

# EL ERROR EN EL DELITO IMPRUDENTE

*Miguel Ángel Muñoz García\**

**Resumen:** la teoría del error en los delitos culposos constituye un tema álgido de tratar, y controversial en la dogmática penal: existen en realidad muy escasas referencias, y no se ha llegado a un consenso razonable. Partiendo del análisis de la estructura dogmática del delito imprudente, en donde se destaca el deber objetivo de cuidado como elemento del tipo sobre el que recae el error, y de las diferentes posiciones doctrinales que defienden la aplicabilidad del error de tipo y del error de prohibición, se plantea la viabilidad de este último, con fundamento en razones dogmáticas y de política criminal, siendo la infracción del deber objetivo de cuidado en tanto consecuencia del error, un tema por analizar en sede de culpabilidad.

**Palabras clave:** delito culposo, deber objetivo de cuidado, error de prohibición, error de tipo.

## THE ERROR IN GUILTY CRIME

**Abstract:** The theory of error in guilty crimes is an important topic to deal, and it is controversial in the dogmatic criminal law. Actually, there are few references, and has not reached a reasonable consensus. From the analysis of dogmatic structure of guilty crime, where one stands out the objective duty of care as a element of type on which the error relates, and from different doctrinal positions that defend the applicability of type error and prohibition error, it raises the viability

---

\* Abogado de la Universidad Javeriana, litigante y consultor en materia penal. Candidato a Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [te-traktys16@hotmail.com]. Fecha de recepción: 23 de noviembre de 2011. Fecha de modificación: 30 de noviembre de 2011. Fecha de aceptación: 23 de diciembre de 2011.

of this last one, based on dogmatic reasons and criminal policy, being a breach of objective duty of care result of the error, as an issue to analyze in culpability.

**Key words:** Guilty crime, objective duty of care, mistake prohibition, mistake type.

## INTRODUCCIÓN

El tema del error en el delito imprudente ha sido poco tratado en la dogmática jurídico-penal. Marginalmente, solo se han realizado algunas consideraciones que apoyan la viabilidad teórica de aplicar, en una constelación de casos muy particulares, un error de tipo invencible; otras concepciones se inclinan más bien por sostener la contundente factibilidad de un error de prohibición (vencible e invencible). Dichas posiciones evidentemente parten de diferentes presupuestos dogmáticos que sustentan su punto de partida: así, por ejemplo, la afirmación de un error de tipo conlleva necesariamente la admisión de un tipo subjetivo en la imprudencia, planteamiento fuente de celeberrimas polémicas en la doctrina, y cuyos detractores prefieren descartar dando por sentada la ausencia de tipo subjetivo en esta clase de conducta, en pro de predicar un error de prohibición si se dan sus requisitos.

En cierto modo, no resulta de muy frecuente configuración en la realidad un error sobre el tipo imprudente. Bajo la penetrante intuición de que la imprudencia *per se* es un error en donde el sujeto no advierte que va a tener lugar la realización de un tipo de injusto, incluso puede sonar en principio curioso afirmar la mera posibilidad, bajo la sistemática penal y la facticidad, de un “error sobre el error”. Pero la teoría del delito, en su pretensión de brindar una serie de criterios racionales encaminados a la aplicación segura y coherente del derecho de las penas, no debe renunciar al planteamiento anticipado de los principios básicos que puedan gobernar, con buen rendimiento conceptual y criterios de política criminal, a esta clase de fenomenologías que podrían darse eventualmente en la cotidianidad. Por ende, es necesario sentar una posición clara frente a la temática que nos ocupa.

Antes de explorar el tema del error en los delitos imprudentes es necesario explicar, así sea de forma sucinta, la moderna estructura del delito imprudente y sus elementos esenciales, proceder metodológico que seguramente facilitará la tarea de comprender una problemática álgida y poco tratada en la dogmática jurídico-penal.

## I. LA ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE

### A. Aspecto objetivo

Como elementos fundamentales del injusto imprudente han sido definidos, en su máxima generalidad, dos: por un lado, la *infracción del deber objetivo de cuidado*, y por otro, la *causación del resultado típico*, conceptos que se identifican con el desvalor

de acción y con el desvalor de resultado, respectivamente<sup>1</sup>. Ya Karl Engisch en 1930 había concluido que en el tipo de injusto del delito imprudente, aparte de la conexión que debía existir entre la acción imprudente y el resultado típico, cobraba trascendental importancia la noción de “deber objetivo de cuidado”<sup>2</sup>, para finalmente saber cuándo podía predicarse la existencia de dicha imprudencia. Exner fue el primero en señalar que la observancia del deber de cuidado exigido relevaba de toda responsabilidad, excluyendo la antijuridicidad y la culpabilidad del comportamiento<sup>3</sup>. La esencialidad del concepto se explica ya de lo que constituye el “núcleo” del tipo de injusto de esta modalidad delictiva, que consiste en la divergencia entre la acción realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, en la situación concreta, era necesario observar<sup>4</sup>.

Pero antes de explicar estos elementos es preciso considerar que, en el delito imprudente, la *acción* consiste en un comportamiento dirigido a la realización de un resultado “extratípico”, esto es, por fuera de la descripción penal<sup>5</sup>, que genera, fenoménicamente hablando, un resultado no producido en forma dolosa. Mientras que en el tipo objetivo de los delitos imprudentes la producción del resultado desaprobado concuerda con la parte objetiva del tipo doloso, así, tratándose del tipo subjetivo la finalidad de la acción de los hechos dolosos se dirige al resultado típico, pero en los culposos la finalidad dirigida a un resultado determinado carece en últimas de interés para el Derecho Penal<sup>6</sup>. Así, por ejemplo, “conducir” es la clase de acción final que se acomete en el tráfico automotor, concepción propia del finalismo, que ha considerado como esencia de la imprudencia la violación del deber objetivo de cuidado<sup>7</sup>.

Como momento de la infracción al deber de cuidado debido, se tiene que en el *objetivo normativo intelectual* se determina qué riesgos o peligros debieron ser previsibles para el

- 
- 1 Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, tomo I. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal (trads.), Madrid, Civitas, 1997, p. 999.
  - 2 Francisco Muñoz Conde. *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 2005, p. 54.
  - 3 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “Teoría moderna del delito culposo”, en *Estudios de dogmática en el nuevo código penal*, Bogotá, Giro Editores, 2009, p. 293.
  - 4 *Ibid.*, p. 56. Concluye Bustos Ramírez en su famosa monografía que “en la culpa la cuestión por analizar está entre el cuidado empleado por la persona o el comportamiento llevado a cabo por ella, y el cuidado que conforme al sistema exige esa situación, dados los procesos de riesgo que conlleva para los bienes jurídicos”. Juan Bustos Ramírez. *El delito culposo*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 27.
  - 5 Reinhart Maurach. *Tratado de derecho penal*, t. II. Juan Córdoba Roda (trad.), Barcelona, Ariel, 1962, p. 217.
  - 6 *Ibid.*, pp. 217 y 227.
  - 7 Hans Welzel. *El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, p. 75; “La violación del cuidado es el disvalor de acción del delito culposo. Este disvalor de acción no es simplemente un elemento constitutivo pero complementario del injusto, sino que lo injusto del delito culposo se funda únicamente en la existencia de la violación del cuidado y la falta de causas de justificación”. Armin Kaufmann. “Sobre el estado de la doctrina del injusto personal”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 6, abril-junio, Buenos Aires, 1975, citado por Nódier Agudelo, *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*, Bogotá, Temis, 2004, p. 83.

autor conforme a la acción desarrollada de conformidad con las circunstancias fácticas y personales (esto es, la previsibilidad), y los cuidados que se debían adoptar para evitar el resultado, determinación que se hace con fundamento en el *criterio de la adecuación*, esto es, conforme a un juicio *ex ante*, en el que el juzgador ha de colocarse, en el momento de la realización de la acción, desde la perspectiva de un ciudadano medio conforme a esas circunstancias fácticas y personales. Así situado el juzgador, podrá determinar “qué riesgos o peligros aparecían como adecuados al actuar desarrollado, o, en otras palabras, como normales y en consecuencia previsibles y cuáles inadecuados o extraordinarios y, por tanto, imprevisibles”<sup>8</sup>. El elemento *objetivo normativo conductual* está dado por la determinación de las reglas o medidas de precaución que aparecían como exigidas o que debían haber sido implementadas<sup>9</sup>, esto es, el examen de la teoría del riesgo permitido en el caso concreto.

Ciertamente, este último nivel de análisis se justifica porque la mera previsibilidad objetiva es insuficiente, ya que en las sociedades modernas no toda conducta que pueda generar resultados lesivos es imprudente; por esta razón, es imprescindible acudir a una serie de baremos de carácter objetivo que, a la vez que determinen el riesgo tolerado<sup>10</sup>, permitan dilucidar cuándo se ha infringido el deber de cuidado debido, y por tanto, incurrido en una acción imprudente. Es esa falta de cuidado una forma de realización del tipo legal, el cual, con respecto a la protección de determinado bien jurídico “(des)valora que en esa situación el cuidado no se corresponde con las exigencias para evitar que un proceso de riesgo implique la lesión de un bien jurídico”<sup>11</sup>.

Como aspecto objetivo del tipo imprudente, el denominado deber objetivo de cuidado es un concepto eminentemente normativo, que no aparece definido en la ley penal, y que por tanto debe rastrearse en diversas fuentes cuya función es poder determinar la creación de riesgo no permitido que caracteriza a la infracción del deber de cuidado:

- a. *Normas jurídicas*: entendidas como prohibiciones de puestas en peligro, abstractas o que persiguen la evitación de resultados lesivos.
- b. *Normas del tráfico*: reglamentaciones, normas técnicas o procedimientos que rigen determinadas profesiones (*lex artis*).

---

8 Juan Bustos Ramírez. *El delito culposo*, cit., p. 44.

9 *Ibid.*, p. 46.

10 El funcionamiento de la sociedad moderna exige el despliegue de determinadas actividades esenciales, de las cuales resulta imposible prescindir, que entrañan determinados riesgos o peligros para bienes jurídicos (v.g., el tráfico automotor, fluvial, aéreo, las plantas nucleares, entre otras). Por ende, las normas de cuidado se han establecido para una correcta administración de los riesgos, intentando minimizar las probabilidades de afectación. Así, el “riesgo permitido” se entiende como aquel que permanece aún con el cumplimiento de las normas de cuidado. Al decir de Frisch, el ámbito de conducta que no sobrepasa el riesgo básico tolerado corresponde a los comportamientos que observan las reglas en el ámbito del subsistema penal respectivo. Wolfgang Frisch. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 108.

11 Juan Bustos Ramírez. *El delito culposo*, cit., p. 26.

- c. *Principio de confianza*: encaminado en sí a la negación de un incremento de peligro inadmisibles<sup>12</sup>.
- d. La *figura-baremo diferenciada*: incluye las normas de cuidado que le son exigibles a un hombre diligente y prudente puesto en la situación concreta del autor, tomando en cuenta *ex ante* sus conocimientos y su situación personal y cultural.
- e. Claus Roxin incluye el criterio de los *deberes de información y de omisión* cuando faltan parámetros y directrices determinantes del riesgo permitido: quien se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes jurídicos no puede entrar a valorar, debe informarse; si no es posible esto, o no puede hacer algo, debe dejarlo<sup>13</sup>.

Entre la violación del deber objetivo de cuidado y el resultado producido debe configurarse una *relación de determinación* (en donde se exige la causalidad y la imputación objetiva del resultado); esto significa que la infracción del deber debe ser determinante del resultado<sup>14</sup>. Siendo evidentemente una temática propia de la teoría de la imputación objetiva<sup>15</sup>, hay que recalcar, como cuestión preliminar, que dicha infracción del deber falta cuando se descarta la “creación de peligro desaprobada”, lo cual no significa otra cosa que la exclusión de la imprudencia si se observa el riesgo permitido. Por ejemplo, no habrá creación de peligro cuando una persona conduce respetando las normas del tráfico viario y lesiona a otra que intempestivamente se le echa encima del coche. En este mismo caso, aun concurriendo una infracción del deber (porque el conductor estaba alcohólico o tenía la licencia de conducción vencida), el resultado no ha sido determinado por dicha infracción.

Para determinar esta relación de determinación se debe acudir a un juicio hipotético en donde se imagina la conducta cuidadosa propia del riesgo permitido en el caso concreto, y si el resultado no se produce, dicho elemento se configura; a título de correctivo del primer criterio, debe acudirse a la finalidad de evitación de resultados del deber de cuidado que fija la norma correspondiente<sup>16</sup>. Se trata de examinar el fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido. En el famoso caso de los ciclistas que avanzan en fila sin alumbrado, en donde el primero de ellos choca con uno

---

12 “En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario”. Claus Roxin. *Derecho penal*, cit., p. 1004.

13 *Ibid.*, pp. 1009-1010.

14 Exigencia del artículo 23 del Código Penal: “La conducta es culpable cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”. (Énfasis agregado).

15 “Para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva”. Claus Roxin. *Derecho penal*, cit., p. 1001.

16 Fernando Velásquez. *Manual de derecho penal, parte general*, Medellín, Comlibros, 2007, p. 341.

que venía de frente, ciertamente, según Roxin, la conducción prohibida del segundo ciclista con una bicicleta sin alumbrado ha aumentado considerablemente el peligro de que el primer ciclista causara un accidente, pero la imputación del resultado no tiene sentido, porque el fin del precepto que impone la iluminación consiste en evitar las colisiones propias, no las de terceros<sup>17</sup>.

Recapitulando, para poder atribuirle a una persona una conducta punible imprudente es fundamental la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado relevante para el bien jurídico, que ese riesgo haya sido determinante para la producción del resultado, y que ese resultado quede cobijado por el tipo penal<sup>18</sup>. Es decir, a nivel de la tipicidad, se exige la existencia de un resultado producto de la infracción al deber objetivo de cuidado (lo que se conoce como “nexo de antijuridicidad”). La doctrina mayoritaria concibe la antijuridicidad en el delito imprudente como constatación de inexistencia de causales de justificación, y la culpabilidad como reproche individual por no haber cumplido con el deber subjetivo de cuidado, es decir, el sujeto “podía haber actuado de modo diferente y no lo hizo porque actuó con culpa consciente o culpa inconsciente”<sup>19</sup>.

## B. Aspecto subjetivo

Dentro del aspecto subjetivo de los tipos imprudentes se encuentra el componente volitivo referente a la realización de la conducta final social de que se trata con los medios elegidos, y el componente cognoscitivo, que se refiere a la posibilidad de conocer la amenaza que la conducta representa para los bienes jurídicos, y, de acuerdo con ese conocimiento, prever el resultado<sup>20</sup>. Según Roxin, el tipo subjetivo de estas conductas consiste en la representación de todas las circunstancias del hecho como un peligro no permitido, y en la confianza en la ausencia de realización del tipo<sup>21</sup>, tesis que, para ser consecuentes, conduce a afirmar que en la imprudencia inconsciente falta el tipo subjetivo porque el sujeto no ha incluido en su representación los elementos del tipo

---

17 Claus Roxin. *Derecho penal*, cit., pp. 378 y 998.

18 Fernando Velásquez. *Manual de derecho penal, parte general*, cit., p. 342. Además de la relación de causalidad, la causación del resultado debe quedar cobijada por la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada. Tal exigencia, siguiendo a Mir Puig, faltará en los siguientes eventos: a) Cuando, a pesar de haberse presentado un incremento de riesgo, no era previsible el resultado causado; b) cuando el resultado no tuvo relación alguna con la infracción cometida (por ejemplo, el caso del conductor que excede el límite de velocidad y atropella al suicida que se arroja bajo las ruedas del coche); c) en los casos de comportamiento alternativo conforme a derecho, esto es, cuando el resultado típico se haya causado por la conducta imprudente del autor, pero que se hubiera causado de todas formas a través de otra conducta cubierta por el riesgo permitido. Santiago Mir Puig. *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., Buenos Aires, Editorial B de F, 2009, pp. 297-298.

19 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “Teoría moderna del delito culposo”, cit., p. 307.

20 Fernando Velásquez. *Manual de derecho penal, parte general*, cit., p. 343. Eugenio Zaffaroni. *Tratado de derecho penal, parte general*, t. III. Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 410.

21 Claus Roxin. *Derecho penal*, cit., p. 1022.

objetivo. Struensee se muestra partidario de la tesis que admite el tipo subjetivo en la imprudencia, consistiendo dicho tipo “en el conocimiento por el sujeto actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable (riesgo no permitido)”<sup>22</sup>. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en una oportunidad señaló que sobre el tipo subjetivo en delito imprudente no existía un consenso jurisprudencial o doctrinal, teniendo en cuenta que el tipo se puede presentar en la modalidad consciente o con representación o con conocimiento, y la inconsciente o sin representación o sin conocimiento, lo que motiva que las soluciones sean diferentes dependiendo de la modalidad de la imprudencia. Empero, influenciada por las posiciones de Roxin y Struensee, la Corte Suprema concluyó que, a partir de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 599 de 2000, “el tipo subjetivo del delito culposo surge de la exigencia de establecer que el autor tuvo la oportunidad, 1) de conocer el peligro que la conducta crea a los bienes jurídicos ajenos, y 2) de prever el resultado conforme a ese conocimiento”<sup>23</sup>.

## II. LA PROBLEMÁTICA DEL ERROR

A continuación se examinarán las encontradas posiciones doctrinarias que sobre el tema se han propuesto, no sin antes poner de presente, como consideración dogmática preliminar, que la imprudencia constituye primigeniamente un supuesto de error en el que incurre el autor al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar, como advierte Jakobs<sup>24</sup>.

### A. El error de prohibición

Para Gómez Pavajeau y Urbano Martínez, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en negar la existencia de “tipo subjetivo” en los delitos imprudentes<sup>25</sup>. Bajo tal concepción, resultaría imposible hablar de un error de tipo, porque, siendo eminentemente objetivo el tipo culposo, su tratamiento debe hacerse en la categoría de culpabilidad, al nivel del error de prohibición<sup>26</sup>.

---

22 Eberhard Struensee. “El tipo subjetivo del delito imprudente”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XL, fasc. II, Madrid, 1987, p. 443.

23 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal, radicado 23.157. Sentencia de 30 de mayo de 2007. M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

24 “El autor en la imprudencia yerra al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar. Este error puede presentarse de dos formas: el autor puede que ni siquiera piense en que algo es real o no, o bien puede imaginarse positivamente que algo es no real cuando de hecho lo es. Ejemplo: quien conduce un automóvil con los frenos averiados puede no pensar en la posibilidad de un accidente o suponer positivamente que no se va a llegar a un accidente; en todo caso, concurre un error si en realidad acaece un accidente”. Günther Jakobs. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed.; Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González De Murillo (trads.), Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 381.

25 Así, Enrique Bacigalupo. *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994, p. 189.

26 Afirman que: “Si el tipo penal en estos casos es puramente objetivo, no tiene lado subjetivo, su tra-

Según los tratadistas Arzt y Donatsch<sup>27</sup>, el error de tipo y el error de prohibición se encuentran “confundidos” en los delitos imprudentes, de tal forma que resulta más viable predicar solamente la existencia de un error sobre el carácter prohibido del hecho, que recae en el *deber objetivo de cuidado*. Velásquez observa que la posibilidad de conocer el deber de cuidado, como conocimiento potencial de la antijuridicidad, constituye un problema de culpabilidad, y el error que sobre ella recaiga es de prohibición<sup>28</sup>. Así, tenemos que, según esta primera tesis:

1. No hay tipo subjetivo en el tipo de injusto imprudente.
2. El error recae sobre el *deber objetivo de cuidado* como elemento normativo del tipo objetivo. Sobre todo en la imprudencia inconsciente son frecuentes los errores de prohibición que consisten en que “el sujeto no conoce normas jurídicas de las que se deriva el carácter no permitido del peligro”<sup>29</sup>.
3. La posibilidad de conocer dicho deber objetivo hace parte de la “conciencia de la antijuridicidad”, este último elemento de la culpabilidad. En sede de esta categoría dogmática, se requiere que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el injusto de su hacer: “es necesario y suficiente el potencial conocimiento del injusto”<sup>30</sup>, sostiene Maurach. En otras palabras, para configurar el reproche en que consiste la culpabilidad, se requiere el conocimiento del injusto; y obrará el autor con actual conocimiento del injusto en aquellos casos en donde se represente como posible el carácter injusto de su acción, y a pesar de ello esta se realiza<sup>31</sup>.
4. El único error posible en el delito culposo, por tanto, es un error de prohibición *invencible* que en sí descarta la culpabilidad. El error de prohibición se limita a la creencia equivocada de que el hecho no se encuentra prohibido (es decir, versa en esencia sobre el conocimiento de la antijuridicidad), sea porque el autor no conoce la norma jurídica, o porque la conoce mal<sup>32</sup>. En este punto es importante recordar

---

tamiento debe hacerse al nivel del error de prohibición, en especial por cuanto los errores admisibles recaerían sobre el correcto cumplimiento del deber objetivo de cuidado que específicamente tiene que ver con los elementos del deber jurídico, y estos en los tipos abiertos se estiman como componentes de la antijuridicidad muy a pesar de que su mención se hace a nivel del tipo”. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, José Joaquín Urbano Martínez. “Delitos contra la vida y la integridad personal”, en AA.VV. *Lecciones de derecho penal, parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 938.

27 Arzt, *Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt*, ZstW91 (1979), p. 877, citado por Percy García Caveró. *Derecho penal económico, parte general*, 2ª ed., Lima, Grijley, 2007, p. 566; Donatsch, *Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum*, SchwZstr 102 (1985), p. 47, citado por García Caveró, *Ibid.*, p. 566.

28 Fernando Velásquez. *Manual de derecho penal, parte general*, cit., p. 343.

29 Claus Roxin. *Derecho penal*, cit., p. 1036.

30 Reinhart Maurach. *Tratado de derecho penal*, cit., p. 253. En la culpa consciente, según Maurach, el autor imprudente actúa con actual conocimiento del injusto: el sujeto sabe que existe el riesgo de que se produzca un resultado prohibido, pero confía en que, por su habilidad, lo podrá evitar.

31 Hernando Londoño Berrío. *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1982, p. 70.

32 Carlos Fontán Balestra. *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, p. 304.

que, al legislador penal, en lo que respecta al conocimiento de la antijuridicidad, le basta que sea *potencial*, es decir, que el agente haya tenido la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su actuar (arts. 33, 32 núm. 11, inc. 3º, Código Penal).

5. En el típico caso del cambio de señalización en la avenida principal, que le permite al conductor maniobrar de determinada forma generando como resultado una lesión; aquí podría predicarse la existencia de un error de prohibición invencible, en la medida en que el autor no estaba en condiciones de comprender la antijuridicidad de su obrar, es decir, no existía de ninguna manera la posibilidad de conocer el deber de cuidado objetivo (que en este caso se concreta en la señal de tránsito que prohíbe el curso en determinado sentido), de tal manera que, sin posibilidades de conocer el injusto de su hacer, se excluye el juicio de culpabilidad y la responsabilidad penal. Aquí se configura un desconocimiento del deber de cuidado, de forma abstracta<sup>33</sup>.
6. Ahora bien, tratándose de la *evitabilidad* del error de prohibición<sup>34</sup>, en relación con el delito imprudente, cabe preguntarse si en el ejemplo anterior podría estructurarse un error evitable si, dadas las circunstancias específicas de la situación, el conductor se encontraba en capacidad de conocer oportunamente la antijuridicidad de su obrar, ya sea porque advirtió indicios concretos de que la señalización había sido alterada, o porque dados sus conocimientos especiales y experiencia en el tráfico no resultaba verosímil una señalización en el sentido indicado. Ciertamente, esta hipótesis sería de rara estructuración en la realidad si se parte del supuesto de que las normas de tráfico inequívocamente indican el riesgo permitido y merecen la confianza absoluta de los conductores en las vías.
7. Para determinar la evitabilidad, o más bien, el “esfuerzo de conciencia” exigible al autor para evitar incurrir en este tipo de error, se deben tener en cuenta sus cualidades, conocimientos personales, aptitudes, y la situación concreta en que se encontraba,

---

33 Para Zaffaroni, este caso se resuelve dando por sentado la existencia de un error de tipo invencible: “El conductor engañado por el bromista no sabe que está violando un deber de cuidado, pero no porque no tenga la posibilidad de conocer el deber de cuidado en sí (de saber que no debe conducir a contramano), sino porque no tiene la posibilidad de saber que está realizando una conducta que pone en peligro un bien jurídico: se halla en un error invencible de tipo, y no en un error invencible de prohibición. Este último se daría si el que conduce proviene, por ejemplo, de un país donde la circulación está invertida y cree estar cumpliendo con las normas. En ambos casos ‘no puede comprender la criminalidad de su acto’, pero por diferentes razones”. Eugenio Zaffaroni. *Tratado de derecho penal*, cit., p. 411. Creemos que, en el caso del conductor engañado por el bromista, se debe descartar la posibilidad de conocer el peligro mismo para el bien jurídico y el conocimiento actual del deber objetivo de cuidado; pero, y en esto discrepamos con el profesor argentino, también debe descartarse la posibilidad de conocer dicho deber de cuidado.

34 Destaca el profesor Berrío que “las reglas sobre la imprudencia en la realización del hecho, principalmente en cuanto al deber de cuidado exigible, sirven igualmente de derrotero en la determinación de la evitabilidad del error de prohibición”. Hernando Londoño Berrío. *El error en la moderna teoría del delito*, cit., p. 70.

aspectos imprescindibles a la hora de formular el juicio de culpabilidad que brilla por su carácter individual y personal<sup>35</sup>.

8. Por último, siguiendo a Zaffaroni, se debe distinguir el conocimiento efectivo o potencial del peligro que la conducta crea para bienes jurídicos, del conocimiento abstracto del deber objetivo de cuidado<sup>36</sup>; por otro lado, en la culpa consciente o con representación el conocimiento del peligro o amenaza es actual, mientras que en la culpa inconsciente es potencial. Por ende, así el sujeto tenga un conocimiento potencial o actual del peligro no permitido, si desconoce directamente su deber de cuidado de forma abstracta, no puede considerarse su obrar como antijurídico y, por tanto, serle reprochado<sup>37</sup>. En todo caso habrá un error, y deberá examinarse el tema de la vencibilidad o invencibilidad. Por último, se debe tener en cuenta que, si bien en la imprudencia inconsciente, en principio, el sujeto no puede tener conciencia de la antijuridicidad, el error de prohibición se hace visible si se parte de la idea de que “el sujeto hubiera percibido la posibilidad de la realización del tipo”<sup>38</sup>.

Ejemplo de error directo de prohibición en la imprudencia consciente o con representación: el profesional que dirige una obra, a cuyo cargo pone el Concejo Municipal el cuidado en la seguridad de los andamios, puede ordenar a los operarios que los coloquen a su entender, sabiendo con ello el peligro que introduce, pero ignorando que su conducta es antijurídica por creer que es incumbencia ajena la vigilancia de la seguridad de los mismos<sup>39</sup>. Aquí es claro que el autor consideró el peligro, pero actuó bajo la errónea suposición de que no era competente para vigilar la seguridad de los andamios; esto es, desconoce su deber de cuidado. Habrá que examinar, por otro lado, la vencibilidad o invencibilidad: si no tenía el profesional la forma de enterarse inequívocamente de la competencia asignada (por error en la información o por falta de ella), habrá que predicarse lo último.

Ejemplo de error directo de prohibición en la imprudencia inconsciente: el ya señalado; el sujeto que cree que no introduce peligro con su conducta porque un bromista cambió los carteles direccionales del camino. Otro ejemplo: el sujeto en su auto cruza una frontera e ignora que la mano de circulación está invertida en el país al que ingresa. En ambos casos no hay representación del peligro, y el desconocimiento del deber de cuidado es evidente, siendo imposible su conocimiento.

---

35 “En el juicio de imprudencia (evitabilidad del error), lo decisivo no es la previsión objetiva que realiza posteriormente el juez, sino el juicio previo que el autor, en consideración a sus facultades, conocimientos, grupo social, grado de instrucción, memoria, condiciones anímicas en el momento del acto, se hubiera podido formar del carácter antijurídico de su obrar; es decir, la capacidad del sujeto de observar el cuidado personalmente exigible para él, en consideración de dichas circunstancias”. *Ibid.*, p. 71.

36 Eugenio Zaffaroni. *Tratado de derecho penal*, tomo IV, cit., p. 195.

37 *Ibid.*, p. 195.

38 Claus Roxin. *Derecho penal*, cit., p. 1036.

39 Eugenio Zaffaroni. *Tratado de derecho penal*, tomo IV, cit., p. 195.

- El ejemplo es de Claus Roxin: “Concorre un error de prohibición cuando el sujeto (sin *dolus eventualis*) advierte que sobrepasa la medida del riesgo permitido y que podría realizar el tipo, pero se cree erróneamente amparado por una causa de justificación”<sup>40</sup>. Así, dice Roxin (citando un caso de Rudolphi), el médico que, en estado de alicoramiento, en una fiesta es informado de la necesidad de atender a una paciente no muy gravemente enferma, y se pone al volante sabiendo que podría ocasionar un accidente, confiando en su no producción y creyendo erróneamente estar obrando en un estado de necesidad justificante, podría incurrir en un error de prohibición si genera un resultado de lesiones u homicidio. Si era invencible porque los abogados presentes informaron erróneamente al médico, el resultado típico será impune.

## B. El error de tipo

La tesis sostenida por Zaffaroni y García Caveró afirma que puede predicarse un error de tipo invencible:

1. Es posible que el autor, por la imposibilidad manifiesta de conocer el riesgo que el comportamiento crea para bienes jurídicos, obre en una situación de *error de tipo invencible* (Zaffaroni, tesis seguida en Colombia por Velásquez). Por ejemplo, el conductor de un automotor que colisiona en un cruce porque alguien ha cambiado la señalización. Se predica el error de tipo por la circunstancia de que la creencia errónea versa claramente sobre un elemento del tipo objetivo imprudente, el *riesgo jurídicamente desaprobado*; así, el conductor en este caso cree fundadamente que no existe un riesgo relevante para bienes jurídicos (observando una “aparente” diligencia de la que no es posible salir), en la medida en que percibe la existencia de una señalización en la carretera. No habría tipicidad imprudente.
2. Un conductor descarga una serie de bultos de un camión, arrojándolos al suelo en el entendimiento de que contienen cualquier mercadería que no se perjudica con dicho proceder, pero causa una explosión porque por error le cargaron en su vehículo un explosivo embalado en forma similar a los otros bultos y sin rótulo<sup>41</sup>.

Si se admite el error de tipo debe considerarse, en consecuencia, la existencia de un tipo subjetivo imprudente compuesto por la representación de la posible amenaza al bien jurídico (la tesis básica de Struensee, que el autor en comentario acoge), y la previsibilidad del resultado. En cierto modo, si el agente llega a representarse el peligro, como en el caso señalado de los andamios (culpa con representación), no podría, en sana lógica, predicarse un error de tipo sobre el riesgo para el bien jurídico.

1. El ejemplo es de García Caveró (citando a Roxin): una persona conduce su automóvil en la zona urbana a 70 km/h porque tiene estropeado el marcador de velocidad

40 Claus Roxin. *Derecho penal*, cit., pp. 1035-1036.

41 Eugenio Zaffaroni. *Tratado de derecho penal*, tomo III, cit., p. 410.

que indica 50 km/h, y en esas circunstancias atropella a un peatón. El sujeto en este caso ha determinado erróneamente los límites del riesgo permitido, y de este modo ha considerado atípico lo que estaba prohibido.

¿Es posible predicar la existencia de un error de tipo vencible en los delitos imprudentes? Podría persistir la imputación culposa del delito, no obstante el error del conductor, por la vía de la imposición del deber de cuidado de verificar que el automóvil se encontrara en las condiciones mínimas para su uso en el tráfico<sup>42</sup>; no se excluiría la tipicidad porque el autor pudo haber evitado el resultado observando la norma de cuidado, revisando previamente las condiciones del coche. Ciertamente, este error no puede excluir la tipicidad imprudente (ya que precisamente su efecto principal es reafirmar la imputación a título de culpa si la ley la prevé), por lo que, por exclusión de materia, como sostiene Velásquez, dicho error no existe en la imprudencia<sup>43</sup>.

Pero, dadas las circunstancias particulares del caso, si la situación de desconocimiento del riesgo culposo (como elemento del tipo objetivo) se debe a circunstancias ajenas al autor, no evitables por él observando la diligencia debida, se configuraría un hecho fortuito o una desgracia<sup>44</sup>, y por tanto, un error de tipo invencible que excluiría la tipicidad culposa (art. 32 núm. 10, Código Penal).

2. Para Struensee, el desconocimiento de “factores relevantes de riesgo” conduce a predicar un error sobre el “tipo de imprudencia”. Formula, entre otros, este ejemplo: “El automovilista que —circulando por un lugar en que está autorizado hacerlo a la velocidad generalmente permitida— lesiona mortalmente a un niño porque, oculto entre los coches aparcados, saltó de pronto a la calzada —antes de poder detener el coche— no actúa, según la opinión general, descuidadamente, ya que desconoce el factor de riesgo decisivo. Si hubiese tenido un conocimiento positivo o hubiese percibido muestras de que hay niños corriendo entre los coches o jugando ocultos tras ellos, habría de valorarse la situación de otra forma”<sup>45</sup>.

42 Percy García Cavero. *Derecho penal económico*, cit., pp. 564-565.

43 Velásquez también se refiere a la ignorancia invencible como un supuesto de ausencia de previsibilidad, y por tanto, de atipicidad: “es factible que el resultado no sea previsible para el agente porque se encuentra más allá de la capacidad de previsión, esto es, por una ignorancia invencible; así, por ejemplo, el albañil que participa en la construcción del rascacielos pegando la losa de la fachada, que se desprende años después y le causa la muerte a un peatón”. Fernando Velásquez. *Manual de derecho penal, parte general*, cit., p. 346. En este planteamiento ha seguido Velásquez la misma posición de Zaffaroni, quien aclara, además de la irrelevancia del error vencible en la modalidad culposa, que “la circunstancia de que el error vencible de tipo dé lugar a culpa, no puede llevar a ver en toda culpa un error vencible, puesto que hay multitud de hipótesis en que no es posible encontrar un error, como en el caso del automovilista que provoca una colisión por haberse quedado dormido”. Eugenio Zaffaroni. *Tratado de derecho penal*, t. III, cit., p. 410.

44 “Salvo que la situación de desconocimiento pueda reconducirse a otra persona, como por ejemplo a un mecánico”. Percy García Cavero. *Derecho penal económico*, cit., p. 565.

45 Cita otro caso polémico: “En el caso del Tribunal del Reich (RG) 54, 349, el acusado alcanzó en la cabe-

## CONCLUSIONES

Tal como se ha explicado, resulta viable fundamentar los casos señalados anteriormente acudiendo al error de tipo, pero también a través del error de prohibición; las respectivas sustentaciones ostentan un asidero dogmático convincente, en apariencia. Empero, creemos que resulta más factible, desde un punto de vista político-criminal, predicar un error de prohibición en la medida en que, eventualmente, podría resultar mucho más justa y acorde con los fines de la prevención general y la prevención especial<sup>46</sup> la imposición de una pena reducida en los eventos de vencibilidad del error en la imprudencia, esto es, si, dadas las circunstancias del momento, el agente estaba en la posibilidad de conocer el deber objetivo de cuidado o las normas delimitadoras de “lo no permitido”, o la circunstancia de la no existencia de una causal de justificación en el caso concreto<sup>47</sup>. Siguiendo el tenor literal del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, se descarta la responsabilidad penal en caso de que “se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará a la mitad”. Considerar el error de tipo vencible no excluye la modalidad culposa, por lo que se torna imposible predicar un error de esta naturaleza en los delitos imprudentes, como ya quedó explicado; hipotéticamente, en sí (pasando por alto la evidente inconsistencia lógica que implica sostenerlo), sería injusto aplicarlo en ciertos casos en donde verdaderamente debe atenuarse la punibilidad de la imprudencia, y no aplicarla completa.

Por último, desde el punto de vista lógico y dogmático, predicar un error de tipo invencible (que se explica por la mera imposibilidad de prever el riesgo no permitido) apareja una cierta inconsistencia en la imprudencia consciente, en donde el sujeto se representa como tal el peligro concreto; así, casos como el del profesional que por error desconoce su deber de seguridad a pesar de la representación del peligro no pueden tratarse, en estricto sentido, como supuestos de error de tipo invencible por la imposibilidad de conocer dicho peligro.

---

za, con una piedra, al escolar G que se acercaba, ocasionándole una herida insignificante; puesto que G era hemofílico, murió el mismo día. Resulta incuestionable que una herida, en otro caso insignificante, respecto a un hemofílico constituye un hecho que representa un peligro concreto para su vida. Ahora bien, quien lesiona levemente a otro, sin conocer la enfermedad de la hemofilia, desconoce precisamente la circunstancia que fundamenta el peligro para la vida y, con ello, el disvalor de hecho. Se trata, por tanto, de un error que excluye el disvalor-intención, es decir, de algo no contrario a cuidado en relación con la vida de otro. La conclusión se corresponde plenamente con una valoración ampliamente aceptada de este ejemplo. El RG, por lo demás, estimó en el caso de la hemofilia punibilidad por homicidio imprudente”. Struensee, cit., pp. 445-446.

46 “Es importante señalar que Claus Roxin elabora, con base en la teoría de los fines de la pena, una fundamentación político-criminal para la categoría de la culpabilidad, en el sentido de que, cuando razones de prevención general o especial hacen conveniente la punibilidad de una conducta o la imposición de determinada pena, solo en este caso es justa y eficaz la pena”. Hernando Londoño Berrío. *El error en la moderna teoría del delito*, cit., p. 64.

47 Como en el caso del médico bebido en la fiesta, si, por ejemplo, hubiera podido descubrir la inexistencia de un estado de necesidad.

Ubicados en la estructura dogmática del delito imprudente, a causa del error siempre se termina infringiendo el deber objetivo de cuidado como elemento del tipo objetivo; y es en la culpabilidad en donde se analiza, no solamente el tema de la conciencia o inconsciencia de la culpa, sino también la exigibilidad o no de otra conducta<sup>48</sup>. Así, en el paradigmático caso de la persona que conduce en una calle a la cual le han variado el sentido días antes, sin que concurren medidas de advertencia pertinentes, y causa la muerte de otra persona, realiza una infracción al deber de cuidado al creer que efectivamente lo estaba cumpliendo (actuando dentro del riesgo permitido), incurriendo en un error de prohibición, concepto analizable en la categoría de culpabilidad.

## BIBLIOGRAFÍA

Agudelo, Nódier. *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*, Bogotá, Temis, 2004.

Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994.

Bustos Ramírez, Juan. *El delito culposo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966.

Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

García Cavero, Percy. *Derecho penal económico, parte general*, 2ª ed., Lima, Grijley, 2007.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, José Joaquín Urbano Martínez. “Delitos contra la vida y la integridad personal”, en AA.VV. *Lecciones de derecho penal, parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. “Teoría moderna del delito culposo”, en *Estudios de dogmática en el nuevo código penal*, Bogotá, Giro Editores, 2009.

Jakobs, Günther. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, Marcial Pons, 2007.

Kaufmann, Armin. “Sobre el estado de la doctrina del injusto personal”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 6, abril-junio, Buenos Aires, 1975.

---

<sup>48</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “Teoría moderna del delito culposo”, cit., pp. 308-309.

- Londoño Berrío, Hernando. *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1982.
- Maurach, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, t. II, Juan Córdoba Roda (trad.), Barcelona, Ariel, 1962.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., Buenos Aires, Editorial B de F, 2009.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 2005.
- Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general*, tomo I. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal (trads.), Madrid, Civitas, 1997.
- Struensee, Eberhard. “El tipo subjetivo del delito imprudente”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XL, fasc. II, Madrid, 1987.
- Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal, parte general*, Medellín, Comlibros, 2007.
- Welzel, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio. *Tratado de derecho penal, parte general*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1988.