

Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali

ERROR DE PROHIBICIÓN POR IGNORANCIA DE LA LEY PROHIBITIVA

Dr. LUIS FERNANDO TOCORA LÓPEZ
Septiembre 5 de 1985

Existe contradicción legal entre los arts. 5º —que prohíbe la punición sin culpabilidad— y el 10, que no da relevancia a la ignorancia de la ley penal, consagrando una ficción como otras de nivel legal y constitucional. Ficción o mito que se aleja de nuestra realidad plagada de analfabetismo, miseria y desnutrición. Un concepto democrático de justicia obliga a develar tales situaciones y a reconocer la ignorancia de la ley como causal de inculpabilidad con base en el art. 40, num. 4, del C. P.

El hecho que dio lugar al proceso puede sintetizarse así:

A los procesados D.A.C. y H.F.V. se les imputó estar vendiendo en las calles de Cali, cassettes con grabaciones registradas y protegidas por la ley 23 de 1982, en cuyo art. 232, num. 7, se castiga al que "...reproduzca, importe, distribuya fonogramas sin autorización de su titular".

Uno de los procesados explicó los hechos así: "Pues para mí, de que yo me dé cuenta que cometa delito, no me doy cuenta en absoluto, porque pues por lo menos, yo vendí en un tiempo cassettes, y yo no he vuelto a vender, a veces cuando estaba jodido por ahí; les ayudaba a amigos que me conocen a cuidar el puesto mientras ellos iban a almorzar, no creo que eso fuera delito, me he encontrado en una situación muy pésima, y ellos me

dan mis trescientos pesos por ayudarles a vender y no creo que eso fuera delito..." (fl. 55).

Por su parte, el otro procesado manifestó: "No, yo no me considero culpable de nada, de vender, de buscar las maneras de cómo comer, cómo sostenerse uno, no considero que eso sea delito; yo no le veo delito a eso, entonces la gente que compra si ellos no saben cuáles son los derechos de autor, yo no sabía que los cantantes cobraban los discos o los cassettes" (fl. 104).

Las consideraciones jurídicas del despacho fueron las siguientes:

Queda planteada en estas claras manifestaciones la hipótesis de la inculpabilidad por error sobre la antijuridicidad del hecho. Se trata del mismo error de prohibición desarrollado por la moderna teoría juspenal alemana o el viejo concepto de la *ignorantia legis*, por

cuanto los sindicatos alegan el desconocimiento del carácter de ilícito penal de la conducta por ellos realizada, y actuaron creyendo que lo hacían *secundum ius*.

No puede deducirse responsabilidad penal cuando las personas hayan entendido comportarse conforme al derecho. El juicio de reproche tiene sentido en cuanto el comportamiento recriminado se da en un contexto de opciones en el cual aparece lo lícito y lo ilícito. Es el conocimiento de la norma contentiva de la prohibición lo que permite sustentar por su base un juicio de reproche. En ello podemos encontrar una real conexión entre el fenómeno de la culpabilidad y los principios de legalidad y tipicidad, por cuanto estos constituyen el preaviso de lo prohibido penalmente dirigido a la comunidad, para fundar allí formalmente su función jurisdiccional. Si con el principio de legalidad se pretende una previa definición de los hechos punibles, que elimine la arbitrariedad del gobernante en el ejercicio de ese poder de definición, levantar un juicio de reproche a quien no conoce lo definido como delictual, es violar ese principio caramente conquistado por las revoluciones liberales. La doctrina moderna condiciona la aceptación de esta exculpante a la invencibilidad o inevitabilidad de la ignorancia, lo que depende del conjunto de factores personales y circunstanciales del hecho, así como de las características y condiciones mismas de la norma ignorada.

En el presente caso estamos ante dos hombres jóvenes que ejercen el comercio. Pero se trata de un comercio marginal, del comercio "cacharrero" del que se nutren los andenes, en el "rebusque" del inmenso ejército de desempleados que economías subdesarrolladas como la nuestra producen de manera desproporcionada. Son los comerciantes no establecidos, que han prestado una lonja de andén para solucionar su problema diario del vivir, comerciantes inventados por la necesidad, que hoy venden una cosa y mañana otra. "Yo compraba los repuestos y los vendía, los compraba en varias empresas y luego los

revendía, luego fracasé en eso, y me puse a vender afiches y tarjetería, eso lo hice por ahí un año, después me puse a vender bolsos por ahí a los dieciocho a diecinueve años, aclaro, a los dieciocho años, después yo ví que la gente vendía cassettes grabados, y uno como comerciante pues vende lo que se esté vendiendo, entonces todo el plantecito que tenía lo metí en cassettes, tenía como noventa y cinco cassettes, un camión andaba recogiendo por ahí y me decomisaron los cassettes..." (indagatoria de A. C., fl. 53).

F. V. dice por su parte a la pregunta de la actividad que le proporciona su manutención: "De la mercancía que vendo que es fantasía, cassettes, medias vendo también, lo que a uno le queda como pa' (sic) vender" (fl. 103).

No tienen los indagados especiales condiciones de cultura que nos hagan inferir su falta de diligencia en el conocimiento de normas como la contenida en la ley 23 de 1982. De existir tal conocimiento, la misma precisión de saber quién tiene los derechos de un autor o de otro, dentro del enjambre de nombres que van y vienen, no es algo fácil. Por otra parte, personas de mayor nivel cultural pueden escapar a ese conocimiento. A. C. estudió hasta tercero de primaria mientras que H. V. lo hizo hasta sexto de bachillerato.

La ley 23 de 1982 no solamente es una norma especializada, ubicada por fuera del Código Penal, sino que es una norma de reciente creación. Y aunque lo que puede pretenderse no es el conocimiento directo de la norma, sino su objetivo de prohibir determinado tipo de actividades como el de defraudar los derechos de los autores, en el caso investigado la perspectiva que tenemos es la de hombres que "cacharrean" en las calles vendiendo una u otra mercancía, cuya procedencia difícilmente pueden establecer, si provenientes del distribuidor autorizado o no. No se trata de mercancías que de suyo su porte sea ilícito, como en el caso de elementos privativos de las fuerzas armadas o en el de estupefacientes. Son mercancías que solo relativamente pueden tener ese carácter, como cuando se

adulteran productos patentados por una determinada firma, siendo muchas veces difícil de establecer diferencias entre la mercancía genuina y la adulterada.

H.V. dice en su injurada, respondiendo a la pregunta de qué diferencia hace entre los cassettes que se le pusieron de presente, uno correspondiente a la C.B.S. y otro con el sello Maxvall, que a él no le interesa la marca sino el valor. Lo mismo sucede para A. C. Para ambos no es un problema entre algo lícito y algo ilícito, sino entre marcas. Su ignorancia va más allá de saber que vender cassettes no autorizados por su autor es delito, sino en la misma identificación de lo que corresponde a lo autorizado por un autor y lo que no.

Este despacho no tiene dudas sobre la ausencia de culpabilidad en el presente caso. Personas pobres que se "rebuscan" vendiendo, que difícilmente tendrán otra alternativa en su situación crónica de desempleados. Ellos son asediados por los policiales a nombre del ornato de la ciudad y de los impuestos que no pagan, pero por los que no recibirían nada a cambio. Los grandes defraudadores de los derechos de autor, que sí conocen muy bien la ley 23, son muchas veces las casas productoras, en las que se tiran más ejemplares de los autorizados por los autores, pero cuyo control es difícil por la impotencia de un autor ante el vasto y ramificado engranaje de la distribución.

Frente a este reconocimiento que hacemos de la responsabilidad con culpabilidad, consagrada en el principio rector del art. 5º del Código Penal, puede plantearse cierto conflicto con la también norma rectora del art. 10, que contempla que "la ignorancia de la ley no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella...".

Aunque el problema se resuelve en este caso a través de la excepción que encontramos en el art. 40, numeral 4º, el despacho considera pertinente hacer algunas glosas a la ambigua posición del Código en su primer capítulo sobre las normas rectoras, al asumir una posición culpabilista proscriptora de toda forma

de responsabilidad objetiva, e incluir al mismo tiempo un viejo principio que ha prestado su concurso para el sostenimiento de posiciones contrarias a aquella, como la del peligrosismo positivista, expresivas de Estados totalitarios y autoritaristas.

Ciertamente, el principio rector contenido en el art. 10 del estatuto penal no es de estirpe democrática. Tiene como base el principio de la igualdad de todos ante la ley, que no es sino una proclama romántica dieciochesca ajena por completo a una realidad social estratificada, en la cual hay sectores, grupos o clases sociales distanciados por brechas abismales, cuyas alternativas culturales están igualmente alejadas. Desde luego que se viola el principio de culpabilidad, que tiene como función político-criminal la limitación del poder estatal, a diferencia del principio de responsabilidad objetiva, que presta sus servicios al autoritarismo de Estado, para el que la ficción legal del conocimiento de la ley es un necesario punto de partida para un ejercicio despótico del poder.

Durante la vigencia del nefando "Estatuto de Seguridad Nacional" —nuestra versión de la estrategia subcontinental de la "seguridad nacional"— fueron frecuentes los casos de ciudadanos que alegaron no tener conocimiento de que portar una navaja, un cuchillo de mesa fuera delito, pero estaba escrito allí en un decreto intempestivo de aplicación contundente e inmediata cuyas consecuencias hoy son conocidas. Víctimas de esta arma del Estado contra la sociedad, caían los mensajeros y cobradores que cargaban su cuchillo para defender sus bicicletas, valores y cobranzas, el humilde trabajador que debía regresar a su hogar por entre calles de violencias, etc. Muchos no estaban enterados de esas prohibiciones penales, y se sorprendían además de saber hasta qué extremos podía llegar el Estado.

El maestro LUIS CARLOS PÉREZ, asume una posición contundente contra el aludido principio:

"Una de las más cultivadas ficciones jurídicas es la de que la ley es conocida por todas las personas a quien pueda dirigirse. Ficción muy cómoda para quien dicta o mantiene la norma, pero de deplorables efectos en las víctimas de esa permanente amenaza. Es una subversión de la buena fe, un ataque larvado contra los pobres y los ignorantes, una exaltación del poderío estatal y una negación práctica de los desajustes sociales. Se presume idealmente la igualdad del saber, lo cual es evidentemente absurdo, pues a veces ni los redactores de las normas se dan cuenta de su contenido y de su alcance". (*Tratado de derecho penal*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 72).

Páginas más adelante agrega:

"El conocimiento de la ley no puede ser jamás una presunción, ni menos presunción de derecho. Es apenas una ficción generalmente admitida para garantizar el imperio de los mandamientos dictados a nombre del «soberano», entendiéndose que este no ha sido jamás el pueblo en su conjunto, sino una persona, una familia, una casta, una secta, algunos grupos políticos, una clase social". (*Ob. cit.*, pág. 317).

Por su parte el joven jurista HERNANDO LONDOÑO BERRÍO, critica el citado principio anotando su contradicción con el también principio rector contenido en el art. 12 del C. P. sobre las funciones de la pena:

"En primer lugar, es cierto que la falta de instrucción y educación son fenómenos muy extendidos en nuestro país, por ser ostensibles los índices de analfabetismo en todos los sectores, y que ello dificulta el acceso a la cultura general; ello significa que, en estos casos, es perfectamente factible el desconocimiento de los primordiales derechos y deberes que a los sujetos les compete como ciudadanos de Colombia. Pero la ignorancia llevada a dichos extremos es más digna de excusa y conmiseración que de indignación y reproche, pues tiene arraigo, no en la decisión voluntaria del individuo, sino en las condiciones injustas a las que lo ha obligado a vivir la sociedad.

En estas situaciones, como en las del delito en general, el sistema punitivo que se integra a las formas de control social, forma parte de un sistema social que cierra y limita las posibilidades de que el sujeto se acomode a las exigencias o prescripciones que ella impone, y lo pone en un círculo de alternativas tan estrecho, que el delito es la posibilidad más viable y razonable a la situación". (*El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 115).

A esto podemos añadir que estas ficciones cuestionables no solamente las encontramos en las leyes ordinarias (el criticado principio también se encuentra en el art. 9º del C. C. y en el 56 del C. de R. P. M.) sino en la propia Ley Fundamental de la Nación, como cuando se habla, por ejemplo, en el título III "De los derechos civiles y garantías sociales", de que el trabajo es una obligación social (art. 17) o que "Toda persona es libre de escoger profesión u oficio ..." (art. 39), cuando sabemos en lo concerniente a lo primero, dada la magnitud de la población desempleada que el trabajo es más bien un privilegio, o con relación a lo segundo, que la gran mayoría de la sociedad colombiana no puede darse el lujo de escoger su actividad económica ante la desproporción de la oferta de fuerza de trabajo y su demanda.

No podemos en la labor de aplicación de la ley ignorar la existencia de estos mitos jurídicos, porque si lo que pretendemos es una mayor justicia, dentro de un concepto democrático de ella, ese fin nos impone descubrirlos.

En el caso que calificamos, la desmitificación del principio del conocimiento universal de la ley nos lleva a la conclusión de que a los señores S. D. A. C. y H. E. F. no hay reproche penal que hacerles. La ignorancia invencible de que su actuar estuviera definido como delictual los releva de esta situación judicial. Por lo tanto la calificación que procede es la del sobreseimiento definitivo.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, Valle.

RESUELVE:

1º) *Sobreser en forma definitiva* respecto de los sindicatos S. D. A. C. y H. E. F., de condiciones civiles y personales conocidas en autos, en razón de los hechos que fueron

objeto de investigación en estas diligencias y por los cuales rindieron indagatoria.

2º) En firme esta providencia, archívese el expediente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 492 del C. de P. P.

COMENTARIO

Para comenzar, una breve advertencia: el criterio de selección para la publicación de algunas providencias, no es el de que coincidamos en un todo con los planteamientos teóricos o fácticos que en ellas se hagan. Abiertos como somos a la difusión y al debate de ideas, el factor determinante es que la providencia plantee problemas y avive la discusión. Las providencias relacionadas con la problemática del error, que publicamos, son una buena muestra de que lentamente se ha ido alcanzando un buen nivel de discusión técnica en nuestro medio, en lo atinente a algunos puntos de la teoría del delito.

En efecto, como se sabe, existen dos teorías sobre la concepción del dolo: de un lado, la TEORÍA DEL DOLO, que lo concibe como un dolo *malo*, compuesto no solo por la conciencia del aspecto material del hecho sino por la conciencia de la antijuridicidad; por otro, la TEORÍA DE LA CULPABILIDAD, propia de la Escuela Finalista, conforme a la cual el dolo simplemente es la intención de realizar el tipo legal, pero prescindiendo de la conciencia de la antijuridicidad (actual o potencial) que hace parte de la culpabilidad, como elemento del *juicio de reproche*, con la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta.

Según la primera posición doctrinaria, la problemática del error, bien de tipo o de prohibición, se estudia en la culpabilidad, mientras que para la segunda, opera distinto: si el dolo se ubica en el campo de la acción típica en cuanto la voluntad hace parte de la acción y el tipo no es más que la descripción de la acción, en los casos de error de tipo no hay *voluntad* de realización del hecho, no hay acción típica. Según ello el error sobre alguno de los elementos de la descripción legal descarta la existencia de la acción típica dolosa y si el error es vencible queda solo la posibilidad del reproche a título de culpa, cuando la ley expresamente lo consagra.

En cambio, el error de prohibición, es decir sobre la valoración de la conducta en relación con el ordenamiento jurídico o el error sobre la permisón de ella, se estudia en el campo de la culpabilidad. Tales son los planteamientos de la Teoría Finalista de la Acción, susceptibles de ser llevados a la legislación como lo demuestra la consagración de los mismos en el Código Penal alemán vigente desde 1975¹.

Ahora bien: nuestro Código Penal opta por la división entre "error de tipo" y "error de prohibición", dejando atrás la división tradicional que distinguía el 'error de hecho' del 'de derecho'. Esto sobre la base de que el tipo contiene tanto elementos *descriptivos* como *normativos*, pudiendo ser estos últimos valoraciones de carácter ético-social o de carácter jurídico (ejemplo de lo primero, el concepto de "imputaciones deshonrosas" del art. 313, o el carácter de "ajeneidad" de la cosa del art. 349). Por ello, el error de derecho de la doctrina tradicional,

¹ HANS WELZEL escribió un importante artículo sobre la manera como los postulados básicos de la teoría finalista podrían ser concretados en la parte general del Código. "Was Würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken?", en *Materialien zur Strafrechtsreform*. Bonn, 1954, vol. I, págs. 45 a 53.

puede ser en la normatividad actual un "error de tipo", o más exactamente, un "error sobre algún elemento de la descripción legal". Así, quien toma la cosa ajena, creyéndola propia por su parecido externo; a su vez, un error de derecho puede fundamentar un error de prohibición: quien se cree atacado y responde la agresión, obra dentro de un "error de prohibición". Del mismo modo este puede consistir en un error de derecho: quien ignora la ley prohibitiva y cree que su actuar está permitido².

Pero, ¿cómo saber si estamos en presencia de un error de tipo o de prohibición? La sentencia del B.G.H. (Tribunal de Reino) alemán, parece ser de gran ayuda: en el error de tipo, el sujeto no sabe lo que hace, mientras que en el error de prohibición, "el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido"³.

Con base en lo anterior, valdría la pena señalar en relación con la providencia del Tribunal Superior de Montería, que si bien es correctamente solucionado el problema en el campo de la culpabilidad, excluyéndola, también es cierto que parece cuestionable la afirmación de que se trata de un *error de tipo*, pues en realidad, a juzgar por la parte de la indagatoria que se transcribe, el sujeto sabía que las cajas no le pertenecían y en consecuencia conocía el carácter de ajeneidad. No en vano dice: "... en vista de que él me había hecho lo que me hizo y como dije antes yo necesitaba mi bodega y nadie aparecía como propietario, las retuve ahí por dos años, bueno como necesitaba y nadie aparecía y necesitaba mi bodega, yo me ví obligado a venderlas yo estaba recibiendo era perjuicio...". Incluso el mismo tribunal afirma que por el hecho de haber desaparecido el que había dejado allí las cajas, se creyó por parte del procesado que "teníase derecho a proceder como actuó". Esto significa que el procesado creyó tener derecho a vender una cosa ajena, o sea que el error versó no sobre el carácter de ajeneidad sino sobre la permisón. Aquí serían aplicables las palabras de WELZEL:

"Quien sustrae a otro una cosa, que cree erróneamente propia, se encuentra en error de tipo (no sabe que sustrae una cosa ajena). Quien cree, sin embargo, tener derecho de autoayuda para sustrae una cosa ajena (por ejemplo como acreedor frente al deudor insolvente), se encuentra en un error sobre la antijuridicidad de su hacer. Quien no sabe que la cosa que ha retirado está pignorada, incurre en un error sobre el tipo (sobre una circunstancia del hecho); quien lo sabe, pero cree erróneamente tener un derecho a alzar la prenda, se encuentra en un error de prohibición"⁴.

La ubicación del caso en un error de prohibición trae aparejada la posibilidad de deslizar la cuestión a un "ejercicio arbitrario de las propias razones" (C. P., art. 183). Sin embargo, este tipo exige una conciencia clara de la antijuridicidad: el agente sabe o cree que tiene el derecho y *que debe recurrir a la autoridad* y, a sabiendas de ello, se hace justicia por su propia mano. Este, sin embargo, no fue el caso discutido, pues, se insiste, el sujeto tenía la conciencia de poder obrar como obró: parece configurarse la creencia en un "derecho de autoayuda", lo cual sería un caso de error de prohibición. Claro que, en última instancia, desde un punto de vista práctico, la diferente fundamentación metodológica no tiene mayor incidencia (al menos en el Código Penal nuestro), si se acepta que la última parte del art. 40 (los casos de error vencible) se aplica lo mismo al "error de tipo" que al "error de prohibición".

² Sobre la no concordancia, puede verse a HANS WELZEL: *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Edit. Ariel, 1964, pág. 116 y *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1970, págs. 233 y 234. En la doctrina colombiana; puede verse a FERNANDO VELÁSQUEZ V.: "La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales", en esta misma Revista, núm. 24, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 204.

³ Citado por WELZEL: *Derecho penal alemán*, cit., págs. 232 y 233.

⁴ HANS WELZEL, *idem*.

Una anotación final: si bien no estoy de acuerdo con el tribunal en cuanto afirma la existencia de un "error de tipo", me parece muy importante la consideración del fallo en el sentido de que la solución del problema del "error de tipo" en el campo de la acción típica (como lo hace la teoría finalista), traería dificultades de acuerdo con nuestra legislación procesal, en orden a la indemnización de perjuicios, en virtud de lo dispuesto por el art. 30 del C. P. P. Solucionando el problema en el campo de la culpabilidad, queda la posibilidad de la indemnización, pues de todas maneras se deja claro que existió un hecho típico y dañoso, es decir, antijurídico, que viene a ser el fundamento indispensable para la mencionada indemnización.

Los anteriores son, pues, unos comentarios breves entre los muchos que suscita la providencia que muestra, como decía el principio, un muy buen nivel de discusión en nuestra doctrina y jurisprudencia. Lo mismo puede decirse de la interesante providencia del Juzgado 2º Penal del Circuito de Cali, que nos sitúa ante un típico caso de error de prohibición directo por ignorancia de la ley prohibitiva que reivindica en toda su extensión la vigencia del *principio de culpabilidad*, como norma rectora de la ley penal colombiana, y cuyos planteamientos comparto en su integridad.

NOÍER AGUDELO BETANCUR

Cartas al Director

Señores*

Revista Nuevo Foro Penal
Al Dr. Juan Fernández Carrasquilla y
Al Dr. Nódier Agudelo Betancur
Ap. Aéreo 53006
Medellín (Colombia)

Muy respetados y apreciados colegas:

Me ha alegrado mucho su honrosa invitación a participar en un homenaje a Francesco Carrara; con mucho gusto me encargaré de escribir un artículo.

Mi artículo se ocupará del sentido y fundamento del sistema de sanciones jurídico-penales, para lo cual parto del presupuesto de que el hecho punible en un moderno derecho penal de un Estado de Derecho no puede renunciar a las sanciones jurídico-penales como punto de partida; en este sentido creo corresponder al tema general por ustedes elegido. Por razones idiomáticas suficientemente conocidas, les enviaré antes de marzo de 1987 mi artículo escrito en lengua alemana. Espero el visto bueno de ustedes.

Me he alegrado mucho, tener la oportunidad de saber algo de ustedes.

Con mis más calurosos saludos,

de ustedes,

KARL HEINZ GÖSSEL.

* Publicamos a continuación cartas de dos distinguidos colaboradores de la Revista, quienes anuncian su participación en el libro-homenaje que publicará la Editorial Temis, con motivo del primer centenario de la muerte del maestro FRANCESCO CARRARA. *Nota del Coordinador*, quien ha hecho la respectiva traducción del original alemán.