

DOLO Y ERROR DE DERECHO

Ponente: Dr. Edilberto Solís Escobar

Pretender que para que exista dolo sea menester el conocimiento de que el hecho conocido que se quiere realizar, sea, además, prohibido, implica tanto como pretender que sobran los delitos intencionales en los que el "a sabiendas" no forma parte de su estructura.

No siendo elemento de configuración del rapto de menor de 14 años, el ser mujer honesta o con reputación de dignidad, carece de relevancia el error en torno a la virginidad de la sustraída.

Nota: como en su mayor parte, la problemática que la Providencia y el Salvamento de Voto plantean sigue siendo actual, a pesar de la existencia de nueva legislación penal, publicamos estas importantes piezas jurídicas no obstante su fecha. A nadie escapará la importancia de ellas como material que sirva de orientación para resolver otros casos concretos y como material de clase en los cursos de Derecho Penal Colombiano y Parte General.

Medellín, Julio 4/78

V I S T O S

Elías de Jesús Herrera Amaya, de 28 años de edad, trabajaba y vivía en la casa de los esposos Rodrigo Calle y Gilma Posada, en jurisdicción del corregimiento Santa Lucía, municipio de Ituango. Permanecía solo y deseaba una hembra de compañera que la misma Posada le indicó podía ser la hija de los esposos José Antonio Naranjo y María Carlina Tapias Castrillón, por nombre Araminta, a quienes visitaba con frecuencia y sobre la cual se enteró habían "atracado" (sic) sexualmente en alguna oportunidad.

Alentado con esa alternativa de fáciles logros, Elías de Jesús se orientó a la casa de la joven que podía colmar sus posibilidades de acompañarse, en las horas de la tarde del diez y seis (16) de diciembre del año de mil novecientos setenta y seis (1976) y luego de apurar bocados ofrecidos y conversar maliciosamente con Araminta, en preparativos de su preconcebido plan para sustraerla del ámbito familiar, se retiró para recibirla en la madrugada del diez y siete (17) siguiente, cuando la joven de 12 años, sin menstruar todavía (fls. 3 fte.) abandonó el lecho familiar para unirse a quien le había preparado el desplazamiento del hogar, mediante palabras de convencimiento, un costal para portar la ropa y un "foco" o lámpara de mano para alumbrar el camino a recorrer por ambos. "...como yo estaba desprevisto (sic) fuí y me conseguí un foco por allá en una

vecindad, y ella me dijo que llevara el costal para traer la ropa. Bueno yo llevé el costal y se lo entregué y dentro del costal iba el foco, yo se lo llevé a la casa...", expresa el sindicado para configurar la confesión de su delito contra la familia (rapto impropio) (fls. 18 fte.). En el trayecto del encuentro a la casa de Gilma Posada, consumaron por dos ocasiones el acceso carnal. Llegaron a las ocho de la mañana del diecisiete de diciembre de 1976 y allí fue recibido con gesto de reproche por la Posada, que no le permitió pernoctar en casa con la joven que había llevado.

Por los hechos anteriores, el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Yarumal, dictó auto de detención, sin beneficio de excarcelación en contra de Herrera Amaya Elías de Jesús, el que apelara de la decisión al momento de la notificación (fls. 27-27, 28), razón por la cual conoce el Tribunal en Sala que preside la H. Magistrada doctora Alicia Roldán Ruz.

La señora Fiscal Sexta de la Corporación es del parecer que el auto debe confirmarse, por reunir los hechos las exigencias del artículo 439 del C. de P. Penal. (fls. 31-33).

La confesión

El sindicado al tener conocimiento de la investigación que por su conducta se iniciara, ante denuncia del progenitor que de ese comportamiento se quejaba (fls. 1 y vto.), se presentó al señor Inspector de Policía para explicar de inmediato su proceder (fls. 15-16). el que repite ante el señor Juez de conocimiento (fls. 17-20), con la cualificación de que ignoraba que fuese delito, o delitos, lo sucedido con persona de la que se le había informado había perdido su virginidad en un "atracó", o voluntariamente por sus precoces arrebatos sexuales. "Entonces, como yo vivo solo, he sido solo toda la vida, claro que el hombre solo con trabajo necesita una mujer (fls. 17 vto.)..." manifiesta el sindicado. Y agrega que se sintió autorizado a esa cuestión (fls. 18 vto.) "porque ARAMINTA me dijo que no peligraba porque ella apostaba que no era señorita y entonces yo conversé con la muchacha en la misma casa de GILMA POSADA, no me recuerdo qué día fue, pero cuadramos que el miércoles siguiente iría yo a la casa de ella" (fs. 17 vto.).

La joven para la época de los sucesos contaba con trece años dos meses y medio de edad, según partida de nacimiento del dos de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963) y "nacida el diez y nueve (19) de septiembre del mismo año" (fls. 17 fte.).

La Ponencia

La distinguida Magistrada Ponente en el enfoque del delito de naturaleza sexual, con olvido del delito contra la familia, reglamentado en el hecho hasta ahora averiguado por el artículo 351 del Código Penal, se doblega en sus planteamientos ante la reiterada ig-

norancia del sindicato y sobre ella monta la inocencia total del encartado, con fundamentos en lógicas doctrinas sobre el dolo y la faceta subjetiva del delito, que en la conducta cuestionada se quebranta porque, a las explicaciones acomodadas del inculpatado, obró convencido de no ser delito el acoplamiento con mujer que ya hubiera ferido su virginidad.

La mayoría de la Sala no comparte ese criterio, ampliamente discutido en varias sesiones, porque de aceptarlo se destronaría de la normatividad penal colombiana el concepto del dolo. Bien explicado aparece éste en la ponencia original, afianzado en citas de autores extranjeros y nacionales, a más del maestro indiscutible, CARRERA, quien enseñó a gastar cerebro a tratadistas y falladores respecto a la fuerza moral subjetiva del delito. Mas las citas son impertinentes al caso debatido, ya que las aseveraciones exculpativas del denunciado no pueden conformar, de buenas a primeras, un error esencial de derecho, acentuado muy doctrinariamente en la ponencia, comoquiera que el proceder de Elías de Jesús llevaba una marcada intención, exteriorizada desde el momento mismo de la valoración de su soledad como hombre, de la necesidad de compañera, y en la forma como concibió el delito de rapto, consentido, para cuya infracción bien pudo pregonar que ignoraba que fuese delito el sacar a una menor de catorce años de su casa, "aun con su consentimiento".

El dolo no puede consistir en querer un hecho conocido, a sabiendas de que está prohibido, como anota la ponencia en su generalización, por cuanto entonces sobrarían los delitos intencionales que no requieren del elemento 'a sabiendas' para su estructuración y se entraría, además, a los confusos linderos del derecho y la moral, con notorio desquiciamiento del orden social, pues el investigador llegaría hasta la febril cualificación del delincuente de que ignoraba que fuese delito lo denunciado. Allí se paralizaría el aparato de la justicia penal y sólo avanzaría en los casos en que el delincuente advirtiera que al ejecutar su acción estaba pensando en violar la ley.

El delito de rapto que le fue denunciado al sindicato, según su confesión, llevaba el natural y deseado acometimiento sexual. Para su configuración en menor de catorce años, como en este caso, no se requiere que la mujer sea honesta o con reputación de dignidad. Allí no funcionaba la ignorancia en relación con el estado de virginidad o no de la sustraída del ámbito familiar u hogareño. Si esa era su persuasión, no puede convencer al funcionario para la bien estudiada teoría del error esencial de derecho. Como difícil es suponer que el ratero que sustrae en un momento de aglomeración la cartera de otro ciudadano tenga la intención de violar la ley (Carlos Lozano y Lozano), menos se podría deducir que en ese proceso mental sí estaba el sindicato por algunas de las alternativas del Decreto 1188/74 o Estatuto Nacional de Estupefacientes que

diera en decir, como casi siempre sucede, que ignoraba que lo decomisado era marihuana u otro alucinógeno prohibido.

Lo sugerido por Ricardo C. Núñez de que los jueces no pueden tener el asombroso poder de declarar que existe lo que no existe, decretar fulminantemente que hubo dolo donde no lo hubo, es verdad meridiana y de justos acentos procesales. Pero no es dable caer en la ingenuidad de que quien obra en la clandestinidad, amparado en la noche, cuya oscuridad trata de vencer con un "foco" entregado en costal para guardar el equipaje de la joven que a sus ruegos escapa, no estaba convencido de que con ese desplazamiento conseguido para logros sexuales, quebrantaba la ley. Y que obtenidos esos favores sexuales, por no ser mujer virgen la raptada, tampoco se colocaba al margen de la norma. Su disculpa no es un error de carácter jurídico, de la entidad del error esencial de derecho, o si quiera el de hecho, como que su obrar sobre la niña para sacarla de su hogar demuestra que conocía su mal proceder. Su actuación no tiene la sustancialidad de aquellos errores, que al no aceptarlos para el caso sub-exánime por la mayoría de la Sala, no significa que los desconozca en los eventos que amplía y clamorosamente los impongán.

Suma diligencia desplegaba Elías de Jesús en su comportamiento la noche del dieciséis (16) de diciembre de 1976 y proyectó en conversación maliciosa (fls. 1 y fte.) los acontecimientos subsiguientes de la huida de la menor para agotar su propósito sexual. Ello no puede ser error esencial de hecho o de derecho, del ordinal 2º del artículo 23 del C. Penal, porque él está precedido de la "plena buena fe" y de que no sean "provenientes de negligencia". Y en donde hay diligencia para violar la ley, no cabe aquella y si cupiera, tampoco se dá el error de hecho o de derecho que la ponencia ha querido hacer valer, con el mismo equivocado camino jurídico que tomaran los defensores del "crimen de La Rubiera", en donde 16 indios Cuibas perecieron bajo las hachas y los garrotes de los seis vaqueros que encabezaba Luis Morín, quienes pregonaron que obraron convencidos que mataban unos "bichos raros y dañinos", rematados algunos en el suelo entre quejidos y desesperadas voces de angustia, las mismas que poco antes fueron de agradecimiento para los regalos engañosos de los criminales. Con ese criterio, ANSELMO TORREALBA, coprocesado, ya había matado seis indios en el año 1960 y los había enterrado en el sitio El Carnero, con la más despiadada impunidad (Veredicto de inocencia el 27 de junio de 1972, por jurado en Villavicencio y condenatorio en segundo jurado, el 6 de noviembre de 1973, en Ibagué).

La mayoría de la Sala encuentra reunidos los requisitos del artículo 439 del C. de P. Penal para detener por la sindicación de ambos delitos: Rapto y Violencia Carnal (presunta).

Por lo considerado, de acuerdo con el parecer Fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala Penal de Decisión, por mayoría,

(f. 9 vto.). Y fue esa misma mujer la que convenció a Elías de que no tendría problema legal alguno "sacándose" la muchacha, ya que ésta con seguridad no estaba virgen. Convencido absolutamente de que lo que la ley protegía era la virginidad de la mujer y eliminadas las dudas sobre la virginidad o no virginidad de Araminta, Elías decidió aceptar el "consejo" de Gilma y "sacar" la muchacha para que conviviera con él, con el propósito de casarse con ella si se manejaba bien.

Se desprende de los hechos precedentes que hasta ahora no está probado, en el grado requerido por la ley para dictar auto de detención preventiva, que Elías Herrera haya cometido algún delito. El de Rapto no parece haberlo cometido porque no arrebató, sustrajo ni retuvo a la mujer, sino que, por el contrario, ésta aliada con Gilma Posada, tramó la forma de que Herrera la "sacara" del hogar. El de Corrupción de Menores tampoco aparece configurado, de una parte por la edad de la damisela y, de otra por sus previas aventuras sexuales con otros varones, que la hacen presumir corrompida y, por ende, no apta para una corrupción moral por medio de actos ya practicados por ella con reiteración. Tampoco aparece claro el delito de "VIOLENCIA CARNAL" por su aspecto subjetivo, aunque objetivamente sí está probado el acceso carnal por parte del procesado, en mujer menor de catorce años. Es el dolo de esta figura delictiva el que no emerge con nitidez de los autos. El dolo consiste en querer un hecho conocido, a sabiendas de que está prohibido. No hay dolo, según la mayoría de la doctrina, cuando el agente obra sin conciencia de la prohibición del hecho. Por esto el artículo 23 del C. P. excluye la culpabilidad cuando el agente actúa de plena buena fe, determinado por error esencial de hecho o de derecho no proveniente de negligencia. Lo opuesto al dolo es la buena fe y ésta se basa en este caso en un error esencial de derecho, admisible en un campesino ignorante, inexperto, y aislado, en quien ha actuado además la malévolos sugestión de una persona mayor. La confesión cualificada del sindicado, no desvirtuada por medio alguno hasta el momento, pone de presente que el sujeto activo pensaba que no estaba legalmente prohibido el trato carnal con una menor, salvo que se tratara de mujer virgen. Esta creencia tiene arraigo en nuestros campos y en este caso fue estimulado por la sugestión de Gilma Posada, quien no se sabe qué interés tenía en que Herrera apareciera como raptor de la muchacha que ella quería como sirvienta o compañera.

No existe en la actual doctrina del derecho penal ninguna discusión en cuanto a que la culpabilidad, sea como dolo o como culpa, es un elemento esencial o sine qua non del delito. El postulado de que no hay delito sin culpabilidad (Nullum crimen sine culpa) es lo que el derecho penal de nuestros días opone al viejo, revaluado y peligroso sistema de la responsabilidad objetiva y de la culpabilidad presunta. Como un hecho de naturaleza psíquica, el dolo tiene que ser demostrado en cada proceso, sin que su existencia esté im-

plícita en la naturaleza de la acción. La culpabilidad es por excelencia el núcleo de la responsabilidad criminal en la actualidad y así lo dispone expresamente el artículo 12 del C. P., al preceptuar que las infracciones a la ley penal no pueden ser sino "intencionales o culposas". Esta orientación del Código se ratifica definitivamente en el artículo 23, que consagra las causas que excluyen la culpabilidad, entre las que figuran, al lado de la coacción insuperable y la sugestión hipnótica o patológica, el error esencial de hecho o de derecho y, en forma un poco más restringida, la ignorancia invencible, siempre que ésta se refiera, según doctrina muy generalizada, a la ley extrapenal, o a la penal, pero únicamente en materia contravencional. En cuanto al error esencial, la ley penal colombiana no ha efectuado ninguna distinción y tampoco lo ha asimilado a la ignorancia, pues si lo mismo fueran no tendrían por qué ser regulados separadamente en una forma tan clara y minuciosa.

A la culpabilidad la llamaba Carrara "la fuerza moral subjetiva" del delito, indispensable para la existencia de éste. Esa fuerza moral subjetiva del delito requiere, según el Maestro de Pisa, que la "operación interna" que acompaña la acción delictiva externa se acompañe de cuatro factores igualmente imprescindibles: conocimiento de la ley, previsión de los efectos, libertad de elegir y voluntad de obrar. (Programa de Derecho Criminal, N° 59). En este caso falta el primer factor, porque en razón de sus circunstancias personales y también en razón de las circunstancias del hecho, el sindicado Elías no pudo tener la representación, siquiera aproximada o eventual, de que su comportamiento era ilícito: todo lo contrario, dudó en cometer el hecho hasta que despejó su inicial duda sobre la virginidad de la muchacha, una vez que la proxeneta lo convenció de que tal virginidad no existía. Elías se decidió al acto; para él este convencimiento, relativo al hecho de la virginidad, acarrea la persuasión de que el acto no entraba en el marco de la prohibición: el error de hecho entrañaba para él, en su precisa situación personal y ambiental, un verdadero e ineludible error de derecho.

Que la errónea apreciación o valoración jurídica de un hecho apareja para el sujeto activo la convicción de no obrar contra derecho, es un fenómeno bastante familiar a la doctrina penal. A veces la defensa putativa, cuyo carácter excluyente de la culpabilidad nadie discute, es un error de derecho que nace de los hechos. A. Cree que el policía que lo captura, que no se le identifica debidamente, es un atracador y se le opone, lesionándolo; cometió error, no sobre la existencia fáctica de la agresión, sino sobre su antijuricidad, y siendo de buena fe ese error lo redime de culpabilidad y consiguientemente de responsabilidad penal. ¿Es ello un adefesio, o una tesis peligrosa jurídicamente? Claro que no; más lo sería la tesis contraria por injusta. Como sugiere NUÑEZ, los jueces no pueden tener el asombroso poder de declarar que existe lo que no existe, de decretar fulminantemente que hubo dolo donde no lo hubo. "Es lógico que por

lo menos la ley criminal, no supedita su carácter de norma obligatoria al hecho contingente de su conocimiento real y correcto por parte de los individuos. Pero no resulta lógico ni razonable que cuando el acusado no haya tenido, a causa de un error de carácter jurídico, la representación del hecho que se le imputa, o la representación de las circunstancias que lo vuelven ilícito, se declara que sí la ha tenido, sólo porque para el derecho no valen los errores jurídicos". Y pocos renglones después añade: "Cuando el error de carácter jurídico se refiere a la culpabilidad, es siempre un error de hecho, desde que el autor no le permite conocer la verdadera situación de hecho que fundamenta la imputación criminal que se le hace" (La culpabilidad en el Código Penal, páginas 179 y 180). Y eso que el Código Penal argentino no prevé expresa y directamente, como sí lo hace con diáfana y unívoca claridad el colombiano, el error de derecho como excusante de la culpabilidad. Otro ejemplo del mismo coturno: A, lego en derecho, es socio de una sociedad civil; creyendo que esa calidad lo hace dueño de la cosa X, se la apropia; indudablemente no ha cometido delito, porque de buena fe ha incurrido en error de derecho (la calidad de propia o ajena de la cosa) que impide que nazca la culpabilidad. Absolver a un sujeto así sería hacer uso de una tesis novedosa, peligrosa o rebuscada? Claro que no; la tesis contraria sí tendría qué usar artilugios tan nocivos como fingir que es culpable el inocente, que la buena fe no excluye el dolo, que el error no excluye el conocimiento. Si una tesis es absurda no puede ser justa y es claramente absurda sostener la copresencia del conocimiento (dolo) y el error con relación al mismo asunto. Aunque la ley lo dijera, que por bienaventuranza no lo dice, yo como juez me resistiría siempre a aplicar una ley semejante, porque la función del juez es administrar justicia y no impartir injusticias y el derecho es sentido común y no sinrazón deletérea.

Ya el gran Lozano había concluído magistralmente: "Nuestro Código admite como eximente el error esencial de hecho o de derecho, sin discriminación, es decir, ya sea que se refiera a la ley civil, comercial, administrativa o penal. Admite como eximente la ignorancia invencible de las otras leyes, es decir, de la civil, comercial, administrativa; y también, cuando procede de fuerza mayor la ignorancia de la ley penal, pero únicamente en cuanto se refiere a contravenciones" (Elementos de Derecho Penal, página 274). Esa es la interpretación racional y justa de los literales 2º y 3º del artículo 23.

Esa interpretación es plasmada también por la ponderada autoridad de LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ: "La ignorancia de una ley distinta a la penal (extrapenal) y el error esencial de derecho excluyen también la responsabilidad, con la misma condición de que no fueron atribuibles a negligencia" (Lecciones de Derecho Penal, página 249).

El profesor FEDERICO ESTRADA VELEZ también sostiene en su obra la misma hermenéutica: "Evidentemente, el ordinal 2º del

artículo 23 establece como causa de inculpabilidad la buena fe determinada por error esencial de derecho, sin discriminación alguna, y por lo tanto, tiene un ámbito de validez y aplicación en relación con cualquier rama del ordenamiento jurídico. Quiere decir entonces que esta norma implica una derogación a los añosos artículos 9º del Código Civil y 56 del C. de Régimen Político y Municipal, que consagra en nuestra legislación el principio ignorantia juris non excusat. De otra parte, se trata de un error sobre el alcance, el contenido, el ámbito de aplicación de la norma, o sea, de un error de valoración o de interpretación que tiene, repetimos, plena eficacia. En cambio, el numeral 3º se refiere al típico error de prohibición, es decir, a la ignorancia acerca de la existencia de la norma que impone o prohíbe un comportamiento determinado, y como tal, sólo tiene eficacia cuando se trata de contravenciones..." (Manual de Derecho Penal, págs. 244-245).

Interpretando la misma disposición, el erudito doctor ALFONSO REYES consigna esta respetable opinión: "El error esencial de derecho a que se refiere el numeral 2º del artículo 23 puede recaer sobre una norma penal o extrapenal. En el primer caso estamos ante un error de derecho (sobre la prohibición) específicamente denominado "error de interpretación" (Mezger), o de valoración (Gallas); en él incurre el agente cuando a pesar de conocer la existencia de la norma jurídica, yerra respecto de su aplicabilidad al caso concreto que se materializa en su comportamiento". (Derecho Penal Colombiano, páginas 239 y 240).

Concluamos con LUIS CARLOS PEREZ: "Jiménez de Asúa nos da la razón en este punto y critica con nosotros la posición de Gutiérrez Gómez y a todos los que pretenden reducir los alcances de la norma colombiana, texto que, como dice Jiménez, encierra un 'precepto de suma amplitud que permite eximir al que yerra en cuanto a las circunstancias fácticas y en cuanto a disposiciones jurídicas'". (Tratado de Derecho Penal, Tomo II, página 118).

Los descargos del sindicado Elías Herrera Amaya encuentran respaldo en otras constancias probatorias, tales como la versión de la señora madre de la ofendida y la propia instructiva. Por lo tanto no están satisfechas las exigencias del artículo 439 del C. de P. P. para privar de su libertad al sindicado apelante, cuya libertad se ordenará bajo promesa de presentación cada quince días y durante dos meses ante el instructor, bajo conminación de doscientos pesos. La investigación debe agotarse con esmero.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA el auto de que se ha hecho mérito y en su lugar se ordena la LIBERTAD INMEDIATA de Elías Herrera

Amaya, bajo conminación de doscientos pesos para comprometerse a presentaciones cada quince días y hasta por dos meses ante el aquo. La orden de libertad se librará telegráficamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.