

LA PROBLEMÁTICA DEL ERROR EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ACTUALES

(A propósito de una providencia de la Corte)*

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.**

“...ya los jueces penales se sentirán exonerados de saber los rudimentos de su ciencia y los civiles la propia, y así hasta el infinito...”.

Aunque no compartimos el enfoque dogmático que el salvamento de voto del magistrado GÓMEZ VELÁSQUEZ plantea, sí nos identificamos ampliamente con los cuestionamientos político-criminales que ha formulado; por ello hemos escogido como epígrafe de este trabajo un aparte de su escrito, que, en nuestro sentir, refleja de manera cabal la problemática que ha venido suscitando —y que seguramente habrá de suscitar— la decisión de la Corte en la jurisprudencia que aparece en la sección correspondiente de esta edición, la cual ha contado con la ponencia del magistrado REYES ECHANDÍA, al mismo tiempo una de las cabezas más visibles de la doctrina colombiana.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La decisión de la alta corporación, así como el salvamento de voto, nos sitúan ante la problemática del error en general, y del error de prohibición directo en su modalidad de *error de interpretación* en particular. La *teoría del error* es tal vez el más intrincado problema de la parte general del derecho penal, y el que mayores dificultades teórico-prácticas plantea.

Antes de formular las observaciones que nos ha deparado la lectura de la providencia y de su salvamento, haremos en primera instancia una ubicación histórica de la decisión, para lo cual acudiremos a las doctrinas alemana y colombiana, así como a la jurisprudencia; este recorrido nos llevará desde la tradicional clasificación romana, ya superada, de error de hecho-derecho, hasta la moderna división de error de tipo-prohibición. Más adelante, en el acápite tercero, expondremos las orientaciones de la actual doctrina colombiana, para entrar luego, por separado,

* Este trabajo tiene como finalidad desarrollar las inquietudes surgidas no solo con motivo de la decisión de la Corte, sino del salvamento de voto, de fecha mayo 24 de 1983, y que el lector podrá consultar en nuestra sección de jurisprudencia.

** El autor es profesor de Derecho Penal en la Universidad de Medellín.

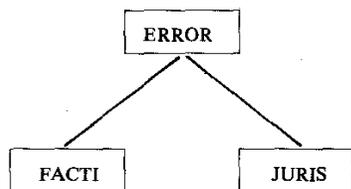
al desglose de los trabajos aludidos, oportunidad en la cual pondremos de manifiesto cómo la providencia se afilia a la llamada *teoría del dolo*, sostenida por la mayor parte de la doctrina y que ofrece serios reparos político-criminales, y termina concluyendo que el error de interpretación invocado no existió, tal como lo plantea el magistrado disidente. Finalmente, luego de un breve balance, expondremos las perspectivas futuras que se abren a la doctrina y a la jurisprudencia, sobre los tópicos aquí involucrados y cuya discusión apenas comienza.

II. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA TEORÍA DEL ERROR

Punto de partida de la actual sistemática del error, es la distinción error de tipo-prohibición, implementada por la doctrina alemana y acogida por la jurisprudencia de aquel país desde 1952¹, así como por la legislación penal². Pero llegar a esta clasificación ha supuesto todo un proceso evolutivo, que es bueno reseñar, así sea someramente.

A. Teoría originaria

Desde la época romana se habla de *error facti* (error de hecho) y *error juris* (error de derecho): el primero eximía de responsabilidad como norma general; el segundo solo excepcionalmente, pues regía en toda su integridad el principio de que a nadie le está permitido ignorar las leyes (*nemine licet ignorare jus*), y en consecuencia se presume que todo el mundo las conoce, de donde resulta que aunque uno las ignore, le obligan lo mismo que si las hubiera conocido (*nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat*³). La estructura siguiente nos explica esta distinción⁴.



Ej.: Un hombre es tomado por un espantapájaros.

El error es relevante.

Ej.: Una persona sustrae del comercio un producto considerado "oficialmente" como de primera necesidad, sin conocer la prohibición (C. P., art. 229).

El error es irrelevante.

¹ Esta sentencia, según palabras de JESCHECK, "constituye un hito que señala el inicio de una etapa en la historia moderna de la ciencia del derecho penal". Cfr. HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, trad. de Muñoz Conde y Mir Puig, Barcelona, Ed. Ariel, 1981, pág. 622.

² Véase el *Strafgesetzbuch* (Código Penal) editado por la C. H. Beck'sche Verlag, edición de 1981, pág. 21.

³ Las excepciones a la inexcusabilidad del *error juris*, han sido magníficamente tratadas por CONSTANCE AMOR Y NEVEIRO en el apéndice a la obra de ISAAC ROVIRA CARRERO, *Derecho penal*, t. II, Madrid, Edit. Reus, 1916, págs. III y ss. Sobre la evolución histórica cfr. SCIPIONE PIACENZA, *Errore ed ignorantia di diritto in materia penale*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1960, págs. 61 y ss.

⁴ Para la estructuración seguimos a FRITJOF HAFT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, Verlag C.H. Beck, 1980, págs. 198 y ss.

Esta fue la distinción que imperó entre nosotros durante muchos años; en efecto, las codificaciones anteriores a la de 1936 no hacían diferenciación alguna y se contentaban con consagrar la presunción de que "la ignorancia de la ley no excusa"⁵; pese a esto, nuestro primer tratadista de derecho penal, CONCHA, quien comentó el estatuto del año 1890 en sucesivas ediciones de su *Tratado*, distinguió el error de hecho del de derecho, e identificaba para efectos jurídicopenales el *error* y la *ignorancia*. Según este autor, el agente incurre en *error de hecho*, cuando "le falta la noción exacta de una cosa" o presenta una "apreciación inexacta de ella", evento en el cual no hay lugar a "culpabilidad"⁶, como en el caso de quien contrae matrimonio con una mujer casada creyéndola viuda.

Esta última especie de error es inculpable cuando "el mal causado constituye un accidente; si cualquier hombre pudo, en iguales condiciones, encontrarse en las mismas circunstancias e incurrir en el mismo error"⁷; ahora bien, si el error es imputable a culpa del autor del hecho y se trata de una falta no intencional, "hay que averiguar si la ley castiga o no en el delito una culpa de esa naturaleza"⁸.

Distinta es la situación en el *error de derecho*: cuando el agente trate de establecer su buena fe demostrando que por ignorancia de la ley o por *interpretación falsa de ella*, no conoció el carácter ilícito del acto que se le imputa, habrá culpabilidad y por ende responsabilidad, pues rige ampliamente el aforismo *nemo jus ignorare censetur*; este error solo podría excepcionarse cuando el autor "pruebe que le ha sido absolutamente imposible conocer la ley y que no hubo culpa suya al violarla. Pero estas circunstancias son tan raras, que es difícil suponerlas"⁹.

En Alemania el *Tribunal Supremo Imperial* (Reichsgericht), partiendo del § 59 del C. P. de 1871, sostuvo la misma concepción del error, que también imperó entre nosotros como se desprende del texto del art. 23, ords. 2 y 3 del anterior estatuto penal, que consagra la *ignorancia* y el *error de hecho y de derecho* como "causales de exención de la responsabilidad criminal". La interpretación del texto legal no fue, sin embargo, pacífica en la doctrina: una corriente¹⁰ sostuvo que

⁵ En efecto, el Código de 1837 así lo estipulaba en su art. 93: "serán castigados conforme a este código, sin que sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se prescribe...". Idéntica consagración en codificaciones posteriores, como el Código del Estado de Antioquia de 1868, art. 117; el de 1873, art. 77; y la ley 19 de 1890, art. 20.

⁶ JOSÉ VICENTE CONCHA, *Tratado de derecho penal*, 7ª ed., Bogotá, Librería Americana, 1929, pág. 81. La 1ª edición data de 1896.

⁷ Ob. cit., pág. 82.

⁸ Ob. cit., pág. 82.

⁹ Ob. cit., pág. 83.

¹⁰ Como voceros de esta corriente, podemos señalar los siguientes: ANGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal*, t. I, Parte general, Medellín, Ediciones de la Univ. Pontificia Bolivariana, 1948, págs. 111 y ss.; SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos de derecho penal*, 3ª ed., Colección Jurídica Bedout, Medellín, 1977, págs. 361 y ss. La primera edición data de 1952 y la hizo la U. Pontificia Bolivariana; AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, *Derecho penal colombiano*, Parte general, Bucaramanga, Imprenta Departamental, 1952, págs. 228 y ss.; BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal colombiano*, Bogotá, Ediciones Lerner, 1963, pág. 192; De la misma opinión REYES ECHANDÍA, quien sostuvo que por "expreso mandato del legislador (el num. 3º del art. 23) solo excusa cuando sea determinado por la fuerza mayor y se refiera a norma contravencional". Cfr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal colombiano*, Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1964, págs. 243 y 244; BENJAMÍN IRAGORRI DIEZ, *Curso de derecho penal general colombiano*, Popayán, Publicaciones de la Universidad del Cauca, 1968, págs. 140 y ss.

el Código no les daba importancia al error ni a la ignorancia de derecho sino tratándose de contravenciones, con lo cual se interpretaba de manera exegética el ordinal 3° del art. 23, y se entendía dicho ordinal como una excepción a lo preceptuado en el 2°; otro sector, en cambio, era de la opinión que también el error y la ignorancia de derecho podían alegarse en materia de delitos; para algunos solo en caso de delitos políticos, para otros solo para los llamados “delitos artificiales”, o bien para todo tipo de delitos en general^{10 bis}.

La jurisprudencia, por su parte, hablaba siempre de error de hecho-derecho, dándole trascendencia solo al primero¹¹.

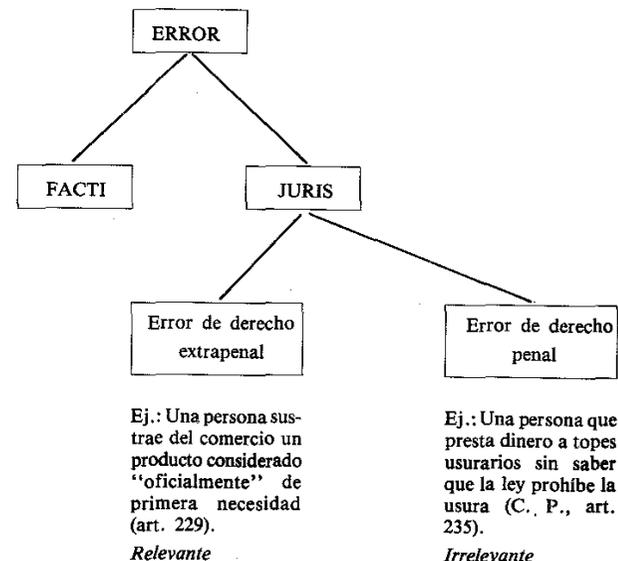
B. Teoría modificada

Como la división tradicional implicaba la exigencia de un conocimiento completo de los preceptos y prohibiciones jurídicas, lo que era poco equitativo, se implementó la distinción del *error de derecho en penal y extrapenal*. En estas condiciones, el error de derecho extrapenal sí excusaba, no así el penal; claro está, que a esta nueva diferenciación se le objetó, que de un lado no era posible realizar una distinción precisa entre lo que había de entenderse por una u otra forma de error, y que del otro, en el ámbito del derecho penal se presentarían sectores desconocidos, cuyo conocimiento sencillamente no sería exigible. La estructura siguiente, nos explica esta modificación.

^{10 bis} En cambio le reconocen eficacia excluyente al error y/o a la ignorancia de derecho (algunos los distinguen, otros los identifican para efectos jurídico-penales), bien de manera amplia, bien de manera restringida, los siguientes autores: CARLOS LOZANO Y LOZANO, *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1979. En su pág. 236 dice: “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”. La 1ª edición data de 1950 y la imprimió la Universidad Nacional; LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 118; SERVIO TULLIO RUIZ, *La estructura del delito en el derecho penal colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 170; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de derecho penal*, Medellín, Ed. Salesiana, 1972, pág. 244.

Por su parte, ARENAS afirmaba que la ignorancia o el error de derecho puede alegarse tanto en las contravenciones como en los delitos de “creación legal”, por oposición a los “naturales” en los cuales no podía invocarse. Cfr. ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones de la Universidad Nacional de Colombia, 1968 (la 1ª de 1964), pág. 252; ROMERO SOTO, a su vez, preconizaba la exención en casos de “ceguera jurídica”, pues tal situación “...hace que el error de derecho no pueda ponerse a cargo de tales personas, ya que ellas son incapaces de comprender la norma y de sentir su imperio. Lo mismo puede decirse de la ignorancia de la ley”. Cfr. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 244. Como algo novedoso, encontramos que este autor llega a pronunciarse por la atenuante en los casos de vencibilidad del error; MESA VELÁSQUEZ era de opinión que la ignorancia invencible solo excusaba si se trataba de la ley extrapenal o de delitos políticos, y obviamente, de contravenciones. Cfr. LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1974, págs. 242 y ss. La 1ª edición data de 1962 y la imprimió la Univ. de Antioquia.

¹¹ Entre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que hacen la distinción, se podrían citar las siguientes: octubre 23 de 1947, “G. J.”, t. LXIII (2057-8); julio 8 de 1960, “G. J.”, t. XCIII (2228-9); 15 de diciembre de 1959, “G. J.”, t. XCI (2217-19).



Esta distinción tuvo eco entre nosotros, tal y como se comprueba en el estudio de la doctrina y la jurisprudencia¹², hasta que entró en vigencia el C. P. de 1980, aunque ya la doctrina se empezaba a hacer eco de la clasificación error de tipo-prohibición, siguiendo los dictados de la doctrina y la jurisprudencia alemanas. En este país, como es sabido, ya en 1908 VON HIPPEL planteaba la distinción entre error sobre la realización del hecho y error sobre la antijuridicidad, que se vería reafirmada hacia 1925 con los planteamientos de GRAF ZU DOHNA, y que serviría luego para afianzar la sistemática preconizada por el finalismo, para terminar con la acogida que le tributó la jurisprudencia mediante decisión de marzo 18 de 1952, por obra del *Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof)*¹³.

C. La moderna división

Una vez que la jurisprudencia se sumó a la doctrina alemana, se generalizó la nueva clasificación, y la división tradicional quedó definitivamente superada.

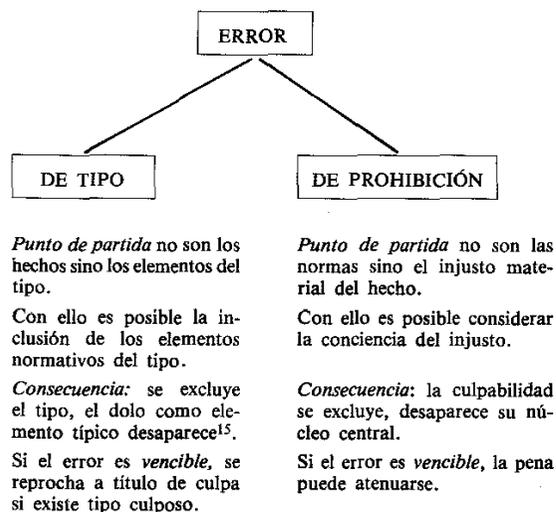
¹² Efectivamente, autores como LOZANO Y LOZANO (ob. cit., pág. 236) dieron relevancia al error de derecho extrapenal. Lo mismo puede decirse de BARRIENTOS RESTREPO, ob. cit., pág. 363; ESTRADA VÉLEZ, ob. cit., pág. 242; REYES ECHANDÍA, ob. cit., ed. cit., pág. 234. Esto acarrearba, las más de las veces, la asimilación del error de derecho extrapenal al error de hecho. En la jurisprudencia debe destacarse la decisión de diciembre 15 de 1959, con ponencia de LUIS EDUARDO MEJÍA JIMÉNEZ, que reconoce implícitamente la relevancia del error de derecho extrapenal, pero lo rechazó en el caso en que se invocaba; Cfr. “G. J.”, t. XCI (2217-19), págs. 967 y ss.

¹³ Sobre esto véase a RICHARD BUSCH, “Über die Abgrenzung von Tatbestands und Verbotsirrtum”, en *Festschrift für Edmund Mezger*. München-Berlin, C. H. Bech'sche, Verlag, 1954, págs. 165 y ss., y a LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. VI, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1975, págs. 328 y ss. La decisión del Tribunal Supremo Federal, se puede consultar en *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* N° 2, marzo 18 de 1952, págs. 194 y ss.

Por ello, es explicable que el Proyecto Oficial de 1962 (§§ 18 y 19) y el Proyecto Alternativo de 1966 (§§ 20 y 21) la tuvieran en cuenta, consagrándola de manera expresa; lo mismo ha sucedido con la nueva Parte General vigente desde 1975. Con ello, ha encontrado la normativa del error una regulación diferente, en el centro de la cual están los preceptos del § 16 relativo al error sobre las circunstancias de hecho (error de tipo), y el § 17 (error de prohibición).

Sobre la nueva regulación ha dicho KRÜPELMANN: "Según el § 16, que se limita a apoyarse en el texto y en el contenido del § 59 del antiguo Código Penal, no hay dolo por desconocimiento de «las circunstancias que pertenecen al tipo legal»; si el error estriba en imprudencia (culpa), y existe el correspondiente tipo culposo, el autor será penado a título de culpa (§ 16, inc. 1º, parte 2ª). El error de prohibición no tiene antecedentes en el anterior Código Penal, y ha sido descrito como «la falta de comprensión del injusto del hecho»; el error de prohibición no descarta el dolo; si es invencible, el autor obra sin culpabilidad, si es vencible la pena puede disminuirse (§ 17, parte 2ª)"¹⁴.

La siguiente estructura nos explica lo anteriormente expuesto:



La moderna distinción ha sido lentamente introducida por nuestra doctrina, aún bajo la vigencia del derogado Código Penal¹⁶. A continuación nos ocuparemos de las diversas alternativas que plantea la actual doctrina colombiana.

¹⁴ JUSTUS KRÜPELMANN, "Die Strafrechtliche Behandlung des Irrtums", en *Deutsche Strafrechtliche Landsreferate zum X Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung Budapest*, Berlin-New York, 1978, pág. 6.

¹⁵ HAFT, ob. cit., pág. 200.

¹⁶ La distinción la introdujo entre nosotros REYES ECHANDÍA, cfr. ob. cit., edic. cit., pág. 237. Fue sostenida por ESTRADA, quien calificándola de muy técnica, clamaba por su introducción, pues "ofrece grandes posibilidades en cuanto simplifica extraordinariamente la problemática del error, y

D. La teoría del error en el Código de 1980

Si reparamos en el texto legal (art. 40, ords. 3 y 4), nos damos cuenta que no se ha consagrado, por lo menos operacionalmente, la distinción error de tipo-prohibición; quienes han implementado la nomenclatura han sido los doctrinantes colombianos. El actual art. 40 es básicamente el mismo art. 44 del Anteproyecto de 1974, reproducido luego por el Proyecto de 1978 (art. 44) y por el Proyecto definitivo (art. 42)¹⁷.

El estatuto consagra la "convicción errada e invencible" como causal de inculpabilidad, cuando el sujeto cree estar "amparado por una causal de justificación" (art. 40-3), o cuando tal fenómeno se debe a que "no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal" (art. 40-4, inc. 1º); ahora bien, "si el error proviene de culpa, será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo" (art. 40-4, inc. 2º). Semejante regulación ha despertado ya vivas polémicas, pese a la corta vigencia del Código; las teorías que se defienden fluctúan entre la llamada *teoría estricta del dolo* y la *teoría de la culpabilidad*.

Algunos autores piensan que el ord. 4º consagra el error de tipo tanto vencible como invencible, lo que parece evidente; sin embargo, ante la ausencia de la regulación del error de prohibición directo deciden incluirlo, como error de tipo, dejando el error indirecto de prohibición en el ord. 3º. Si el error de prohibición indirecto es vencible, tendrá el mismo tratamiento del error de tipo.

Otros ubican directamente el error de prohibición en todas sus formas en el ord. 3º, o bien reducen toda forma de error al de tipo. La otra alternativa es la que hemos propuesto recientemente a la luz de la teoría de la culpabilidad y partiendo de una sistemática del delito diferente. Estas posiciones podrían sintetizarse como sigue.

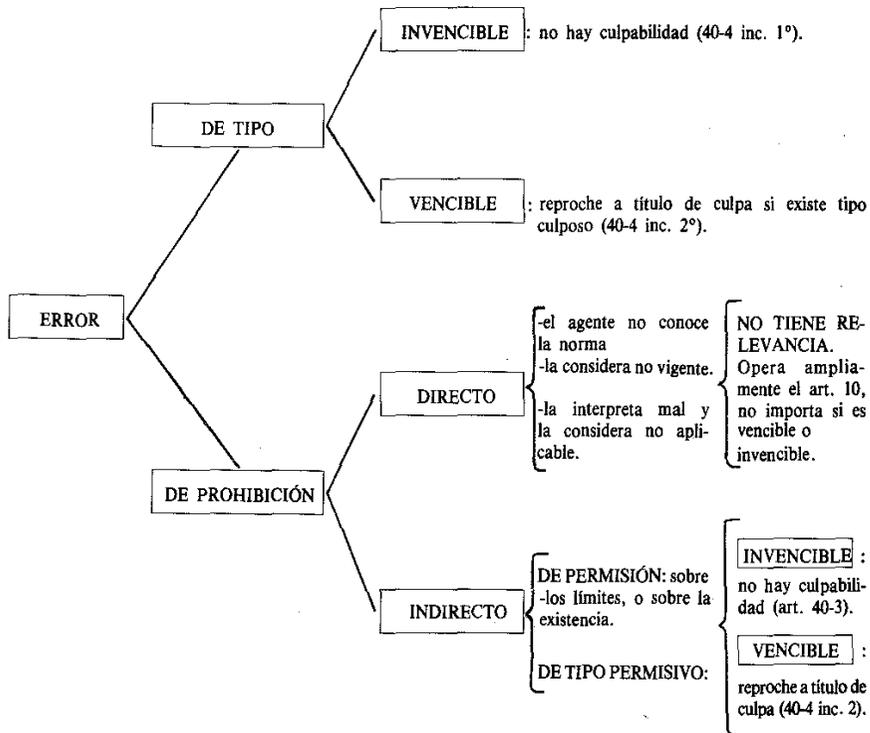
La *primera* de ellas, es la que hemos denominado *Teoría exegética*, la cual, pese a distinguir el error de tipo del de prohibición, sostiene que el Código solo ha tenido en cuenta el error de prohibición indirecto, al lado del error de tipo; sustentan esta afirmación en el contenido de la norma rectora vertida en el art. 10, de conformidad con la cual "la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones legales". Ahora bien, para superar los problemas derivados de la falta de regulación expresa del error indirecto vencible, hacen extensible a él el inc. 2º del ord. 4º.

La estructura que presentamos a continuación, explica claramente esta primera alternativa¹⁸.

elimina una discriminación que carece de fundamento" (ob. cit., pág. 241). Claramente la ha formulado NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "Diversos contenidos de la estructura del delito", en *Nuevo Foro Penal*, N° 1, Medellín, Acosta, 1978; págs. 21 y ss. Cfr. así mismo ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 220. También PÉREZ la ha sostenido, véase *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, pág. 100.

¹⁷ FERNANDO VELÁSQUEZ, "¿El inciso final del artículo 40 del C. P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición?", en *Nuevo Foro Penal*, N° 19, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 295 y ss. Aquí seguimos básicamente los lineamientos de este trabajo.

¹⁸ El esquema que formulamos sigue en gran medida la concepción de JESCHECK (ob. cit., págs. 411 y 626 y ss.), y al adoptarlo tratamos de explicar con él las diversas posiciones de la doctrina colombiana actual.



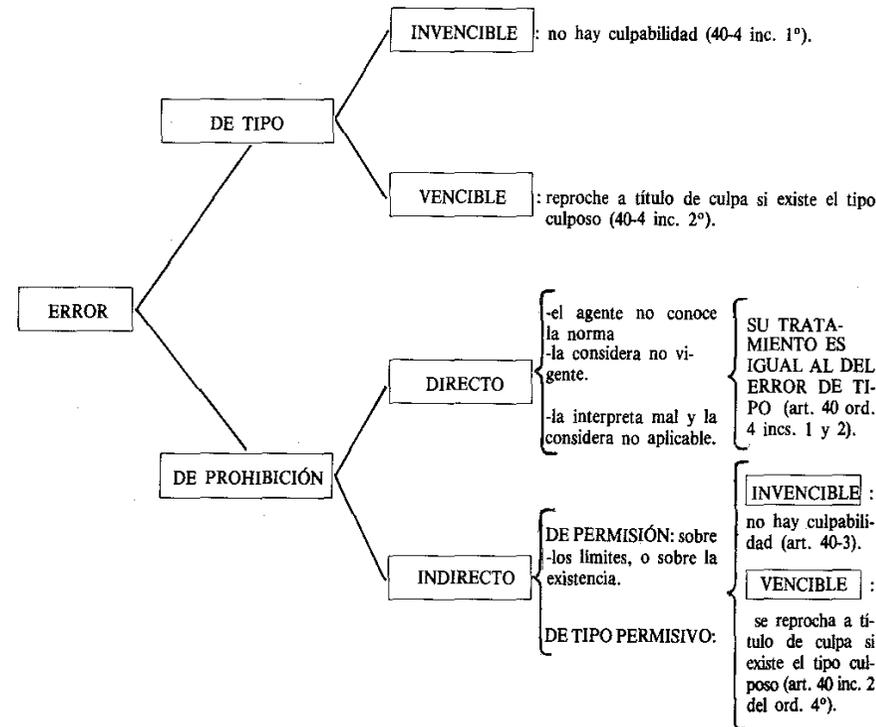
Nota. Dentro del error de tipo no incluyen el error sobre atenuantes y agravantes, el cual no parecen tener en cuenta.

Esta tesis supone una violación absoluta del principio de culpabilidad (C. P., arts. 5 y 61), pues no le da importancia a la conciencia de la antijuridicidad, que es núcleo de la culpabilidad y que es descartada por el error de prohibición. Condenar a una persona que ha obrado en circunstancias de error de prohibición invencible es, ni más ni menos, patrocinar una forma de responsabilidad objetiva, que la misma ley ha "proscrito". Defiende esta tesis ESTRADA y lo secundan otros autores¹⁹.

La segunda tesis, es la que confunde el error de prohibición directo con el error de tipo; la sostiene REYES y con él otros autores. Al igual que la anterior, supone la asunción de la teoría del dolo y por ende un esquema del delito cerradamente causalista; sin embargo, la distancia de la teoría exegética, el amplio cuestionamiento que

¹⁹ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal general*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, págs. 351 y ss. En el mismo sentido SERVIO TULIO RUIZ, *Teoría del hecho punible*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1980, pág. 39; ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 437 y ss.

hace de la presunción del conocimiento de la ley vertida en el art. 10 del C. P. y que considera violatoria del principio de culpabilidad, motivo por el cual entiende que esta norma es una mera declaración formal sin trascendencia alguna. Por ello, entonces, ante la ausencia de regulación expresa del error de prohibición directo, entiende que el error que recae sobre la existencia del tipo incriminador es un error de tipo; en estas condiciones se unifica el tratamiento del error: si es de tipo (bien sea que recaiga sobre alguno de sus elementos, o sobre el tipo incriminador) se ubica en el ord. 4°, sea vencible o invencible; si el error es sobre las causas de justificación en el ord. 3°, salvo que sea vencible, evento en el cual se hace extensivo el inc. 2° del ord. 4° para reprocharle al sujeto el comportamiento a título de culpa si existe tipo culposo²⁰. La estructura siguiente nos explica lo anterior.

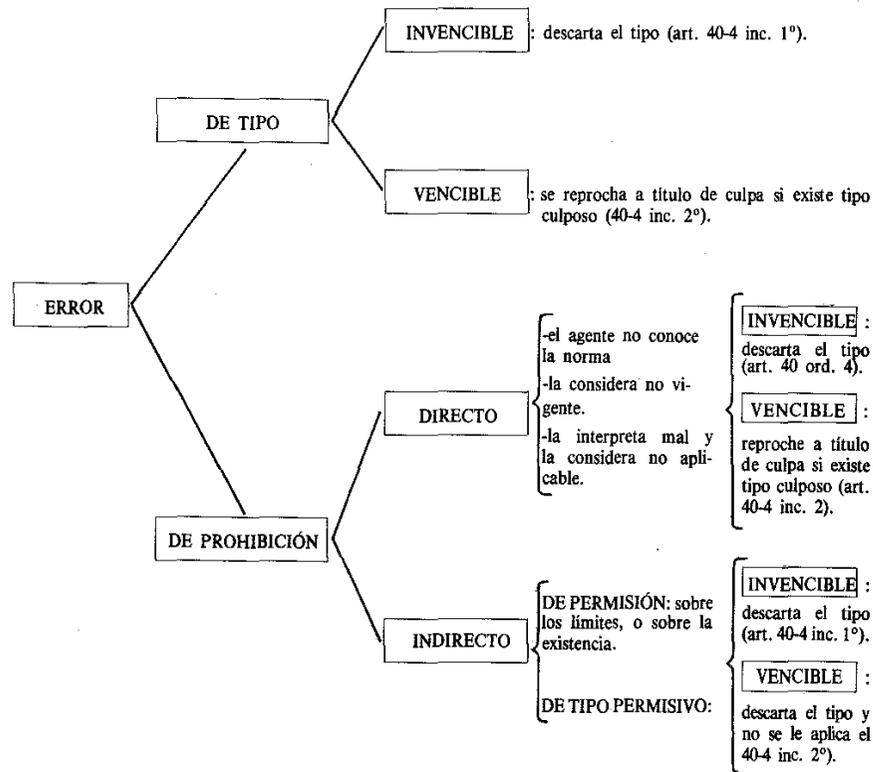


Nota. No parece tener en cuenta el error sobre circunstancias atenuantes y agravantes, dándole cabida en cambio al error sobre la inculpabilidad. Sin embargo un autor (LONDOÑO BERRIO) da relevancia al primer error.

La tercera tesis es en cierta medida una variante de la anterior, aunque partiendo de un esquema del delito muy distinto, en el cual la culpabilidad es el aspecto subje-

²⁰ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La culpabilidad*, Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1982, págs. 220 y ss. En el mismo sentido *Derecho penal*, Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 296 y ss. HERNANDO LONDOÑO BERRIO, *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Edit.

tivo del tipo a la luz de la concepción del *delito-tipo*, secundado por la teoría de los elementos negativos del tipo, y que en última instancia reduce todas las formas de error al error de tipo. La estructura siguiente nos muestra cómo se procede; es la *Teoría de Fernández*²¹.



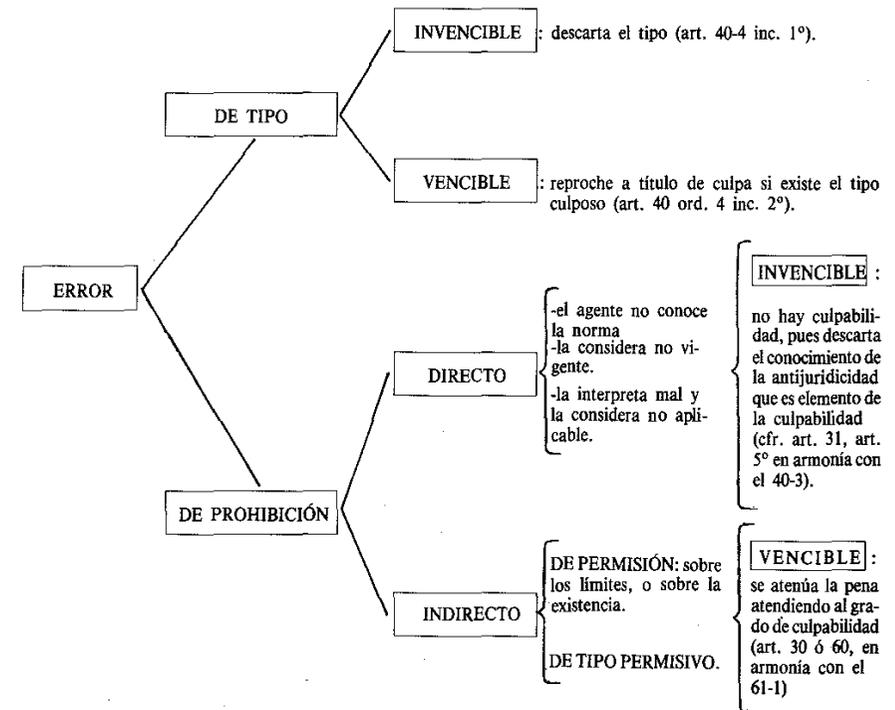
Nota. A diferencia de las dos anteriores, entiende que el inciso 2º del ord. 4º se refiere solo al error de tipo. Sugiere ubicar el error de prohibición directo en el 40-3 al estilo de LONDOÑO BERRÍO.

Esta tesis, al igual que la de REYES, termina desdibujando la distinción error de tipo-prohibición, de la cual paradójicamente parte; al tiempo que introduce la impunidad en materia de error de prohibición indirecto vencible, pues plantea que como la ley no lo ha consagrado, sancionarlo sería violar el principio de legalidad.

Temis, 1982, págs. 103 y ss. Este autor introduce una variante muy interesante, pues ubica el error directo al lado del indirecto en el art. 40-3, extendiendo al error de prohibición el ord. 4º inc. 2º cuando es vencible. Sobre la posición de REYES, ha dicho ESTRADA que el error de prohibición directo "no puede ser jamás error de tipo" (ob. cit., nota 19, pág. 358).

²¹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 300, 332, 362 y 462.

Finalmente, la *cuarta tesis* es la que hemos venido sosteniendo a la luz de los postulados de la *teoría de la culpabilidad*, de conformidad con la cual se deben asumir hasta sus últimas consecuencias los dictados de la moderna división, respetando los presupuestos de los que se parte. Hemos sostenido que no se puede extender, bajo ninguna circunstancia, el inciso 2º del ordinal 4º al error de prohibición indirecto, ya que en ningún momento los comisionados que redactaron los diversos anteproyectos hicieron tal extensión; además, el texto de la ley es sumamente claro al referirse solo al error de tipo, pues en el supuesto de que hubiera querido hacer la referencia pretendida, lo habría hecho expresamente. Inclusive, si leemos el texto de la providencia de la que nos ocupamos, encontramos cómo la Corte habla del "inciso final del numeral 4º del artículo 40", y no del inciso del art. 40, que es algo completamente distinto. Pensamos, así mismo, que en los casos de error de prohibición (directo e indirecto) procede la atenuante en los eventos de vencibilidad, que podría ser cualquiera de las atenuantes de la parte general que se imponen atendiendo al grado de culpabilidad (art. 61-1 en armonía con el art. 5º), destacándose la del art. 30 por entrañar una mayor disminución, aun por encima de la del art. 60 que hemos propuesto anteriormente; ahora bien, si el error de prohibición es invencible, aunque la ley no lo ha previsto de manera expresa, debe reconocerse la causal de inculpabilidad interpretando sistemáticamente el Código, como lo hemos sugerido en otra oportunidad²². Lo expuesto podría esquematizarse así:



Nota. El error sobre atenuantes y agravantes se trata como error de tipo.

Esta tesis es la que consideramos más correcta, pues nos evita caer en una férrea teoría del dolo que deja innumerables vacíos de punibilidad, ya que nuestro ordenamiento, a diferencia de otros, solo consagra el reproche a título de culpa de manera excepcional. Una teoría del dolo, consecuente, podría sostenerse siempre y cuando se consagrara una culpa de derecho en la Parte General, extensible a todos los casos que la admitan; evidentemente, ello no se ha hecho entre nosotros²³.

III. LA DECISIÓN DE LA CORTE Y EL SALVAMENTO DE VOTO

Luego de haber ubicado históricamente la decisión, es hora de ocuparnos de las tesis involucradas en la misma y en el salvamento de voto.

A. La tesis de la Corte

A continuación comentaremos los puntos más sobresalientes de la providencia y que merecen un examen detallado.

1) *Se afirma que la procesada incurrió en un error de interpretación.* Por error de interpretación entiende WESSELS el que se presenta "cuando el autor, a causa de su interpretación equivocada, llega a representaciones falsas acerca de su ámbito de validez, y por esta razón estima que su conducta es jurídicamente admisible"; es un típico caso de error de prohibición²⁴. En estos casos el autor conoce la norma, pero desconoce que su conducta choca con ella, por efecto del error de interpretación²⁵.

No cabe duda que el error de interpretación es un error de prohibición; ello es de importancia, pues la providencia ha decidido ubicarlo como error de tipo, siguiendo lo que el ponente ha venido sosteniendo como doctrinante²⁶, esto es, que se trata de un error sobre la interpretación de los elementos estructurales del tipo penal, ya que "el agente actúa con la convicción de que su conducta no se adecua a la norma incriminadora, convicción que se deriva de una equivocada interpretación de sus elementos estructurales"²⁷.

²² Cfr. nuestro trabajo "El inciso final...", ob. cit., págs. 303 y ss. La teoría de la culpabilidad, la introdujo AGUDELO cuando se discutían los proyectos de Código Penal, en su trabajo sobre "Diversos contenidos...", ob. cit., págs. 13 y ss.

²³ Los casos de culpa en nuestro ordenamiento jurídicopenal, son básicamente los siguientes: arts. 137, 180, 199, 329, 340 *Código Penal*; 2000 *Código de Comercio*; 44 del decr. 1188/74; arts. 253, 187, 200, 273, 210, 234, 292, 294, 253 de la ley 141/61 o *Código de Justicia Penal Militar*; es bueno anotar que este estatuto sigue hablando de "ignorancia invencible" y de "error esencial de hecho y de derecho" (art. 22, ords. 2 y 3), siguiendo al art. 23, ords. 2 y 3 del C. P. de 1936. En los decretos 955/70 y 520/71, o *Código Penal Aduanero*, encontramos las siguientes hipótesis de culpa: arts. 15 y 21.

²⁴ JOHANNES WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg-Karlsruhe, C. F. Müller, Juristischer Verlag, 11ª ed., 1981, pág. 105.

²⁵ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, pág. 190.

²⁶ Así lo sostuvo durante las discusiones del Anteproyecto de C. P. de 1974. Cfr. LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal*, Parte general, vol. 1, Bogotá, Ediciones Pequeño Foro, 1980, pág. 324.

²⁷ Cfr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La culpabilidad*, cit., págs. 203 y 221.

Ahora bien, si el error de que hablamos se caracteriza como lo hemos hecho, cabe preguntarnos si en el caso en estudio existió o no el error invocado. En sentido negativo se ha pronunciado el Tribunal Superior de Medellín, lo mismo que el Procurador Segundo Delegado y el salvamento de voto; al respecto, sostiene el *a quo* glosado por la Corte, que la funcionaria incurrió en un delito de detención arbitraria²⁸ (privación ilegal de libertad), pues "lo hizo dolosamente ya que no es dable en su caso suponer ignorancia o alegar oscuridad en el texto de aquella disposición, ya que la claridad y elementalidad de su contenido no se presta a equívocos". El texto a que se refiere la transcripción es el art. 440 del Código de Procedimiento Penal²⁹.

La alta corporación, sin embargo, considera que existió error de interpretación, pues la funcionaria entendió "...que la captura y consiguiente privación de libertad que dispuso... no eran abusivas sino legítimas, sobre dos supuestos, a saber: que estando acusada de delito de injuria sancionable con pena de prisión, eran aplicables los arts. 426 y 437 del C. P. P., y que el art. 440 de la misma codificación solamente prohíbe dictar auto de detención a esta clase de sindicados, pero no impide su aprehensión previa"; sin embargo, de manera contradictoria, es la misma procesada citada por la Corte quien en su indagatoria admite que el art. 440 "...también se hubiera podido tener en cuenta para dejar en libertad a la señora L...".

Pues bien, ciertamente el art. 426 sostiene que cuando el delito esté sancionado con pena de prisión, el funcionario podrá librar orden de captura³⁰; pero lo que sí es totalmente inadmisibles es el segundo argumento, que o bien denota un alto grado de candidez o una ignorancia crasa: ¿cómo así que en los delitos de calumnia e injuria está prohibido dictar auto de detención? Que afirmación semejante la formule un lego en cuestiones jurídicas, es algo creíble y explicable; pero que sea justamente un funcionario con varios años de judicatura, con la experiencia suficiente, no puede generar más que el desconcierto. Indudablemente, la sindicada lo que pretendía era encubrir su arbitrario e injusto proceder, acudiendo a afirmaciones inverosímiles; hecho todavía más diciente, si se piensa que conociendo el texto del art. 440 no lo aplicó.

Entonces, si conocía el texto legal y sabía que podía aplicarlo, ¿cómo se quiere inventar un "error de interpretación" acudiendo a argumento tan baladí, que haría sonrojar a un estudiante de primer año de derecho? Bien vale la pena reparar en lo que el magistrado ponente ha venido sosteniendo en sus obras, entre ellas la más reciente de todas, donde afirma:

"no es suficiente alegar un error para lograr su reconocimiento judicial; necesario es que emerja del proceso la comprobación de su existencia"³¹.

²⁸ El art. 272 es del siguiente tenor: "Privación ilegal de libertad. El empleado oficial que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco años (5) y pérdida del empleo".

²⁹ Dice el art. 440 del C. de P. P.: "No podrá decretarse la detención preventiva por los delitos de calumnia e injuria". Esta disposición ha sido interpretada en diversas oportunidades por la jurisprudencia, en el sentido de que no se puede librar orden de captura contra persona sindicada por tales hechos punibles.

³⁰ Por lo menos así sucedía hasta hace poco, cuando se expidió la anacrónica y contradictoria ley 2ª de 1984, que modificó radicalmente en su art. 38 esta materia.

³¹ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 9ª ed., cit., nota 20, pág. 297.

Si algo se desprende del caso que se estudia es la inexistencia del error alegado, pese a lo cual fue invocado por la defensa, lo cual obviamente no significaba que se encontrase probado. Decisiones como esta, sin lugar a dudas, van a permitir que todo el mundo invoque este tipo de errores: desde los funcionarios que administran justicia cuando quieren cobijar los excesos y las arbitrariedades en que incurran, pasando por los que cumplen funciones de policía judicial y los cuerpos armados, hasta llegar a los abogados en ejercicio; pero no solo ellos, también quienes escudan sus actividades tras de organismos paramilitares que han sembrado la violencia en campos y ciudades, o los prepotentes funcionarios públicos que faltando a sus deberes se han adueñado del peculio público, y así mismo las delincuencias de cuello blanco tan en boga, etc. Todo porque en adelante se podrá alegar el desconocimiento de los más elementales conocimientos jurídicos y así hasta el más absoluto caos.

Esta decisión de nuestro más alto tribunal de justicia, riñe con previsiones jurisprudenciales anteriores, como pasamos a verlo seguidamente. En efecto, el 23 de octubre de 1974, había dicho la misma corporación:

"Las simples irregularidades de procedimiento provenientes de una mala interpretación de la ley, en ningún caso configuran delito, y es natural que el juez en la aplicación e interpretación de las leyes tenga amplias facultades, pero la facultad de interpretar la ley no concede al juez el derecho para desconocerla o aplicarla en sentido contrario a lo que ella establece... Si un funcionario público emite una providencia abiertamente contraria al texto claro de la ley, ejecuta con ello un acto antijurídico y no puede presumirse que lo haya hecho sin tener conciencia de ello, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art. 9º del Código Civil)"³².

Y el 2 de noviembre de 1951 sostuvo:

"Como lo ha dicho la Corte, el funcionario debe conocer la ley; el olvido de esta se presume doloso, no importa que aquel no sea, por sus antecedentes, idóneo para el desempeño expedito del cargo. Desde el momento en que acepta libremente recoger de sus manos la potestad soberana de la República de ejercer rectamente sus funciones y, por tanto, jura cumplir su deber, e igualmente el Estado atiende a su obligación de pagar sus servicios, el funcionario no tiene disculpa alguna para alegar olvido o impericia en el manejo y aplicación de la ley"³³.

En decisión de octubre 16 de 1970, dijo:

"Si es humano errar, forzoso es admitir que los funcionarios públicos, al interpretar los preceptos legales, pueden incurrir en equivocaciones, en que debe presumirse su buena fe, a menos de prueba en contrario.

"Mas, como lo ha dicho la Corte, esa presunción no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias o contrarias, pero no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues entonces debe exigirse todo el cuidado y diligencia posibles, para no violar derechos ajenos al aplicarlas"³⁴.

³² "G. J.", t. LXIII (2057-8), pág. 823.

³³ "G. J.", t. LXX (2107-8), pág. 879.

³⁴ "G. J.", t. CXXXVI (2334-6), pág. 238.

Indudablemente, la primera de estas decisiones reivindica abiertamente el principio de que "la ignorancia de la ley no sirve de excusa", tesis que era explicable bajo la vigencia del anterior Código Penal, aunque discutida a veces por la doctrina, pero que dado el rigor con que se expone plantea la imposibilidad de reconocer posibles errores de prohibición que se presenten. Hoy, cuando nuestro Código Penal ha consagrado excepciones a este principio y ha proclamado en toda su extensión el principio de culpabilidad (arts. 5 y 61), es indudable que tan radical tesis no puede ya ser sostenida, so pena de caer en odiosas formas de responsabilidad objetiva; sin embargo, pese a que esta decisión tan extrema de la Corte puede hoy ser ampliamente cuestionada, ello no significa que podamos caer en el polo opuesto al que hemos caído con la decisión del año 83, de conformidad con la cual basta con alegar el error de interpretación, para que sea reconocido; las sabias palabras de entonces siguen teniendo actualidad en cuanto a que si el funcionario tiene el derecho a interpretar la ley, ello no puede llevarlo a aplicarla en sentido contrario. Lo mismo podríamos decir de la segunda decisión, mucho más radical que la anterior, como que llega a presumir doloso el comportamiento del funcionario que incurre en una presunta detención arbitraria, sin dar pie para que se alegue siquiera el olvido o la impericia, lo cual nos parece grave, pues comporta ni más ni menos que predicar absurdas formas de responsabilidad objetiva.

Más ponderada en esta materia es la tercera decisión, que muy bien hubiera podido servir de modelo para el caso concreto, pues distingue a la hora de presumir la buena fe de los funcionarios en la interpretación y aplicación de la ley, si se está en presencia de disposiciones contradictorias que fomenten el equívoco, caso en el cual se presume la buena fe, o se trata de normas claras, expresas y terminantes, caso en el cual se debe exigir el cuidado y la diligencia debidos.

2) Considera la Corte que tal error es un error de tipo, pues este también comprende los eventos en que el error recae sobre la existencia misma del tipo incriminador. No entendemos por qué se ubica como error de tipo una forma de error de prohibición. Esa asimilación no tiene ningún fundamento lógico ni filosófico; desconoce la moderna división error de tipo-prohibición y termina confundiéndolos en una amalgama dudosa³⁵. Se asume así, en materia de la teoría del error,

³⁵ Bien vale la pena citar lo que dijo el *Bundesgerichtshof*, en su trascendental fallo de marzo 18 de 1952, para explicar la diferencia entre el error de tipo y el de prohibición, lo cual permite concluir que la asimilación propuesta es totalmente insostenible.

"Conciencia de la antijuridicidad significa: el autor sabe que lo que hace no está permitido, sino prohibido por la ley. Por ende, tal conciencia no se refiere a las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal, ni siquiera cuando estas consistan en relaciones o situaciones jurídicas, como acontece en el hurto con respecto a la condición de ajena de la cosa, o el secuestro en el quebrantamiento de secuestro. La creencia errónea de que falta una de estas circunstancias, origina un error de tipo, regulado en el § 59 del C. P. También aquí el autor toma por lícita su acción, pero por no saber lo que hace, su voluntad no va dirigida a la realización del tipo legal, y como falta el dolo respecto al hecho, no puede ser penado por comisión dolosa. Si el error es provocado por culpa, puede ser penado cuando existe el correspondiente tipo culposo. De otro lado, encontramos el error sobre la antijuridicidad, que se refiere a la acción prohibida por el tipo legal; el autor sabe lo que hace, pero erróneamente cree que es lícito" (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes*, cit., nota 13, págs. 196-7).

Queda entonces claro que si la conciencia de la antijuridicidad no se refiere a las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal, esto es, a los elementos del tipo, no se puede bajo ninguna circunstancia asimilar el error de prohibición al error de tipo, como lo hace REYES, pues ello supondría afirmar que la falta de la conciencia de la antijuridicidad descartaría la tipicidad; además, en el error de prohibición, el autor "sabe lo que hace, pero erróneamente cree que es lícito" como dice la decisión del tribunal alemán.

una *teoría del dolo* que supone un esquema causalista del delito y por ende la asunción de los postulados filosóficos que lo inspiran; esta teoría ha sido hoy casi totalmente recogida de la doctrina alemana, aunque está en boga en España, cuya codificación daba pie para la formulación de una culpa de derecho, hasta la reforma de 1983.

Como sostiene WESSELS, esta teoría "vio en el 'dolo' una característica de la culpabilidad que, al lado del conocimiento y de la voluntad de realizar el tipo (dolo de tipo), también abarca la conciencia del injusto"³⁶; se trata de un *dolus malus*, y como toda forma de error descarta el dolo, no habrá culpabilidad cuando el error es invencible, si es vencible se reprocha a título de culpa si existe el correspondiente tipo culposo. "Es superflua aquí cualquier distinción entre error de hecho y error de derecho o entre error de tipo y error de prohibición"³⁷, solo existe, entonces, un error relevante; esta es la *versión estricta*.

De otro lado, está la *versión limitada*, según la cual solo hay dolo cuando el autor, por "ceguera jurídica" u "hostilidad al derecho", le ha faltado la conciencia del injusto.

La doctrina, y con ella la Corte, se ha acogido a la versión estricta, con los peligros políticocriminales que ello supone, pues no solo se favorece una posición del destinatario jurídicamente indiferente, pues se excluye el dolo aun en presencia de errores de valoración muy graves, sino que donde faltan tipos culposos se favorece el surgimiento de innumerables vacíos de punibilidad, tal como ocurre en Colombia en virtud del sistema que en materia de regulación de la culpa se ha acogido³⁸.

Como nuestra Corte se ha pronunciado decididamente por la teoría del dolo, ha olvidado la *teoría de la culpabilidad*, que, precisamente, explica adecuadamente la distinción error de tipo-prohibición y evita los vacíos cuestionados; esta teoría, dice JESCHECK, "contempla la conciencia de la antijuridicidad como elemento autónomo de la culpabilidad, con la consecuencia de que aun faltando el conocimiento de lo injusto, puede hallarse justificada la pena por dolo si el error de prohibición era evitable"³⁹. El error de prohibición invencible hace la conducta inculpable, no así en los casos de vencibilidad, que como acabamos de decir, llevan a la atenuante; en cuanto al error de tipo invencible, procede la causal de atipicidad; en cambio si es vencible se reprocha a título de culpa cuando exista el correspondiente tipo culposo.

La teoría hasta aquí expuesta es la *estricta*; al lado de ella aparece la *versión limitada*, que da al error que recae sobre la existencia de las causales de justificación el tratamiento propio del error de tipo, pero solo en cuanto a sus efectos⁴⁰.

³⁶ WESSELS, ob. cit., pág. 102.

³⁷ WESSELS, ob. cit., pág. 102. Al respecto dice BUSCH: "Los adversarios de la teoría de la culpabilidad quisieran solo adherirse a la teoría del error del R.G., o darle la preferencia a la teoría del dolo, pues consideran que la diferenciación entre error de tipo-prohibición sería tan poco conducente como la diferenciación del R.G. entre error de hecho-derecho y entre error de derecho penal y extrapenal" (Cfr. "Über die Abgrenzung... cit., pág. 166).

³⁸ Sobre las críticas, cfr. WESSELS, ob. cit., pág. 102; también la decisión del Tribunal Supremo Federal citada, págs. 205 y ss.

³⁹ JESCHECK, ob. cit., pág. 623.

⁴⁰ Sobre ello, cfr. JESCHECK, ob. cit., págs. 623 y ss.; ZAFFARONI, ob. cit., págs. 84 y ss.

Ahora bien, si los sostenedores de la teoría del dolo y con ellos la Corte, quieren ser coherentes con tal posición, deberían proceder, sin hacer distinciones de ninguna índole, a hablar sencillamente del error como causal de inculpabilidad, o bien de la "convicción errada e invencible", como lo denomina nuestro estatuto punitivo; a pesar de ello, si se quiere sostener la distinción error de tipo-prohibición, se debe ser consecuente con tal sistemática, y aceptar por ende que el error de tipo recae sobre la tipicidad, al paso que el error de prohibición lo hace sobre la culpabilidad, y más concretamente sobre el conocimiento de la antijuridicidad que es su núcleo central. De lo contrario se cae en flagrantes vicios metódicos, que llevan a confundir una y otra concepción del error, y que como en la decisión de la Corte, nos apartan de una sistemática coherente.

3) *Como corolario de lo anterior, ubica el error directo de prohibición, no regulado expresamente, en el art. 40-4.* Evidentemente, el hecho de que el art. 10 presuma el conocimiento de la ley penal, explica por qué no se reguló el error de prohibición directo; sin embargo, ante esta situación no podemos forzar la naturaleza de las cosas para poner al legislador a decir lo que no dijo, ubicando como error de tipo lo que no es error de tipo. Procede, ciertamente, en aras del principio de culpabilidad, el reconocimiento de los eventos de error de prohibición directo, acudiendo a la interpretación teleológica y a su elemento sistemático, afirmando la primacía del art. 5 del C. P. sobre cualquiera otra norma rectora y dando cabida al conocimiento de la antijuridicidad como núcleo de la culpabilidad, no echando de menos el hecho de que se puede desprender del mismo art. 31. En los casos de vencibilidad, se atenúa el reproche, pues el grado de culpabilidad es menor (art. 61-1).

4) *Sostiene la Corte que el discutido inciso del ord. 4° del art. 40, es el "inciso final del numeral 4° del artículo 40 del Código Penal vigente"*. Esto es de trascendencia, ya que con tal afirmación se rechaza lo que parte de la doctrina ha venido sosteniendo, entre la cual se encuentra el ponente, en el sentido de que el mencionado inciso es el final del art. 40 y no del ord. 4°, motivo por el cual se extiende también al error de prohibición indirecto del 40-3. En estas condiciones, la Corte deja sin solucionar el problema de la vencibilidad en este último caso de error.

5) *Se sobresee definitivamente a la procesada, pues el error en que incurrió presuntamente, es un error vencible. Esto en virtud de que el art. 272 solo admite la figura dolosa.* Esta decisión no es más que una consecuencia de la asunción de una férrea teoría del dolo, con los problemas políticocriminales que ello comporta: favorecer una posición jurídica del destinatario de la norma penal indiferente, introducir innumerables vacíos de punibilidad por ausencia de tipos culposos. Ojalá y la judicatura medite muy bien en este tipo de decisiones, sobre todo cuando el procesado sea un hombre del pueblo, que muchas veces por *crasa ignorancia* de las disposiciones penales, por evidentes errores de interpretación, etc., se ve sometido al drama del proceso penal. Habrá que medir con mucha prudencia los eventos de error que se invoquen, teniendo en cuenta las condiciones familiares, sociales, personales, etc., del infractor; con razón ha dicho la Corte en *decisión de agosto 13 de 1980*, aún no publicada, que "no puede exigírsele idéntica capacidad de interpretar la ley a un oscuro labriego alejado de la civilización que a un profe-

sional, a un particular que a un juez de la República; tampoco será igual aquella exigencia respecto de todas las normas legales; la compleja redacción de algunas de ellas hace más difícil desentrañar su verdadero significado, a tiempo que la claridad formal de otras permite su fácil comprensión⁴¹.

6) *Pese a que el error de tipo, como la expresión lo indica, descarta el tipo y es causal de atipicidad cuando es invencible, dentro de la sistemática sugerida por la Corte la conducta es típica, antijurídica e inculpable.* Esta interpretación es consecuencia de un análisis meramente exegético del art. 40 del Código que ubica como causal de inculpabilidad el error de tipo, lo que constituye a no dudarlo un vicio metódico; pero la doctrina y con ella la jurisprudencia, no puede plegarse al texto frío de la ley. Nada se opone a que se interprete el error de tipo del art. 40 como causal de atipicidad en casos de invencibilidad; claro que esto se logra siendo consecuentes con la clasificación moderna, no incluyendo, de otro lado, errores de prohibición como errores de tipo.

B. El salvamento de voto

De las apreciaciones consignadas en el cuerpo del mismo, podemos entresacar las siguientes:

1) *En el caso concreto no existió el error de interpretación invocado.* Es evidente que nos identificamos con este planteamiento: el error invocado no existió; la funcionaria debió ser residenciada en juicio como lo había hecho el *a quo*. Esto no significa que cuando se pruebe efectivamente este tipo de errores no deban reconocerse, pues la vigencia del principio de culpabilidad así lo impone.

2) *Como son tan pocos los tipos culposos que ha consagrado nuestro Código Penal, la tesis de la mayoría supone que en casos de vencibilidad del error no se le pueda deducir responsabilidad a nadie.* Que la decisión abre las compuertas a la impunidad, es más que indudable; es justamente esa la crítica más fuerte que se ha dirigido contra la teoría del dolo; esta crítica tiene mayor trascendencia, si se piensa en la legislación penal positiva, la cual consagra efectivamente muy pocos casos de culpa.

3) *Si tuviéramos una sistematización diferente de la culpa, evitaríamos absoluciones injustificadas y pondríamos la legislación a tono con la vida moderna, ya que tales comportamientos culposos han tomado un auge inusitado.* Como ya lo hemos dicho, y en ello coincidimos con el salvamento, una reforma en este campo tal vez permitiría una teoría del dolo coherente y evitaríamos los peligros políticocriminales que hemos señalado.

4) *Confunde las dos clasificaciones en materia de error.* Asimilar el error de hecho al error de tipo y el error de derecho al de prohibición, es algo completamente errado y de ello da fe la doctrina universal, en virtud de que ambas clasificaciones

⁴¹ Cita de REYES, en *La culpabilidad*, ed. cit., pág. 221.

responden a presupuestos muy distintos y por ende a criterios clasificadores no asimilables; claro que algún autor colombiano afirma lo mismo⁴² y 43.

5) *Parece distinguir para efectos jurídicopenales entre error e ignorancia.* En el encabezamiento del numeral 4 de la pieza que se examina, encontramos la distinción anotada. Tal posición es poco sostenida por la doctrina universal; aunque indudablemente bajo la vigencia del Código anterior cabía hacerla y de hecho gran parte de la doctrina la hacía. Hoy, sin embargo, cuando impera la moderna clasificación, error e ignorancia para efectos jurídicopenales son lo mismo⁴⁴.

Con HAFT podemos decir que error "significa una discordancia entre conciencia y realidad, con lo cual se dan dos posibilidades: que exista la conciencia y falte la realidad o al contrario"⁴⁵; quedan allí refundidos la ignorancia y el error. Sin embargo, esto no significa que para otros efectos no se puedan diferenciar, pues como lo precisa JIMÉNEZ DE ASÚA, "en el área psicológica hay una distinción fundamental entre la ignorancia y el error, que se halla ya en Platón... pero esto que psicológicamente es de superlativa trascendencia, carece de interés en el derecho positivo y en la práctica judicial"⁴⁶. Por este motivo, no nos identificamos con el salvamento cuando sostiene que en el art. 40 no se tienen en cuenta los casos de ignorancia; pues tal hipótesis nos puede llevar a la tesis exegética de ESTRADA. La digresión que allí se hace, podría llevar a reivindicar el principio del conocimiento de la ley, que, como hemos dicho, "dada la formulación que viene proponiendo la doctrina y que debe prohijarse, en tanto no le otorga relevancia jurídico-penal alguna, debe irse descartando del catálogo de las 'normas rectoras', para dar cabida al principio de culpabilidad, sin cortapisas de ninguna índole"⁴⁷.

⁴² Que se trata de dos clasificaciones distintas, nos lo confirma el mismo WELZEL: "error de hecho y de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por otra, son, pues, conceptos totalmente diferentes. Hay errores de derecho que son errores de tipo; por ejemplo, el error sobre las circunstancias normativas del tipo, como la ajeneidad de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición; el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación"; HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, págs. 233 y 234.

En el mismo sentido ZAFFARONI, ob. cit., pág. 189. En Colombia, podemos citar a NODIER AGUDELO BETANCUR, "Diversos contenidos...", op. cit., pág. 14, nota 43 y a JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, ed. cit., pág. 461.

⁴³ El autor colombiano que confunde ambas clasificaciones es PÉREZ, cit., en la nota 16.

⁴⁴ La doctrina colombiana en torno a la distinción error-ignorancia, puede cfr. en las notas 10 y 10 bis.

⁴⁵ HAFT, *Strafrecht*, cit., pág. 196.

⁴⁶ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado* cit., págs. 313 y ss., con amplia sustentación en la doctrina y en la jurisprudencia comparada. Por su parte CONSTANTE AMOR Y NEVEIRO, op. cit., en la nota 3 dice: "en la práctica del orden jurídico y aun en la vida práctica en general, son cosas unidas como antecedente y consiguiente" (pág. III).

Por ello, consideramos totalmente equivocada la distinción que ha hecho la Corte entre error e ignorancia para efectos jurídicopenales, en providencia de marzo 24 de 1983, con ponencia del magistrado LUNA GÓMEZ, en un caso en el cual también se había planteado un error de interpretación por parte de un juez civil que, luego de haber cobrado honorarios por una gestión, dijo haber ignorado o interpretado mal la existencia de normas sobre emolumentos, que le prohibían recibir contraprestación alguna. Se alegaba la causal de inculpabilidad del ord. 4º del art. 40, cuando era evidente que no existía ni error sobre la existencia de la norma, ni mucho menos error sobre la interpretación, motivo por el cual la corporación no lo reconoció (Cfr. JAIRO LÓPEZ MORALES, *Jurisprudencia penal de la Corte 1983*, Bogotá, Ediciones Lex Ltda., 1983, págs. 51 y ss.).

⁴⁷ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ, "Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, N° 21, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 632.

6) *Plantea otros importantes argumentos políiticocriminales en contra de la decisión.* Ciertamente, la decisión da pábulo para que los jueces, so pretexto de "errores de interpretación", descuiden totalmente el ejercicio de sus funciones, como que en adelante no tendrán necesidad de consultar los cuerpos de doctrina ni de jurisprudencia a la hora de tomar sus decisiones, pudiendo perfectamente sentirse "exonerados de conocer los rudimentos de su ciencia". Trae consigo el más absoluto descrédito, no de la teoría de la culpabilidad, como dice el magistrado disidente, sino del principio de culpabilidad, el cual hay que reivindicar combatiendo el tradicional aforismo *nemine licet ignorare jus*; pero esto no se logra reconociendo causales de inculpabilidad si ellas no existen, sino dando cabida a los eventos en los cuales se acrediten, no solo para los funcionarios sino para los hombres rasos. Es curioso que cuando se trata de procesar penalmente a nuestros campesinos, carentes de formación académica y sumidos en la más absoluta ignorancia, la judicatura no sea tan celosa en reconocerles la causal de inculpabilidad o el error vencible; en cambio, en tratándose de funcionarios, el celo es indudable. Esto nos hace recordar las palabras de COSTA:

"No obstante la generalidad del principio de que la ignorancia del derecho no *excusa* de su cumplimiento, se admite para los jueces y magistrados un género de ignorancia denominada *excusable* que los exime de responsabilidad por las sentencias o providencias injustas que hubiesen dictado... cuando lo lógico habría sido y sería conceptuar de inexcusable tal ignorancia y castigar el hecho perseguido, como se castigan otros de no mayor malicia en los particulares, no obstante concurrir en ellos las circunstancias de ser legos en derecho y aun no saber leer ni escribir (requisito que cuando menos se exige para el cargo de juez municipal), o, por el contrario, admitir también en los particulares como excusable y eximente de responsabilidad civil y a menudo criminal, la ignorancia nacida de la carrera profesional"⁴⁸.

Así las cosas, interpretar indebidamente el principio de culpabilidad, no puede llevar sino a su descrédito, a que "sea menos que imposible deducirle responsabilidad a nadie"; esto no significa que "la actitud restrictiva en la fácil admisión de errores de tipo o de prohibición" de que habla el magistrado, nos lleve a preconizar la violación del principio de culpabilidad, conquista de nuestro derecho penal. Es y ha de ser tarea de la judicatura aplicar, por encima de cualquiera otra, la norma rectora del art. 5° en armonía con el art. 61-1 de la codificación.

IV. PERSPECTIVAS PARA LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Después de haber contemplado el panorama actual sobre la sistemática del error, tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia; luego de haber estudiado la más reciente decisión, nos resta hacer el balance y delinear el camino por recorrer.

Dada la actual normativa del error en el Código Penal, creemos que se abre paso la *teoría de la culpabilidad*, pues, como hemos dicho, la *teoría del dolo* no

⁴⁸ JOAQUÍN COSTA, *La ignorancia del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, págs. 30 y 31.

puede ser coherentemente sostenida mientras no medie una adaptación del texto legal, que la haga viable. Es de presumir que en el futuro la discusión seguirá girando en torno a ambas teorías, y que por ende serán dos los esquemas del delito que se sostendrán; ojalá y la apertura dogmática que representa el nuevo Código Penal, tal vez la más acertada dentro de las codificaciones latinoamericanas actuales, no nos suma en una polémica meramente sistemática que nos aparte de los planteamientos políiticocriminales; es indudable, y ello no debe olvidarse, que dogmática penal y política criminal deben trabajar armónicamente, complementándose.

Justamente, esperamos que sean los cuestionamientos políiticocriminales los que, en materia de la teoría del error, nos indiquen el rumbo más correcto para evitar el sacrificio de la justicia ante elaboraciones de lógica formal, alejadas muchas veces de la realidad que vivimos. La decisión de la Corte, y con ella el salvamento, reviste gran importancia en cuanto permite una apertura de la discusión desde diversos tópicos, ajena a los prejuicios personales y a las soluciones que por vía de autoridad se imponen a veces; una discusión que permita el avance efectivo de nuestro derecho penal.

La jurisprudencia colombiana ha entrado en una nueva era, que la ha de llevar, no solo en materia de error, a la elaboración dogmática de nuestro ordenamiento jurídicopenal, haciendo posible, como clama GIMBERNAT ORDEIG, "*una aplicación segura y calculable del derecho penal*", que al mismo tiempo permita "*sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación*"⁴⁹; por ello, tiene que ir tomando conciencia de que la administración de justicia no puede estar librada al azar y que sus decisiones deben llevar seguridad al ciudadano, pues, hay que recalcarlo, no pueden ser "cuestión de lotería" o producto de teorías que quieren matricular el estatuto penal actualmente en vigencia.

Si en esta oportunidad nos hemos aventurado a tratar la problemática del error, como lo hemos hecho, lo hacemos movidos, por sobre cualquier otro motivo, por el valioso salvamento de voto que ha acompañado la decisión de nuestro más alto tribunal de justicia; un salvamento que busca "...expresar inquietudes y auspiciar en ocasión más propicia un replanteamiento de asunto tan importante...". Esperamos haber consagrado, aquí, con meridiana claridad, nuestras inquietudes sobre tan difícil materia, no acudiendo a criterios de verdad o de autoridad, sino esperanzados en una polémica más fructífera en un futuro.

ADDENDA

Cuando ya habíamos concluido nuestro trabajo, ha aparecido publicada una nueva decisión de la Corte, con ponencia del magistrado REYES, en la cual se niega la existencia de un *error de interpretación* en el caso de una juez que arbitrariamente detuvo a un maestro de escuela, sin mediar la suspensión del cargo, pues por un "simple descuido interpretativo", que según ella excluiría su proceder doloso, consideró que el procesado debía seguir encarcelado mientras se decidía si se le suspendía

⁴⁹ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1981, pág. 126.

o no. Como el caso guarda una similitud muy marcada con el que hemos estudiado, se hace necesario reparar en los argumentos esgrimidos para no reconocer la causal invocada, máxime que son diametralmente opuestos a los que con anterioridad se habían sostenido.

En la nueva decisión ha retornado la Corte a la tesis del año 70, de conformidad con la cual debe distinguirse, en tratándose de errores de jueces, si la norma puede o no dar lugar a interpretaciones equívocas, atendiendo a su complejidad; así se colige del párrafo que a continuación transcribimos:

“...en tratándose de supuestos o reales errores de interpretación de normas jurídicas por parte de jueces es necesario examinar si las disposiciones interpretadas mostraban un contexto complejo o simple, pues solo en los casos en que la oscuridad del texto o la complejidad del fenómeno en él encerrado permitan la posibilidad racional de interpretaciones variadas o equívocas, es posible aceptar la existencia de un error invencible; lo que significa, a contrario sensu, que frente a disposiciones legales de simple y clara redacción cuyo contenido es inequívoco para quien poseyendo conocimientos jurídicos normales está en condiciones de entenderlo y aplicarlo adecuadamente, no es lógico suponer ni jurídico aceptar que se incurra en errores interpretativos con magnitud suficiente para edificar sobre ellos exoneración de responsabilidad por ausencia de culpabilidad”⁵⁰.

Como se puede observar, la Corte, con ponencia del mismo magistrado, ha variado sustancialmente su criterio anterior, lo cual no deja de ser saludable, pues permite reconducir la jurisprudencia por cauces más racionales; sin embargo, semejante hecho nos permite, una vez más, insistir en la *manifiesta inseguridad jurídica* que reporta una jurisprudencia librada al azar, que no atiende a claras directrices dogmáticas, y que hace de las decisiones judiciales “meras cuestiones de lotería”.

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

⁵⁰ Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XIII, núm. 147, Bogotá, Ediciones Legis, marzo de 1984, pág. 185. La decisión es de enero 24 del año en curso.