

**EL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL
COLOMBIANA: ORIGINALIDAD O DEPENDENCIA DE LA FIGURA COMO
CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD.**

INFORME FINAL

JUAN ISAAC MARTINEZ CONTRERAS

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
CARTAGENA DE INDIAS

2011

**EL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL
COLOMBIANA: ORIGINALIDAD O DEPENDENCIA DE LA FIGURA COMO
CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD.**

INFORME FINAL

PRESENTADO POR:

JUAN ISAAC MARTINEZ CONTRERAS

PRESENTADO A:

DR. YEZID CARRILLO DE LA ROSA
JEFE DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
CARTAGENA DE INDIAS

2011

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurados

TABLA DE CONTENIDO

| CONTENIDO | PAG. |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| • INTRODUCCION: ERROR DE PROHIBICIÓN. ASPECTOS PRELIMINARES. | 5 |
| • ORIGINALIDAD O DEPENDENCIA. UN PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA. | 8 |
| • PLAN DE EXPOSICIÓN. | 13 |
| • JUSTIFICACIÓN. | 15 |
| • EL ERROR EN EL DERECHO. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO. REFERENCIA HISTÓRICA. | 17 |
| • RECEPCIÓN DE LAS IDEAS DOGMATICAS DEL ERROR EN LATINOAMÉRICA. | 24 |
| • ALGUNAS CLASES DEL ERROR EN LOS DISTINTOS CUERPOS JURÍDICOS. | 35 |
| • TRATAMIENTO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO A PARTIR DE LOS DIFERENTES ESQUEMAS DEL DELITO. PLANTEAMIENTO DE LA ESCUELA CAUSALISTA. TEORÍA DEL DOLO. | 43 |
| • PLANTEAMIENTO DE LA ESCUELA FINALISTA. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD. | 48 |
| • ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO COMO SUBESPECIE DEL ERROR DE PROHIBICIÓN. SOBRE LAS DISTINTAS FORMAS DE ERROR DE PROHIBICION. | 53 |
| • CONSTRUCCIÓN DOGMATICA A PARTIR DE LO PREDECIBLE. EL PROBLEMA DE LA VENCIBILIDAD E INVENCIBILIDAD. | 60 |
| • EL ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA. | 69 |
| • CONFLICTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL ERROR DE PROHIBICION. DE REYES ECHANDIA A AGUDELO BETANCOUR. PLANTEAMIENTO Y FUNDAMENTOS. | 71 |
| • APARTES JURISPRUDENCIALES. | 87 |
| • NUESTRA POSICIÓN. | 93 |
| • CONCLUSIONES. | 95 |
| • BIBLIOGRAFIA | 100 |

INTRODUCCIÓN.

ERROR DE PROHIBICIÓN. ASPECTOS PRELIMINARES.

El error de prohibición indirecto es una causal de ausencia de responsabilidad penal que ha tenido un singular trato a lo largo de la historia de la legislación y el pensamiento jurídico-penal nacional. Antes de profundizar en tal juicio que abarca mucho y dice poco, es importante tener claro algunos conceptos que en últimas tienen la utilidad de herramientas para una buena comprensión de lo que se pretende desarrollar en las siguientes páginas.

En términos generales cuando hablamos de *error* podríamos referirnos a la “discontinuidad del pensamiento con la realidad” (García, 2003:14), equivocación o desacierto, “juicio inexacto o falso” (Caballeras, 1953:77). El error es “la “discordancia o no conformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas” (Escriche. 1894:624). El error puede entenderse como vicio del consentimiento en materia civil o como causa de no aplicación o eximente de responsabilidad penal. En últimas, el profesor Lucio Eduardo Herrera explica que el error “consiste en la falsa idea que tenemos de algo, ya que no resulta ser tal cual la creemos” (Herrera. 1991:1).

En un contexto jurídico nos dirigimos al principio de derecho romano “*ignorantia vel error iuris non excusat*”, principio que hoy por hoy sigue teniendo importancia debido a que las leyes, dado su carácter general, presunción de conocida y de carácter público, el desconocimiento de la

existencia de las mismas no sirve de excusa en el momento que esta haya sido vulnerada. Sin embargo, para la legislación penal y por tanto, la teoría del delito, el tema del error o su tratamiento podría interpretarse como una excepción al principio de derecho romano antes citado. En principio, si el error impide comprender la realización del supuesto factico –tipo penal– no debe aplicarse pena.

Con el fin de lograr una mayor comprensión, la mayoría de los juristas que tratan el tema del error de prohibición lo primero que hacen es entenderlo como una figura autónoma e independiente, la forma en que se logra es separándola nítidamente de aquello con lo que se asemeja. Lo cual lleva a que exista una contraposición con otra u otras figuras que en determinado momento pueden presentar elementos similares. En la teoría del delito predominante actualmente ese “*otro*” es el error de tipo¹. Este se entiende en el supuesto de la falta de conocimiento del sujeto sobre alguno de los elementos objetivos del tipo (sujeto, objeto, conducta). Calvo Suarez dice “cuando falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo” (Calvo. 2000:2). Determina según la corriente finalista, la ausencia de tipo. “la expresión –falta o es falso– es equivalente a ignorancia o error, pero ambos se concilian en el error de tipo” (Berglia. 2006: 116-117). El error de prohibición puede entenderse como aquel que recae sobre normas que dan lugar a un hecho, el carácter de delito. En ese sentido se entiende como al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. “El error de prohibición no pertenece para nada la tipicidad ni se

¹ En otro momento histórico, a mediados del siglo XIX, Francesco Carrara contraponía la idea de error e ignorancia. Carrara (1973); en la misma línea los juristas argentinos, Lucio Herrera (1991) y Fontan Balestra (1998); en cuanto al error esencial o no esencial Gaitán Mahecha (1963) y Peco (1962); en la dogmática alemana, Welzel (1956) y Mezger (1952); en Colombia, tal postura tenía relevancia en el periodo de vigencia del código penal de 1936, autores como Pérez (1959) y Mesa Velásquez (1962) entre otros.

vincula con ella, ni la elimina siquiera, pero puede ocurrir que la conducta no sea reprochable porque el error de prohibición en un puro problema de exclusión de la culpabilidad en su aspecto negativo, así como la justificación era el aspecto negativo de la antijuridicidad” (Soler. 1983: 67). Sintetizando lo expuesto entendemos que el error de tipo, el sujeto no sabe lo que hace, mientras que en el error de prohibición, el sujeto sabe lo que hace, pero cree que está legitimado en hacerlo.

Profundizando aun más en el saber jurídico en torno al error de prohibición, vemos que existe una multiplicidad de clasificaciones. Puede ser vencible o invencible, abstracto o concreto, directo o indirecto. Como ya hemos podido apreciar en el título, nos concentraremos en el estudio de la última clasificación, lo cual no quiere decir que a lo largo del trabajo no se traten de las otras mencionadas que tienen igual relevancia para un buen entendimiento del error de prohibición como causal de ausencia de responsabilidad y que de una forma u otra reafirman la posibilidad de identidad de la figura objeto de nuestra investigación. Edgardo Donna entiende al clasificar diferentes clases de error, entiende al error de prohibición indirecto como “1) bajo el supuesto de que el autor sabe la existencia de la norma, pero supone que su obrar está permitido y 2) cuando el sujeto cree estar amparado bajo una causal de exclusión de responsabilidad del hecho, en el cual cree que la norma no le es exigible” (Donna. 1995: 285).

Lo que hemos mostrado en líneas anteriores es una breve aproximación al complejo problema del error de prohibición indirecto en la legislación colombiana. De una forma superficial podríamos afirmar que el tratamiento que se le ha dado al error obedece a criterios de juristas que pertenecen a un

ordenamiento jurídico diferente y por tanto, el estudio en cómo se le ha abordado obedece a una tradición diferente a lo que se respira los espacios jurídicos locales. La pretensión de este trabajo obedece a realizar un análisis *histórico-jurídico* de la evolución del error de prohibición indirecto en la legislación colombiana y por tanto, su evolución jurisprudencial y doctrinal. Para esto, hemos optado por usar la tensión expuesta por López Medina en la Teoría Impura del Derecho, para así realizar una deconstrucción de cómo ha sido la recepción de ideas en torno al error de prohibición y así establecer si hoy por hoy tenemos una teoría consecuente con la praxis regional o es todo lo contrario, una teoría dependiente de otra esfera jurídica que ha sido trasplantada (o impuesta) sin tener en cuenta las consecuencias y peligros que esta pueda generar.

ORIGINALIDAD O DEPENDENCIA. UN PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

El profesor López Medina, con su obra Teoría Impura del Derecho, ha hecho un estudio a profundidad sobre la producción de teoría jurídica en el contexto latinoamericano. “El hecho de que nuestra cultura sea acreedora de la tradición legada por la metrópoli española, durante el largo periodo colonial, sumado a la idiosincrasia cultural marcadamente *“pro-occidental”*, le imprime a nuestras instituciones jurídicas un cierto sello de falta de originalidad y dependencia respecto de las elaboradas por el modelo occidental, particularmente de corte continental-europeo y más recientemente anglosajón” (Grosso. 2005: 259). Podría pensarse que el modelo jurídico

latinoamericano esta en un latente proceso de aparejamiento (en tanto relación *centro-periferia*), nos encontramos subordinados a la producción jurídica de los países centrales, a este fenómeno López Medina le llama “*proyecto Asimilacionista*”. Esta relación centro-periferia se entiende en términos geopolíticos donde hay unos espacios donde se produce el saber “sitios de producción” y otros donde se impone “sitios de recepción”. En la lógica de este discurso, los criterios a tener en cuenta para que determinada teoría en el espacio latinoamericano sea válida, será a partir del mayor o menor grado de exactitud que tengan con las que se producen en los países europeos o de corte anglo-americano. “En la medida en que lo dicho calque de la mejor manera posible lo que se dice allá, se tendrá como conocimiento correcto o valido; mientras que, entre mayor sea su distancia de deformación en relación con aquellos, menor será su aceptación en los círculos académicos” (Grosso, 2005: 260).

En lo que respecta al saber jurídico penal existe la tendencia histórica de dependencia hacia los sitios de producción, en un primer momento subordinado al pensamiento italiano y, por lo menos en los últimos veinte años a la producción hispano-germánica². De particular apreciación es como la comunidad de juristas penales en la elaboración de sus tratados a la hora de explicar la evolución del derecho penal colombiano estos lo delimitan a esquematizar los sitios de producción dominantes del momento³. Si todo ello se valora de una forma superficial podría llevarnos a la conclusión de que el saber jurídico penal colombiano “pareciere demostrar que esa manera de presentar las cosas es correcta y que se hace imperativo aceptar como un

² No podemos dejar de lado la influencia del sistema Anglo-americano en tanto la imposición de un modelo acusatorio en materia de procesal penal.

³ En este sentido Velásquez V. (2009); Romero Soto (1978); Pérez (1959); Fernández Carrasquilla (1981).

hecho incontrovertible la absoluta dependencia científica de nuestro saber respecto de los países productores” (Grosso, 2005: 261).

Apoyándose en la obra de López Medina, el Profesor Grosso García sostiene que esta percepción que se tiene sobre la teoría jurídica colombiana no es más que la consecuencia de dos prejuicios que se han mantenido en el inconsciente cultural a lo largo de nuestra historia y que es proyectado de manera sistemática en todos los saberes, especialmente el jurídico. Por un lado se encuentra el prejuicio cartesiano y por el otro, el prejuicio Bolivariano. “por prejuicio cartesiano entendemos aquí una postura basada e una visión simplista del modelo elaborado por René Descartes, que explica el conocimiento como un proceso neutral y mecánico mediante el cual el hombre, a partir de la observación de un objeto, captura sus características y las lleva a la mente para formarse una idea y que, a partir de ese proceso básico y su posterior confrontación experimental, se puede llegar a la formulación de axiomas con validez universal aplicables a todo fenómeno que se produzca en idénticas circunstancias y que, en consecuencia, los datos obtenidos por este método son verdaderos y, por lo tanto, tiene validez universal y son base de todo conocimiento científico” (Grosso, 2005: 261).

La génesis del prejuicio cartesiano es construida a partir de dos falacias, (1) la fe en el porvenir de la razón en la que entiende a esta última como “criterio infalible” para alcanzar la verdad, mediante su correcto uso, como duda metódica, se puede “llegar al descubrimiento y explicación de todo lo existente”. La segunda falacia, la fe en el progreso, es construida a partir de la idea de que “el conocimiento del mundo es la base de la técnica”, la aplicación adecuada de la misma se logra por medio del dominio sobre la

naturaleza, en últimas, esta abriría paso al mejoramiento de las condiciones de existencia del hombre.

En este sentido, los países o espacios que tengan condiciones necesarias (la técnica) serán aquellos que están legitimados para la producción de conocimiento, aquellos que no –*la periferia*– se limitan a ser receptores de lo que se produzca en el centro. La consolidación de este fenómeno no se hubiera podido llevar a cabo sin la construcción del segundo prejuicio. La idea expresada en múltiples documentos por el libertador Simón Bolívar, donde afirmaba que el continente latinoamericano “estaba condenado por el destino a ser sometido y dominado por Europa y Norte-América” (Grosso. 2005: 262). Este prejuicio Bolivariano se encuentra construido a partir de la idea que “las naciones no estuvieran preparadas para asumir por su propia cuenta las riendas de su destino, razón por la cual veía a la democracia como algo poco conveniente” (Grosso. 2005: 262).

Estos dos criterios han generado la superficial idea de dependencia en la mayoría de los campos de producción de saberes locales. El derecho penal o el saber jurídico penal no ha sido la excepción. Tradicionalmente se ha mostrado una evolución del mismo en la que no existe originalidad alguna a la hora de tratar tópicos relacionados con el mismo. “cualquier pretensión de originalidad en este campo sería poco menos que una ingenuidad y que de sumo se puede aspirar a calcar de manera más o menos exacta los modelos desarrollados en los centros de producción de ese conocimiento” (Grosso. 2005:263).

Ahora bien, hoy por hoy la ingenua idea del prejuicio cartesiano es del todo insostenible. Debido al desarrollo de la epistemología y las nuevas

interpretaciones que han surgido para analizar las ciencias sociales⁴. Entender la presencia del observador en el proceso de conocimiento “incide de manera directa en la observación y la comprensión de esa realidad, en la medida que todo lo que el científico observa y posteriormente describe respecto de la realidad por él, es decir, que no es en rigor una descripción de la realidad tal cual es, si no su versión personal de la misma” (Grosso, 2005: 264). En este sentido, toda observación es interpretación, es decir que los criterios de validación de determinado saber no dependen de que estas sean o no objetivamente verdaderas, “si no de su capacidad para explicar satisfactoriamente los objetos desde una determinada perspectiva epistemológica” (Maturana. 1996: 39). En últimas podríamos decir que el observador tiene como tarea fundamental descubrir el objeto observado, esto es, describir desde su subjetividad la observación que a partir de los elementos disponibles hizo respecto de un objeto, es decir, construye y no describe esa realidad.

Acertado argumento el de Habermas que en su “ciencia y técnica como ideología”, se refiere al carácter ideológico de todo conocimiento. “en el campo de las ciencias sociales, donde los objetos son altamente contingentes y, en consecuencia, cualquier pretensión de hacer descripciones objetivas de estos fenómenos se definiría a partir de premisas axiológicas altamente ideológicas” (Habermas. 1989: 45).

la pretensión de este ambicioso trabajo reflejado en el título no es más que profundizar a partir de un análisis histórico en el marco de la dogmática jurídica sobre una de las causales de ausencia de responsabilidad que ha

⁴ Con referencia a los estudios realizados en el primer y segundo círculo de Viena (Carnap. 1984), así mismo los desarrollos por la física cuántica. (Mercado Pérez. 1995)

sido objeto de múltiples discusiones en la comunidad local y por supuesto, a nivel internacional. El error de prohibición indirecto y en general, muchos aspectos de la teoría del delito colombiana, lejos de lo que suele pensarse, ha sido parte de un proceso de construcción e independencia frente a los países (centro) o los sitios de producción tradicionales. Este proceso de construcción es lo que López Medina llama una “lectura enriquecida” del modelo dogmático continental-europeo, en el cual este proceso ha sido objeto de una verdadera “transmutación” que ha dado pie para pensar en la riqueza y originalidad de una teoría del delito independiente, “al punto de poder afirmar la existencia de un modelo dogmático del derecho penal propio” (Fernández. 1981: IX-X).

PLAN DE EXPOSICIÓN.

Para llevar a cabo nuestra investigación, la forma en que estará estructurada obedece a en primer lugar, revisar la evolución histórica de las instituciones que han tenido influencia en el sistema jurídico colombiano, en cuanto a los aspectos relevantes sobre el error como causal de ausencia de responsabilidad o atenuación punitiva, esto con el fin de en primer lugar, analizar cómo era el tratamiento jurídico que este recibía en los sitios de producción y en segunda lugar, realizar una aproximación de cómo han sido los trasplantes hacia los sitios de recepción, concretamente de cómo el saber jurídico europeo fue recibido en latino-América, para así en últimas centrarse al caso colombiano, esta primera parte tratará de abordar un análisis *histórico-jurídico-geográfico*.

Seguidamente profundizaremos el estudio de lo que hemos avisado en la primera parte de la introducción. Como se entiende este en el derecho penal contemporáneo, su clasificación y consecuencias que generan. Así mismo en la parte final de este capítulo observaremos como es interpretada esta figura en la legislación colombiana actual.

En el capítulo 4 esquematizaremos las ideas expuestas en el capítulo anterior en cuanto a los diferentes modelos dogmáticos del moderno derecho penal, un panorama general de cómo se interpreta este, con sus respectivas consecuencias jurídicas es lo que trataremos de exponer en esta parte del trabajo.

Por último, ubicaremos todas estas ideas en el caso colombiano, es decir, las teorías predominantes o aceptadas por la corte suprema de justicia y la comunidad jurídica en general en los diferentes estadios temporales de la legislación penal colombiana. Aquí expondremos las posiciones de los grandes tratadistas nacionales en cuanto a la interpretación de la figura.

Siendo así las cosas, el objetivo de este trabajo no es más que mostrar la historia legislativa que ha sufrido el error de prohibición indirecto en la legislación nacional, entendiendo esta como producto de un sin número de factores externos que influyen en todos los procesos de su existencia, ya sea en su creación, interpretación y/o aplicación.

JUSTIFICACIÓN

Contrario a lo que piensan algunos autores sobre la facilidad de una justificación del estudio de una exoneración de responsabilidad penal (Varona, 1998:48) es una cuestión algo compleja. Queriéndonos salir del marco de investigaciones comunes sobre la teoría del delito que guarda singular importancia en el estudio del derecho penal, también es cierto en la forma como esta sistematizada esta –dogmática jurídico penal– muestra una proyección parcializada del horizonte marcado por el derecho penal. Es por esto que cuando hablamos de derecho penal debe ser entendido como “una rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional” (Zaffaroni. 2002: 5). Si aceptamos que la teoría del delito responde a la pregunta *¿bajo qué presupuestos puede requerirse la habilitación de la pena?* Somos conscientes que el tema del error de prohibición indirecto esta como limite –o uno de los limites– a la imposición de una condena y, que por lo tanto su interpretación a partir de su evolución histórica mostraría teleológicamente como se ha construido esta.

La conveniencia y la pertinencia del estudio del error de prohibición indirecto en la legislación penal colombiana es una luz para fundamentar y empezar a pensar en un derecho penal colombiano que brinde soluciones reales a la sociedad colombiana y no que sea impuesto por los sitios de producción de los países del centro. Por otra parte, es de singular utilidad debido a la

pretensión dogmática-histórica por un lado, y por otro su extensión a la realidad del derecho. Finalmente la viabilidad del trabajo es una realidad puesto que las fuentes de información asequible y los objetivos son realizables mediante una monografía.

1. EL ERROR EN EL DERECHO. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO.

1.1 REFERENCIA HISTÓRICA.

Hemos mencionado en la introducción que la forma real de entender derecho penal, en este caso como teoría del delito, es a partir de su interpretación como categoría histórica. “Todo saber se manifiesta como un proceso en el tiempo” (Thuillier. 1975: 36). Los matices y construcciones epistemológicas del ahora, es precedida por otras que han trazado sus propósitos horizontales y que obedecen a las circunstancias políticas y culturales en la cual se construyeron. Es por esto que ninguna ciencia tiene su horizonte de proyección marcado de forma rígida, hacerlo significa su muerte, “porque los horizontes se construyen sobre los restos de su precedente, en forma coralina” (Zaffaroni y Otros. 2002: 6). El derecho penal histórico, “como proceso del conocimiento referido al saber punitivo, con sus diferentes y sucesivos horizontes y objetivos políticos” (Zaffaroni: 2002:6) es la categoría necesaria para interpretar el derecho penal actual, “como momento contemporáneo y su propuesta a futuro inmediato”.

Teniendo en cuenta estas consideraciones este capítulo pretenderá abordar de una forma no muy profunda, pero sí sistemática y enlazada, cómo se ha entendido el error en la teoría jurídica. De esta forma se iniciara con el derecho Romano, seguido del derecho Germánico, el derecho Español clásico y el derecho canónico, en el respectivo orden, entendiendo estos

como instituciones básicas para la interpretación del sistema jurídico colombiano contemporáneo.

En la segunda parte de este capítulo, trataremos de mostrar cómo ha sido la recepción de las teorías que fundamentan al error en América Latina, anticipándonos que fue en Argentina, a Finales del siglo XIX donde su comunidad jurídica comenzó a debatir estos temas, de tal efecto irradiador hacia toda América Latina y especial cuidado hacia Colombia.

En la última parte nos referiremos a algunas características legislativas en torno al error respecto de los diferentes códigos penales.

Es algo complejo poder precisar con exactitud en qué momento ha tomado relevancia el error en el derecho, sin embargo podemos inferir que surge a partir de la idea de ir superando la etapa donde imperaba la responsabilidad objetiva, solo era tenido en cuenta el resultado creado sin tener en cuenta el móvil con que el sujeto ha actuado. “situación que en Alemania impero en la época germánica y aun durante la edad media” (Maurach. 1962: 50). En el derecho romano los primeros pincelazos sobre el error fueron estudiados en el marco de las primeras definiciones de homicidio como delito, el cual, la figura elemental para la configuración de este es “que se haya cometido con dolo” (Jiménez. 1963: 315). El estudio realizado por Savigny arroja que, de los primeros que empezaron a tratar científicamente la cuestión de la intención fueron los romanos. “Ulpiano dijo que en los grandes crímenes era preciso determinar si el delito era premeditado o cometido por accidente” (Malgarriga. 1927: 192). Es así como el cuestionamiento del dolo, trajo a considerar que en principio, la ignorancia y el error eximen la responsabilidad penal (Savigny: 389).

Para el derecho romano se establecían dos clases de error. El error de hecho y el error de derecho el primero le daba cuidado o trataba sobre las condiciones materiales que se exigen para la aplicación de una regla de derecho; el segundo “en el que versa sobre el derecho objetivo” (Savigny. 389). Estas dos clases de error recibían igual tratamiento, “pues si bien ninguno se aceptaban cuando eran producto de una gran negligencia, en el de hecho tal negligencia debía probarse y en el derecho se presumía” (Herrera. 15). El trato al error de derecho era bajo el supuesto de la presunción de conocimientos de las leyes. Sin embargo, Savigny dice que “este rigorismo con el error de derecho debe cesar en dos supuestos, 1) cuando la regla es objeto de la controversia entre los jurisconsultos; y 2) cuando la regla pertenecía al derecho particular (local), porque el conocimiento de este derecho estaba menos extendido y era menos accesible que el del general” (Savigny. 394). Así mismo Savigny distingue los delitos que con el simple acto exterior ya está consumado y los que, además de la materialización, necesitan estar con el elemento volitivo “pero cuando el error descansa sobre la existencia misma de la ley penal, la ignorancia de ella no excluía al dolo ni por ende, la responsabilidad, pues había obligación de conocer la ley. Sin embargo, este principio admitía las siguientes excepciones: 1) los menores; 2) las mujeres; 3) los labradores (rusticistas); y 4) los soldados. Pero tales excepciones no funcionaban de forma amplia o total, si no que reconocían las limitaciones en razón de la naturaleza de la ley que se ignoraba” (Herrera: 17).

La doctrina sobre la ignorancia o el error⁵ en el derecho penal romano es complejo y harto casuístico, “donde más se decide sobre esta materia es en el título *“De juris et facti ignorantia”* del digesto o pandectas (Título VI del libro XXI). En la ley 9° de ese título es donde se encuentra la norma más amplia y dos excepciones. La regla pertenece a Paulo: *“Juris quidem ignorantiam quique nocere, facti vero ignorantiam non nocere”*. La ignorancia del derecho perjudica, la ignorancia del hecho no perjudica). Otra referencia de la regla se encuentra en una disposición particular de la ley 11 del título *“De his qui notantur infamia”* del digesto, tomada de Ulpiano: *“Ignorantia enim excusatur non juris sed facti”* (Amor y Neveiro. 1916. IV).

Estos principios tienen una larga lista de excepciones a lo largo del corpus Juris. La obra de amor y Neveiro sistemáticamente las ha agrupado en cuatro grupos:

- 1) Casos en que la naturaleza de la ley se funda en la naturaleza de la ley ignorada;
- 2) casos en que la ignorancia de derecho excusa de pena por razón de la naturaleza legal del acto punible;
- 3) Casos en que excusa la ignorancia de la ley por razón de la calidad de las personas que ignoran;
- 4) Casos en que excusa la ignorancia de la ley por concurrir en varias circunstancias anteriores reunidas.

A este punto, la regla general en el derecho penal romano es “la excusa por la ignorancia del hecho” pero la ignorancia del derecho no excusaba “solo por

⁵ En ese momento histórico en cuanto a sus consecuencias jurídicas generaba el mismo impacto, sin embargo Savigny establece algunas diferencias sustanciales. En esa misma línea: Herrera (1991) y constante Amor y Neveiro (1916).

excepción y en casos particulares casuísticamente determinados y dispersos a lo largo de todo el cuerpo del derecho (Amor y Neveiro. 1916: 23-24).

En lo que respecta al derecho germano, para este era una circunstancia totalmente desconocida (Alimena. 1960: 13), en razón que para estos primaba el principio de responsabilidad objetiva (Maurach: 50). Bajo este marco no había posibilidad de fundar responsabilidad sin acudir a la culpabilidad. Pero es de singular apreciación que en el edictum de Rotario CCXLVIII y el edictum Luimprando, LXIII, proveía el error de hecho (Alimena. 23).

Con la edad media el derecho germano empieza a impregnarse de los principios del derecho romano, la recepción de tales ideas da el paso a que se constituya en el cuerpo jurídico, en especial acápite, en el derecho penal, el principio de responsabilidad subjetiva. “la ordenanza penal de Carlos V. la constitutio Criminalis Carolina fue promulgada en 1532. En ella se sustituye la responsabilidad objetiva por la basada culpabilidad. Presupuesto de la punición en el dolo malo, excepcionalmente la culpa. Empero, las causas de justificación y de inculpabilidad están ligadas a la casuística, pero de una manera suficientemente elástica, como para permitir su desarrollo en la práctica posterior” (Herrera. 20).

En España, la legislación española, en principio no admitía la nulidad de los actos jurídicos fundados en el error de hecho (Borda. 1950: 21). Las partidas en cuanto la admisión del error de hecho, solo admitía un grupo de casos aislados (Borda. 1950: 22). En este orden de ideas el principio que imperaba era “la ignorancia de la ley no sirve como excusa”, estableciendo algunas

excepciones en el “especulo y en las partidas, excepciones que resultan suprimidas en la novísima recopilación” (Herrera: 20).

En el especulo de las leyes⁶ imperaba el principio que hemos mencionado anteriormente, sin embargo, las excepciones que expresa van dirigidas en torno a la calidad de cualidades intrínsecas al sujeto. “los caballeros; los menores de 25 años; los aldeanos que trabajan en labores de la tierra; las mujeres”. Es de notar la fuerte influencia del derecho romano. la misma ley que contempla estos casos extraordinarios en que la ignorancia era relevante. “Empero si cualquier de estos sobre dichos este presente algún yerro que fuese actual y que según el entendimiento que lo ha establecido de forma natural, debiese entender que en el hecho ocurrido la pena no se aplica como excepción a la ley” (Herrera. 22).

Con la aparición de las partidas se presenta un particular giro en el derecho penal. “La partida primera, Título I, la ley 20 instituye el principio de la inexcusabilidad de la ley con el siguiente título: *“Por qué razón los homes no se pueden excusar del juicio de las leyes, por decir que las no saben”*, y comienza su texto enfáticamente: Excusar no se puede ninguna de las penas de las leyes por decir que las no sabe” (...) pero en la misma partida y título, en la ley siguiente, numero 21, se menciona las excepciones a esta regla, señalando los casos en que se admite la excusa por la ignorancia de la ley. Lleva por título *“Quales pueden ser excusados por no saber las leyes”*. Las excepciones del texto son las siguientes:

⁶ Este texto fue encontrado en 1836 en el archivo del duque infantado, y que no se conoce su fecha exacta, pero es anterior a las partidas. Fue compuesto al parecer por Alfonso el sabio (Borda. 23 y 24).

“los locos, que non sabe lo que se face”; los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12, y los menores de 10 años y ½ e ficiesen algún otro yerro, así como furto, o homicidio, o falsedad, otro malfeco cualquier, serian excusados... por ninguna eda y de sentido; los caballeros que defienden la tierra y la conquistan, de los enemigos de la fe por armas... pero todas estas cosas se entienden, siendo ellos en guerra... fueras ende si el caballero ficiese traición, o falsedad, o aleve yerro, que otro home debiese entender naturalmente que mal era, no se puede excusar que no haya pena que las leyes mandan; los aldeanos que labran la tierra, o moran en lugares do non hay poblado; los pastores que andan con los ganados en los montes, o en los yermos; las mujeres que morasen en tales lugares” (Jiménez: 368).

Con la novísima recopilación, cuerpo de leyes recopilado y ordenado en 1802 por el relator de la cancillería de granada, Don Juan de la Reguera Valderomar⁷ ha omitido consignar las excepciones contempladas en la ley XXI de la partida I, Título I. En el texto se expresa:

La razón que nos movió hacer las leyes fue, porque por ellas la maldad de los hombres sea refrenada, y la vida de los buenos segura, y por medio de la pena los malos se excusen de hacer mal. Y establecemos, que ninguno piense de mal hacer, porque diga que no sabe las leyes ni el derecho: la hiciere contra la ley, que no se puede excusar de culpa por no la saber. (Herrera: 23)

⁷ La Novísima Recopilación de Leyes de España, editada en 1806, es una sistematización del derecho español, usado también como texto de estudios hasta el siglo XIX.

En referencia al derecho canónico, el sitio de producción que dio apoyo al trasplante jurídico fue directamente el derecho romano, “donde reaparecen diversas clases de error e ignorancia” (Alimena: 14) la vigencia de la regla general “ignorantia facti non Juris excusat” ha sido reformulada por graciano: “*Naturalis Juris Ignorantia Omnibus adultis damnabilis est*”, a lo que a la glosa agrego “*ignorantia Juris naturalis canonici et civiles neminen excusat*”, esta regla general no se aplicaban a normas locales “emanadas del ordinario y la ignorancia que no fuese crasa o supina, excusaba o al menos atenuaba, cosa que ocurría en la época de Bonifacio VIII” (Ramallo, 1952: 225). Este autor dice “...después la excepción se convierte en regla, y así el agente que no había tenido conocimiento de la ley penal <<Ignorantia Legis>> o que no había querido violar la regla penal conocida <<Ignorantia Juris>> se le pudiera imputar negligencia grave e inexcusable”.

1.2 RECEPCIÓN DE LAS IDEAS DOGMATICAS DEL ERROR EN LATINOAMÉRICA.

La forma en que fue impuesto el pensamiento de centro (Europa) en Latinoamérica, antes de ser un problema epistemológico, o discutir sobre que teoría es más valida, fue un problema político (Tirado. 1982: 330). La forma traumática en que se formaron los modernos Estados del continente (La lucha contra la corona y la iglesia española) imposibilitaron la formación de legislaciones rígidas o por lo menos que dieran respuestas a los diferentes problemas de la época. Este régimen de transición impidió que en Colombia se desarrollara teoría jurídica o por lo menos legislaciones que sean acordes a los presupuestos de la nueva república hasta inicios del siglo XX. Lo desarrollado en materia penal entre los periodos de 1810 y 1922, antes que

responder a los postulados del derecho penal liberal que nace con la revolución francesa, responde a una anacrónica legislación copiadas de las codificaciones españolas, señalando cada una de las clases de pena y que deja un amplio margen de lo que era concebido como delito. Veremos alguna de estas legislaciones.

La legislación penal entre el 1817 y 1837, precisamente en el congreso de Angostura (1819) “continuaron rigiendo las disposiciones hispánicas (...) facultando al presidente de la república para a favor de la humanidad mitigar, conmutar y aun perdonar las penas aflictivas, aunque sean capitales, con concepto previo del poder judicial. Desde luego ello no evito el caos legislativo pues la ley de 8 de abril de 1826 declaro validas las sentencias pronunciadas por los tribunales establecidos en las provincias independientes en la primera época de transformación política” (Velásquez. 1994: 201).

Dado que no existía todavía una legislación penal definida, “la constitución de Cúcuta (1821) dio validez a las leyes de indias, pragmáticas y cédulas originarias de la corona, como se desprende del art. 88: <<se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta constitución ni a los decretos y las leyes que expidiese el congreso>> (...) a su turno, la ley de 13 de mayo de 1825 dispuso que rigieran, a falta de normas republicanas, las ordenanzas reales, las recopilaciones y las siete partidas” (Velásquez. 1994: 201). Como hemos visto en la referencia histórica del error, cuando se impusieron las legislaciones españolas en latino América, vimos que las partidas y en general todas las leyes con referencia al derecho penal, fueron

suprimidas las excepciones que se hacían del principio “la ignorancia del derecho no excusa”.

En 1823, los señores Jerónimo Torres y Tomás Tenorio se les encargaron la tarea de crear el primer proyecto de código penal. Este fracasó y jamás se convirtió en ley “pues las dificultades políticas de momento –que llevaron la disolución de la gran Colombia– habían impedido su discusión en 1830; así mismo, ello se atribuye a que se trataba de una codificación estructurada con base en los dictados del gobierno español, y era una copia, con algunas variaciones del proyecto hispano de 1821” (Velásquez. 1994: 202).

El código penal de 1837, construido por José Ignacio De Márquez, quien sancionó la ley de 27 de junio de 1837, basándose en el proyecto jamás discutido de 1823, fue a partir de los postulados liberales de la época, inspirado en el código francés de 1810. “Semejante codificación (...) no se compadecía con los postulados entonces vigentes y con la época histórica, si se tiene en cuenta que, como reproducción de los estatutos europeos mencionados, era un reflejo de las condiciones económicas, políticas y sociales imperantes en aquellos países mas no en estos. Mal puede creerse que semejante normatividad se correspondiese con un estado colonial, enmarcado dentro de un mercantilismo, cuyo cometido era “reproducir las condiciones para la extracción de excedente económico con destino a la metrópoli, y según las practicas y principios mercantilistas” (Tirado. 1982: 330).

En el año 1888 se propuso un nuevo proyecto de código penal basado en los proyectos de Mancini y Zanardelli para Italia. Así en octubre de 1890 fue sancionado y entro en vigencia al siguiente año. Recibió fuertes críticas

aduciendo que presentaba “incongruencias y aun contradicciones graves”, pues como era de esperarse, este era una recopilación legislativa, más no una obra científica. “a decir verdad, ninguna evolución represento este estatuto en relación con el que sirvió de matriz, pues, como precisara el más grande estudioso de estas materias durante el siglo XIX:

“son muchas y muy grandes las semejanzas, las identidades en la mayor parte de los casos, del primero y del último código penal de Colombia, 1837 y 1890 están unidos en nuestra penalidad: la evolución ha sido, por desgracia, poco menos que nula; y lo peor de todo es que después de habernos alejado muchísimo de 1837 y de llegar ya a la cumbre de la humanidad y de la ciencia, retrocedimos de un salto al pavoroso abismo de la legislación granadina, y fueron una pesadilla los esfuerzos, los anhelos y los progresos de medio siglo de ascenso evolutivo” (Quijano. 1898: 38).

Con todo lo anteriormente mencionado, fue en Argentina donde se dieron los primeros debates sobre el error en Latinoamérica, discusiones que fueron irradiadas a lo largo del continente por el tratadista Luis Jiménez de Asúa, refugiado en el mencionado país. Procederemos entonces a examinar la génesis del error a partir de las reseñas expuestas por Herrera y Jiménez en la legislación Argentina, entendiendo siempre que es un criterio auxiliar para la doctrina colombiana.

En el año 1864 se le ha encomendado a Carlos Tejedor a redacción de un proyecto de código penal para la república de Argentina. “redactó primero la parte general y la presentó oficialmente el 20 de diciembre de 1865, y la

segunda parte (la especial) la elevo el 31 de enero de 1868” (Herrera. 1991: 26). Tejedor al referirse sobre el error hace una breve reseña de cómo era concebido y lanza su respectiva crítica: “De aquí los autores enseñan generalmente, que la ignorancia del hecho no vale a los delincuentes (...) sin embargo nosotros creemos que esta ignorancia podría aprovechar cuando las leyes contra las que se alega no se derivan del derecho natural; cuando los delincuentes son notoriamente gentes ignorantes; si viven en despoblado e ignoran su publicación; si hay cuestión sobre los jurisconsultos mismos sobre la existencia de la ley penal, a virtud de las leyes posteriores, o de costumbre” (Herrera. 1991: 26). En el artículo 148, mencionando los casos que eximen de pena, tejedor dice: “la creencia del actor de que la acción es lícita y no punible en virtud de ignorancia insuperable no imputable. La acción no está sujeta a pena cuando el agente por efecto de una ignorancia insuperable y que no puede imputársele haya creído su acción lícita y no punible” (Jiménez: 319).

En 1881, Villegas, Ugarriza y García, construyen un nuevo proyecto donde es transcrito lo referente al error en el proyecto Tejedor, pero a diferencia de este último, el nuevo proyecto habla sobre “Voluntad Criminal” “ni por el error respecto de la persona del delito, ni por ser resuelto contra persona indeterminada”.

El código penal argentino de 1886, menciona al error o ignorancia como atenuante de la agravación de la pena. “cuando por efecto de error o ignorancia, el autor de un delito no haya conocido el carácter particular de la acción, de tal modo que el culpable se encuentre haber cometido un delito más grave que el que intentaba, no se le imputara el hecho como voluntario

si no en consideración a la intención real que hubiese tenido, atendiendo a las circunstancias del caso” (Herrera: 28).

Con el código de 1903, ocurre un aparente atraso, este deroga el artículo que establece al error como eximente de responsabilidad así como otras disposiciones.

Con el proyecto de 1917, sigue la misma tendencia del código anterior, sin embargo, el artículo 34 da los fundamentos a la construcción de la delimitación del error en el derecho penal argentino contemporáneo. “No son punibles: 1) el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigía sus acciones” (Herrera: 29). Las modificaciones que se le da a este es en la introducción de la frase “error o ignorancia de hecho no imputable” después de la palabra “inconsciencia” y se sustituye “naturaleza y sentido de lo que hacía”, por la frase “criminalidad del acto”. Como podemos notar, en la interpretación del artículo solo cabe como eximente el error de hecho, dejando por fuera el error de derecho.

En 1941⁸ el proyecto Peco trataba sobre el error de derecho y de hecho esenciales, y el error sobre la persona. “este es el primer proyecto argentino que prevé como regla la posibilidad de atenuar la pena o de excluir la responsabilidad en virtud del error de derecho cuando fuere esencial y

⁸ A esta fecha ya se encontraba en vigencia el código penal de 1936 en Colombia, sin embargo, seguiremos tratando la evolución del error en la legislación penal Argentina, para luego, en páginas posteriores, ver como ha sido el impacto de esta evolución en Colombia.

existieren motivos fundados para que su autor crea inculpable en la ilicitud del acto que realizaba, este artículo 9 estaba redactado así:

En el error esencial de derecho el juez podrá atenuar libremente la sanción y aun excluir la responsabilidad, si el autor, tuvo motivos fundados para creer en la ilicitud del acto.

En el error de hecho sobre un elemento esencial de un delito determinado, el juez tendrá en cuenta la apreciación errónea para excluir la responsabilidad.

Si el error de derecho o de hecho provienen de culpa, se aplicara la sanción establecida para el tipo culposo (Herrera.1991: 30).

En la exposición de motivos, Peco explica que en principio el error de derecho no tiene relevancia alguna porque la norma penal anterior a la ley escrita está instalada en la conciencia colectiva. Sin embargo, cree que el error de derecho no debe ser dejado a un lado. “cuando la norma no se ha instalado en la conciencia colectiva o cuando la persona de buena fe ha podido ignorarla por su procedencia extranjera, su vida solitaria, su recogimiento en lugar apartado, en delitos que no existe la reprobación de conciencia, o por otras causas invencibles como la dificultad de determinar, a veces, la obligación de la ley” (Herrera: 31).

El proyecto elaborado por Sebastián Soler en 1960 tiene importantes novedades. En la parte general del proyecto, en el capítulo que trata sobre la culpabilidad, delimita los conceptos de dolo y culpa y regula los efectos del

error esencial y del error o ignorancia de derecho. Introduce (a partir del pensamiento de Von Liszt) el principio que menciona “el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad mide el progreso del derecho penal”, acompañado por supuesto del principio liberal “*nullum crimen nullun pena sine lege*”.

Es por esto, que con tal proyecto ha tomado singular relevancia el error de derecho como causal de inculpabilidad, cuando este error o ignorancia de la ley penal no es imputable a propia culpa de quien lo sufre. El artículo 18 del proyecto, con el encabezado “No hay pena sin culpa” dice:

De ninguna consecuencia de la acción será responsable el autor o el partícipe de un hecho, si con respecto a ella no ha obrado, a lo menos culposamente”.

Soler en la exposición de motivos, se aleja de la distinción error de hecho-error de derecho e introduce la distinción error esencial y error de derecho. “nos referimos a error esencial y no a error de hecho, porque lo que cuenta es que la apreciación errónea verse sobre las circunstancias esenciales del delito, expresión en la que se torna innecesaria la distinción error de derecho penal y error de derecho no penal construida por la doctrina para asimilar este ultimo al error de hecho” (Herrera. 1991: 32).

En 1975, se construyo un nuevo proyecto de código penal, en este se siguió la mención del error. Lo particular de este código es que ya correspondía al trasplante encabezado por la dogmática alemana. Sin embargo no hace mención al error de prohibición, pero aparentemente establece las

consecuencias de la teoría de la culpabilidad cuando delimita los excesos: “al que excediera los límites impuestos por la ley o por la necesidad, se le aplicara la pena prevista para el delito disminuida en la mitad de su máximo y en los dos tercios de su mínimo” (Herrera: 33).

Así para sintetizar lo expuesto, las posiciones de la dogmática en Argentina han sido muy amplias y por decirlo de algún modo, todos sus proyectos pasaron por las diferentes divisiones dogmáticas del error, la influencia de Jiménez de Asúa y en general de los tratadistas argentinos que realizaron sus estudios en el exterior, todos concuerdan en que la ubicación de este se encuentra en la categoría dogmática de la culpabilidad (o inculpabilidad).

Lo cierto es que no obstante ello, la fórmula ha resistido todos los embates en procura de una reforma legislativa, y se mantiene incólume como fue sancionada por la ley 11179. Y pese al defectuoso método seguido por la ley, no resulta obstáculo insalvable para que en correcta ubicación dentro de la teoría del delito y de la ley. Así lo hacen Soler, Núñez, Fontan Balestra y Jiménez de Asúa, quienes lo consideran causa de inculpabilidad” (Herrera.1991: 36).

A partir de los criterios de producción realizados por la comunidad Argentina, es indiscutible la influencia percibida por la ciencia penal colombiana. Esta recibió gran impulso gracias a la presencia de Jiménez de Asúa que obligado al exilio, se dedicó con gran empeño a difundir las ideas dogmáticas en

Latinoamérica. Así mismo no se puede dejar de lado la influencia de Eusebio Gómez, Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez, entre otros⁹.

Para el año 1990 Nodier Agudelo B. Publica una de las obras más completas sobre el tema de la defensa putativa¹⁰, intitulado con el mismo nombre. Agudelo en el segundo capítulo le dedico unas breves líneas a la evolución de esta figura en Colombia. Este inicia planteando el problema de la diversidad terminológica y de la influencia italiana en la mayoría de los tratadistas nacionales:

Quizá los autores que más han incidido en nuestro medio en el tratamiento de la defensa putativa han sido FRANCESCO CARRARA Y ENRICO FERRI. Y ambos sostienen la tesis de la equiparación de la defensa putativa con la legítima defensa. (Agudelo. 1990: 5).

Con la vigencia del código penal de 1936, Gutiérrez Gómez era uno de los que seguía la doctrina italiana. Este decía “a pesar de faltar aquí el peligro actual se requiere la legítima defensa, el caso se justifica ante el derecho porque el agente, al esgrimir su arma convencido del peligro que corría, tuvo el fin social y jurídico de poner a salvo su derecho, ante la ausencia de la fuerza pública para prestarle apoyo” (Gutiérrez. 1940: 131).

⁹ Todo este movimiento intelectual junto con académicos de otros países latinoamericanos, establecieron como propósito construir hacia el año de 1963, el código penal tipo para Latinoamérica bajo los auspicios de Eduardo Novoa Montreal y en la que tomaron parte los más destacados penalistas latinoamericanos de la época.

¹⁰ La defensa putativa es lo que hoy se conoce como un error de prohibición indirecto en el sentido de aquella hipótesis donde el sujeto actúa con la conciencia de estar amparado en una causal de justificación.

En la misma línea de Gómez, Samuel Barrientos Restrepo también trata la defensa putativa como causal de justificación: “La defensa es de dos clases: defensa legítima real u objetiva y defensa legítima subjetiva” (Barrientos. 1977: 373). Gómez Prada también afirma “defensa real o defensa subjetiva justifican la conducta” (Gómez. 1959: 327).

Un segundo momento en la historia de la dogmática jurídico penal colombiana se ubica cuando entra en vigencia el decreto 100 de 1980 que ubica el pensamiento penal hacia una postura NeoKantista (Mezger). Los tratadistas de momento tales como Alfonso Reyes Echandía, Luís Enrique Romero Soto, Julio Romero Soto, Servio Tulio Ruiz, Víctor León Mendoza y Federico Estrada Vélez, “aceptaron pacíficamente la solución de la defensa putativa como un error esencial de hecho ubicable en el artículo 23 numeral 2 del código penal” (Agudelo. 1990: 11).

Sin embargo a pesar de este giro cualitativo en la ciencia penal colombiana, algunos autores siguieron haciendo referencia a la vieja terminología de legítima defensa subjetiva.

Por otra parte a pesar de estas dos posiciones, también algunos autores tomaron en consideración en no tratar la diferencia error de hecho-error de derecho si no ubicarla a la terminología error de tipo-error de prohibición. A finales de los 80 el profesor Yacaman Yidis con su obra intitulada “Nueva estructura del delito y del error en el código penal colombiano” con prologo del célebre tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni, es uno de los primeros, junto con Agudelo, de los que se atreve a quebrar el paradigma terminológico mencionado.

Así por último con la ley 599 de 2000 donde se expide el código penal que trata de no matricularse con ninguna teoría o esquema del delito específico, cuando establece en su Art. 32 las causas de ausencia de responsabilidad enuncia de forma directa lo que se entiende como error de prohibición directo e indirecto, lo curioso es que algunos tratadistas y profesores nacionales siguen definiéndole al error de prohibición indirecto como defensa putativa. Esta aparente confusión terminológica y las discusiones que giran en torno a estas, no son más que formas que hacen perder el camino o el sentido teleológico de lo que busca excusar de responsabilidad a aquel sujeto que actuó de forma ilícita creyendo que estaba amparado bajo una causal de justificación, o en últimas, una causal de ausencia de responsabilidad.

1.3 ALGUNAS CLASES DEL ERROR EN LOS DISTINTOS CUERPOS JURÍDICOS.

En el aparte anterior hemos visto como fueron las recepciones realizadas en torno al error en latino América. En un primer momento el sitio de producción yacía en España, después cambio al pensamiento italiano apelando a los criterios del derecho penal liberal y con la tecnificación del saber penal el sitio de producción se traslado a Alemania con la dogmática jurídica, cuestión que entraremos en detalle en el capítulo siguiente.

Estando en el campo del derecho comparado, en este aparte dedicaremos a examinar el tratamiento del error en los diferentes códigos penales, primero

atenderemos a la clasificación que hace Herrera (tres grupos)¹¹, luego ubicaremos los códigos penales citados y veremos sus respectivas modificaciones legislativas, adelantándonos que hoy por hoy, todas las legislaciones penales tienen como eximente de responsabilidad la figura del error.

El primer grupo es el referido a aquellos códigos donde no se menciona la figura del error como eximente o atenuante. El código chileno de 12 de noviembre de 1874, en el párrafo 2, artículo 10, trata sobre “las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal” y en el párrafo 3, artículo 11 “de las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal”.

Bajo este primer antiguo grupo también se encuentra el código penal español de 1944, en cuyo libro primero, título I, capítulo 2 trata “de las circunstancias que eximen la responsabilidad penal” (artículo 8), y en el capítulo 3, “de las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal” (artículo 9).

En el segundo grupo están aquellos códigos que solo se refieren al error de tipo, “como lo hace el código penal de la república de costa rica, en cuyo título II, capítulo II, con el epígrafe “De los casos de irresponsabilidad”, en su artículo 32, dice: “Están exentos de responsabilidad por los actos u omisiones legalmente imputables (...) el que causare un mal por mero accidente al ejecutar un hecho. (Herrera. 1991: 37).

El tercer grupo se refiere a los códigos penales que tienen previsto el error de tipo y el error de prohibición en su parte general.

¹¹ Para un estudio más a fondo ver Herrera (1991).

“el código penal italiano, que realiza una clasificación completa, equiparando al error que versa sobre la ley no penal, al de hecho, cuando ha ocasionado un error acerca del hecho, y declara la inexcusabilidad de la ley penal” (Herrera. 1991: 38).

Manteniendo el mismo núcleo pero separándose en la interpretación, el código penal de Yugoslavia establece “no es penalmente responsable quien al tiempo de la comisión de la acción punible, no es conciente de uno de los elementos determinados por la ley, o quien erróneamente ha supuesto que existan circunstancias según las cuales el acto, si realmente ha existido, hubiese sido lícito. 2. Cuando el autor se encuentra en ese error, a causa de negligencia. Será responsable de la acción punible cometida culposamente, si la ley establece para ella responsabilidad criminal”. El artículo siguiente se refiere al error de derecho y faculta al tribunal para atenuar y aun para eximir la pena del autor. El artículo 10. Error de hecho, dice: “el tribunal podrá atenuar la pena al autor de una infracción punible, que no sepa, con justificados fundamentos, que ese acto estaba prohibido; incluso podría eximirlo” (Jiménez. 1962: 429).

El código penal suizo de 1937 “en su libro 1º, primera parte, título II, artículo 34, ha tratado el error sobre los hechos como eximente, salvo que el autor hubiera podido evitar ese error usando las debidas precauciones, caso en el cual se le impondría la pena por negligencia si la ley reprime ese acto como delito culposo. Y con el título de error de derecho, se faculta al juez para atenuar libremente la pena, y aun para eximirlo de ella, el autor que tenía razones suficientes para creerse con derecho a obrar” (Jiménez. 1962: 435).

Si bien es importante la clasificación expuesta por Herrera, tal posición queda corta al cambio que ha dado la teoría del delito en los últimos 20 años, tan así que son muy pocos los códigos que no contemplan la figura del error como eximente, tal es el caso del código penal chileno, que si bien no lo menciona en la ley, si han existido interpretaciones constitucionales de las altas cortes del país en donde le dan consideración a la figura. A continuación citaremos algunos códigos penales latinoamericanos que le dan tratamiento al error de forma similar, ya sea a partir de la tensión error de hecho-derecho o error de tipo-prohibición.

El código penal de Brasil -Ley 2848 de 07 de diciembre 1940- sin darle título expreso al artículo, cuando trata sobre las eximentes de responsabilidad en su artículo 20 hace referencia al error de tipo y el error de prohibición (discriminantes putativas), en este último cuando trata sobre la vencibilidad, solo lo limita al delito de homicidio tomando parte de la teoría limitada del dolo¹².

Art. 20 - El error sobre el elemento constitutivo del tipo legal del delito excluye la intención, sino que permite el castigo por negligencia criminal, si así lo dispone la ley. (Escritura por la Ley N ° 7209 de 07.11.1984)

Discriminantes putativos (Incluido por la Ley N ° 7209 de 11.07.1984)
§ 1 ° - está exento de castigo a aquellos que por error plenamente justificado por las circunstancias, asumió de facto en lo que, de existir, sería una acción legítima. No hay exención de pena cuando el error se

¹² Ver capítulo siguiente sobre el tratamiento del error de prohibición indirecto a partir de los esquemas del delito

debe a la culpa y el hecho de que el delito es punible como homicidio.
(Escrito por la Ley N ° 7209 de 11.07.1984).

La ley 11.179 con el cual se promulga el actual código penal de la república de argentina. En su artículo 34 estableciendo que no son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (...)

Como puede notarse, a pesar del desarrollo doctrinario que ha tenido argentina en cuanto a este tema de la teoría del delito, en la ley es formulado de una forma muy genérica, llevándonos a deducir que el desarrollo del error es tratado a nivel jurisprudencial y doctrinal. Posiblemente esto se debe a que el legislador argentino no quiso matricularse de forma expresa con corriente alguna que diferencie o trate el error como eximente de responsabilidad.

El código penal de costa rica (LEY No. 4573 del 04 de mayo de 1970. En vigor desde el 15 de mayo de 1971) en su artículo 34 establece la diferenciación de error de hecho y error de derecho:

Error de hecho

ARTÍCULO 34.- No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito

exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.

Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Error de derecho

ARTÍCULO 35.- No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79.

En la misma línea le sigue el código penal de Uruguay, pero siendo más expreso en lo que se entiende como errores que no tienen relevancia jurídico-penal, es decir, que a pesar de incurrir en un aparente error, si responden penalmente.

ARTICULO 22. (Error de hecho) El error de hecho que versare sobre las circunstancias constitutivas del delito, exime de pena, salvo que tratándose de ese delito, la ley castigare la simple culpa.

ARTICULO 23. (Error de persona) Cuando por efecto de un error de hecho el mal recayere sobre distinta persona que la que el sujeto se proponía ofender, la responsabilidad se determina por la intención, y el

culpable debe ser castigado, no con arreglo a la ley violada, sino con sujeción a la que intentaba violar.

ARTICULO 24. (Error de derecho) El error de derecho se presume voluntario sin admitirse prueba en contrario, salvo tratándose de las faltas, en que según su naturaleza, dicha prueba puede tener acogimiento. El error de derecho que emane del desconocimiento de una ley que no fuera penal, exime de pena sólo cuando hubiere generado un error de hecho, acerca de alguno de los elementos constitutivos del delito.

ARTICULO 25. (Del que induce en error)

La eximente de responsabilidad prevista en el artículo 22, no cubre al sujeto que intencionalmente indujo en error al autor del delito. Tampoco se extiende al que, por la generación intencional de un error sobre la persona que sufre las consecuencias del delito

Por otra parte el código penal de Perú agrupa en un mismo artículo la figura de error de prohibición y error de tipo, considerando también el error de prohibición indirecto como causales de no punibilidad.

Artículo 14.- Error de tipo y error de prohibición

El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Por último, el código Penal de Paraguay (LEY N° 1160) en sus circunstancias que eximen de responsabilidad contempla también la diferencia entre error de tipo y error de prohibición de forma expresa.

Artículo 18.- Error sobre circunstancias del tipo legal

1º No actúa con dolo el que al realizar el hecho obrara por error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo legal. Esto no excluirá la punibilidad en virtud de una ley que sanciona la conducta culposa.

2º El que al realizar el hecho se representara erróneamente circunstancias que constituirían el tipo de una ley más favorable, sólo será castigado por hecho doloso en virtud de ésta.

Artículo 22.- Error de prohibición

No es reprochable el que al realizar el hecho desconozca su antijuridicidad, cuando el error le era inevitable. Pudiendo el autor evitar el error, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67.

2. TRATAMIENTO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO A PARTIR DE LOS DIFERENTES ESQUEMAS DEL DELITO.

2.1 PLANTEAMIENTO DE LA ESCUELA CAUSALISTA. TEORÍA DEL DOLO.

El moderno derecho penal, entendiendo este como teoría del delito, tiene su núcleo productivo en Alemania. Las teorías y discusiones desarrolladas en el plano de la dogmática jurídica Alemana serán las dominantes a nivel planetario, la legislación colombiana no es la excepción. Es por esto que en este capítulo desarrollaremos las tesis mayoritarias que dan tratamiento al error de prohibición indirecto, cada una en su momento, estuvo vigente en la legislación colombiana como mas adelante desarrollaremos.

La escuela causalista o esquema clásico de dogmática jurídica, liderada por Von Liszt y Beling, fueron los que ofrecieron al derecho penal moderno la estructura necesaria para legitimar el principio de legalidad penal. Para que un sujeto se le imponga una pena debe cumplir con la existencia de ciertos requisitos, acción, típica, antijurídica y culpable. Lo desarrollado en este modelo, es decir, sus contenidos, serán los que cambiaran respecto al esquema correspondiente, sea neokantista, finalista o funcionalista.

Antes de introducirnos en la teoría causalista que explica el error de prohibición de forma muy genérica estableceremos los presupuestos de este esquema. La acción era “ciega”, en el sentido que eran hechos solamente

percibidos por los sentidos. Este esquema es lo que Claudia López en su Introducción a la Imputación Objetiva llama “equivalencia de las condiciones” (López. 2004) teoría harto problemática a la hora de definir los delitos de omisión. La tipicidad (Tatbestand, que traduce, supuesto de hecho) era totalmente objetiva, solo se aplicaba lo estrictamente expuesto en el tipo penal. Las críticas a esta escuela reside en que algunos delitos debían remitirse a legislaciones complementarias. La antijuridicidad se entendía como la relación de contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico. Esta en ese momento no recibía tanta atención (debido a su carácter formal), porque cumplía solo requisitos de protocolo que confirmaban o legitimaban la adecuación típica. Por último, la culpabilidad, era el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta, aquí se encontraban las modalidades de dolo y culpa.

Esta concepción psicológica de la culpabilidad es en la que se fundamenta el error de prohibición, profundicemos aun más sobre esta categoría dogmatica en el esquema causalista. “la diferenciación básica entre antijuridicidad y culpabilidad ya estaba plenamente asentada a finales del siglo XIX, cuando Von Liszt y Beling desarrollaron sus respectivas concepciones. Ambas estaban sostenidas sobre una metodología positiva-científica, dando lugar al llamado “concepto clásico” del delito. Partiendo de la influencia de las ciencias naturales, se acogió una estricta división entre la parte externa u objetiva del hecho, y la parte interna, o subjetiva, estableciendo a partir de la misma diferenciación entre antijuridicidad y culpabilidad” (Escuela Nacional de la Judicatura Rep. Dominicana. 2007: 314). La primera se asocia con lo externo, con lo aprehensible por los sentidos, viniendo especialmente determinada por la causalidad como criterio central del injusto penal. A partir de esto, la culpabilidad es nutrida por todos los elementos que hacen parte

del hecho, el dolo y la culpa. Tal posición, muestra que lo que se entendía por dolo en ese momento¹³ era lo que se conocía como “*dolus malus*”, que además del conocimiento de los hechos y la voluntad del agente, también hacía parte la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. “bajo esta concepción, la idea de culpabilidad estaba exenta de valoración y, por tanto, no se entendía como un juicio de reproche, si no que se entendía como únicamente como una realidad psicológica: la culpabilidad consistía en el nexo psicológico entre el hecho y el autor del mismo, siendo el dolo o la culpa (la imprudencia) las dos posibles conexiones psíquicas que permitían vincular el hecho con el autor” (Mir Puig. 2003. 523).

En aspectos generales, el esquema causalista tuvo en su primer momento a distinguir entre el error de hecho y el error de derecho. “este ultimo recaía sobre los aspectos jurídicos o valorativos, es decir, sobre la antijuridicidad, que implicaba el derecho mismo, ya que la tipicidad era una mera descripción fáctica. Dentro de esta primera etapa, se desconoció el valor excusante del llamado error de derecho (...) esta clasificación, no obstante, se hizo insostenible desde un punto de vista dogmático y sistemático, con la profundización de la teoría del delito, y, por eso, se empezó a utilizar la clasificación de error de tipo-error de prohibición” (Bustos. 1999:367).

Es así como la teoría del dolo expuesta por Von Liszt y Beling rechazan el principio “*error iuris non excusat*”. “la conciencia de la antijuridicidad formaría parte del dolo, entendido este como *dolus malus*, que estaría ubicado en la categoría de la culpabilidad y abarcaría no solo el conocimiento de los

¹³ La posición imperante en cuanto a la concepción de dolo es la propuesta por el esquema finalista, conocimiento de los hechos y voluntad, ubicado en la tipicidad. Más adelante volveremos sobre el punto.

elementos del tipo, sino así mismo el conocimiento de la prohibición. Así, un error de prohibición excluiría el dolo, y con él, la culpabilidad, y si fuera vencible se trataría en los parámetros de la imprudencia” (Mir Puig. 535). La naturaleza dogmática del error de prohibición coincide, según esta concepción, con la de error de tipo, por cuanto ambas formas de error excluyen el dolo y reciben, por tanto, idéntico tratamiento.

La teoría del dolo, asimismo, puede interpretarse a partir de dos posiciones, una limitada y otra estricta. Esta última es la que hemos mencionado en el párrafo anterior. “todas las formas de error, sea de tipo o de prohibición excluyen el dolo y, por ende, la culpabilidad (no obstante para algún sector doctrinario el conocimiento de la antijuridicidad se sitúa como elemento independiente del dolo), si son invencibles o inevitables; en cambio, cuando son vencibles evitables, el injusto realizado se atribuye al agente a título de culpa (forma de culpabilidad) expresamente o se acuda a una cláusula general de imprudencia o culpa de derecho” (Velásquez. 2009: 833).

En esta teoría, señala Bustos Ramírez, es necesario entender que hay una culpa “proveniente de la inobservancia del deber de cuidado en la realización del hecho, *culpa facti*, y una inobservancia del deber de cuidado en el conocimiento de derecho, *culpa iuris*” (Bustos. 1999: 369).

Tal presupuesto señala ciertas contradicciones. “un hecho puede ser en virtud de un error de tipo declarado como culpa de hecho y, además, en seguida puede concurrir con un error de prohibición y surgir sobre esa culpa de hecho una culpa de derecho; no logra tal construcción, en sí artificiosa, tener una explicación y ratifica que se trata de dos cosas diferentes” (Bustos. 1999: 369). Con esto, el error de prohibición tiene que concebirse de una

forma diferente en el delito culposo, pues el presupuesto al que estuviera dirigido solo es el conocimiento. “de otro modo, el error de prohibición no sería posible en la culpa, ya que no es necesaria ni siquiera la representación del hecho, basta con la falta de cuidado exigido” (Bustos. 1999: 370).

Por otra parte la teoría del dolo se enfrenta con el problema de “aquellos desconocimientos groseros” en el cual, el sujeto desconoció en el momento de valoración antijurídica del hecho, pero de una forma tal, que es rechazado por el pensamiento común. “ellos porque parte de una concepción causalista naturalista psicologista del problema y no del pensamiento de que se trata realmente de una cuestión valorativa y, por tanto, entonces ajena a psicologismos naturalistas, si no de exigencias desde un punto de vista socio-político en el sistema, como toda cuestión normativa” (Bustos. 1999: 370).

La posición limitada del dolo, surge con el fin de eliminar o disminuir los problemas mencionados con la teoría estricta. Esta, parte del supuesto de la existencia de dos momentos cognitivos diferentes en el dolo, “uno referido a la tipicidad de carácter actual y otro dirigido a la antijuridicidad de carácter inactual (solo posibilidad)” (Bustos. 1999:370). Con esto trata de sanar las contradicciones anteriores “logrando los mismos efectos, esto es, que el error evitable de prohibición lleve a la culpa de derecho” (Jiménez. 312).

La teoría limitada del dolo pretendió superar las críticas que se hacían de la teoría extrema del dolo, toda vez que esta, al aceptar que el error vencible sobre la licitud o sobre las causales de justificación excluía el dolo pero no la culpa, acepta que puede haber culpa juris. Para dar respaldo sistemático a tal posición, la teoría limitada distingue en el dolo dos clases de

conocimientos: el de los hechos –que debe ser actual– y el de derecho que se satisface con el conocimiento potencial–. Si se incurría en error en cuanto al derecho podría haberlo tenido tratándose del error vencible. Esta concepción no parece aceptable, por cuanto el dolo y la culpa tienen estructuras diferentes, y no es posible hablar de una culpa de derecho, que sería “una ficción jurídica” (Garrido. 1997. 238).

Según Velásquez, la teoría del dolo “ha sido blanco de fuertes críticas no solo por exigir un conocimiento actual y efectivo de la antijuridicidad (que no se puede probar por no existir en diversos delitos como los emocionales, amen que tal concepto de dolo no sirve para explicar los hechos de los inimputables). Si no porque crea amplias lagunas de punibilidad” (Velásquez. 2009: 833).

2.2 PLANTEAMIENTO DE LA ESCUELA FINALISTA. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD.

Welzel, denominado por la doctrina mayoritaria como padre del finalismo, desarrollo su teoría a mediados del siglo XX, prácticamente en el periodo que se dio la segunda guerra. Este, atendiendo a las estructuras planteadas por la dogmática jurídico penal, crea una teoría única y que es la aceptada por la mayoría de los juristas actualmente. La acción para Welzel, ya no es una “acción ciega” como lo establecería Von Liszt y Beling, es totalmente “vidente”, debido a que el sujeto, antes de cometer el delito, este se lo proyecta, existe una fase interna, la fase ideal del delito. Seguido, también modifica el concepto de tipicidad, ya no es totalmente objetiva (causalismo),

o prevalentemente objetiva (Neokantismo)¹⁴. Es en parte objetiva, elementos comunes en todos los tipos penales (sujeto-objeto-conducta), y una parte subjetiva (dolo, culpa, preterintencion). Recordemos que en el causalismo, las modalidades de la conducta punible están ubicadas en la culpabilidad. A diferencia de lo que muchos creen, Welzel no traslado estos conceptos, simplemente los ubico en su posición original. La antijuridicidad finalista se entenderá como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin justa causa. Y la culpabilidad se centrara en el juicio de reproche, exigibilidad de otra conducta, que el sujeto sea imputable y que tenga conciencia de antijuridicidad del acto cometido. Este último elemento en el causalismo, era lo que hacía que el concepto de dolo se entendiera como “*dolus malus*”, ahora con la nueva definición de dolo solo se limitara al conocimiento y la voluntad¹⁵

Teniendo en cuenta esta clara ubicación, la teoría del finalismo que sustenta el error de prohibición es la llamada teoría de la culpabilidad. Esta lleva la propuesta de diferenciar terminológicamente el error de tipo y el error de prohibición, “desde esta perspectiva, el error de prohibición no excluye el dolo, si no la culpabilidad, y la vencibilidad del error no es, entonces, equivalente a una imprudencia, si no que conlleva a una reducción de la culpabilidad y, por tanto, de la pena del delito doloso” (Escuela Nacional de la Judicatura. 2007: 366). Bajo esta teoría, el llamado error “indirecto” también es un error de prohibición, ya sea que se dé sobre la existencia de una causa

¹⁴ Con el surgimiento de esta escuela de dogmática jurídico penal, Mezger, a la cabeza, explica que algunos tipos penales tienen ingredientes: normativos, subjetivos y descriptivos. Ver: Velásquez (2009).

¹⁵ Actualmente esa es la definición que es incluida en la ley 599 de 2000: “Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

de justificación o sobre los supuestos facticos de la misma. Para Carlos Fontan Balestra, la teoría de la culpabilidad, en cuanto al error de prohibición evitable “deja subsistente la imagen total de un hecho punible doloso, deja intacto el dolo de hecho (...) la pena puede disminuirse por otros motivos, tales como la culpabilidad disminuida, pero no por ausencia del dolo, porque el autor sabe lo que hace, tiene la intención del hecho (Dolo de Hecho)” (Fontan. 1998: 356).

Así como en la teoría del dolo, la teoría de la culpabilidad tiene una posición estricta y una limitada. La primera se refiere a “cuando se presente un error de prohibición invencible o inevitable se excluye la culpabilidad, mientras que si este es vencible o evitable puede, aunque no se debe, aminorarse la pena imponible para el hecho doloso. Ello es consecuencia de la consideración de que la conciencia de la antijuridicidad se debe concebir de manera potencial y en todo caso, el agente actúa con dolo de tipo. Desde luego el carácter estricto de esta formulación permite hacerle diversas censuras en cuanto, en caso de vencibilidad, deja a la potestad del juzgador la atenuación de la pena” (Velásquez. 2009: 834), con todo lo visto, tal posición no compagina con el concepto de culpabilidad.

Bustos Ramírez realiza una fuerte crítica a la teoría estricta en cuanto a la consecuencia del error vencible indirecto, es decir, sobre una causal de justificación, este explica:

... si bien en relación a las valoraciones solo se pueden plantear las exigencias de una determinada conciencia (los valores se conocen, se comprenden, implican una vivencia social), ello no es lo mismo respecto del hecho, en referencia al cual hoy un proceso psicológico

de conocimiento. Por otra parte ello la lleva a introducir la culpabilidad al conocimiento actual de los respectivos presupuestos facticos de cada causa de justificación, cuando ciertamente este conocimiento es parte de la causa de justificación y, por tanto, no pertenece en modo alguno a la culpabilidad y, aun mas, entra en contradicción con la estructura de la conciencia de la antijuridicidad. (Bustos. 1999: 371).

La teoría limitada de la culpabilidad surge como alternativa en el sentido de establecer una barrera en donde sea más acorde a criterios garantistas en el plano de la política criminal “opta por tratar el error de tipo permisivo de la misma manera que el error de tipo, mientras que el llamado error de permisión se somete a las reglas del error de prohibición normal: inclusive, con base en razonamientos propios de la política criminal –*a las que, como tantas veces se ha dicho, tienen que orientarse a las construcciones dogmáticas*– , se acepta que se prescinda de pena en los casos que el error de prohibición es vencible” (Roxin. 932).

Esta posición, como las otras, muestra ciertos problemas, Jescheck sostiene que la situación de este error se asemeja más al error de tipo y, por lo tanto, ha de resolverse conforme a sus reglas. El error sobre los presupuestos de la causal de justificación ha de tratarse como error de tipo, porque influye justamente en el dolo. “ciertamente se tiene razón en ello, pero sin una mayor fundamentación y, por eso, surgen dudas en los casos en que por no ser aplicable a un tipo la culpa, el hecho quedaría impune, es decir, se sigue trabajando desde la perspectiva de la conciencia de la antijuridicidad y no del conocimiento actual del hecho” (Bustos. 1999: 372).

Tener claras las consecuencias jurídicas que generan cada una de estas teorías es de vital importancia para la aplicación de “teoría del delito” a casos concretos. Generalmente con la profundización de argumentos y tesis a defender o refutar puede ocurrir que se pierda el norte y el “para que” que se está discutiendo, la libertad y los derechos de las personas, tal responsabilidad, se sujeta en la teoría que el sujeto adopte a la hora de defender o atacar, es por esto la necesidad de marcar cada uno de los parámetros sean causalistas (teoría del dolo) o finalistas (teoría de la culpabilidad).

En el siguiente capítulo profundizaremos sobre el concepto concreto de error de prohibición indirecto, en la segunda parte del mencionado se tratara el tema de la vencibilidad e invencibilidad, que guarda estricta relación con lo que se ha planteado y reseñado en este capítulo.

3. ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO COMO SUBESPECIE DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.

3.1 SOBRE LAS DISTINTAS FORMAS DE ERROR DE PROHIBICION.

Como hemos mencionado en capítulos anteriores, el error es una de las figuras más importantes y debatidas del Derecho penal. En este capítulo trataremos de separar nítidamente los límites de cada una de las clases de error que tienen relevancia jurídico penal. Existen dos clases de error en nuestro derecho penal, el error de tipo y el error de prohibición. Ambos se encuentran definidos por la famosa Sentencia del Tribunal Supremo Alemán, que estableció que en el primero “el sujeto no sabe lo que hace”, mientras que el error de prohibición “el autor sabe lo que hace, pero erróneamente lo considera lícito”. En particular, trataremos a continuación sobre las formas de error de prohibición para la legislación penal colombiana, bien puede ser directo e indirecto, así como vencible e invencible para cada uno de los primeros supuestos.

Genéricamente, el concepto de error de prohibición puede referirse a la creencia equivocada de que la conducta del sujeto no está prohibida, sea porque no conoce la norma jurídica o la conoce mal.

“Actuara bajo error de prohibición aquel que tenga la creencia errónea de que la conducta que realiza no está sancionada por las leyes penales. En el error de prohibición pleno -vencible, no evitable- excluye la culpabilidad

penal. Esta afirmación puede fundamentarse por diferentes vías, según cuál sea el concepto de culpabilidad que se sostenga. Baste con afirmar que si el fundamento de la culpabilidad radica en la capacidad de motivación norma por las normas de conducta, requisito para la culpabilidad será el conocimiento previo de las mismas por parte de su destinatario, pues solo entonces podremos concluir que la persona había tenido la posibilidad de acceder al mensaje normativo.” (Escuela Nacional de la Judicatura. 2007: 364).

Ahora bien, el concepto genérico de error de prohibición se dirige directamente a la modalidad directa en el sentido genérico, de aquí que gran parte de la doctrina no da una definición estricta de error de prohibición, si no que se dirige a distinguir las diferencias entre error de prohibición directo e indirecto. Esta singular clasificación surge como propuesta a esclarecer las lagunas que venía proporcionando la dicotomía error de hecho-derecho.

Las diferencias entre estas dos formas y las tradicionales –error de hecho y de derecho- no siempre resultan muy claras. Debe aceptarse, sin embargo, que el error sobre la prohibición reduce su ámbito con respecto al error de derecho, en tanto que el error de tipo lo amplía en relación con el de hecho” (Fontan Balestra. 1998: 353).

Estando prácticamente abandonada la clasificación tradicional entre el error de hecho y el error de derecho. Se afirma que esta última clasificación puede inducir al error respecto del objeto de delimitación, por cuanto todo error que verse “sobre el derecho” tiene que ser, por ello, un error de prohibición. Así pues, los tipos legales poseen tanto elementos descriptivos como elementos normativos, y que para acceder al significado de estos es preciso, muchas

veces, acudir a normas extrapenales –por ejemplo, las nociones de “referendo”, “funcionario” etc.- no obstante, ello no implica que todo error referido a tales elementos normativos sea y deba ser tratado como un error de prohibición.

Profundizando aun mas vemos que “Existen causales que excluyen el segundo elemento de la culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, lo que sucede cuando erróneamente se estima que se obra conforme a derecho: aquí el sujeto tiene un equivocado concepto de la ilicitud de su acción, lo que denomina error de prohibición” (Garrido. 1997: 230).

En la misma línea de Garrido entendemos que con esta causal de inculpabilidad la naturaleza del error impide al estado reprochar el comportamiento de la persona que lleva a cabo una actividad en la convicción de que lo hace sin contravenir el ordenamiento jurídico: no se les puede inculpar por ese hecho, o su culpabilidad se atenúa, según los casos. No se trata de un error que incide en el conocimiento de la ley si no en la convicción o en la creencia del sujeto de lo que para el constituye “la normatividad”; esta clase de error debe desvincularse de la noción de “ignorancia de la ley” (error de derecho), se refiere al ordenamiento, a lo que el sujeto piensa de buena fe que el “derecho” –y no el precepto legal– prohíbe o permite. Esto significa entre “ley” y “derecho”. Se sostiene que esta conciencia corresponda a la antijuridicidad material –no a la formal-, corresponde al conocimiento del profano de la materia jurídica.

En síntesis, el error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, sino que es un puro problema de culpabilidad. Se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la

conducta. Esta figura está fundada cuando el autor a pesar del completo conocimiento de las circunstancias de las cuales resulta la realización de un tipo penal, no sabe que su acción es ilícita, por consiguiente le falta solo la conciencia de la antijuricidad (el autor sabe lo que hace pero supone erróneamente que eso sería lícito).

Para Fontan Balestra, como supuestos de error de prohibición están, el error de prohibición directo, que él llama “error sobre la existencia de la norma abstracta”; y el error de prohibición indirecto que lo divide en “error sobre la existencia de una causa de justificación”, “error sobre los presupuestos de una causa de justificación (eximentes putativas)”, “error sobre los límites de la necesidad”, este último lo explica con el ejemplo del “autor que obra con la creencia de que su acción era necesaria para la defensa de un bien jurídico pero objetivamente no lo era: cree ante un ataque, que era necesario matar al agresor, pero hubiera bastado con lesionarlo” (Fontan.1998: 354).

Vemos que el error de prohibición directo está construido bajo la idea en que el autor conoce la existencia de la norma prohibitiva pero cree que erróneamente que en el caso concreto concurre una norma de carácter permisivo que justifica su conducta, ya por cree que existe una causa de justificación objetivamente inexistente, ya por errar sobre los límites de aplicación una causa de justificación inexistente.

Es decir, parcialmente encaja en lo que Hans Welzel (Junto con la posición mayoritaria de la doctrina colombiana llama “defensa putativa:

“si el autor supone erróneamente una situación de legítima defensa, el hecho es antijurídico, pero, a consecuencia del error sobre la

antijuridicidad, queda excluida la culpa. En caso de la evitabilidad del error, el autor es mas punible benignamente.” (Welzel. 1956: 108)

Otros autores sostienen una clasificación diversa sobre el error de prohibición indirecto, para la corte suprema de república dominicana, apoyándose en la doctrina alemana de Heiko Lesh, anuncia que puede constituirse en dos clases:

1) *Error de permisión*. El autor yerra sobre la existencia o alcance de una causal de justificación, creyendo que existe una causal de justificación objetivamente inexistente en el código penal aplicable a su acción, o creyendo que una causa de justificación si existente puede aplicarse a su caso por darle un alcance mayor del que objetivamente tiene.

2) *Error sobre los presupuestos facticos de una causa de justificación*. El autor cree que erróneamente que en el caso concreto concurren los elementos de una causa de justificación objetivamente existente en el código penal. (Sánchez. 2007: 365).

Por último, el maestro Zaffaroni, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina y para muchos, el tratadista del Derecho Penal más importante que tiene Latino América, en su parte general de derecho penal establece que el error de prohibición indirecto puede acomodarse a dos hipótesis. El error indirecto de prohibición por falsa suposición de existencia legal de una causa de justificación y el error indirecto de prohibición sobre la situación de justificación.

“El error indirecto de prohibición es el que recae sobre la tipicidad permisiva de la conducta típica de un tipo prohibitivo”. Esta hipótesis tiene lugar cuando el sujeto conoce la tipicidad prohibitiva pero cree que su conducta está justificada.

“Este error puede asumir distintas formas, susceptibles de reducirse a dos principales:

a) la falsa suposición de que existe una causa de justificación que la ley no reconoce (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo).

b) la falsa suposición de circunstancias que hace una situación objetiva, que la doctrina suele llamar – con poca precisión – justificación putativa). Aunque el error sobre los límites de una causa de justificación puede considerarse en forma independiente, es una variable significativa de la primera. (Zaffaroni. 2002: 739).

“La primera de las mencionadas variantes resulta cuando el autor cree que le ampara una causa de justificación que la ley no le reconoce, y puede asumir las mismas modalidades que el error directo de prohibición por desconocimiento de la norma misma; o sea que puede consistir en una falsa suposición de la norma pero también en un error de validez de esta y, por ende, asumir la forma de un error Juris o de un error facti” (Zaffaroni. 2002: 739). Este último caso tendría lugar cuando el agente creyese estar en un ámbito territorial diferente o vivir en una fecha equivocada. Las mismas reglas son aplicables a los supuestos en que el error del agente se limita al alcance del permiso legalmente reconocido.

“La otra variante del error indirecto de prohibición tiene lugar cuando el autor cree actuar en una situación de justificación que no existe” (Zaffaroni. 2002: 742). También se denomina al error sobre las circunstancias fácticas de justificación error de tipo permisivo, para distinguirlo del denominado error de permisión como se había mencionado anteriormente. Estos errores se dirigen efectivamente a los casos relacionados “ex ante una situación de justificación, aunque ex post se demuestre que no se ha podido valorar con exactitud la magnitud del supuesto de necesidad. Por el contrario, cuando ex post no existe en consideraciones para que nadie pudiera haber supuesto otra cosa, la causa de justificación queda excluida y solo se considera un error invencible de prohibición” (Zaffaroni. 2002: 742).

En los casos de falsa suposición de una situación objetiva de justificación, constituyen errores invencibles de prohibición las siguientes situaciones, “cuando el agente en la situación concreta no podía haber salido del error; y en los supuestos en que no solo el agente sino cualquier otra persona tampoco podría haberse percatado del mismo. Este segundo supuesto no difiere esencialmente del primero en cuanto a sus consecuencias; la única diferencia que presenta es que tampoco un observador tercero diligente y aun fuera de las circunstancias concretas del agente, tampoco se hubiese percatado del error, pero esto no tiene otro valor que el de una circunstancia que reafirma aun más la inculpabilidad en el caso” (Zaffaroni. 2002: 743).

“Cualquiera que sea la clase de error de prohibición o su raíz –de hecho o de derecho- tiene por efecto la exclusión de la culpabilidad del agente cuando es invencible o su disminución en caso contrario” (Fontan.1998:

355). En cualquier caso, no está enfatizar demás que el derecho penal actual no encarna ya el conjunto de convicciones morales que conforman la “*ética social*”. De una parte, desde hace ya unos cuantos años el derecho penal económico, o la protección de la propiedad intelectual (fenómenos que van de la mano de la hiperlegislación penal de tipos delictivos de peligro); “regulaciones que, además, proliferan –en muchos casos- en leyes sectoriales que hacen más difícil su seguimiento” (Sánchez. 2007: 369). De otra parte, existen sociedades dentro de las que, ya de modo tradicional o ya por nuevos flujos migratorios, conviven muy diferentes comunidades culturales, cada una con usos jurídicos en ocasiones muy diversos. Ambos factores, de crecimiento exponencial en la actualidad, impiden afirmar con la misma rotundidad que es prácticamente inverosímil la concurrencia de errores sobre la antijuridicidad del hecho.

3.2 CONSTRUCCIÓN DOGMATICA A PARTIR DE LO PREDECIBLE. EL PROBLEMA DE LA VENCIBILIDAD E INVENCIBILIDAD.

Para determinar la vencibilidad o invencibilidad del error es preciso atender a si el sujeto podía, con una diligencia mínima, haber salido del error. Suele, así, afirmarse que el criterio a emplear es preguntarse si una persona ideal situada en la posición del autor concreto y con idéntica capacidad mental y de representación de los valores jurídicos hubiese podido conocer la antijuridicidad de la conducta que se disponía a realizar. A su vez, para dar respuesta al interrogante hay que contemplar factores subjetivos como si el sujeto activo sumido en la duda de la ilicitud o si existían motivos para

plantearse la posible ilicitud de su conducta, si pensó que la conducta podría ser contraria a la ética social –pues esto podría haber actuado como indicio de la ilicitud-, o si se desenvuelve la conducta en un ámbito social que el sujeto sabe o asume que podía estar regulada jurídicamente.

“A estos efectos, también la pertenencia del sujeto al sector social en el que se desenvuelve la actividad –máxime si es un sector especializado- será un elemento de ponderación para determinar la vencibilidad del error. Así por ejemplo, será muy difícil apreciar un error, ni siquiera vencible, en un delito de cohecho o prevaricación realizado por el funcionario público” (Sánchez. 2007: 368).

El error eximente sea “*no imputable*”, también llamado por la doctrina “invencible”, “lo que importa que el error imputable para el código (o vencible para la doctrina) no elimina la culpabilidad” (Zaffaroni. 2002: 732). Lo cierto es que el criterio de vencibilidad, al igual que el de evitabilidad, que también suele emplearse (oponiendo error evitable a inevitable), no pasan de ser un mero cambio de denominación del mismo problema, *el límite del error exculpante. Afirmar que error vencible o evitable.*

Afirmar que error vencible o evitable es aquél cuya superación puede exigírsele al autor y. por consiguiente, es el error reprochable a éste, no importa ninguna regla práctica para individualizar uno u otro supuesto. “Los criterios sobre la evitabilidad del error de prohibición no son muy claros en la doctrina y esa penumbra no se disipa con meros cambios de denominación” (Zaffaroni. 2002: 732).

Las distinciones generales que suelen hacerse, como por ejemplo la inadmisibilidad de la ignorancia crassa y otras similares, son retornos a viejos conceptos, tales como el error de derecho natural y el de derecho civil, que se remonta al derecho romano y que se recogió en Las Partidas, posteriormente derivado en error sobre delitos naturales y delitos de creación política. siendo excusable sólo la ignorancia de las leyes referidas a los segundos. No muy diferente es el criterio que rechaza el error reconocible mediante un esfuerzo de conciencia.

Actualmente se emprende un camino cercano al distinguir en el error la ignorancia sobre normas llamadas centrales fundamentales y un ámbito de las llamadas normas disponibles, admitiéndose sólo el error sobre las primeras en caso de inimputabilidad o de socialización exótica. Tampoco puede ser útil la general afirmación de que el error es vencible cuando afecta normas que constituyen principios de ética social, los que deben distinguirse de los delitos de creación política, o la referencia a un deber medio de información, porque frente a los problemas que plantea la pluralidad de pautas culturales de las modernas sociedades complejas, no se trata más que de fórmulas bastante huecas. (Zaffaroni. 2002: 733).

Se ha propuesto también la ponderación de la vencibilidad en base a un deber de información jurídica. Que estaría violado en el error vencible. Lo cierto es que este deber en general no existe, y si existiese, valdría preguntarnos ¿qué sucede con la ignorancia de ese deber mismo, lo que llevaría a un regressus in infinitum? “Este pretendido deber traería más dificultades que soluciones, porque implica acudir a la inconstitucional teoría de la actio libera in causa - que ya se ha rechazado — o bien crear una tipicidad culposa con fundamento en la violación de ese deber, y dejar

impune el injusto doloso culpable cometido (es decir, el delito doloso realmente cometido con error vencible de prohibición)” (Zaffaroni. 2002: 733). Más allá de estas dificultades, la pretendida existencia de este supuesto deber jurídico de información lleva a la eliminación de la relevancia eximente del error, como sucede cuando se exige que el autor, antes de iniciar cualquier curso de acción. Deba examinar su conformidad con el derecho, pues debe ser valorativamente consciente de todo lo que hace. Para evitar esta consecuencia, desde el subjetivismo se ha sostenido la posición contraria extrema. Conforme a la cual a quien no tiene consciencia actual de prohibición de la acción no puede reprochársele que no se haya fundado en la norma de determinación imperativa ni que haya violado ningún deber de información. Según esta posición, aquellos que dudan no tendrían consciencia de la antijuridicidad, al igual que el indiferente, lo que termina por volver a las dificultades de quienes exigían una consciencia actual de la antijuridicidad.

Por otra parte Roxin, delimita la culpabilidad como la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto, “en la infracción a un deber de extender o poner en tensión la consciencia (hacer un esfuerzo de consciencia) o de informarse” (Roxin.1997:810). La suposición de un deber especial de esta índole conduce a la conclusión errónea de que su infracción funda en la vencibilidad del error de prohibición, pues si objetivamente existe una controversia que oscurece por completo la inteligibilidad del derecho, el error será invencible aunque subjetivamente el autor crea otra cosa. “Esto lo reconoce el propio autor cuando cita el ejemplo de quien - sin informarse - cree que su conducta no está prohibida y la jurisprudencia que no conoce (mayoritaria o minoritaria, o porque ha cambiado) le da la razón; su error será

invencible aunque posteriormente la jurisprudencia cambie” (Zaffaroni. 2002: 730).

La vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición es un límite de culpabilidad. Es decir, un límite de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad.

Desde esta perspectiva –y si no se quiere desnaturalizar problema– , no puede sostenerse ningún deber de información jurídica que incumba al ciudadano como tal, sino que todos los ciudadanos tienen –directamente y sin lugar a dudas– el deber de no cometer injustos, sólo que tal deber les es exigible en la medida en que dispongan efectivamente del correlativo derecho a comprender la naturaleza de tales injustos, sin que importe si han hecho o no uso de ese derecho de comprensión.

Como se ha señalado, la culpabilidad no se funda en el conocimiento efectivo, menos aún en la efectiva comprensión de la criminalidad de la conducta, sino en la mera posibilidad, Conforme a la naturaleza de la culpabilidad (y de la inculpabilidad) la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades, “lo que permite afirmar que la evitabilidad del error exculpante presenta, por lo menos, tres aspectos que deben ser analizados para su correcta valoración: (a) si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la comunicación penal de su conducta, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información; (b) si el sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo lo que dependerá del período de que disponga para la toma de decisión, de la posibilidad de reflexión en la circunstancia dada. etc. y (e) si al autor le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, lo que no sucede cuando, conforme a su

capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento, y con un estándar mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos presumirla” (Zaffaroni. 2002: 738).

La preocupación de Zaffaroni se centra en precisar aún más estos criterios de inculpabilidad, y de objetivarlos, esto ha llevado a la doctrina formular reglas que no siempre son incuestionables.

“Si bien se admite que los medio para evitar un error (evitable) son la reflexión y la información de su combinación se ha deducido que el error evitable o vencible exige que (a) el sujeto haya tenido un motivo para reflexionar sobre una posible antijuridicidad de su conducta o para informarse al respecto (porque se lo haya informado un tercero - especialista o no-, hay leído o adquirido espontáneamente, lo deba deducir de que su conducta afecta a terceros, o porque se mueva en un sector altamente normativizado), (b) que pese a ese motivo el sujeto no hay realizado ningún esfuerzo para cerciorarse, o bien que éste haya sido tan insuficiente que sería indefendible la disculpa. Se sostiene que en estos extremos el error es vencible cuando unos esfuerzos suficientes hubiese sido erróneamente resulta por un letrado” (Zaffaroni. 2002: 739).

En rigor, no hay nada que justifique la reprochabilidad para el que no hizo ningún esfuerzo cuando de haberlo realizado hubiese sido igualmente inútil. “Las reglas no pueden ser fijadas conforme a un homúnculo que represente a un término medio ideal, porque niega la individualización del juicio de culpabilidad” (Sanchez. 2007. 369).

La naturaleza de límite de culpabilidad del problema de la vencibilidad o evitabilidad del error importa que la estimación tenga lugar siempre en función de las condiciones personales del agente y no conforme a una pretendida objetividad, que acuda a otro o a una figura de imaginación. La exigibilidad siempre es a una persona concreta, pero en una situación y una circunstancia también concreta. El no contenido de *“una fórmula general de la imputabilidad o culpabilidad disminuida, no significa que no reconozca grados de reprochabilidad conforme a diferentes magnitudes de capacidad psíquica de la persona”*. Por otra parte, se trata de un dato de realidad que la ley no puede desconocer ni alterar.

“La capacidad de imaginación de una persona, su juicio crítico, su nivel de pensamiento abstracto, de atención, de fijación mnémica, de sensopercepción, etc., son todas funciones que pueden estar disminuidas de modo que hagan inexigible que el agente haya imaginado la criminalidad de su acción, que la haya deducido por aplicación de un análisis reflexivo de los datos disponibles, que haya comprendido su lesividad, etc.”

En este sentido, el error exculpante y la imputabilidad no son conceptos que deban separarse completamente, sino que el grado de capacidad psíquica de culpabilidad puede incidir en la invencibilidad del error. En otras palabras: es posible que haya personas que no sean incapaces psíquicos de culpabilidad respecto de ese injusto en concreto, pero que, por sus características psíquicas personales, sea indudable que no resulte posible exigirles, en la concreta circunstancia del hecho, que hayan vencido o evitado el error.

Cuando juristas dudan en forma tal que da lugar a varias interpretaciones simultáneas y diferentes dentro de una misma competencia y, al mismo tiempo, media una disputa considerable al respecto. En tal caso se vería en el deber de abstenerse de realizar la acción que la jurisprudencia más ampliatoria de punibilidad considera delictiva, antes el riesgo de resultar sometido a la competencia de ese tribunal; o bien de realizarla, subordinando su destino a un sorteo. Es obvio que cuando no hay unidad el criterio jurisprudencial, no puede consagrarse la eventualidad más represiva por imperio del riesgo del azar.

En rigor, en todos estos casos es bastante claro que debe considerarse también un error exculpante. La razón de ello es que no son supuestos de duda del autor del hecho, sino supuestos de duda del derecho mismo, o mejor aún, no son duda del agente sino de sus jueces. Si bien es válida la regla de que quien actúa es culpable, no lo es cuando no es el agente quien duda, sino que es el propio hecho el que lo hace, porque las agencias del estado encargadas de definirlo y ¡irrisorio son las que en conjunto dudan, mediante decisiones contradictorias e incompatibles. Debe quedar claro que poco importa que el agente conozca o no conozca la disputa jurisprudencial y doctrinaria: (a) en caso de conocerla, el sujeto debe ser beneficiado por el error invencible, porque no tenía forma de salir de éste; (b) en caso de no tener idea de la disputa, actuará de modo criminal, pero en realidad llevará a cabo una suerte de quimera teórica, en forma de un inimaginable delito imaginario, ya que habrá parte de criminalidad imaginaria en su actuar. Para que el error exculpante sea vencible basta con que el agente pueda saber. Y en estos supuestos el supuesto - conozca o no conozca la jurisprudencia contradictoria - nunca podría saber si era criminal o no lo era. Se trata de lo que la doctrina- para

otros casos- llama dudas irresolubles o insalvables que deben exculpar como consecuencia del principio de máxima taxatividad legal. (Zaffaroni. 2002: 741).

La invencibilidad o inevitabilidad del error sobre la criminalidad, por definición, da lugar a inculpabilidad. Las más graves dificultades doctrinarias se presentaron respecto de los efectos jurídicos penales de la vencibilidad del error exculpante. Se trata de casos en lo que, en palabras del código, el error es imputable al autor y, por ende, no elimina la reprochabilidad del injusto. Como directa consecuencia de la ubicación que se ha dado a la posibilidad de comprensión de la criminalidad en la teoría del delito, es decir, de haber adoptado la llamada teoría estricta de la culpabilidad, en ningún caso este error vencible puede convertir en culposo un injusto doloso. Todo lo referente a la comprensión de la criminalidad no puede decidir otra cosa que la pregunta sobre si el injusto es o no reprochable al autor y, en caso de serlo, en qué grado.

En general, casi siempre que hay un error vencible, particularmente cuando hubiere lugar a que el sujeto actué sin conocimiento del contenido injusto del hecho, la culpabilidad será de menor intensidad. Sólo cuando la ignorancia (que es estos errores siempre es error). No proviene de un esfuerzo insuficiente sino de la renuncia total del sujeto a cualquier esfuerzo, en nada estará disminuida su posibilidad de comprensión de la criminalidad, sino que simplemente el agente no habrá hecho uso de la posibilidad que tuvo. En estos excepcionales supuestos no corresponde ninguna disminución de su culpabilidad, por el hecho. El error exculpante invencible es el que determina que el sujeto no haya podido comprender la criminalidad, en el vencible la atenuación obedece a que su comprensión tuvo dificultades que no le son

imputables totalmente imputable, no corresponde considerar atenuación alguna del reproche.

3.3 EL ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA.

El código penal colombiano en su parte general ha dejado para los numerales 10 y 11 el tratamiento del error, clasificándolo no a partir de su contenido si no sobre el efecto que este produzca, así tenemos que

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

(...)

10. Se obre con error invencible (...) de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

(...)

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

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

En la exposición de motivos de la Ley 599 de 2000 por parte de la Fiscalía General de la Nación, el tratamiento que hace a las diferentes manifestaciones del error se agrupan, bajo una misma fórmula y con asignación de los mismos efectos, el llamado error de tipo y sobre los presupuestos fácticos de una causal eximente de responsabilidad: el error invencible excluye la responsabilidad; el vencible será punible por la vía de la modalidad culposa sí ella ha sido admitida por la ley.

Por otro lado se regula el error de prohibición que, interpretado conjuntamente con la fórmula contenida en el inciso 2o del artículo 12, implica su reconocimiento cuando se ha llevado a cabo por el agente un esfuerzo razonable –“reflexión e información”- por salir de cualquier duda que sobre lo prohibido de su actuar le ofrezca la situación concreta y particular en que actúa. Son perfectamente aplicables, cuando se trata de exigir algo adicional a la mera posibilidad de actualizar el conocimiento del injusto y referente a la concreción de la vencibilidad del error, las consideraciones que sobre el asunto ha expuesto uno de los más influyentes autores de actualidad. Alfonso Gómez Méndez (1998) reflexiona:

Teóricamente se puede vencer cualquier error de prohibición incluso cuando faltan todos los medios propios de conocimiento, informándose hasta que salgan a la luz las razones que se oponen a la conformidad a Derecho de una conducta. Pero unas exigencias tan exageradas entorpecerían la vida social. El error de prohibición invencible conlleva exoneración de responsabilidad. El vencible no excluye el dolo pero implica un menor reproche. (Gómez Méndez.1998: 146)

4. CONFLICTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL ERROR DE PROHIBICION. DE REYES ECHANDIA A AGUDELO BETANCOUR.

4.1 PLANTEAMIENTO Y FUNDAMENTOS.

Este último capítulo, se centrara en mostrar la discusión colombiana en torno al error de prohibición indirecto. Señalaremos la transición de una teoría a otra y como este cambio de paradigma ha hecho que hoy por hoy tengamos una teoría para el error independiente parcialmente del tratamiento que se da en los sitios de producción (actualmente Alemania). El subtítulo de este capítulo solo se ha limitado de tal forma con el fin de ser lo más esquemáticos posible, al igual que muchos, se ha considerado a Alfonso Reyes Echandia y a Nodier Agudelo Betancur como los principales penalistas de la academia colombiana (sin dejar aun lado el trabajo que han hecho Juan Fernández Carrasquilla (1998), Alfonso Gómez Méndez (1998), Fernando Velásquez Velásquez (2009), Luis Carlos Pérez (1959), entre otros). Así mismo, estas dos figuras simbolizan los dos paradigmas de la historia de la dogmática en el derecho penal colombiano. Siendo Reyes el representante y defensor del modelo causalista y Neo-Kantista; y Agudelo como aquel que ha decidido centrarse en un esquema Finalista, no siendo fiel del todo por medio de sus críticas. La forma en cómo procederá el desarrollo de este capítulo será ubicando las principales ideas de Reyes plasmadas en su obra “la inculpabilidad”; después mostraremos las

respectivas críticas del anterior, con un texto de Yacamán Yidi (1986) sobre el estudio del error; para finalizar con el análisis que hace el jurista Nodier Agudelo (2004) en su estudio sobre el error de prohibición indirecto.

En la segunda parte del presente capítulo sentaremos nuestra posición sobre la perspectiva de los diferentes autores que ha sido complementada con la jurisprudencia nacional.

Reyes Echandía (1979), para la doctrina penal colombiana, en lo que respecta al tratamiento del error, es bastante novedoso. En su obra “la culpabilidad”, dedica una extensa parte a la ausencia de la categoría mencionada, es decir, la existencia de “inculpabilidad”. Allí trata sobre las distintas causales que la generan, entre esas el error. Lo novedoso de la obra es que para la época y para la legislación penal del momento (decreto 100 de 1980) la posición imperante era la de error de hecho-derecho, Reyes (1979) se atrevió a tratar desde la perspectiva Neo-Kantista la posibilidad de hablar de error de tipo-prohibición, y como más adelante veremos, la interpretación teórica que expone este para el código penal colombiano.

“Esta corriente doctrinal de origen alemán sustituye las dos modalidades de error ya conocidas por las de error de tipo (tatbestandsirrtum) y error de prohibición (verbotsirrtum). De esta manera se pretende superar la injusta ilogicidad de la presunción de conocimiento de la ley penal, de tal manera que sea posible reconocer irresponsabilidad por ausencia de culpabilidad cuando la *Ignorantia Legis* sea inevitable” (Reyes. 1979: 210).

Error de prohibición cuando versa genéricamente sobre la antijuridicidad del hecho; como hipótesis de esta especie de error cítense las siguientes: “a) el agente desconoce la existencia de la norma incriminadora; b) el agente la conoce pero cree que actúa conforme a derecho en el caso concreto porque la interpreta equivocadamente y c) el agente supone erróneamente que concurre en su conducta una causal de justificación” (Reyes. 1979: 211).

En relación con la última modalidad, aclara Welzel que comprende no solo la falsa representación, sino también la falta de representación de la antijuridicidad del hecho, esto es, no solo la representación positiva de actuar conforme a derecho, sino también la falta de representación de actuar antijurídicamente. “Como ejemplo de esta clase de error de prohibición citase el de quien lesiona corporalmente a otro porque cree equivocadamente que está siendo agredido (error sobre la ilegitimidad de la agresión), o porque yerra al pensar que tiene el derecho de castigar (error sobre la existencia de una justificante que no existe). Zaffaroni habla en estos casos de suposición “de un precepto permisivo que no existe” y de suposición de circunstancias de hecho “que de existir justificarían la conducta” (Reyes. 1979: 212).

Reyes (1979) en cuanto a la adopción de determinado esquema, siempre fue muy crítico del finalismo Welzeliano, de esta forma se refería sobre el elemento de *“la antijuridicidad de la conducta”*:

Existe controversia doctrinal al respecto de aquellos ingredientes normativos que apuntan a la antijuridicidad de la conducta, tales como “arbitrariamente”, “injustamente”, “sin autorización legal” y otros semejantes. Welzel (1956) considera que el error sobre ellos es de prohibición porque en tales casos la antijuridicidad a la que se refieren no

es característica del tipo si no valoración del mismo. Maurach piensa, en cambio, que es necesario en tales casos distinguir, así: si el juicio de antijuridicidad se refiere a la totalidad del proceso de la acción, estariase ciertamente ante un error de prohibición; pero si, al contrario, la expresión utilizada por el legislador esta referida a un particular elemento del tipo, tendría que reconocerse la existencia de un error de tipo. (Reyes. 1979: 212).

Seguidamente de mencionar la “nueva clasificación”, este se dedica a enfrentarla con la más antigua, es decir, la de error de hecho-derecho

“Sobre este tópico presentase opiniones encontradas. Welzel cree que la diferencia esencial entre las dos clases de errores radica en que la primera (error de hecho-error de derecho) parte del antagonismo entre hecho y concepto jurídico, al tiempo que la segunda (error de tipo y error de prohibición) está montada sobre la diferencia de tipo y antijuridicidad; y aclara así su pensamiento: quien sustrae a otro una cosa que erróneamente considera de su propiedad, se encuentra en error de tipo, porque no sabe que sustrae algo ajeno; pero quien cree tener derecho a sustraer una cosa ajena (el acreedor frente al deudor insolvente) incurrirá en error de prohibición; quien no sabe que la cosa de que se dispuso está embargada, se equivoca sobre una característica del tipo, pero quien lo sabe y erróneamente cree tener derecho a un desembargo de facto, se encuentra en error de prohibición.

Por lo tanto –agrega el autor– error de hecho y error de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por la otra, son conceptos de índole

completamente diversa, como se demuestra también en el aserto de que hay errores de derecho que son de tipo (como el que recae sobre las características normativas del tipo de carácter jurídico), y errores de hecho que son de prohibición (como el que recae sobre los supuestos facticos que fundamentan una causal de justificación). De tales consideraciones desprenderíase que estas dos clasificaciones sobre el error no son asimilables. (Reyes. 1979: 213-214).

Así teniendo en cuenta el paralelo, toma como apoyo argumentativo a dos penalistas de la época, uno que defiende la nueva posición y otro que explica que no es aplicable a la legislación colombiana. Primero cita Romero soto, en cuanto al error de prohibición, su primera hipótesis, a saber, la ignorancia de la existencia de una norma, es la misma ignorancia de la ley de qué habla nuestro código”.

Respecto al error de prohibición que consiste tanto en una suposición de naturaleza fáctica como en un juicio jurídico, incorrectos ambos, sobre la existencia de una causal de justificación, no se ve porque no pueda incluirse la primera de esas hipótesis, dentro del error de hecho, y la otra, dentro del error de derecho. La tercera hipótesis del error de prohibición que estriba, como se sabe, en creer que lo dispuesto por una norma no es exigible en un determinado caso, solo sería error si no se acepta la teoría de la no exigibilidad de otra conducta. No lo será en caso contrario; en el primero, constituiría error de derecho.

“En síntesis –concreta el autor– “consideramos que si bien en la clasificación de error de tipo y error de prohibición es mucho más lógica que la de error de hecho y de derecho, no tiene porque eliminar esta, sino

que, por el contrario, guarda estrecha correspondencia con ella, y que los avances de la doctrina alemana bien pueden aplicarse a las legislaciones que, como la nuestra, aun se ciñen a la vieja clasificación” (Reyes. 1979: 214).

Cuando este habla de la posición contraria (que no comparte), cita a Estrada Vélez, “afirma que desafortunadamente la doctrina del error de tipo y de prohibición es completamente inaplicable en nuestra legislación penal y aboga por la modificación sustancial de su estructura en esta materia porque la considera “antitecnica, oscura e imprecisa, y por ello, fuente de perplejidad e injusticia” (Reyes. 1979: 215).

Culminado el plano descriptivo, reyes propone una interpretación del error que se adapte con el decreto 100 de 1980 (código penal). Así establece:

Sobre tal supuesto nos parece más lógico hablar de un error sobre el tipo y un error sobre la antijuridicidad, porque en el primero deben incluirse no solamente los que afectan a uno cualquiera de los elementos que lo integran si no también los que al tipo en general se refieren en cuanto a su propia existencia, y además, porque la palabra prohibición (del alemán *Verbot*) es demasiado genérica y formalista, a tiempo que la antijuridicidad tiene una precisa connotación jurídico-penal respecto de la cual no existen discrepancias doctrinales de carácter fundamental, y en esencia significan lo mismo. (Reyes. 1979: 216).

En el tema que nos compete, aquí expondremos lo que para Reyes (1979) significan las hipótesis donde encajan el “error sobre la antijuridicidad”. En esta clase de error el agente se equivoca respecto de la lesividad jurídica de su comportamiento, en cuanto está convencido que su conducta a pesar de ser típica no es contraria a derecho. Existen tres hipótesis al respecto:

Primera: el agente yerra sobre la existencia de una causal de justificación, pues cree equivocadamente que su concreto comportamiento esta penalmente justificado. Pedro presta a Juan quinientos pesos y como no se los paga en el plazo estipulado, se apropia de una máquina de escribir que este le había prestado, en la creencia de que actúa justificadamente, cuando la verdad es que su comportamiento, siendo típico y antijurídico respecto del abuso de confianza, no es doloso porque Pedro no tiene conciencia de la ilicitud de su conducta y, al contrario, cree estar ejerciendo un legítimo derecho de retención (disposición de la ley). (Reyes. 1979: 218).

Segunda: el agente interpreta equivocadamente un requisito exigido para la configuración de una causal de justificación; en este caso el sujeto yerra sobre el alcance de algún requisito propio de una causal de justificación, como cuando una persona se libera violentamente del policía (lesionándolo) que lo capturado en situación de cuasi-flagrancia delictual porque cree que está siendo víctima de una agresión injusta, o cuando el citador de un juzgado cumple la orden verbal de captura que la imparte el juez para escuchar en indagatoria a una persona, en la convicción errada de que tal orden es legítima. (Reyes. 1979: 218).

Tercera: el agente se equivoca sobre la presencia de un hecho que, de existir en el caso concreto, justificaría la conducta como cuando Pedro piensa que su enemigo Juan lo va a matar porque al verlo extraer algo del bolsillo cree que es un arma –cuando realmente está sacando un bolígrafo– y entonces repele violentamente la imaginaria agresión. Es la clásica defensa putativa de que suele hablar la doctrina (y de la cual nos ocuparemos más adelante). (Reyes. 1979: 218).

Que consecuencias se derivarían de estas dos clases de error (tipo-prohibición)? No participando de la concepción finalista en cuanto ella distingue y separa los fenómenos del dolo y de la culpa del de culpabilidad, pensamos que tanto como el error sobre el tipo como el que recae sobre la antijuridicidad siempre que sean inevitables, eliminan la culpabilidad; y cuando sean imputables a título de culpa, es decir, cuando hubieran podido y debido evitarse con un comportamiento más cuidadoso, darían lugar a responsabilidad culposa siempre que el hecho admitiese esa modalidad. (Reyes. 1979: 218).

En últimas, Reyes termina aceptando la idea de la novedosa clasificación alemana en pro de tener un derecho penal más claro. “Creemos que de esta manera el tratamiento jurídico del fenómeno del error es mucho más lógico y coherente, y permite más acertadas soluciones, consideramos también que, salvo la primera modalidad de error sobre el tipo, es decir, la que se refiere a su existencia, las demás son perfectamente aplicables en nuestra legislación (en cuanto a sus efectos jurídicos), como lo demostraremos al estudiar la teoría del error en las normas positivas del código penal colombiano” (Reyes. 1979: 218).

Ahora bien, Reyes le dedica un especial aparte a lo que la tradición penalista colombiana llama, “eximentes Putativas”. Este comprende dos especies de error sobre la antijuridicidad, “el que consiste en interpretar equivocadamente un requisito exigido para la configuración de una causal de justificación y el equivocarse sobre un hecho que, de existir en el caso concreto, justificaría la conducta” (Reyes. 1979: 233).

Se habla de “putativas” (del latín putativus; pensar, reputar) porque la persona piensa erradamente respecto de algo que no corresponde a la realidad; y se tildan como “eximentes” en cuanto exoneran de responsabilidad. (Reyes. 1979: 233).

La más común de estas eximentes es la que se refiere a la legítima defensa (...) pero también son posibles causales de esta naturaleza respecto de los demás fenómenos de justificación, a saber: el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber emanado de disposiciones legales o de orden de autoridad y el ejercicio de un derecho. (Reyes. 1979: 233).

En 1986, Miguel Yacaman Yidi, con un pequeño ensayo publicado por la editorial Temis, titulado “Nueva estructura del delito y del error en el código penal colombiano”, es tal vez una de las obras más atrevidas de la época, donde la postura Neo-Kantista era la imperante en la doctrina mayoritaria colombiana, Yacaman (1986) se atrevió a pensar el derecho penal colombiano a partir de un esquema finalista y siendo muy crítico de los tratadistas más leídos en las facultades de derecho de las universidades del país.

(...)Por consiguiente, no se sabe asimilar el error de prohibición al error de tipo –así lo hacen los más distinguidos juristas, tales como Reyes, Estrada, Pérez, Arenas–, pues ello supondría afirmar que la falta de conciencia de antijuridicidad descarta la tipicidad; además, en el error de prohibición el autor sabe lo que hace, pero erróneamente cree que es ilícito. (Yacamán. 1986: 75).

Este era fiel a la idea de un derecho penal de acto, donde la acción delictiva tiene un móvil final cargado de voluntad, un derecho penal que se adapte a las categorías reales, que sirve para dar una interpretación más sana de los hechos sociales. Tal posición desprende la conciencia de antijuridicidad del dolo, y la deja situada en la culpabilidad, “La conciencia potencial de la antijuridicidad no se refiere a las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal, es decir, a los elementos del tipo (objetivos, normativos o culturales)”.

Cuando este se refiere al error de prohibición indirecto, acepta de antemano que si es adaptable al actual código penal, dejando clara las hipótesis donde puede adecuarse.

El error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación legalmente reconocida. “tratase del supuesto de la denominada justificación putativa o eximente putativa; por ejemplo, el autor cree que dos bienes jurídicos colisionan necesariamente, cuando en realidad tal colisión puede superarse sin necesidad de sacrificar uno de los dos bienes jurídicos; o bien, el autor se cree atacado ilegítimamente por otro que solo pretende hacerle una broma” (Yacamán. 1986: 75).

Error sobre la existencia de una causal de justificación legalmente inexistente. “es la falsa suposición de que una ley admite una causa de justificación que jurídicamente no existe. El autor supone que el ordenamiento jurídico contiene determinada permisión que en la realidad no contiene; por ejemplo, cree que las leyes autorizan a corregir con castigos corporales a niños impertinentes ajenos” (Yacaman. 1986: 76).

Error sobre los límites de la necesidad. “el autor cree subjetivamente que su acción era necesaria para la defensa de un interés jurídicamente tutelado, cuando objetivamente no lo era; por ejemplo, el autor cree que es necesario matar a su agresor para repeler la agresión, pero objetivamente era suficiente con la lesión del agresor. (Yacaman. 1986: 76).

El error sobre la necesidad (evitable) es el único error sobre la antijuridicidad que tiene una expresa regulación con el código penal colombiano en el artículo 30. Cuando ese error sobre los límites de la necesidad es invencible, excluye la culpabilidad por imperio del principio de culpabilidad.

Por otra parte también habla del exceso en tanto la hipótesis putativa, es decir, cuando este traspasaba el límite de la necesidad. “la pena que se establece en el código penal para estos casos es atenuada”

¿Qué fundamentos tiene la atenuación que dispone el código? El fundamento no puede ser la culpa, porque el que excede hace lo que quiere hacer, prescindiendo del exceso mismo, quiere lesionar y lesiona, quiere matar y mata. No puede, por ende, ser culposo el exceso, porque en la culpa el autor no quiere el resultado de muerte o lesión. Siguiese de

aquí que el hecho que constituye el exceso desde el punto de vista de la dirección de la voluntad del autor pertenece a los hechos en que se requiere el resultado, y no a aquellos en que no se requiere. En otras palabras, se trata de un hecho que pertenece a la familia de los hechos dolosos. (Yacaman. 1986: 77).

Por lo tanto la atenuación punitiva nunca podrá determinarse con base en la consideración del hecho como culposo, ya que para ello es esencial que el autor no haya querido el resultado.

En el análisis de Yacaman termina por establecer, “la atenuación es la no conciencia del exceso sobre los límites de la necesidad, esto es, la falta de conciencia de la antijuridicidad (cuando es invencible y es culpable, y cuando es vencible, se atenúa la pena)”.

Ahora cabe preguntarse: ¿Qué especie de error sobre la antijuridicidad (necesidad) contiene el artículo 30 del código penal? Es preciso aclarar que la pregunta surge en la medida en que es preciso saber en qué se apoya el mantenimiento de la punibilidad a pesar del error de prohibición.

El mantenimiento de la punibilidad solo tiene un fundamento: la norma se refiere a errores evitables. Y por eso debe concluirse con el artículo 30 del código penal es una norma que se refiere a errores evitables sobre la antijuridicidad.

El autor termina concluyendo confirmando su tesis. La necesidad de adaptar las categorías dogmáticas, el esquema del delito a una posición Welzeliana,

es decir, Finalista “el dolo esta en el tipo legal, la conciencia de la antijuridicidad no es elemento del dolo sino de la culpabilidad, lo cual produce consecuencias prácticas en el ámbito del error, y por ende, el error vencible de prohibición indirecto da lugar a disminución de la pena, pero la infracción sigue siendo dolosa” (Yacamán. 1986: 77).

En la parte final del estudio que Agudelo hace sobre la defensa putativa en el nuevo código penal, se dedica a establecer los antecedentes doctrinarios sobre las consecuencias del error de prohibición indirecto, es decir, al problema de la vencibilidad o invencibilidad. Dice, que la idea del delito culposo sobre el error vencible es una tesis que venía imperando desde el código penal de 1936, cuando imperaba la dicotomía error de hecho-derecho. Así mismo hace referencia a la dogmática alemana clásica, que con su teoría del dolo, establecía la mencionada tesis. Este explica:

En efecto, decía el artículo 23 del cp. de 1936: “no hay lugar a responsabilidad penal cuando el hecho se comete: (...) 2. Como plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no proveniente de negligencia. (Agudelo. 2004:81).

Precisamente, en el contexto de interpretación de dicho artículo 23, numeral 2, cuando aludía al error de hecho, se fue abriendo espacio la tesis de la punición por el delito culposo en los casos de error vencible o con negligencia.

“Me parece importante echar una mirada a la doctrina nacional, aunque no exhaustiva, para percatarnos de lo dicho. Así hablaba Agustín Gómez Prada: “que el error sea invencible es condición igual a la que se requiere en tratándose de la ignorancia: si es vencible puede haber dolo y mas generalmente culpa, por negligencia o por imprudencia.

“Esta misma tesis era sostenida por Ángel Martin Vásquez Abad con referencia a los fenómenos del error y la ignorancia quien al respecto dice: “en todo caso los efectos jurídicos de esos fenómenos surgen de que tanto el error como la ignorancia constituyen negaciones de dolo, ya que en ambos falta el conocimiento preciso de violar la ley. Por consiguiente, todo error, cuando demuestre su naturaleza sin que ningún aspecto vulnere, o mejor, cuando se compruebe plenamente que la consecuencia del error se realizó gracias a una equivocada apreciación de las circunstancias o de la regla legal, constituye una causal de no responsabilidad. En cambio, si hay culpa o negligencia porque tuvo la naturaleza de vencible; si no hay dolo, no por ello puede prescindirse de la culpa para juzgar el hecho. Solo que, como observa Florián, es preciso en este caso para la imputación de este concepto que la ley incrimine como culposo el hecho cometido, lo cual en el código colombiano no podrá hacerse si no en aquellos casos en que tal fenómeno se admite en la parte especial del estatuto, por la forma como fue estructurada la responsabilidad por culpa en dicha obra” (Agudelo. 2004:83).

En esa línea cita a “Luis Eduardo Mesa Velásquez dijo en los casos de error superable: “la ignorancia y el error provenientes de negligencia excluyen el

dolo cuando fueren esenciales, pero dan lugar a la imputación por culpa en los delitos que admiten esta forma de acriminación”. En el mismo sentido se pronunciaba Servio Tulio Ruiz, quien después de exigir la esencialidad y la invencibilidad del error dice: “si el error es debido a negligencia o imprudencia del reo surge indudablemente la responsabilidad por culpa en el caso de que la ley prevea el hecho como delito culposo” (Agudelo. 2004:83).

Finaliza Agudelo con el autor con el que ha iniciado este capítulo, respetando su tesis e importancia como jurista, pero no compartiéndola del todo ante la ideología plasmada por la ley 599 de 2000¹⁶.

“ahora bien, la inculpabilidad de la conducta no solamente supone que el error recaiga sobre el tipo o sobre la antijuridicidad, como ya se indico, si no que exige, además, que sea invencible; por manera que si este requisito de la invencibilidad o de la insuperabilidad del error no se da y, al contrario, aparece que el agente debió o pudo evitarlo, la dolosidad de la conducta desaparece porque el error existió realmente y en consecuencia no creyó ni quiso delinquir, pero deja subsistente una responsabilidad culposa, siempre que el hecho tenga previsto tal modalidad; la razón de este desplazamiento de la culpabilidad y, desde luego, de la responsabilidad es la de que la invencibilidad o superabilidad del error demuestran comportamiento descuidado y, por lo mismo, digno de reproche. Pero si en este caso –conducta descuidada y reprochable al actor– el hecho realizado no encaja en

¹⁶ Recordemos que en la exposición de motivos, Gómez Méndez trato de ser lo mas neutral posible con la escogencia de una teoría del delito que sea soporte para el derecho penal colombiano, cosa contraria con Reyes Echandia, que en su momento, como Magistrado de la Corte Suprema, defendía la posición neo-kantiana para la legislación penal y rechazaba de antemano el esquema Welzeliano.

ninguna modalidad culposa, no habría lugar a deducción de responsabilidad penal. Conclusión diversa solo tendría cabida si se aceptara –lo que hemos rechazado reiteradamente– la responsabilidad objetiva”. (Agudelo. 2004:84).

“Nadie duda de la importancia de este autor, uno de cuyos meritos radico en haber logrado la interpretación de un código en gran medida positivista, bajo los parámetros de la dogmatica moderna y de haberlo hecho de manera coherente.

Pues bien, nótese que en el párrafo transcrito se emplea la terminología moderna de la dogmatica: “error que recaiga sobre el tipo”, “error sobre la antijuridicidad”; se habla de invencibilidad y de vencibilidad del error, etc. Además, sin decirlo, se opta por la sistemática causalista: absolución en caso de invencibilidad, delito culposos en caso de vencibilidad.” (Agudelo. 2004:85).

Agudelo con respecto al tema termina concluyendo, “creo mostrar que la punición por culpa, si existiere el tipo culposos como consecuencia de lo que ahora atribuye el nuevo código penal al error de prohibición vencible, cuando el error versa sobre la existencia de una causal de no responsabilidad, concretamente en el tema que nos ocupa, cuando el error versa sobre la existencia de los presupuestos objetivos de una causal de justificación, legítima defensa, corresponde a una larga tradición doctrinaria entre nosotros” (Agudelo. 2004:85).

Los distintos autores citados bien pertenecían prevalentemente a la escuela clásica, o bien prevalentemente a la escuela positivista, o se orientaban por los senderos de la dogmática.

4.2 APARTES JURISPRUDENCIALES.

El Penalista Nodier Agudelo Betancur, ha dedicado un último aparte sobre los antecedentes jurisprudenciales importantes sobre la posibilidad del delito culposo en el caso del error vencible. Nosotros hemos de tomarla junto con jurisprudencia más actual, con el fin de establecer un soporte de cuál ha sido la posición de la corte con respecto al tema.

Tribunal Superior de Medellín auto 11 de septiembre de 1979. el caso se menciona atrás; se trataba de la muerte de un parroquiano que esperaba en la puerta de un banco, en actitud sospechosa, con un objeto bajo el brazo que semejaba un rifle, lo que a la postre resultó ser un simple taco de billar.

Frente a la defensa, que alegaba la absolución, y la parte civil, que pedía enjuiciamiento por el delito de homicidio agravado, la judicatura optó por la tesis del homicidio culposo, razonando sobre la base de la legislación de 1936, dijo así el honorable tribunal de Medellín: “la óptica apropiada para el error que recae sobre las circunstancias del hecho, esto es, la imaginaria y por tanto falsa apreciación de las mismas, su deformación tras las prismas del peligro que no existe si no en la mente del actor, es la imprimida por el señor juez de conocimiento, atinente al segundo apartado del artículo 23 del código penal: error esencial de hecho evitable. Las llamadas causas de

justificación putativas, por la doctrina, no responden a factores que borren la antijuridicidad de la conducta, como legítima objetiva, por ejemplo, figura en la cual desaparece tanto la responsabilidad penal como civil. Aquí en el error esencial, como tema básico, cuando este se presenta como evitable, la culpabilidad se ve disminuida, y el tipo delictivo obedece a la estipulación culposa, en vez de la dolosa. Acogida por el legislador colombiano la estructura causal de la acción no es factible en el vocabulario finalista del error de prohibición, pues el artículo 12 del estatuto actual consagra el dolo o la culpa como elementos de la culpabilidad.

Es evidente que Durango, objetivamente, realizó el tipo penal de homicidio, pero desde el ángulo del principio fundamental del derecho penal moderno (*nulla poena sine culpa*) no se realizaba a una persona por la mera producción causal o física de un hecho, si no por el contenido subjetivo que animó la acción. No previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, puede adjetivarse de la conducta de Durango.

Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 11 de mayo de 1984. “la defensa de la vida es causal de inculpabilidad, y lo es porque permite excluir la delictuosidad de la conducta; es el error de buena fe en que incurre el actor sobre uno de los elementos constitutivos de la legítima defensa, para este caso la existencia de la agresión injusta, creyendo en esas condiciones el sujeto activo que su comportamiento no es antijurídico, porque supone que está reaccionando legítimamente ante injusto ataque a su persona.

No basta, sin embargo, que el sujeto crea ser objeto de agresión ilícita para reconocer la mentada causal de inculpabilidad; es imprescindible que la agresión del supuesto agresor sea de tal modo sospechosa que permita

razonadamente interpretación equivocada; sospechosa en el sentido que el estímulo que lo obliga a actuar sea transferido a la imaginación como destinatario de peligro para su vida, ósea que los hechos en que se basa lo hagan desembocar en tal valoración equivocada, de tal manera que las exclamaciones o movimientos (que no lleven envuelto peligro) que son el fundamento de la apreciación errada se presentan a los ojos del sindicado con nítida claridad –el acto o palabras que tienen la virtud de llevar la mala valoración siempre es de contornos difusos, oscuros–; su errónea interpretación no excusa su reacción agresiva porque dada la forma como se dio en el mundo de los fenómenos naturales –nítida, claridad– le era exigible al inculpatado respuesta adecuada a la realidad del estímulo.

Estimamos que el a quo encaja muy bien la situación, a considerar que la causa de inculpatibilidad no aparece evidenciada, sin que tal conclusión permita desembocar en la atribución de una culpabilidad dolosa, si no culposa, pues las circunstancias que rodearon el accionar delictivo así lo demuestran.

Tribunal Superior de Neiva, auto del 28 de noviembre de 1983. En un caso en que el jurado de conciencia había respondido al cuestionario sobre la culpabilidad del imputado con un “sí” a la responsabilidad penal, pero con culpa, el tribunal mencionado, después de examinar las distintas posiciones doctrinarias en Colombia, dijo: “pero si el jurado de conciencia en su soberanía de apreciar los hechos, y si estos fueron planteados por la defensa, bien pudo llegar a la conclusión de que el justiciable M.V.s al dar muerte a L.E.C.C de un tremendo machetazo, cuando este estaba en la lucha con un hermano menor del procesado, pudo incurrir en el error vencible de que estaba amparado en una causal de justificación, concretamente por la

necesidad de defender la integridad personal de su hermano, justificante que prevé el numeral 4 del artículo 29 del código penal, y por lo tanto su veredicto no es un exabrupto...”

CSJ., Cas. oct. 2/97 9681, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda. “Finalmente, no comparte la Sala la opinión del señor Agente del Ministerio Público, en el sentido de que en los casos juzgados se está en presencia de un error de prohibición, que funda en que se ignoraba la existencia de la sentencia de nulidad proferida por el Tribunal Administrativo y en que se interpretó desatinadamente el precepto constitucional al que nos hemos venido refiriendo, pues sin desconocer la dificultad que a veces se presenta para distinguirlo del de tipo, no hay duda que cuando el yerro versa sobre la existencia, vigencia o interpretación de la forma prohibitiva, se está en presencia de error de prohibición, que no es el caso presente, pues el desacierto concierne a la interpretación de la norma constitucional, pero no de la prohibitiva, esto es, del artículo 149 del C.P., que describe el prevaricato. Lo que ocurrió fue que el dislate sobre el sentido y alcance del precepto constitucional llevó a los procesados a considerar que su conducta no se adecuaba a la definición del citado tipo, configurándose un yerro de tal naturaleza.”

CSJ., Cas. oct. 15/97 9382, M.P. Carlos E. Mejía Escobar. “El defensor acude a la vieja denominación dada a la "defensa putativa" como conducta justificada en el condenado por haber realizado el comportamiento por error "esencial de hecho", descripción que en la legislación de 1936 configuraba la causal de inculpabilidad descrita en el numeral 2o. del artículo 23 así:

"...2. Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia".

Estas clases de error, lo tenía más o menos consolidado la doctrina, convenían cuando la equivocación recaía sobre los elementos constitutivos de la conducta, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material, en el primer caso -error de hecho- , o cuando la equivocación versaba sobre la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilícita o sobre su interpretación, en el segundo caso -error de derecho- (cfr. Reyes Echandía Alfonso -La culpabilidad. U.E. de Colombia. 1977 ps.202 y s.s.)

Sin embargo dicha clasificación de las formas de error se fue haciendo insuficiente frente a los criterios que sobre los contenidos de uno y otro concepto se habrían ido delimitando y sobre la imposibilidad dogmática de sostener dicha división, sobre todo porque "todo error jurídicamente relevante es necesariamente un error de derecho". (BINDING).

De ahí que se terminara sustituyendo ambas modalidades de error por los denominados doctrinalmente "error de tipo" y "error de prohibición". Con el objetivo de superar el absolutismo de la presunción de conocimiento de la ley penal, para destacar, en los primeros el desconocimiento de circunstancias de hecho objetivas pertenecientes al tipo de conjunto, tanto en el ámbito de lo descriptivo como en el de lo normativo, y para recoger en los segundos los que versan sobre la antijuridicidad de la conducta".

4.3 NUESTRA POSICIÓN.

Con todo lo anteriormente dicho, no podemos olvidarnos del norte o el “*para que*” del derecho penal, y en últimas, del derecho en general. El respeto por las garantías y libertades del ciudadano, es decir, la subordinación de todo cuerpo legislativo al catálogo de derechos fundamentales plasmado en la constitución. El más importante para el derecho penal, El principio de legalidad, este se establece fundamentalmente para que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta antes de su realización, a partir de esto, el principio o la categoría dogmática “culpabilidad” es su necesaria consecuencia, al establecer que, cuando por cualquier causa al agente le fuese imposible (o no le fuese razonablemente exigible en la circunstancia concreta) esa comprensión o conocimiento, no pueda ejercerse poder punitivo. Una vez descartada la regla *error Juris nocet* -por su abierta violación al principio de culpabilidad - nada altera estas premisas generales de la culpabilidad cuando la inexigibilidad responde a error, lo que da lugar a los *errores que excluyen la culpabilidad o errores exculpantes*.

En últimas, todo problema de derecho penal, se encara a un problema luchas políticas, bajo la tesis de Zaffaroni, “El reconocimiento pleno del principio de culpabilidad y su contrario - la negación por vía del *error juris nocet* más o menos explícito -, “son la expresión de la dialéctica entre Estado de derecho y Estado de policía en el campo de la teoría del error. La discusión antigua de la cuestión pierde casi todo sentido en la actualidad, porque se planteaba en tiempos en que la legislación penal era un catálogo restringido de conductas más o menos conocidas por todos, en tanto que la legislación penal contemporánea se ha convertido en un recurso banalizado que lleva a

la llamada administración, de la ley penal. Con este fenómeno de insólita multiplicación de tipos legales, no por azar la ley penal ha ganado una cuota inmensa de escasa transparencia. La vieja ilusión iluminista de una ley penal tan clara que cualquiera pudiese conocerla, ha pasado a una realidad en la que el derecho —como texto- no sólo no es conocido por los actores en escena, sino que incluso quienes lo interpretan técnicamente tienen grandes dificultades para hacerlo. De este modo, los protagonistas cumplen ciertos rituales conforme a la asignación normativa de un rol, pero con escasa o nula percepción de sus significados y alcances, lo que se agudiza cuando el derecho logra una capacidad de abstracción, formalización y racionalización que impide cualquier criterio diferenciador” (Zaffaroni, 2002: 718).

Una teoría del error ampliamente respetuosa del principio de culpabilidad es la idea infranqueable que debe oponer el derecho penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable su formación legislativa.

CONCLUSIONES.

1. La figura del error de prohibición indirecto en la legislación colombiana ha tenido una larga trayectoria teórica a partir de las diferentes teorías que han sido percibidas por la comunidad académica nacional. El legislador del actual código penal, en el artículo 32, numeral 11 se refiere tanto al error invencible como vencible de prohibición directo, en donde para el segundo caso la pena se atenúa a la mitad, quedando así un tratamiento estrictamente welzeliano, que solo considera la diminuyente a título facultativo. “Así mismo, al hacer concesiones a la teoría limitada de la culpabilidad y solo para efectos de punición –sin que esto obligue al intérprete a asumir la teoría de los elementos negativos del tipo– , el artículo 32, numeral 10 en el inciso primero y segundo asimila al error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho (error de tipo permisivo) al error de tipo, y dispone que si es invencible no hay responsabilidad y que, si es vencible, el agente responderá por la realización del comportamiento culposo en caso de que este haya sido previsto” (Velásquez. 2009: 839). En el caso de actuar bajo un error vencible concurriendo el ilícito sobre los presupuestos objetivos de una causal que excluya responsabilidad, no habrá pena, en el caso de ser vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiera previsto como culposa, queda claro que la asimilación de esta modalidad de error de prohibición indirecto es interpretada a la luz de la teoría del dolo y que la equiparación que a veces suele hacerse con el error de tipo es solo para efectos de punición y no porque el legislador lo haya considerado como iguales.

El legislador ha establecido con toda claridad que las diversas modalidades de error de prohibición podrían interpretarse a la vista de una TEORIA DE LA CULPABILIDAD AMPLIA como la llama Velásquez (2009), inspirada en consideraciones propias de la política criminal para la que, en los casos de error de prohibición vencible, “se puede prescindir de pena cuando esta –por argumentos que encuentran en plena expresión legal en el artículo 3 del código penal– no cumple con los cometidos que le han asignado, esto es, no es necesaria” (Velásquez. 2009: 839).

Teniendo esto en cuenta, la forma en cómo está estructurado el error de prohibición indirecto en la legislación y la teoría del delito colombiana, se aparta (parcialmente) de los otros modelos dogmáticos que son predominantes en el globo, esta posición lleva a una original teoría de la culpabilidad que se aparta de la versión estricta para la cual la atenuación es solo facultativa y no tiene en cuenta consideraciones de tipo político criminal; y se acerca a la versión limitada cuando posibilita tratar como error de tipo, el error sobre los presupuestos de una causal de justificación. Así Velásquez entre otros, defienden una teoría de la culpabilidad amplia, respetuosa de los principios de legalidad y de la culpabilidad “más allá de abstractas discusiones como la anticuada polémica entre la teoría del dolo (que era notoriamente injusta e insatisfactoria político criminalmente hablando) y la de la culpabilidad estricta, que nunca traspaso las barreras de la lógica abstracta para descender a la realidad” (Velásquez. 2009: 840). Tal teoría solo puede interpretarse en el entendido de la larga tradición de los distintos autores (tanto nacionales como extranjeros) que han pertenecido a las diferentes

tradiciones teóricas o dogmáticas que ha acogido el sistema penal colombiano.

2. Con el análisis realizado en este trabajo, por un lado, la evolución histórica del error de prohibición a nivel teórico y legislativo, y por otro, los diferentes esquemas dogmáticos realizados por los sitios de producción que han sido relevantes para la cultura jurídica colombiana, vemos la necesidad del derecho comparado como instrumento necesario para estudiar la ciencia penal nacional, que, como hemos visto, la figura del error de prohibición comprende o ha comprendido un proyecto científico de gran valor y un enorme esfuerzo de una construcción de teoría del delito completamente original y autónoma. “tal vez si aquellos que se dedican a descalificar nuestra producción científica y señalarla como puro colonialismo cultural se dedicaran a un estudio mas juicioso y concienzudo de nuestra producción jurídica (Grosso: 212) descubrirán el verdadero valor de lo que diferentes autores, como Pérez, Reyes o Agudelo han desarrollado.

3. en este mismo sentido el estudio de la teoría jurídica colombiana debe iniciarse con aquello que precisamente la diferencia de otros países, precisamente aquellos que hayan tenido un singular impacto sobre la historia política y cultural (no limitándose solo a estos aspectos). Así mismo el entendimiento de la figura del error de prohibición indirecto, a nivel teórico, tiene que estudiarse de la mano del error de tipo y el error de prohibición como tal, porque precisamente con estas figuras –que se asemejan en las consecuencias punitivas– están los elementos que

hacen que el error de prohibición indirecto sea una causal de ausencia de responsabilidad autónoma.

4. Por otra parte, esta clase de estudios de teoría del delito dan una visión más panorámica, entendiéndola como una parte del derecho penal y que solo se puede estudiar atendiendo a la formación e ideología con la que se han construido los diferentes elementos que la componen, en este caso, el error de prohibición indirecto como causal de ausencia de responsabilidad solo puede entenderse a la luz del derecho penal como categoría histórica, es decir, entendiéndolo como un conjunto de procesos (no solo legislativos o teóricos) donde en últimas existe una latente tensión entre el estado de derecho y el estado de policía, sin duda alguna, la causal que ha sido objeto de nuestro estudio ha sido un triunfo del respeto del estado de derecho que apela a las garantías fundamentales del ciudadano, entendiéndolo como producto de la idea de la prelación de la responsabilidad subjetiva, sobre la responsabilidad objetiva.
5. Por último, esta investigación teórica-histórica del error de prohibición indirecto pretende ser una herramienta ilustrativa para la construcción de un estudio mucho más profundo sobre el impacto socio jurídico de esta causal en los diferentes espacios judiciales a nivel nacional, si bien muchos autores tratan con especial cuidado la jurisprudencia existente sobre el tema, sería de gran valor llevar a cabo una investigación el impacto de carácter criminológico que esta causal de ausencia de

responsabilidad tiene sobre los operadores de la justicia y demás particulares que sean afectados por esta en casos concretos.

BIBLIOGRAFÍA.

Agudelo Betancur, Nodier. (2004). La Defensa Putativa en el Nuevo Código penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia.

Amor y Neveiro, Constante. (1916). La ignorancia de la ley en el derecho penal romano. Hijos de Reus editores. Madrid-España.

Balestra, Carlos. (1998). Derecho Penal. Introducción y Parte General. Abeledo-Perrot. Buenos Aires–Argentina.

Berglia Arias, Omar. (2006). Código Penal Comentado. Editorial Astrea. Buenos Aires–Argentina.

Cabanellas, Guillermo. (1953). Diccionario de Derecho Usual. Editorial Arayú. Buenos Aires–Argentina.

Calvo Suarez, Diego. (2000). Comentarios sobre el Error de Prohibición. Rodríguez Quito Editores. Bogotá–Colombia.

Carnap, R. (1984). La suspensión de la metafísica por el análisis lógico del lenguaje. UNAM. México DF.

Carrara, Francesco. (1973). Programa de Derecho Criminal. Tomo I. Ed. Temis. Bogotá–Colombia.

Donna, Edgardo Alberto. (1995). Teoría del Delito y de la Pena. Tomo II. Imputación Delictiva. Editorial Astrea. Buenos Aires–Argentina.

Escriche, Joaquín. (1984). Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Librería Bouret. Paris–Francia.

Fontan Balestra, Carlos. (1998). Derecho Penal. Introducción y Parte General. Abeledo Perrot. Buenos Aires-Argentina.

Fernández Carrasquilla, Juan. (1998). Derecho Penal Fundamental. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá–Colombia.

Gaitán Mahecha, Bernardo. (1963). Curso de Derecho Penal General. Ed. Lerner. Bogotá–Colombia.

García, Jaime. (2003). Diccionario Jurídico. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín–Colombia.

Garrido Montt, Mario. (1997). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. editorial jurídica de Chile. Santiago-Chile.

Gómez Méndez, Alfonso (1998). Delitos contra la vida y la integridad personal. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia.

Grosso García, Manuel. (2005). "¿Originalidad o dependencia en el pensamiento penal latinoamericano? A propósito de la obra de Alfonso Reyes Echandía" En: Dogmática Penal y Criminología, Los Grandes Penalistas Rinden Homenaje a Alfonso Reyes Echandía. Ed. Legis, Bogotá-Colombia.

Habermas, Jürgen. (1989). Ciencia y Técnica Como Ideología. Tecnos. Madrid-España.

Herrera, Lucio. (1991). El error en el Derecho Penal. Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina.

Jiménez de Asúa, Luis. (1962). Tratado de derecho penal. Editorial Losada. Buenos Aires-Argentina.

Maturana, Humberto. (1996). La Realidad ¿Objetiva o Construida? Fundamentos Biológicos del Conocimiento. Anthropos. Barcelona-España.

Mercado Pérez, David. (1995). Aproximación al Concepto de Ciencia y al de Ciencia Jurídica. Universidad de Cartagena. Cartagena–Colombia.

Mesa Velásquez, Luis. (1962). Lecciones de Derecho Penal. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín–Colombia.

Mezger, Edmund. (1952). Derecho Penal. Libro de Estudio Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires–Argentina.

Peco, José. (1962). Proyecto de Código Penal. Ed. Losada S.A. Buenos Aires–Argentina.

Pérez, Luis Carlos. (1959). Derecho Penal Colombiano. Parte General. Ed. Temis. Bogotá–Colombia.

Quijano, Arturo. (1898). Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia. Imprenta y librería de Medardo Rivas. Bogotá

Reyes Echandia, Alfonso. (1979). La Culpabilidad. Externado de Colombia. Bogotá–Colombia.

Romero Soto, Julio. (1978). Temas y Casos de Derecho Penal y Procedimiento Penal. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá –Colombia.

Sánchez Tomas, José Miguel. (2007). Teoría del delito. Escuela Nacional de la Judicatura. Santo domingo-Rep. Dominicana.

Savigny, Federico. (2005). Sistema de derecho Romano Actual. Granada: Comares. Madrid-España.

Soler, Sebastián. (1983). Derecho Penal Argentino. Editorial Tea. Buenos Aires–Argentina.

Thuillier, Pierre. (1975). La Manipulación de la Ciencia. Alianza Universidad. Madrid-España.

Varona Gómez, D. (1998). La Eximente del Miedo Insuperable (art. 20.6 CP) Tesis Doctoral: Universidad de Girona.

Velásquez Velásquez, Fernando. (2009). Derecho Penal. Parte General. Comlibros. Bogotá–Colombia.

Welzel, Hans. (1956). Derecho Penal. Parte General. Roque de palma Editores. Buenos Aires–Argentina.

Yacaman Yidi, Miguel. (1986). Nueva estructura del delito y del error en el código penal colombiano. Editorial Temis s.a. Bogotá-Colombia.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2002). Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Buenos Aires–Argentina.