

# EL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO EN LA LEY 599 DE 2000. APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y ANÁLISIS TEÓRICO DE LA FIGURA COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.<sup>1</sup>

MIGUEL ANTONIO MORÓN CAMPOS. Profesor-Investigador de Criminología del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Colombo Internacional –UNICOLOMBO-. Becario del programa “Liderazgo Público y Gobierno Local 2012” adscrito al Centro de Educación Permanente de la Universidad Tecnológica de Bolívar. [miguelmoron.campos@gmail.com](mailto:miguelmoron.campos@gmail.com)

**Resumen:** ¿siendo el Error de Prohibición Indirecto una causal de ausencia de responsabilidad penal reconocida expresamente por la ley 599 de 2000, cuáles son sus principales características y perspectivas con las que se ha asimilado esta figura para la doctrina y la jurisprudencia local? Bajo esta pregunta se constituye la presente investigación, la cual pretende analizar, desde la teoría del delito, una de las figuras más controversiales y polémicas en la legislación penal colombiana. El error de prohibición, como figura que posibilitaría la exclusión de responsabilidad, se muestra como barrera teórica rígida frente a los excesos del poder punitivo, reafirmando el presupuesto ideológico que significa la legalidad penal y proyectando materialmente la criminalización del sujeto a partir del acto. Esta investigación pretende abordar cada una de las perspectivas teóricas con las que se ha construido la figura del error de prohibición en tanto teoría del delito y asimilación histórico/legislativa.

**Palabras Claves:** Culpabilidad, Error de prohibición, Proyecto asimilacionista, Recepción jurídica, Tipicidad.

## INTRODUCCIÓN

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 se habla de error se podría referir a la “discontinuidad del pensamiento con la realidad”, equivocación o desacierto, “juicio inexacto o falso”. El error es “la discordancia o no conformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas”. 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”. (1991, pag.1)

1.Resultado final del proyecto de investigación “El Error de Prohibición Indirecto en la Legislación penal Colombiana. Recepción teórica y aproximación histórica como herramienta de la teoría del delito” concluido en Mayo de 2012, adscrito al proyecto “Semillero Docente” del programa de Derecho de la Fundación Universitaria Colombo Internacional –UNICOLOMBO-, institución que financió en su totalidad la investigación. Agradezco a Daniel Florez Muñoz, profesor de Unicolombo y a Cindy Carmona Páez en la Universidad de Cartagena por la revisión del borrador del presente texto. Así mismo, agradezco Dr. Jorge Pallares Bossa y a la Dra. Brenda Martínez por el apoyo brindando desde el Semillero Docente.

En un contexto jurídico, se dirige 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 ésta 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 fáctica –tipo penal– no debe aplicarse pena.

## 1. ERROR DE PROHIBICIÓN. ASPECTOS PRELIMINARES

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 tipo.<sup>2</sup> Éste 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” (Suarez, 2000. pag. 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”. 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 el que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. (Berglia Arias, 2006, pags. 116-117) “El error de prohibición no pertenece para nada la tipicidad ni se vincula con ella, ni la elimina siquiera, pero puede ocurrir que la conducta no sea reprochable porque el error de prohibición es un puro problema de exclusión de la culpabilidad en su aspecto negativo, así como la justificación era el aspecto negativo de la antijuridicidad”. Sintetizando lo expuesto, se entiende que en el error de tipo, el sujeto no sabe lo que hace, mientras que en el error prohibición, el sujeto sabe lo que hace, pero cree que está legitimado en hacerlo.

Se profundiza aun más en el saber jurídico en torno al error de prohibición, se ve que existe una multiplicidad de clasificaciones. Puede ser vencible o invencible, abstracto o concreto, directo o indirecto. Como se ha podido apreciar en el título, se concentra en el estudio de la última clasificación, lo cual no quiere decir que a lo largo del trabajo no se traten las otras mencionadas que tienen igual relevancia para un buen entendimiento del error de

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



prohibición como causal de ausencia de responsabilidad y que de una forma u otra reafirman la posibilidad de identidad de la figura objeto de investigación. Edgardo Donna, 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” .(1995, pag. 285)

Lo que se muestra en líneas anteriores es una breve aproximación al complejo problema del error de prohibición indirecto en la legislación colombiana. De una forma superficial se podría 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 en los espacios jurídicos locales. La pretensión de este trabajo es la de 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, se ha 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, se tiene 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 ésta pueda generar.

## 2. 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 las 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” (García Grosso, 2005, pag. 259)

Podría pensarse que el modelo jurídico latinoamericano está en un latente proceso de aparejamiento (en tanto relación centro-periferia), se encuentran 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 en lo que existen espacios donde se produce el saber “sitios de producción” y otros donde se imponen “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 válido; mientras que, entre mayor sea su distancia de deformación en relación con aquellos, menor será su aceptación en los círculos académicos” (García Grosso, 2005, pag. 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-germánica<sup>3</sup>. 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, lo delimitan a esquematizar los sitios de producción dominantes del momento (Perez, Romero Soto, Fernández Carrasquilla, Velázquez). Si todo ello se valora de una forma superficial, podría llevar 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 hecho incontrovertible la absoluta dependencia científica de nuestro saber respecto de los países productores” (García Grosso, 2005, pag. 261)

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

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 inconciente 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 en 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” (García Grosso, 2005, pag. 261).

La génesis del prejuicio cartesiano es construida a partir de dos falacias, (1) la fe en el porvenir de la razón, entendida como “criterio infalible” para alcanzar la verdad mediante su correcto uso a partir de la duda metódica; pues desde la fe en el porvenir de la razón se puede “llegar al descubrimiento y explicación de todo lo existente”. (2) 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, ésta abriría paso al mejoramiento de las condiciones de existencia del hombre.

En ese 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 de la segunda falacia; un ejemplo claro podría proyectarse en 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”. Este prejuicio Bolivariano se encuentra construido a partir de la idea de que “las naciones no estuvieran preparadas para asumir por su propia cuenta las riendas de su destino, razón por la cual veía la democracia como algo poco conveniente” (García Grosso, 2005, pag. 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” (García Grosso, 2005, pag. 263).

Ahora bien, hoy por hoy la ingenua idea del prejuicio cartesiano es del todo insostenible, el desarrollo de la epistemología y las nuevas interpretaciones que han surgido para analizar las ciencias sociales han llevado a entender la presencia del observador en el proceso de conocimiento, el cual “incide de manera directa en la observación y la comprensión de esa realidad, en la medida en que todo lo que el científico observa y posteriormente describe respecto de la realidad, es decir, que no es en rigor una descripción de la realidad tal cual es, sino su versión personal de la misma” (Carrop, 1984). En este sentido, toda observación es interpretación. Los criterios de validación de determinado saber no dependen de que éstas sean o no objetivamente verdaderas, “sino de su capacidad para explicar satisfactoriamente los objetos desde una determinada perspectiva epistemológica” (Mercado, 1995). En últimas, se puede 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, 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” (1989, pag. 45).

La pretensión de este ambicioso trabajo, reflejada 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 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 dogmática 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”.(Citado por Fernández Carrasquilla, 1998, pags. IX-X).

### 3. RECEPCIÓN DE LAS IDEAS DOGMÁTICAS 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 qué teoría es más válida, fue un problema político. 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 una teoría jurídica o por lo menos legislaciones que sean acordes con 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. Se verán alguna de estas legislaciones.

La legislación penal entre el 1817 y 1837, precisamente en el congreso de Angostura (1819) “continuó rigiendo las disposiciones hispánicas (...), facultando al presidente de la república para, a favor de la humanidad, mitigar, conmutar y aun perdonar las penas afflictivas, aunque sean capitales, con concepto previo del poder judicial. Desde



luego, ello no evitó el caos legislativo, pues la ley de 8 de abril de 1826 declaró válida las sentencias pronunciadas por los tribunales establecidos en las provincias independientes en la primera época de transformación política” (Velázquez, 2009, pag. 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” (Velázquez, 2009, pag. 201) . Como se ha visto en la referencia histórica del error, cuando se impusieron las legislaciones españolas en Latinoamérica, se ve 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, a los señores Jerónimo Torres y Tomas Tenorio se les encargó la tarea de crear el primer proyecto de código penal. Éste 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” (Velázquez, 2009, pag. 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 éstos. 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 prácticas y principios mercantilistas” (Tirado, 1982, pag. 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 entró en vigencia al siguiente año. Recibió fuertes críticas aduciendo que presentaba “incongruencias y aun contradicciones graves”, pues como era de esperarse, éste era una recopilación legislativa, mas no una obra científica a decir verdad, ninguna

evolución representó 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, pag. 38).

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. Se procede 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 encomendó a Carlos Tejedor la redacción de un proyecto de código penal para la república de Argentina.

“El designado redactó primero la parte general y la presentó oficialmente el 20 de diciembre de 1865, y la segunda parte (la especial) la elevó el 31 de enero de 1868”(Herrera, 1991, pag. 26). Tejedor, refiriéndose al 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, se cree que esta ignorancia podría ser aprovechada 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 jurisprudencias mismos sobre la existencia de la ley penal, a virtud de las leyes posteriores, o de costumbre”(Herrera, 1991, pag. 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”(Jimenez de Asau, 1962, pag. 319).

En 1881, Villegas, Ugarriza y García, construyen un nuevo proyecto donde se transcribió lo referente al error en el proyecto Tejedor, pero a diferencia de éste 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 el 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 imputará el hecho como voluntario, sino en consideración a la intención real que hubiese tenido, atendiendo a las circunstancias del caso” (Herrera,1991, pag. 28) .

Con el código de 1903, ocurre un aparente atraso, éste 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,1991, pag. 29). Las modificaciones que se le hacen a éste están en la introducción a 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

4. 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 paginas posteriores, ver como ha sido el impacto de esta evolución en Colombia. .

“criminalidad del acto”. Como se puede notar, en la interpretación del artículo solo cabe como eximente el error de hecho, dejando por fuera el error de derecho.

En 1941<sup>4</sup> 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 existieren motivos fundados para que su autor crea inculpable en la ilicitud del acto que realizaba, éste 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 culposos .

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, 1991, pag. 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 nullum 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 éste último al error de hecho” (Herrera, 1991, pag. 32).

En 1975, se construyó un nuevo proyecto de código penal, en éste 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 aplicará la pena prevista para el delito disminuida en la mitad de su máximo y en los dos tercios de su mínimo”(Herrera, 1991, pag. 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 éste 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, pag. 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 otros.

Para el año 1990 Nodier Agudelo B. publica una de las obras más completas sobre el tema de la defensa putativa, intitulado con el mismo nombre. Agudelo, en el segundo capítulo le dedicó unas breves líneas a la evolución de esta figura en Colombia. Éste

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 Betancourt, 2004, pag. 5).

Con la vigencia del código penal de 1936, Gutiérrez Gómez era uno de los que seguía la doctrina italiana. Éste 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” (1940, pag. 131).

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, pag. 373). Gómez Prada también afirma “defensa real o defensa subjetiva dicha concepción justifican la conducta”(1959, pag. 320).

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 Betancourt, 2004, pag. 5).

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 el no tratar la diferencia error de hecho-error de derecho, sino asumirla 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 prólogo 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 especificó, 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 éstas, 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.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

La figura del error de prohibición indirecto en la legislación colombiana ha tenido una larga trayectoria teórica a partir de las diferentes teorías 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 el que 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 el 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 éste haya sido previsto” (Velázquez, 2009, pag. 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 TEORÍA DE LA CULPABILIDAD AMPLIA como la llama Velázquez, 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 ésta –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” (2009, pag. 839).

Teniendo esto en cuenta, la forma en cómo está estructurado el error de prohibición indirecto en la legislación y la teoría del delito colombianas, 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, Velázquez, entre otros, defiende 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 traspasó las barreras de la lógica abstracta para descender a la realidad” (2009, pag. 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.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Agudelo Betancourt, N. (2004). *La Defensa Putativa en el Nuevo Código penal*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Barrientos, S. (1977). *Elementos de Derecho penal*. Medellín: Colección Jurídica Bedout.
- Berglia Arias, O. (2006). *Código Penal Comentado*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Cabanellas, G. (1953). Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires: Editorial Arayú.
- Carnap, R. (1984). La suspensión de la metafísica por el análisis lógico del lenguaje. Mexico DF: UNAM.
- Carrara, F. (1973). Programa de Derecho Criminal. Tomo I. Bogota: Temis.
- Donna, E. (1995). Teoría del Delito y de la Pena. Tomo II. Imputación Delictiva. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Escriche, J. (1894). Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Paris: Librería Bouret.
- Fernandez Carrasquilla, J. F. (1998). Derecho Penal Fundamental. Tomo I. Bogota: Temis.
- Fontan Balestra, C. (1998). Derecho Penal. Introducción y Parte General. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gaitan Mahecha, B. (1963). Curso de Derecho Penal General. Bogota: Lerner.
- Garcia Grosso, M. S. (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. Bogota: Legis.
- Garcia, J. (2003). Diccionario Jurídico. Medellin: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Gomez Prada, A. (1959). Derecho penal colombiano: parte general. Bogota: Temis.
- Gutierrez, J. (1940). Comentarios al código Penal Colombiano. Bogota: Editorial de la Litorgrafía Colombia.
- Habermas, J. (1989). Ciencia y Técnica Como Ideología. Madrid: Tecnos.
- Herrera, L. (1991). El error en el Derecho Penal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Jimenez de Asua, L. (1962). Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Lopez Medina, D. E. (2004). Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogota: Legis – Universidad de los Andes, Universidad Nacional.



Maturana, H. (1996). *La Realidad ¿Objetiva o Construida? Fundamentos Biológicos del Conocimiento*. Barcelona: Anthropos.

Mercado, D. (1995). *Aproximación al Concepto de Ciencia y al de Ciencia Jurídica*. Cartagena: Universidad de Cartagena.

Mesa Velasquez, L. (1962). *Lecciones de Derecho Penal*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Mezger, E. (1952). *Derecho Penal. Libro de Estudio Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina.

Peco, J. (1962). *Proyecto de Código Penal*. Buenos Aires: Losada S.A.

Perez, L. C. (1959). *Derecho Penal Colombiano. Parte General. Tomo I*. Bogota: Temis.

Quijano, A. (1898). *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*. Bogota: Imprenta y librería de Medardo Rivas.

Soler, S. (1983). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Editorial Tea.

Soto, J. R. (1978). *Temas y Casos de Derecho Penal y Procedimiento Penal*. Bogota: Ediciones Librería del Profesional.

Suarez, D. C. (2000). *Comentarios sobre el Error de Prohibición*. Bogota: Rodríguez Quito Editores.

Tirado, A. (1982). *Introducción a la Historia Económica de Colombia*. Bogota: El Ancora Editores.

Velasquez, F. V. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Bogota: Comlibros.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma Editores.

Yacamán, M. (1986). *Nueva estructura del delito y del error en el código penal colombiano*. Bogota: Temis