 – 11	Jorge Luis Quintero Milanés	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción agravado el Juez que concede un habeas corpus a un Acusado manifiestamente contrario a la ley?	Sí. En efecto, el delito de prevaricato por acción nace a la vida jurídica cuando las decisiones tomadas son abiertamente contrarias a la ley, es decir porque hay un procedimiento preferente, solicitudes o medidas en firme o el derecho invocado de manera regular no debe prosperar en situaciones con las mismas características. De esta manera, es inviable

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				<p>determinar como lo pretende hacer la defensa del Acusado que en la libertad de los jueces está la de equivocarse y es precisamente esa la función del superior jerárquico de las instancias, cuando lo que aquí sucede es todo un complot destinado a lograr a toda costa la liberación del Acusado en la que participa el funcionario judicial concediendo un recurso que a todas luces era contrario a la ley</p>
35099	23 – 03 – 11	Augusto Ibáñez Guzmán	<p>¿Es responsable penalmente por el delito de homicidio en persona protegida en militar que aparentemente en actos de servicio les ocasiona la muerte a dos campesinos?</p>	<p>Sí. Es claro para la justicia ordinaria que los actos de servicio no puede incluir la muerte de civiles inocentes, por el contrario debe estar excluido de cualquier actuación administrativa, policiva o judicial este hecho. Por consiguiente desatina el defensor de los Acusado al indicar que se estaba ante un error invencible por atipicidad subjetiva de tipo penal pues aunque existen los elementos subjetivos, y la antijuridicidad carece de dolo el comportamiento de sus prohijados puesto que estos pensaron que eran miembros de grupos armadas al margen de la ley al verlos armados, situación que de desmantela al comprobarse en el proceso que los militares dispararon automáticamente sin ordenarse rendirse, entre muchos otros actos disuasorios que pueden haber hecho para comprobar la identidad de los occisos y efectivamente si eran o no miembro de grupos ilegales.</p>

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
35159	31 – 10 – 12	Luis Guillermo Salazar Otero	¿Es responsable penalmente por el delito de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares quien de manera injustificada experimentó un incremento en su patrimonio?	Sí. En este sentido, no tiene fundamento alguno que el patrimonio de alguien aumento sin justificación alguna y el letrado que lo asesora en los negocios que aparentemente dan fundamento al enriquecimiento se declare desconocedor de las razones del mismo cuando ha sido él quien ha firmado y gestionado todas las labores pertinentes para ocultar este aumento injustificado en el patrimonio de su cliente. En este sentido, no es dable aceptar la postura de la defensa de un error de prohibición invencible, puesto que como quedó sentado era precisamente el letrado quien aún más estaba llamado a conocer las prohibiciones que sobre la materia ha estipulado la normatividad legal en el país y que efectivamente se demuestra que conocer pues hizo todos los procedimientos atinentes a ocultar el ilícito.
36346	15 – 02 – 12	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción el Juez que emite sentencia contraria a los deseos e intereses del Acusado?	No. La doctrina de la Corte Suprema de Justicia, ha sido clara en afirmar que la sola inconformidad con la decisión no da lugar al nacimiento del delito de prevaricato por acción, pues debe demostrarse el dolo del funcionario en emitirla, tan siquiera un interés sobre la misma y la abierta contrariedad con el ordenamiento jurídico del cual se desprende. Así las cosas, es viable que en sus decisiones judiciales puedan existir yerros que puedan ser cometidos por el operador

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
				judicial, pues su misma condiciones natural y la dificultad de las controversias que lleva a su conocimiento puede producir este tipo de situaciones, sin embargo esto no es óbice suficiente para ser condenado por dichos errores, pues precisamente existen otras instancias pertinentes para corregir los yerros cometidos por el a quo.
36407	01 – 02 – 12	Augusto Ibáñez Guzmán	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción la Juez que de manera errónea interpreta la ley y niega las solicitudes que las partes realizan dentro de un proceso?	No. Para la Corte Suprema de Justicia, desde una perspectiva de tipo objetivo se concretó la conducta planeada, pues como se demostró en el proceso el juez no validó la intervención del representante del acreedor el cual tenía mandato. No obstante teniendo en cuenta la experiencia y trayectoria se puede colegir que no existe el elemento subjetivo del tipo penal en este caso no se puede apreciar entonces que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley, pero sin embargo no se vislumbra dolo, beneficio alguno ni intención dañina en la resolución proferida por la funcionaria judicial. Así las cosas el delito se configura en modalidad vencible que convierte el elemento volitivo en culpa y al ser este delito solo doloso no puede entonces producirse reproche alguno contra la misma.
37518	02 – 05 – 12	Julio Enrique Socha Salamanca	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción el Fiscal que decide no imputar y seguir con las diligencias por	Sí. En efecto, no puede de manera unilateral un fiscal, sin los soportes dogmáticos, procesales y probatorios que den certeza de las decisiones que pueda tomar el funcionario

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
			considerar que es innecesaria la continuidad de la acción penal?	dentro del curso de su investigación. En este sentido, no es dable deprecar un error cuando es el mismo funcionario el que se ponen las barreras o límites para superar los yerros que hacen parte de su comportamiento y nublan su intelecto. De esta manera, es responsable penalmente el mismo funcionario que por su propia negligencia asume posturas jurídicas contrarias a derecho.
38254	04 – 07 – 12	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable penalmente por el delito de peculado por apropiación el funcionario público que suscribe contrato de prestación de servicio con un particular para apropiarse secretamente de los recursos del erario público?	Sí. Es claro que quien celebra contrato de prestación de servicios con un particular para el cumplimiento de la función pública e incrementa de manera desproporcionada el valor de los mismos, se apropia de manera injustificada de los dineros de la administración de justicia. Así las cosas, no se está frente a error invencible por la norma que contiene pues no excluye en este caso la responsabilidad penal por que se ha evidenciado y probado en el proceso el dolo del sujeto activo de la conducta.
39109	19 – 12 – 12	Fernando Alberto Castro Caballero	¿Es responsable penalmente por el delito de privación ilegal de la libertad el fiscal que decide retener en centro penitenciario tanto a la víctima como al victimario de un proceso penal?	Sí. En este caso es clara la actitud dolosa de la fiscal, que a pesar de conocer de la situación planteada, retuvo tanto a la víctima y al victimario con el objeto que estos llegaran a un acuerdo sobre las lesiones que el segundo le había ocasionado a la primera. Por consiguiente, no puede alegarse un error de tipo invencible porque efectivamente la privación

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invincible
				ilegal de la libertad fue el querer del funcionario del ente acusador, poniendo en riesgo la integridad de la víctima que al momento de la captura aún reportaba lesiones.
35491	27 – 02 – 13	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción el funcionario que decide adelantar resoluciones y actos propios de su función tendientes a expulsar de un predio al poseedor de buena fe?	Sí. Es claro para la Corporación que el funcionario en mención de manera injustificada decidió adoptar una serie de decisiones contra el poseedor de buena fe a pesar que este acreditó su circunstancia en el proceso y que hay tipo penal que prohibía la perturbación de su posesión. En este sentido es claro que no puede haber lugar a error de tipo invencible, puesto que efectivamente la misma víctima del fiscal en sendas comunicaciones lo alertó sobre el error que este estaba haciendo, y de los actos de investigación que el mismo fiscal ordenó se podía colegir que efectivamente se estaba incurrido en prevaricato por acción.
36279	15 – 10 – 13	Luis Guillermo Salazar Otero	¿Es responsable penalmente por el delito de celebración de contrato sin requisitos legales, el funcionario público que celebra los convenios interadministrativos con entidades que no tiene las capacidades técnicas para dar cumplimiento a los objetivos del contrato?	Sí. Como se ha dicho a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es claro entonces que la celebración de los contratos, procedimientos y actuaciones administrativas deben basarse en el estricto respeto por las regulaciones normativas que sobre la materia ha desarrollado el legislador, de tal forma que no se afecten los intereses de las entidades públicas, ni mucho menos se dañe la transparencia e imagen del Estado

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Invencible
36579	10 – 04 – 13	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable penalmente por los delitos de prevaricato por acción y omisión el Fiscal que de manera unilateral decide no investigar las conductas punibles que llega a su conocimiento alegando cuestiones de exceso de trabajo?	Sí. No puede un Fiscal excluir su obligación legal y constitucional de perseguir el delito, de tal manera que en él se estructura un deber impositivo de cumplimiento con el objeto de conseguir los fines esenciales de Estado, esto es entre otros un orden social justo y el respeto de la dignidad humana. Entonces, es claro que el comportamiento celoso e irresponsable de un funcionario judicial que de manera independiente decide no seguir adelante con la investigación lo que deja entrever es un deseo doloso de rehusar al cumplimiento de las obligaciones propias de su cargo y el nacimiento tanto objetivo como subjetivo del tipo penal.
38005	03 – 07 – 13	Javier Zapata Ortiz	¿Es responsable penalmente por el delito de prevaricato por acción y omisión agravado el funcionario judicial que decide de manera injustificada dar trámite a los procedimientos tendientes a investigar las actuaciones que llegan a su despacho?	Sí. No puede por motivo alguno, excusarse los funcionarios judiciales de dar continuidad a las audiencias, trámites y demás solicitudes elevadas en su despacho tendientes a esclarecer los hechos ocurridos dentro del proceso, todo ello porque se violan el respeto y las garantías constitucionales que por derecho deben ser salvaguardados a favor de las partes e intervinientes. No puede ser de recibo la existencia de un error invencible respecto a los términos, solicitudes o aspectos procesales para solicitar la absolución de las procesadas, puesto que efectivamente por la trayectoria en su cargo, la obligación que en ella se estructuraba y la

Número de Radicación	Fecha	Magistrado Ponente	Problema jurídico	Decisión – Error Inevitable
				responsabilidad del mismo, era mínimamente necesario que conociera de los trámites, y procedimientos que debía llevar y que eran de su potestad solucionar.
39400	20 – 08 – 14	Eyder Patiño Cabrera	¿Es responsable penalmente por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión el funcionario judicial que por demora en los procedimientos respectivos ocasiona el archivo de la acción penal en contra del Acusado?	Sí. Es claro para el máximo tribunal judicial que no puede ser de recibo la postura jurídica en la cual el cúmulo de trabajo, exceso laboral o falta de condiciones logísticas impiden la realización de los respectivos procedimientos, actuaciones e instancias necesarias para esclarecer los hechos constitutivos de delito. Por consiguiente, es claro que el funcionario judicial ha rehusado al cumplimiento de su deber, desprotegiendo de manera dolosa, injustificado e irrazonable los bienes jurídicos que por mandato legal y constitucional debe proteger. No puede entonces, decretarse por ausencia de dolo en el comportamiento del funcionario debido a error inevitable la exoneración del mismo, pues solo esgrimió causas superables y previsibles que lo alejaban del cumplimiento o entorpecían el desarrollo de su función.