

TRATAMIENTO DEL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO:
ANÁLISIS APLICADO A ALGUNAS FIGURAS DE LA PARTE ESPECIAL DEL C.P.
COLOMBIANO

NICOLÁS ARIAS GUTIÉRREZ

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PENAL
MEDELLÍN
2015

TRATAMIENTO DEL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO:
ANÁLISIS APLICADO A ALGUNAS FIGURAS DE LA PARTE ESPECIAL DEL C.P.
COLOMBIANO

NICOLÁS ARIAS GUTIÉRREZ

Tesis de grado para optar al título magíster en Derecho penal.

Asesor: Profesor Doctor Juan Oberto Sotomayor Acosta

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PENAL
MEDELLÍN

2015

Nota de aceptación:

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Medellín, 7 de diciembre de 2015.

A mis hermanos.

CONTENIDO

	Pág.
I. PRIMERA PARTE: EL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO PENAL	1
1. INTRODUCCIÓN	1
2. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO Y ELEMENTOS AFINES A ELLOS	2
3. PREMISAS PARA EL ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL ERROR	8
3.1 LA TEORÍA DEL DOLO Y LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD	12
4. EL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO PENAL	19
4.1 LA DISTINCIÓN ENTRE ERROR DE HECHO Y DE DERECHO	23
4.2 EL CRITERIO DE DISTINCIÓN ENTRE ERROR DE DERECHO PENAL Y EXTRAPENAL	26
4.3 LA TESIS MAYORITARIA DE LA VALORACIÓN PARALELA EN LA ESFERA DEL PROFANO	32
4.4. OTRAS POSTURAS DIFERENTES	35

4.5 TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA DOCTRINA COLOMBIANA	41
4.6 LA TESIS DE MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. POSTURA QUE SE ASUME	53
II. SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES ELEGIDOS	58
1. ANOTACIONES PRELIMINARES	58
2. ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO EN EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA	60
3. ELEMENTO TEÓRICO O COGNOSCITIVO DEL TIPO O DE ASPECTO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN EL DELITO DE USURPACIÓN DE DERECHOS DE VARIEDADES VEGETALES	73
4. LEY PENAL EN BLANCO EN EL DELITO DE CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES	97
5. ELEMENTO DE VALORACIÓN GLOBAL DEL HECHO EN EL DELITO DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD	120

PRIMERA PARTE: EL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO PENAL

1. INTRODUCCIÓN

¿Qué ocurre cuando dos sujetos compran un libro conjuntamente y uno de ellos lo vende desconociendo que de acuerdo con las normas civiles se trata de una cosa ajena?; ¿Es el sujeto que vende el libro autor doloso del delito de hurto?; ¿Concorre en dicho caso un error de tipo o un error de prohibición?; ¿Cómo ha de trazarse el límite entre el conocimiento requerido para apreciar el dolo y la conciencia de la ilicitud? Preguntas de la clase de las anteriores se agrupan dentro el campo de estudio denominado por la doctrina “error sobre elementos normativos del tipo”. En este escrito se pretende estudiar las posturas doctrinales sobre este tema, como presupuesto para la realización de un análisis de algunos tipos penales del Código Penal colombiano.

Para alcanzar tal propósito, se comenzará por una referencia a la categoría de los elementos normativos del tipo y a los obstáculos existentes para lograr la precisa delimitación de este grupo de supuestos. Con ello, se efectuará una introducción sobre las dificultades que plantea la determinación del objeto del dolo en relación con los mismos y en esta misma línea, se precisará el objeto de investigación que, como se verá, abarca además otros elementos, que si bien en estricto sentido pueden no ser considerados por la doctrina elementos normativos del tipo, enfrentan problemas similares.

A continuación y de manera más resumida, se sientan los presupuestos de que se parte en materia de la teoría del error con especial atención a la regulación del Código Penal colombiano. En este punto, se realizarán algunas consideraciones a propósito de la denominada teoría del dolo, puesto que existen tesis sobre la problemática que se estudia que parten de dicha perspectiva y que, por tanto, merece un mayor grado de atención. Antes

de finalizar este apartado, se explica en qué consiste el denominado “error de subsunción”, concepto necesario para la discusión central del trabajo.

En tercer lugar, se aborda el núcleo del problema y se plantean las principales opiniones doctrinales existentes sobre el tratamiento del error sobre elementos normativos del tipo (y elementos similares) y se fundamenta la perspectiva que se adopta para el análisis. Igualmente, por tratarse de una cuestión íntimamente ligada a la anterior, se aclaran los supuestos en que se presentaría el llamado “error de subsunción” al igual que sus consecuencias y se precisan sus relaciones con el problema del error sobre elementos normativos del tipo.

Por último, se aborda el estudio de algunos tipos penales concretos con base en el marco teórico desarrollado. Su escogencia se vio motivada por el enfoque adoptado que, como se tendrá la oportunidad de ver, resta importancia a la exacta caracterización de los elementos normativos del tipo y constituye realmente una precisión con carácter general de lo que constituye el objeto del dolo, lo que desplazaría el centro del problema a la parte especial del Código Penal. A través del análisis de dichas figuras delictivas se busca ofrecer ejemplos, no sólo del tratamiento que debería darse a los elementos normativos en sentido estricto, sino a cada uno de los demás elementos que, como ya se indicó, presentan dificultades parecidas en materia de dolo y error. En este análisis se refleja la vocación del trabajo de investigación, que pretende ante todo ofrecer soluciones a problemas prácticos.

2. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO Y ELEMENTOS AFINES A ELLOS

En el concepto clásico de delito iniciado por BELING, las notas características eran la objetividad y la neutralidad, pues no se aceptaba la existencia de elementos subjetivos ni

había cabida para juicios de valor, que se relegaban al campo de la antijuridicidad. Los elementos normativos sí existían, pero eran contemplados de otro modo¹.

Fue M. E. MAYER² quien dio nombre a los elementos normativos del tipo y primero teorizó acerca de los mismos, considerando que los mismos eran inaccesibles a la percepción sensorial en la medida en que existían sólo en el mundo jurídico por su carácter valorativo. Luego de este “descubrimiento” y de la constatación de que esta clase de elementos se presentaba con mayor frecuencia de la que inicialmente se creyó³, se comenzó a indagar por la especial problemática que lleva aparejada su empleo en los tipos⁴. En el caso de los elementos descriptivos parece más claro que sólo se requiere el conocimiento de las circunstancias fácticas que sirven de base a los mismos, pero el asunto no es tan sencillo tratándose de elementos normativos⁵.

Como se acaba de exponer, si bien ya se presentaban discusiones sobre las implicaciones dogmáticas de los (posteriormente denominados) elementos normativos del tipo antes de su “descubrimiento” por parte de M. E. MAYER en los inicios del siglo pasado⁶, desde entonces no se ha logrado arribar a un consenso teórico al respecto. Indicio del grado de desacuerdo teórico reinante sobre el tema es el hecho de que no existe en la actualidad una definición operativa de los elementos normativos del tipo, que permita el desarrollo de la discusión sobre una base común⁷.

Haciendo a un lado esta cuestión, se afirma desde ahora que de la discusión dogmática se estudiarán en este trabajo básicamente dos puntos⁸. En primer lugar, está la cuestión de si el error sobre los elementos normativos del tipo, en caso de considerarse relevante a efectos

¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, La Ley, 2008, p. 39.

² *Ibid.*, pp.40-41.

³ ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal, Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 63.

⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 41-43.

⁵ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 108-109.

⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 40.

⁷ *Ibid.*, p. 66.

⁸ *Ibid.*, p. 40.

penales, debe tratarse como un error de tipo o uno de prohibición. Ello es discutido debido a la dificultad que suele presentarse para distinguir con precisión el conocimiento del elemento normativo del tipo requerido para afirmar el dolo, de la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. El segundo problema se encuentra estrechamente ligado al anterior y consiste en determinar qué implicaciones tendría el denominado “error de subsunción”.

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos normativos del tipo, frente a los cuales se plantearían los anteriores interrogantes? Como ya se anotó, no existe una respuesta unívoca a esta pregunta. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO identifica a grandes rasgos dos grupos principales de definiciones sobre los elementos normativos del tipo, por contraposición a los elementos descriptivos⁹: i) las que se enfocan en el proceso de aprehensión o entendimiento (por los sentidos o si es necesaria una valoración); y ii) las que atienden a la conexión con otras normas propia de los elementos normativos del tipo. Ninguna de las dos resulta satisfactoria, pues no permiten clasificar con exactitud los elementos normativos del tipo¹⁰.

No obstante, como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cada vez toma más fuerza la relativización de la distinción a favor del esclarecimiento de si, y en tal caso de qué modo, un elemento concreto deba ser abarcado por el dolo¹¹. Por lo demás, el carácter normativo de un elemento parece ser más una cuestión de grado, existiendo elementos predominantemente descriptivos o normativos¹², de modo que lo que ha de determinarse es cuánta “carga de valor” de un elemento debe ser abarcada por el dolo (la expresión es de

⁹ *Ibid.*, pp. 44-49.

¹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 54-56, 63, 68-72; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, en: RODRÍGUEZ MONTAÑA, ALFREDO, ET. AL. (COORDS.), *Estudios de Derecho penal económico*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 29; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 88-89; ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 121.

¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 57-61.

¹² Con ejemplos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, pp. 29-30.

ZIELINSKI¹³). El estudio se traslada entonces a los diversos tipos de la parte especial, aunque es posible agrupar los casos y las soluciones¹⁴.

Es importante en todo caso delimitar el objeto de estudio, por lo que se excluyen, como lo hace DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁵, los elementos normativos que no pertenecen al tipo penal (aunque pueden hallarse en el mismo precepto) y dentro de ellos también los implícitos o generales (derivados de construcciones dogmáticas o preceptos de la parte general) y a los que se ubican en el tipo subjetivo y el tipo negativo. Por último, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no desarrolla los elementos normativos del tipo en los delitos de omisión, especialmente el “deber” y la “posición de garante”¹⁶. Este último tema tampoco se estudiará en el presente trabajo, pues merecería un análisis extenso del delito omisivo que no es posible en el marco de la investigación adelantada.

Además es importante mencionar dos distinciones importantes para el análisis. La primera distinción separa los elementos normativos del tipo jurídicos y extrajurídicos, atendiendo a si la norma con que guardan referencia es o no jurídica¹⁷. La segunda distinción, pese a advertirse que no es tajante, identifica en los elementos normativos unos de valor y otros de sentido: los de valor implicarían una valoración (normalmente negativa, como ocurre en “actos de exhibición obscena”), mientras que en los de sentido las normas de referencia tienen más bien la función de facilitar la comprensión de su sentido, como ocurre en la palabra “ajeno”¹⁸. Sobre el particular se advierte que los elementos normativos de valor no se abordan en el trabajo de investigación, pues se considera que tal vez merezcan un tratamiento diferenciado en atención a su vinculación con la moral.

¹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 65.

¹⁴ *Ibid.*, p. 74.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 79-88.

¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 131-132. Este tema sí es tratado por ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 224-228.

¹⁷ Esta distinción adquiere relevancia pues hace dudar de la relevancia de la clasificación tradicional entre error de hecho y de Derecho, como se verá luego, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 88-92; ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 121-122.

¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 92.

Dentro de los elementos que se han considerado afines a los elementos normativos del tipo, o especies de los mismos, se encuentran, según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, entre otros que aquí no interesan, los siguientes: i) los elementos teóricos o cognoscitivos del tipo y los de aspecto técnico especializado, a los que ya se hizo referencia anteriormente; ii) los elementos de valoración global del hecho; iii) las referencias expresas en el tipo a la ausencia de causas de justificación; iv) las leyes penales en blanco.

Los elementos teóricos o cognoscitivos del tipo y los de aspecto técnico especializado no se consideran normalmente normativos por cuanto no presuponen la existencia de una norma (salvo en un sentido muy amplio), pero tampoco descriptivos, pues no son aprehensibles sensorialmente (requieren referencia a reglas de la experiencia y conocimientos que de ellas se derivan). Un ejemplo de ellos es el de “radiaciones ionizantes” o también la existencia de peligro o su gravedad¹⁹.

En segundo lugar, está la tesis de ROXIN sobre los llamados elementos de valoración global del hecho²⁰. Esta construcción teórica hace alusión a que los tipos que incluyen elementos de valoración global del hecho contienen, aunque sea por remisión, los presupuestos materiales de la antijuridicidad²¹. En consecuencia, en este grupo de casos se distinguen por un lado los presupuestos de valoración global (circunstancias objetivas fundamentadoras del juicio de antijuridicidad) y la propia valoración global, que coincidiría con la antijuridicidad. En tales casos, el error sobre el fundamento (fáctico o normativo) de la valoración será un error de tipo, mientras que si el error recae sobre la valoración misma, se tratará de un error de prohibición²². Sin embargo, ROXIN acepta que no todos los elementos de valoración global del hecho son divisibles de este modo, lo que se explicaría por el hecho de que el legislador quiso apartarse de la regla y exigir para el conocimiento doloso

¹⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 97-101.

²⁰ *Ibid.*, pp. 113-119.

²¹ ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal* *Op. Cit.*, p. 131, 218.

²² Ello no implica “resucitar” la antigua distinción entre error de hecho y de Derecho, sino simplemente la aceptación de que el tipo no se compone sólo de elementos fácticos, como claramente lo explica ROXIN, *Ibid.*, pp. 214-220, 236-237; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 36.

la contravención consciente del deber jurídico²³. Así, en algunos eventos, el conocimiento de los presupuestos puede incluso hacer imposible el desconocimiento de la prohibición, aunque de ello no se debe concluir que el error sobre los primeros sea un error de prohibición en sí²⁴. Sobre ello se volverá luego.

En cuanto a las referencias expresas en el tipo a la ausencia de causas de justificación, se aclara que deben diferenciarse de los elementos de valoración global del hecho, pues se trata de una referencia a la excepción de la antijuridicidad y no a un fundamento positivo de la misma por remisión a todo el ordenamiento²⁵. En consecuencia, no presentan especiales particularidades para efectos del trabajo y simplemente deben seguir las reglas generales del error sobre causas de justificación.

Por último, se encuentra el grupo de las leyes penales en blanco²⁶. Frente al dolo y las leyes penales en blanco, hay dos posturas en la doctrina²⁷. Para la primera, el dolo debe abarcar la remisión normativa (o la norma de remisión), mientras que para la segunda ello no sería necesario. El tratamiento del dolo y el error en el caso de las leyes penales en blanco es objeto de intenso debate en la doctrina, hasta el punto que un sector propone un tratamiento diferenciado de las leyes penales en blanco y de los elementos normativos en lo que a estos temas respecta. Se realizarán luego algunas consideraciones a propósito de la postura que se defiende sobre este punto, desde la cual no se advierten contrastes significativos que ameriten una solución diferenciada.

A modo de síntesis, el objeto de la investigación podría delimitarse como el tratamiento del error sobre: i) los elementos normativos (de sentido) del tipo –objetivo y positivo- en

²³ ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, Op. Cit., 1979, pp. 236; 241-242; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Op. Cit., 2008, pp. 63-65. También se refiere a este punto, con ejemplos, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Op. Cit., pp. 242-243.

²⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Op. Cit., p. 427.

²⁵ *Ibid.*, pp. 119-123.

²⁶ Sobre los criterios para su identificación, *Ibid.*, p. 128, 130-131; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Op. Cit., pp. 280-282; ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, Op. Cit., pp. 218-219.

²⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Op. Cit., pp. 124-130.

sentido estricto, con las aclaraciones realizadas; ii) los elementos teóricos o cognoscitivos del tipo y los de aspecto técnico especializado; iii) los elementos de valoración global del hecho; y iv) las leyes penales en blanco. Como ya se indicó, se ofrecerá un ejemplo de cada uno de tales supuestos, extraídos del Código Penal colombiano y a los cuales se aplicará el marco teórico desarrollado.

3. PREMISAS PARA EL ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL ERROR

De manera muy resumida, se indica a este respecto que se parte de la teoría de los elementos negativos del tipo²⁸, la cual parece ser bastante adecuada para una interpretación de las disposiciones que regulan la materia del error en el Código Penal colombiano, además de que existen buenas razones teóricas para defenderla²⁹.

En todo caso, es esta una cuestión accesoria, pues, el problema a resolver en este trabajo es “si la valoración individual que debe llevar a cabo el autor, su ‘conocimiento de la significación’, puede separarse de la valoración jurídica total del hecho”³⁰. La respuesta a este interrogante se fundamentará en un capítulo posterior de este escrito y especialmente se refiere a los elementos de valoración global del hecho, pues en otros elementos normativos no se presenta tan claramente este problema³¹. En síntesis, la solución pasa por considerar que el conocimiento del tipo está integrado también en esta clase de elementos por la comprensión del ‘sentido’ del suceso, toda vez que no es posible separarlo de la valoración jurídica total.

²⁸ Sobre la conexión entre la teoría de los elementos negativos del tipo y el descubrimiento de los elementos normativos, ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 148. Este punto de partida hace perder en parte relevancia a las discusiones sobre el tipo sistemático que se han dado en la doctrina, en especial a propósito de la teoría estricta de la culpabilidad. Es por ello que esta cuestión no será objeto de atención en este trabajo, más allá de algunas pocas observaciones que se realizarán al momento de tratar la tesis de WELZEL sobre los tipos abiertos. A propósito de este tema, véase, *Ibid.*, pp. 204-210, 264-273.

²⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 170-171. Sobre las (consideradas infundadas) críticas de WELZEL y otros autores, ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 281-286.

³⁰ *Ibid.*, p. 292.

³¹ Así, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, p. 181.

Una anotación muy importante que se realizará sobre este tema consiste en recordar la función de llamada del conocimiento típico. En presencia del dolo, normalmente el hombre medio debería reconocer la desvaloración de la conducta, aunque puede ocurrir que debido a circunstancias personales no sea así, caso en que se presentaría un error de prohibición propiamente dicho³². Por otra parte, es importante entonces abogar por una mayor laxitud en la apreciación de errores de prohibición³³ desde el inicio del trabajo, para no contaminar el análisis posterior considerando errores de tipo algunos supuestos que realmente son errores de prohibición, con la oculta finalidad de otorgarles un trato más favorable del que les sería dado por la jurisprudencia.

Vale la pena en este punto hacer una pequeña aclaración sobre lo que se suele denominar “error sobre la punibilidad”, que se presentaría cuando el sujeto conoce la antijuridicidad de su conducta en general pero desconoce que la misma es constitutiva de delito. En este caso sólo un sector minoritario de la doctrina afirma que concurre un error de prohibición, pues para la mayoría de la doctrina basta para afirmar la conciencia de la antijuridicidad con que el sujeto crea que su conducta es ilícita desde la totalidad del ordenamiento y no específicamente en un sentido penal³⁴.

Lo anterior amerita una sucinta explicación de la discusión doctrinal a propósito de la comprensión de la conciencia de la antijuridicidad para definir nuestra postura frente a esta clase de error. Como explica FAKHOURI GÓMEZ³⁵, para la doctrina mayoritaria en España y Alemania, el conocimiento de la antijuridicidad equivale a la necesidad de que el sujeto sepa (sin que deba tratarse de un conocimiento reflexivo o expresamente actualizado³⁶) que

³² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 150-151, 159.

³³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 27.

³⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 160-161.

³⁵ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 123-124.

³⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 24.

lesiona con su actuar valores o intereses protegidos por el Derecho en cualquiera de sus ramas (pero referidos a la clase específica de conductas del tipo en cuestión³⁷).

Sin embargo, es evidente que esta tesis no aclara suficientemente el papel de la prohibición formal del hecho o el conocimiento de la antijuridicidad formal³⁸. Muchos autores han propuesto teorías sobre esta cuestión, buscando evitar en todo caso que la conciencia de antijuridicidad se reduzca a una “mera sensación de estar actuando contra el Derecho”, que difícilmente es distinguible de la conciencia de dañosidad social de la conducta. Un ejemplo lo constituye la tesis de NEUMANN, quien funda el objeto del conocimiento de la antijuridicidad en la sancionabilidad de la conducta, que no entiende en un sentido exclusivamente penal³⁹.

Para no entorpecer la exposición central con un recuento pormenorizado de las posturas doctrinales al respecto, basta señalar que sobre el particular se adopta la tesis minoritaria descrita anteriormente, opuesta a la mayoritaria que se funda sobre una conciencia de la antijuridicidad general. La teoría que se adopta exige para afirmar la conciencia de la antijuridicidad el conocimiento de que la conducta lleva aparejada una pena, lo que se justifica con el argumento de que las normas penales expresan un juicio de desvalor muy específico que debe conocerse por el autor para afirmar su culpabilidad penal. En efecto, la incriminación de una conducta significaría que la misma tiene un grado de intolerabilidad social que no puede captarse sin el conocimiento de la prohibición penal⁴⁰. Así, sólo el conocimiento de la prohibición penal implica un conocimiento completo del sentido social desvalorado del hecho, además de que sólo de esta manera se evita la imposición de una carga excesiva a los ciudadanos de obtener información sobre la prohibición o no de una

³⁷ *Ibid.*, p. 25.

³⁸ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, p. 125.

³⁹ Valorándola positivamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 27

⁴⁰ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 126-127.

conducta, máxime en ámbitos normativos complejos donde no es evidente en muchos casos la lesión de intereses individuales⁴¹.

Antes de continuar con otro tema, es importante resaltar que la redacción del artículo 32 numeral 11 del Código Penal colombiano permite la interpretación del concepto de “ilicitud” tanto en el sentido de “ilicitud *general*” o de “ilicitud *penal*”⁴². Aunque el conocimiento de la prohibición general frecuentemente lleva aparejado el conocimiento al menos eventual de la prohibición *penal*⁴³, ello no es siempre y sin excepciones así, lo que nos lleva, sumado a los argumentos ya expuestos, a preferir la tesis minoritaria.

Por último, antes de abordar el análisis de la teoría del dolo, debe hacerse una ulterior precisión sobre el denominado error de subsunción, que adquiere protagonismo desde la postura que se viene de adoptar, como se verá luego. Se caracterizará la subsunción, siguiendo a HRUSCHKA, como “la aceptación de que un estado de cosas –real o pensado- es el supuesto de la descripción legal de un estado de cosas”⁴⁴. Aclarando desde la postura que se adopta, que el sujeto no tiene por qué conocer los elementos del tipo penal como tales -lo que se explicará con mayor detenimiento posteriormente-, se concluye que lo importante para que se presente este error es que el sujeto crea erróneamente que un estado de cosas encaja en un concepto (que es utilizado en un tipo, aunque no lo sepa)⁴⁵. Este tema cobra

⁴¹ En contra, aunque valorando un aspecto positivo de la tesis, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 24. Este autor no considera que en supuestos de desconocimiento del carácter *penalmente* prohibido de la conducta (y no el carácter prohibido en general), se vea excluida o perturbada la capacidad de motivación normal del sujeto en un grado tal que amerite la exclusión de la culpabilidad. Cabe aclarar que no se considera que esta concepción de la culpabilidad responda adecuadamente a las exigencias del principio de culpabilidad, en la medida en que adopta un enfoque psicológico y olvida la perspectiva normativa que atiende a las particulares circunstancias individuales del sujeto, que se estima deben ser el eje central de esta categoría. Sobre ello, ARIAS GUTIÉRREZ, NICOLÁS, *El principio de culpabilidad como límite a la intervención penal, Tesis de grado para optar al título de abogado*, Medellín, Universidad Eafit, 2014, pp. 75 ss.

⁴² Pese a ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera más plausible la primera opción, pues considera que de lo contrario el legislador habría elegido una expresión más precisa, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 25.

⁴³ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 206.

⁴⁵ Un ejemplo sería el ofrecido por BUSTOS RAMÍREZ: un sujeto, pese a la prohibición de cazar animales de cuatro patas, mata a un canguro, pues cree que sólo tiene dos patas y que las otras dos son manos. FAKHOURI

relevancia para la investigación porque en todo caso es más común una subsunción errónea de elementos normativos o especializados que de los descriptivos⁴⁶.

Como no sería necesario para el dolo ni para la conciencia de la antijuridicidad que el sujeto lleve a cabo ningún proceso de subsunción, la gran mayoría de la doctrina sostiene que el error de subsunción es en sí mismo irrelevante. Sin embargo, se acepta que en algunos eventos puede dar lugar a un error de prohibición⁴⁷. Una postura minoritaria sostiene que puede dar lugar a un error de tipo (aunque en tal caso no se suele hablar de error de subsunción), o más frecuentemente a un error sobre la prohibición *penal* de la conducta, que desde la postura adoptada en este trabajo se considera un auténtico error de prohibición⁴⁸. Este tema se explicará con mayor profundidad en el siguiente capítulo.

3.1 LA TEORÍA DEL DOLO Y LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

Como ya se anunció en la introducción, un estudio de la contraposición entre las teorías del dolo y de la culpabilidad es necesario como paso previo para la exposición crítica de tesis que parten de la concepción del *dolus malus*. Inicialmente se describirán a grandes rasgos ambas teorías, junto con las críticas y respuestas a las mismas desde ambos bandos. En un segundo momento se expone la tesis de FAKHOURI, como ejemplo del tratamiento del problema que nos ocupa desde la teoría del dolo. Finalmente, se plantea una opinión personal sobre los temas tratados y se ofrece una respuesta a las críticas formuladas por FAKHOURI, que como se verá, enlaza con el siguiente capítulo.

GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Op. Cit., pp. 114-115; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Op. Cit., pp. 207-208.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 207-208.

⁴⁷ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Op. Cit., pp. 114-115.

⁴⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO le reconoce a esta clase de error relevancia en ciertos casos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Op. Cit., pp. 209-213.

La teoría del dolo⁴⁹ parte de un criterio subjetivo en la determinación del dolo, en concordancia con el nexo psicológico exigido por el principio de culpabilidad (entendido como exigencia de dicho nexo psicológico entre el autor y su hecho –responsabilidad subjetiva-) ⁵⁰. En consecuencia, para afirmar el dolo no bastaría el conocimiento de los elementos de los tipos penales, sino que sería necesario además el conocimiento del carácter antijurídico de la conducta⁵¹. Por otra parte, la conciencia de la antijuridicidad no es comprendida en un sentido potencial, sino actual, a diferencia de la teoría de la culpabilidad⁵².

En resumen, la principal diferencia entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad consiste en que los defensores de la segunda creen que el dolo sólo se excluye cuando el error de prohibición es invencible, atenuándose la pena del delito doloso cuando fuera vencible. Pero en tal evento, desde los postulados de la teoría del dolo debería también descartarse la culpabilidad dolosa, subsistiendo la posibilidad de castigar a título de imprudencia si dicha modalidad está prevista en la ley (*imprudencia iuris*, inobservancia del deber de cuidado en el conocimiento del Derecho)⁵³.

En un sentido contrario a la teoría del dolo, la teoría de la culpabilidad parte de la premisa que el conocimiento de las circunstancias fácticas es en sí motivo suficiente para que el autor reflexione sobre la posible prohibición, dejando atrás la anterior tesis según la cual el conocimiento del sentido del hecho era lo que motivaba al sujeto a no llevar a cabo la

⁴⁹ Sobre la evolución de este tema en la teoría del delito, en la línea de una progresiva subjetivización del injusto que condujo a la idea del injusto personal y a la concepción avalorada del dolo, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp., 42-47. A propósito de las diferencias prácticas entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad, *Ibid.*, pp. 29-31.

⁵⁰ Sobre la orientación psicologista de la teoría del dolo y el problema de la ceguera o enemistad frente al Derecho y en especial la interesante tesis de MIR PUIG, *Ibid.*, pp. 107, 343; ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 187-189.

⁵¹ *Ibid.*, p. 180.

⁵² Sobre este punto, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp., 44-45, 107-108, 153-154, 218; ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 161-162.

⁵³ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 46-47, 56; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 17; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, *Op. Cit.* pp. 472-476.

conducta (sólo el rechazo consciente del Derecho llevaba aparejada la pena del delito doloso)⁵⁴.

Por otra parte, BUSTOS RAMÍREZ resalta con acierto que no es correcto igualar el conocimiento de la tipicidad con el de la antijuridicidad, pues mientras que el conocimiento propio del dolo debe ser actual en la medida en que se refiere a la realización misma, el conocimiento de la antijuridicidad no debe serlo, pues lo esencial es la *exigencia* de esta conciencia al sujeto de conformidad con sus individuales capacidades para actuar. Así, se trata de un ‘conocimiento’ normativo (o ‘conciencia’, aunque se emplearán ambos términos indistintamente)⁵⁵. A este problema se suma lo cuestionable que resulta hablar de una *imprudencia iuris*⁵⁶. Como lo expone BUSTOS RAMÍREZ, existe una diferencia esencial entre el conocimiento del tipo y la conciencia de la antijuridicidad, puesto que esta última es un problema de exigibilidad, con lo que resulta incorrecto hablar de una “falta de cuidado jurídica”: “es pura metáfora o una vuelta a la presunción de Derecho de que la ley debe ser (y es entonces) conocida por todos”⁵⁷. Parece en el fondo castigar al sujeto por su manera de ser descuidada en el conocimiento del Derecho, con lo que esta tesis parece caer irremisiblemente en un Derecho penal de autor. Es esta una razón de gran peso para rechazar la teoría del dolo.

Pese al abandono por un importante sector de la doctrina de la teoría del dolo, han surgido nuevas teorías que parten de un concepto de *dolus malus*. Una de ellas es la sostenida por FAKHOURI GÓMEZ, que se tratará con mayor detenimiento a continuación en vista de que la misma se desarrolla en estrecha conexión con el problema que nos ocupa.

FAKHOURI GÓMEZ⁵⁸ pretende poner de manifiesto que la aplicación práctica de la teoría de la culpabilidad se encontraría desconectada de lo propugnado en el plano teórico, pues

⁵⁴ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, p. 152.

⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ, *Lecciones de Derecho penal. Parte general, Op. Cit.* pp. 472-474.

⁵⁶ Más allá de los problemas que presenta en relación con los delitos imprudentes, *Ibid.*, p. 473.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 478.

⁵⁸ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 23, 33, 357-358.

muchas propuestas llegan a un resultado equivalente a la aplicación de la teoría del dolo, especialmente en el campo del Derecho penal accesorio⁵⁹. Argumentando que lo normal es no poder distinguir entre conocimiento de las circunstancias típicas y conocimiento de la prohibición, FAKHOURI propone una solución que parte de un retorno a la concepción del *dolus malus*. Desde esta óptica, la cuestión de si el error recae sobre el conocimiento de los elementos objetivos del tipo o sobre la conciencia de la ilicitud tendría una importancia secundaria⁶⁰.

Como puede verse, el interrogante obligado al que nos conducen estas consideraciones es si el autor primero debe conocer “lo que hace” para luego comprender el carácter prohibido de su conducta (premisa en que se basa la teoría de la culpabilidad) o si, por el contrario, sólo quien ha comprendido lo que es el injusto puede conocer qué situaciones son relevantes.

En un sentido práctico, básicamente propone FAKHOURI⁶¹ una interpretación de los preceptos legales colombianos, españoles y alemanes desde la teoría del dolo y frente a las demás legislaciones incompatibles con la teoría del dolo formula una propuesta *de lege ferenda*. En el caso colombiano, la autora propone una interpretación de la expresión “*hechos constitutivos de la infracción penal*” contenida en el artículo 22 del Código Penal, que recoge los requisitos legales imprescindibles para afirmar el dolo. El razonamiento interpretativo sería el siguiente: la expresión “*hechos constitutivos*” no se refiere sólo a circunstancias fácticas, de modo tal que los elementos que designan hechos sociales con relevancia jurídica tendrían cabida en el tenor literal, algo con lo que desde ahora manifestamos nuestro acuerdo y sobre lo que se volverá luego. Ahora bien, no podemos

⁵⁹ La autora española considera que las vías seguidas por la doctrina son básicamente dos: i) por una parte se extraen algunos de los elementos típicos de la categoría de elemento normativo, por ejemplo considerando algunas condiciones objetivas de punibilidad; y ii) por otra se mantienen todos los elementos en esta categoría pero se da una revisión del objeto del dolo, como ocurre con las tesis que regresan al criterio del error de hecho y de Derecho, *Ibid.*, pp. 177, 182-183, 185-186, 329.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 33, 41, 329, 364.

⁶¹ La tesis de esta autora es explicada en detalle, incluyendo aspectos de su aplicación práctica que no se reproducen con amplitud en este espacio por considerarla inaplicable *de lege lata* en Colombia, en, *Ibid.*, pp. 346-356, 365-366.

estar de acuerdo con el segundo paso del argumento, según el cual, dado que el conocimiento de estos elementos por regla general implicaría el conocimiento del injusto, lo correcto sería exigir un *dolus malus*.

Se plantea entonces la pregunta ahora de si es posible armonizar esta solución con el texto del artículo 22 del Código Penal colombiano y a ella responde FAKHOURI que el error sobre el “hecho de la prohibición”, también tendría cabida en este precepto, al igual que ocurría con los elementos normativos, que tampoco son “hechos” en sentido estricto.

La misma autora admite que de este modo se fuerza el texto de la ley hasta cierto punto⁶². En cuanto al artículo 32 del Código Penal colombiano, que recoge dos clases de errores con consecuencias legales diferentes, opina FAKHOURI que si bien se establece una diferencia entre error de tipo y de prohibición, no se define cuál debe ser el alcance del tipo penal y qué debe englobarse en el mismo. Por ello, la asignación de la existencia de la prohibición al tipo no sería descabellada y en esto ha de reconocérsele razón a la autora española al menos en algunos casos.

Por otra parte, en lo que se refiere a la atenuación facultativa u obligatoria de la pena en casos de error sobre la “ilicitud” del hecho, prevista en el artículo 32 numeral 11 del Código Penal colombiano, la misma quedaría reservada en la tesis de FAKHOURI para casos en los que el sujeto, si bien conoce el carácter antijurídico de su conducta yerra acerca del carácter *penal* de la prohibición, lo que podría surgir de un error de subsunción, como se explicó en su momento⁶³.

En todo caso, siguiendo a MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, concluimos que la regulación positiva colombiana se acomoda mejor a una interpretación desde la teoría de la culpabilidad, toda vez que los numerales 10 y 11 del artículo 32 del Código Penal asignan

⁶² *Ibid.*, pp. 348-349.

⁶³ *Ibid.*, p. 351.

diferentes consecuencias al error de tipo vencible y al error de prohibición vencible⁶⁴. Para finalizar esta sección, se responde a continuación a los argumentos de tesis como las de FAKHOURI, que señalan la dificultad de distinguir el error de tipo y el de prohibición en tipos que contienen elementos normativos y propugnan una equiparación del tratamiento legal de ambos errores con el argumento que en ambos casos el sujeto desconoce la ilicitud de su hecho⁶⁵.

Razón le asiste a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁶⁶ al afirmar no sólo que la discusión tiene *de lege lata* poco sentido, sino también que desde una perspectiva teórica sí puede conservarse la distinción entre ambas clases de error pese a que en ocasiones pueda resultar de difícil aplicación. En efecto, cuando los tipos penales recogen en su redacción elementos normativos suele dificultarse el esclarecimiento de la clase de error que se presenta, pero se cree con el mencionado autor español, que para estos eventos se han realizado en la doctrina importantes y fructíferos esfuerzos. Es especialmente en tales supuestos donde puede constatarse la existencia de una diferencia “no sólo psicológica, sino con trascendencia normativa”⁶⁷.

En todo caso, es innegable que el establecimiento de una distinción entre error de tipo y de prohibición desde una perspectiva sistemática reviste una gran dificultad⁶⁸, por lo que diversos autores arriban como último recurso a la afirmación de que la calificación del error debe atender al sentido del concreto tipo penal de la parte especial⁶⁹. Por ello, a continuación se analizará qué tanto de cierto tiene esta aseveración.

⁶⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, pp. 18-19.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 21-22

⁶⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁶⁸ Sobre la distinción entre el conocimiento al modo del profano del significado de los elementos del tipo y el conocimiento de la antijuridicidad se han formulado básicamente dos teorías : la que distingue entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto (Objekt der Wertung-, Wertung des Objektstehre) y la que distingue entre la valoración parcial –sobre un único elemento típico- y la valoración global del tipo penal (Einzelwertung-, Gesamtwertunglehre). Al respecto, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 154-155.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 164.

Si bien es cierto que tanto en el error de tipo como en el de prohibición el sujeto desconoce la ilicitud de su hecho (salvo en casos del denominado “doble error”), en el caso del error de tipo se llega a tal desconocimiento de manera “razonable o lógica”, mientras que tratándose del error de prohibición ello ocurre por otra circunstancia particular del sujeto⁷⁰. Así, por más difícil que en ocasiones pueda resultar la distinción, la solución no es la simplificación de la solución por vía de la unificación, que como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁷¹ en ocasiones puede resultar aparente y ficticia. Sí existe un dato decisivo en el cual fundar la distinción: el conocimiento de la realidad del hecho (no sólo en su sentido naturalístico, sino también contando con sus aspectos normativos) permite al hombre medio ideal, desde el punto de vista del Derecho, reconocer la prohibición. Por ello estaría justificado el tratamiento más severo del error de prohibición vencible, pues en este caso el sujeto tiene más datos para comportarse conforme a Derecho que si actuara incurriendo en un error de tipo.

Debe efectuarse no obstante una precisión: los datos del tipo (“puntos de contacto” como los denomina DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) que deben ser abarcados por el dolo y que permitirían el reconocimiento de la prohibición son elegidos por el legislador al momento de la redacción de los tipos penales. Así, es evidente que aquellos pueden haber sido elegidos con un criterio más o menos satisfactorio, pero no es posible sustituir al legislador en esta tarea⁷². No siempre entonces el conocimiento de los hechos (con sus aspectos normativos) cumple la función de llamada de atención⁷³, como se evidencia en múltiples casos de elementos normativos de gran complejidad y difícil interpretación. Ante esta situación, lo adecuado es propugnar hacia el futuro una flexibilización de la diferencia de trato respecto del error de tipo, sin que sea necesaria una solución unificadora⁷⁴. En todo caso, no parece descabellada la afirmación de ROXIN en el sentido de que “por regla

⁷⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 22.

⁷¹ *Ibid.*, p. 22.

⁷² *Ibid.*, p. 22.

⁷³ Sobre la importancia de conectar el tema de las funciones del tipo penal al de la solución al problema del error sobre elementos normativos, ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 169-172.

⁷⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 23.

general, el conocimiento de un elemento del tipo, aunque se trate de elementos de naturaleza jurídico-normativa, no se vincula directamente con el conocimiento de la antijuridicidad⁷⁵. En efecto, en la mayoría de los elementos normativos su comprensión se da por medio de un acto espiritual, pero éste no proporciona el conocimiento del deber⁷⁶.

La aludida flexibilización podría conseguirse al menos por dos vías a juicio de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁷⁷: i) otorgando siempre relevancia al error de prohibición vencible (salvo casos discutibles de ceguera jurídica u hostilidad al Derecho), para lo cual es positiva la regulación colombiana que prevé una atenuación obligatoria y ii) mostrando un mayor grado de generosidad en la apreciación de eventos de error invencible de prohibición.

4. EL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO PENAL

Como ya se anunció en la introducción, es este el punto nuclear del trabajo de investigación y está referido no sólo a los elementos normativos del tipo, sino también a los demás elementos afines que fueron señalados⁷⁸. El interrogante al que se intentará dar respuesta ahora es si el error sobre tales elementos constituye un error de tipo excluyente del dolo o si por el contrario supone la existencia de un error de prohibición. Como podrá observarse, la solución a esta cuestión pasa igualmente por una toma de postura frente a los casos en que se presentaría el denominado error de subsunción.

Antes de abordar esta cuestión, se considera importante comparar la severidad de cada alternativa, pues si bien no es un dato decisivo, resulta ilustrativo para el análisis este punto

⁷⁵ Con ejemplos, ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 123.

⁷⁶ Sin embargo, ROXIN considera que existen excepciones, como ocurre con el grupo de casos denominado por WELZEL “momentos de la antijuridicidad”, los cuales al ser conocidos por el sujeto necesariamente llevan aparejada la conciencia de la antijuridicidad en sentido formal, *Ibid.*, pp. 123-132.

⁷⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, pp. 23-24

⁷⁸ “Elementos normativos en sentido amplio”, expresión empleada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Ibid.*, p. 32.

de referencia. Atendiendo a la posibilidad de impunidad de la conducta, a primera vista se podría pensar que sería más severo el tratamiento del error de prohibición que el del error de tipo, en un sistema de *numerus clausus*. Pero, si modalidad imprudente de la conducta está en efecto tipificada, no necesariamente el tratamiento del error de tipo sería más benigno⁷⁹.

Pues bien, la regulación positiva no resuelve de manera expresa el problema de si el error sobre elementos normativos debe tratarse de una u otra manera y sería demasiado simple y formalista afirmar que se trata siempre de un error de tipo debido a que los elementos normativos hacen parte del tipo⁸⁰. Además, como ya se explicó a propósito de los elementos de valoración global del hecho y de la referencia expresa a causas de justificación, la mera mención de un elemento en el tipo no implica que siempre se trate de un error de tipo el que sobre ellos recaiga. Sostener lo contrario sería tanto como defender la relevancia del error en la persona por considerar que la identidad de la misma es un aspecto del tipo, contrario a lo que la mayoría de la doctrina cree.

En un sentido contrario, podría pensarse que la redacción del artículo 22 del Código Penal colombiano⁸¹ da la impresión que se asume la antigua terminología de error de hecho y de Derecho y que en consecuencia no es posible considerar el error sobre elementos normativos como un error de tipo, pues la norma hace referencia a “hechos constitutivos de la infracción penal”⁸². De este modo, sólo restaría la posibilidad de darle al mismo los efectos del error de prohibición, o aceptar la irrelevancia del error sobre estos elementos (salvo que se aplique la norma del error de tipo por analogía). Sin embargo, como explica

⁷⁹ No obstante, señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que en el Código Penal español pareciera que en la generalidad de los casos sigue siendo más severo el tratamiento del error de prohibición (aunque hay excepciones), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 202-204; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, pp. 20-21.

⁸⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 191-192.

⁸¹ En el mismo sentido de estas reflexiones, pero a propósito de la redacción del artículo 14 del Código Penal español *Ibid.*, pp. 192-197.

⁸² Con referencias al Código Penal español, que emplea una expresión similar y al origen de esta misma interpretación en Alemania, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 40, 54-55.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, no es acertado ni siquiera desde una perspectiva teórica identificar “hechos” con elementos descriptivos del tipo, pues sería incluso usual en la filosofía del lenguaje hablar de hechos institucionales y naturales⁸³.

En vista de que la ley no nos ofrece pistas para resolver el problema, es necesario dirigir nuestra mirada a la doctrina. Las premisas de que parte la doctrina mayoritaria pueden resumirse de la siguiente manera⁸⁴:

a. El objeto del dolo se determina en función de que se trate de un elemento normativo o tipo penal en blanco⁸⁵.

b. Se parte de la denominada “tesis de la sustituibilidad” (*Substuiierbarkeitsthes*), según la cual se considera que un elemento en blanco puede sustituirse por el contenido de la norma de complemento, sin que se vea afectado ni el sentido del tipo ni el objeto del dolo, con lo que estos elementos son tratados en el fondo como si fuesen normativos⁸⁶.

c. En el caso de los elementos normativos, la mayoría de la doctrina exige una “valoración paralela en la esfera del profano” para afirmar el dolo⁸⁷.

El ejemplo propuesto al inicio de la exposición quizá pueda ilustrar la explicación que sigue: dos sujetos compran un libro conjuntamente y uno de ellos lo vende desconociendo que, de acuerdo con las normas civiles, se trata de una cosa ajena⁸⁸. Dicho error puede tener origen en varios factores, tales como: i) el sujeto confunde el libro con otro que era sólo suyo; ii) el sujeto piensa que le pertenece también a él, por lo que no es ajeno; iii) el sujeto cree que puede disponer libremente del libro porque estaba en su casa.

⁸³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 192; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 88, 185.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 357-358.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 273.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 171-174, 358-359.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 173-174.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 23-25.

En la doctrina sólo existe unanimidad sobre un punto del tratamiento del error sobre los elementos normativos del tipo: cuando el error recae sobre “circunstancias fácticas empíricas, naturales o naturalísticas”, caso en el que el mismo se trata como un error de tipo⁸⁹. Este supuesto se identificaría en el ejemplo propuesto con el caso en que el sujeto vende el libro porque lo confunde con otro que era de su exclusiva propiedad.

Más allá de este punto, las opiniones se encuentran divididas. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO las agrupa a muy grandes rasgos en tres grupos medianamente definidos y un cuarto grupo de autores de difícil clasificación: i) la tesis mayoritaria que defiende una valoración paralela en la esfera del profano; ii) quienes consideran que lo importante es distinguir entre el error de Derecho penal y extrapenal; iii) autores que acuden a la distinción entre error de hecho y de Derecho; y iv) otras posturas diferentes⁹⁰. Sobre cada grupo se realizará una explicación general, resaltando los matices y las particularidades de las tesis de los autores individualmente considerados en notas al pie cuando se juzgue necesario, con el fin de no hacer excesivamente engorrosa esta explicación. De la mano de la exposición de estos grupos se irá explicando la postura de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que se considera más acertada. Se aclara desde ahora que en muchas ocasiones es difícil encuadrar a un autor dentro de uno de los grupos pues como se verá, los distintos criterios tienden a mezclarse.

La exposición seguirá este esquema por considerarlo claro y didáctico, aunque no se tienen pretensiones de exhaustividad, como ya se advirtió. Igualmente, se adicionarán un aparte a la exposición referido al tratamiento del problema en la doctrina colombiana. Algunos comentarios adicionales a propósito de la denominada “tesis de la sustituibilidad” y el tratamiento diferenciado que la doctrina mayoritaria defiende con respecto a las leyes penales en blanco⁹¹ se han reservado para la segunda parte del trabajo, al abordarse el tipo

⁸⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 205. Incluso era considerado este un error de hecho excluyente del dolo por el *Reichsgericht* alemán, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 55, 60.

⁹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 219.

⁹¹ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, p. 155.

penal concreto perteneciente a esta categoría. Igual proceder se seguirá con algunas acotaciones necesarias sobre los elementos de valoración global del hecho, pues en este grupo se ubican los casos tal vez más extremos de dificultad de distinción entre el conocimiento del elemento típico y la conciencia de la antijuridicidad. En cuanto a los elementos teóricos o cognoscitivos del tipo se estima que no merecen una mención especial adicional a la introducción ya realizada.

4.1 LA DISTINCIÓN ENTRE ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Tradicionalmente era usual distinguir entre falsas representaciones sobre los hechos y sobre el Derecho, considerándose que las primeras tenían un efecto exculpante, mientras que las segundas eran irrelevantes, lo que se plasmó en el principio *error iuris nocet*⁹². Aunque esta clasificación del error fue abandonada debido a su incapacidad para explicar algunos errores⁹³, en tiempos recientes y ya descartada la máxima *error iuris nocet*⁹⁴, algunos autores como BURKHARDT y KINDHÄUSER han retomado esta distinción para resolver el problema del error sobre elementos normativos, aunque en ocasiones no empleen la terminología exacta del antiguo criterio jurisprudencial⁹⁵. A continuación se expondrá la tesis de KINDHÄUSER como autor representativo de esta corriente, pues los argumentos de BURKHARDT se refieren al error inverso sobre los elementos normativos del tipo, tema que no hace parte de la presente investigación⁹⁶.

KINDHÄUSER considera que no es necesario que el dolo del sujeto en lo referente a los elementos normativos abarque todas las condiciones necesarias para realizar el tipo (como por ejemplo que el sujeto crea que el escrito que difunde es pornográfico), sino que basta

⁹² *Ibid.*, pp. 26, 52, 54-55; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, *Op. Cit.*, pp. 471-472.

⁹³ Particularmente el error que recae sobre los elementos normativos del tipo, pues los mismos exigirían un cierto conocimiento de la norma de remisión, sin que bastara el conocimiento del mero sustrato fáctico, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 26-27, 38-39, 57.

⁹⁴ Por su contrariedad al principio de culpabilidad, entendido este en el sentido de que debe concurrir dolo o culpa en un sentido psicológico, *Ibid.*, pp. 26-27, 79-80, 90-92.

⁹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 220-221; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 52-53.

⁹⁶ Sobre la tesis de este autor y la de ENDRULAT, referidas al problema del error inverso, *Ibid.*, pp. 195-197.

con que tenga una representación conceptual equivalente al sentido del tipo (simplemente tendría que conocer el contenido del escrito –los presupuestos de su carácter pornográfico-) ⁹⁷. Así, el autor alemán establece una distinción entre condiciones de verdad y de sentido ⁹⁸: el error sobre una condición de verdad tiene carácter empírico y se supera aclarando al sujeto que la cosa no tiene las propiedades que le atribuye; mientras que el error sobre el sentido tiene carácter analítico y se supera mediante una aclaración sobre el sentido del concepto. En opinión del autor alemán, sólo el error sobre una condición de verdad sería relevante para el dolo, mientras que el error sobre el sentido a lo sumo tendría relevancia como error de Derecho ⁹⁹.

A juicio de KINDHÄUSER, frente a los elementos normativos del tipo ha de preguntarse para afirmar el dolo si el sujeto ha tenido el suficiente conocimiento fáctico (supuestos en los cuales el predicado típico es verdadero) para la formación de un motivo de evitación de la conducta prohibida ¹⁰⁰. Si el sujeto estaba en condiciones físicas y cognitivas de formarse tal motivo de evitación (por tener conocimiento de las condiciones de verdad del predicado típico), la cuestión de por qué no lo hizo sólo interesan a la culpabilidad (error sobre el contenido de la norma). Por otra parte, para KINDHÄUSER, el dolo sólo exige el conocimiento de que existe una relación jurídica (por ejemplo saber que alguien es casado), pero no en todo caso el conocimiento de las reglas y presupuestos fácticos que han conducido a la existencia de esa relación jurídica (como podría ser conocer las normas sobre el matrimonio y haber presenciado el mismo) ¹⁰¹.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera que esta tesis tiene algunos méritos, pero que es confuso equiparar aquello que el sujeto debe conocer para actuar dolosamente con las

⁹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 223-225.

⁹⁸ Distinción que se superpone a aquella que se establece entre intensión (sentido) y extensión (verdad), FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 300-301.

⁹⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 225-227.

¹⁰⁰ Con un ejemplo, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 301-305.

¹⁰¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 227-230.

condiciones de verdad de un enunciado, pues ello podría implicar una reducción del objeto del dolo al conocimiento de los presupuestos fácticos de los elementos típicos (es desde esta perspectiva que podría afirmarse que para este autor, la clave está en la distinción entre error de hecho y error de Derecho¹⁰²). Los ejemplos ofrecidos por KINDHÄUSER no terminan de aclarar este punto, por lo que los contornos de su tesis son difusos¹⁰³.

Con un alcance más general, sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁰⁴ que tiene una ventaja la vuelta a la terminología tradicional: pone de relieve que el error relevante para el dolo es aquel que recae sobre lo que hace el sujeto (su hecho), como ocurriría cuando no sabe que lo que toma es algo que no le pertenece exclusivamente. El problema sería que finalmente esta ventaja se vería opacada por otras razones que hacen rechazable la vuelta a la distinción. Primero, ocurre que tradicionalmente el error de hecho se consideraba como aquel de origen fáctico natural, mientras que en la actualidad se acepta que “hechos” no son sólo los naturales. Aunque se explique este punto para dar mayor amplitud a la expresión, la terminología puede generar confusión.

Por otra parte, sería incluso más confusa la expresión “error de Derecho”, pues como lo expresa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, el origen de un error excluyente del dolo puede también ser un error de Derecho, de modo tal que no es posible reducir todos los errores sobre cuestiones jurídicas a errores de prohibición¹⁰⁵. En efecto, adelantando un poco las conclusiones, algunos de los que serían errores de Derecho de conformidad con este criterio tendrían la virtualidad de impedir al sujeto conocer que en su conducta concurre el sentido material auténtico de un elemento típico (independientemente de que sepa qué es lo dispuesto en el tipo). Así, tal clase de errores debería recibir el tratamiento del error de tipo; por oposición a otros que no impedirían lo anterior ni tampoco impedirían el conocimiento

¹⁰² *Ibid.*, pp. 226-227.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 327-333.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 322.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 322-323.

del carácter prohibido del hecho, como sería el caso de los errores de subsunción que no conducen a un error de prohibición¹⁰⁶.

4.2 EL CRITERIO DE DISTINCIÓN ENTRE ERROR DE DERECHO PENAL Y EXTRAPENAL

Algunos autores como BLEI, HERDEGEN, HERZBERG, HAFT, KUHLEN Y PUPPE han retomado esta distinción, anteriormente empleada por la jurisprudencia alemana y española para hacer menos rigurosa la máxima del *error iuris nocet*¹⁰⁷, a la que se le criticaba su incompatibilidad con el principio de culpabilidad (en el sentido de que debe concurrir dolo o culpa en sentido psicológico)¹⁰⁸. Ello se lograba por la vía del reconocimiento de alguna relevancia al error de Derecho como error de hecho, cuando se fundamentaba en normas extrapenales, por considerarse que su conocimiento no se desprendía del proceso de socialización¹⁰⁹. Modernamente, aunque muchos doctrinantes se apoyan en esta distinción¹¹⁰, suele haber notables diferencias entre las maneras en que los diversos autores la dotan de contenido, además de que la terminología no suele ser exactamente la misma. Quienes emplean este criterio para abordar el problema del error sobre elementos normativos se separan expresamente del antiguo criterio jurisprudencial en lo que respecta al tratamiento del error inevitable¹¹¹.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 324.

¹⁰⁷ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 26-27, 52-53, 57, 68-70.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 97.

¹⁰⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 231-233; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, p. 26. En un sentido similar, en el ámbito anglosajón, *Ibid.*, pp. 81-83.

¹¹⁰ Incluso en Italia donde partiendo de la distinción entre error de hecho y de Derecho, FIANDACA y MUSCO entienden que el problema ha de resolverse atendiendo a si se trata de un error de Derecho penal o extrapenal. El primero sería irrelevante, a menos que se trate de un error invencible, como lo ha sostenido la jurisprudencia italiana a raíz de una sentencia de la Corte Constitucional de ese país. El error sobre una norma extrapenal sólo sería excusante si se convierte en un error sobre el “hecho” delictivo (si el sujeto no es consciente de realizar un hecho material conforme a aquel previsto en la ley como delito). Si por el contrario el error sobre una norma extrapenal simplemente suscita en el agente la creencia de estar obrando lícitamente, el caso se asimilaría en sus consecuencias al error sobre una norma penal (en principio irrelevante, salvo que sea invencible). FIANDACA, GIOVANNI; MUSCO, ENZO, *Derecho penal. Parte general*, *Op. Cit.*, pp. 372-384; DONINI, MASSIMO, “El caso de la ignorancia invencible”, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO (COORD.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 335-352.

¹¹¹ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, p. 94.

El principio *error iuris nocet* tenía por finalidad¹¹² evitar que el autor pretendiera hacer valer su error, en detrimento de los intereses generales de la comunidad. Para morigerar los efectos de este principio, la jurisprudencia consideró que al igual que ocurría en el error sobre los hechos, cuando se presentaba un error sobre la norma extrapenal, no se veía cuestionada una norma penal y en tal sentido no sería esto un ataque respecto de la generalidad material de las normas, por lo que tales errores sí tendrían la virtualidad de excluir el dolo. También los errores sobre normas del Derecho penal accesorio eran considerados errores de Derecho extrapenales por el *Reichsgericht* alemán, pues se estimaba que el mismo no tenía “raíces en el desconocimiento de las convicciones morales del pueblo”¹¹³.

Sin embargo, a este criterio jurisprudencial se le criticó principalmente la arbitrariedad en su aplicación por la jurisprudencia, no sólo en Alemania, sino también en España e Italia¹¹⁴. El *Reichsgericht* alemán tuvo dificultades para diferenciar entre el ámbito penal y extrapenal, por lo que incurrió en numerosas contradicciones en casos concretos, por falta de un criterio material preciso¹¹⁵ y la situación en España fue similar¹¹⁶. Ello generó la sensación de que la calificación del error concreto como penal o extrapenal dependía no de ciertas características objetivas del mismo, sino de la solución que la jurisprudencia consideraba más justa para cada evento¹¹⁷.

¹¹² Explica FAKHOURI GÓMEZ, que existen fundamentalmente tres criterios para explicar la máxima *error iuris (criminalis) nocet*. Para algunos autores, se trata de una exigencia social, política y social, que conduce a la inadmisibilidad de la prueba de tal ignorancia. En otro sentido, se ha afirmado (por ejemplo por FEUERBACH), que se trata de una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de las normas penales basada en la idea de que al ser las normas básicas de la sociedad, eran o podían ser conocidas por todos. En tercer lugar, se consideró que se trataba solamente de la afirmación del carácter obligatorio de las normas penales. *Ibid.*, pp. 57-58, 90. En países de diferentes tradiciones jurídicas se han expresado otras justificaciones del mencionado principio desde perspectivas normativas y utilitaristas, *Ibid.*, pp. 76-77.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 59-60.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 89-90.

¹¹⁵ Con numerosos ejemplos, *Ibid.*, pp. 61-63.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 70-74.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 67-68, 74, 89-90. También en el ámbito anglosajón, *Ibid.*, pp. 82-84.

En lo que sigue se expondrá la tesis PUPPE. La tesis de HAFT¹¹⁸ se apoya también en la antigua clasificación de origen jurisprudencial, aunque existen importantes diferencias entre todas estas visiones del problema. Se excluirán los planteamientos de KUHLEN por ser una tesis de más largo alcance en la teoría del error¹¹⁹, y las de BLEI, HERDEGEN y HERZBERG en la medida en que están referidos al tema del error inverso¹²⁰. Por último, se realizará una valoración con carácter global de esta distinción.

PUPPE encuentra un núcleo de razonabilidad en la distinción jurisprudencial, aunque cree que la terminología es desafortunada¹²¹. Para PUPPE, el dolo debe abarcar “el sentido del tipo” (intensión), entendido no en un sentido literal sino como una realidad, de modo que tanto en los elementos descriptivos como en los normativos se requeriría una comprensión intelectual¹²². El conocimiento de la realidad representada por la oración típica no requiere el conocimiento de la misma oración típica, sino que bastaría conocer una oración L-equivalente (que sea también verdadera bajo las mismas condiciones que la oración típica). Si el sujeto no sabe que tales oraciones son L-equivalentes, habrá un error de subsunción (error de Derecho penal)¹²³. Pero el dolo no requiere el conocimiento de una oración L-equivalente, sino que basta con que el sujeto se represente una oración que guarde una

¹¹⁸ HAFT diferencia entre el error relativo al objeto y el relativo a las premisas o al concepto: el primero podría explicarse sin referencia al tipo (error de Derecho extrapenal), mientras que no ocurriría lo mismo frente al segundo (lo que sería una especie de un error de subsunción). Sin embargo, autores como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO dudan de la utilidad de esta fórmula aparentemente sencilla, pues se ha resaltado que objeto y concepto son en ocasiones difícilmente separables y puede además haber errores sobre el concepto que no sean propios del Derecho penal. Por otra parte, se ha puesto en duda la corrección del método propuesto para diferenciar ambas clases de error. Por ejemplo ROXIN explica que la creencia de que una gallina es una cosa puede comunicarse sin hacer referencia a tipos penales y PUPPE señala que la fórmula podría manipularse empleando un sinónimo del elemento típico. Sobre todo ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 254, 342-345; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 200-203.

¹¹⁹ El estudio de este autor se apoya especialmente en la estructura temporal –estática o dinámica– de las normas, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 256-262.

¹²⁰ Exceptuando la tesis de HERZBERG a propósito de las leyes penales en blanco. Sobre este punto, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 198-200.

¹²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 264-265.

¹²² FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 203, 259.

¹²³ Con un ejemplo, *Ibid.*, p. 204.

relación de especialidad conceptual con la oración típica (de lo contrario habría un error de Derecho extrapenal).

¿Qué ocurre entonces con los elementos normativos? Desde la tesis en comento, el autor debería representarse también el Derecho que contraviene para que el dolo pueda cumplir la función de llamada que se le atribuye¹²⁴. En consecuencia, en casos en que el tipo penal contenga elementos que hagan referencia a derechos o relaciones jurídicas, las mismas deberán ser conocidas por el autor¹²⁵. Lo anterior se explica porque son hechos con contenido jurídico, pero hechos al fin y al cabo, por lo que no deben tratarse como elementos necesitados de una valoración paralela especial. Tales elementos serían, en el Derecho penal nuclear, fruto de un consenso social mínimo, por lo menos en alguna de sus posibles formulaciones L-equivalentes, siendo por tanto fácilmente cognoscibles. No obstante, frente a relaciones jurídicas que no sean tan fundamentales también sería necesario el conocimiento jurídico, pues es un presupuesto para que el autor pueda reconocer el injusto específico del tipo.

Si bien la temática de las leyes penales en blanco se tratará luego, se quisiera desde ahora resaltar un planteamiento de esta autora. Es muy importante la afirmación de PUPPE¹²⁶ en el sentido de que no es irrelevante que el legislador regule un asunto dentro o fuera del Derecho penal, pues no se puede sustituir un concepto por su extensión. Al hacerlo se estaría cambiando el sentido del tipo y con ello el objeto del dolo: por ejemplo, el sujeto no tendría que saber simplemente que lo que caza está sometido al Derecho de caza, sino que tendría que saber además que es un asta de ciervo. La sustitución sólo sería posible a juicio de PUPPE en casos en que la norma de referencia no sólo determina el ámbito de aplicación de la ley (su extensión), sino también su sentido.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 204-205.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 259.

¹²⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 266-268.

En general, la tesis de PUPPE es valorada muy positivamente por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹²⁷, quien resalta, entre otros aspectos, que incluso la terminología empleada por la autora alemana tiene la ventaja de oponerse a una concepción del dolo como mera extensión del elemento típico (lo que conduciría a la descartada distinción entre error de hecho y de Derecho). Por otra parte, también es acertado el rechazo de PUPPE a la exigencia de que el dolo deba abarcar las normas constitutivas de los elementos típicos o los procesos por los que concurren en un determinado caso. Por último, el método del que se sirve PUPPE para comprobar si se trata de un error de prohibición o de subsunción, aunque pueda no ser infalible¹²⁸, sería uno de los más precisos, pues el juez iría proponiendo al sujeto oraciones que tengan relación de L-implicación o L-equivalencia con la oración típica¹²⁹.

En general y a modo de conclusión, puede afirmarse que la idea que subyace a la distinción entre error de Derecho penal y extrapenal es que existe una diferencia valorativa entre el desconocimiento de las normas de Derecho penal que son básicas para la convivencia humana y el desconocimiento de otras normas jurídicas. No obstante, esta idea debe ser relativizada en la actualidad, pues son frecuentes casos en que el Derecho penal sobrepasa el ámbito de los llamados “delitos naturales” y además porque incluso relaciones jurídicas extrapenales y a veces sus normas constitutivas pueden ser bien conocidas en la sociedad¹³⁰.

¹²⁷ Incluso FAKHOURI considera que ambas tesis llegan a la misma conclusión, pero la de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO lo hace sin recurrir a las categorías técnicas de la filosofía analítica del lenguaje y sin volver a la distinción entre error de Derecho penal y extrapenal, como lo hace PUPPE, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 314-315.

¹²⁸ Señala FAKHOURI que el procedimiento que propone PUPPE para concretar la norma y adaptarla al mundo mental y conceptual del autor tendría el problema de que el sujeto no tendría la necesidad de cooperar en tal “juego lingüístico” que tiene por fin determinar su dolo, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 206-207.

¹²⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal, Op. Cit.*, pp. 347-352. El método es explicado por FAKHOURI así: Para constatar la existencia de un error de tipo o de subsunción en el proceso, el juez debería formular preguntas progresivamente menos abstractas empleando oraciones L-equivalentes a la descripción típica. Si se trata de un error de tipo, ninguna de las oraciones coincidirá con lo que el sujeto pensaba. En caso de error de subsunción, alguna de las oraciones será confirmada por el sujeto. Debe procederse así hasta que el juez tenga la certeza de que ambos están usando los mismos términos, pues de lo contrario no podría juzgar sobre las representaciones del autor. Al respecto, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, p. 204.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 90-91, 94.

Sin embargo, parecen ser más los interrogantes y problemas que suscita esta tesis. En primer lugar, al criterio jurisprudencial se le ha criticado que deja sin respuesta la cuestión de los elementos normativos no jurídicos¹³¹. Además, debido a la complejidad de las normas constitutivas, el conocimiento de las relaciones jurídicas a que hacen referencia los tipos suele ser (aunque no es siempre el caso) más difícil que el conocimiento de los mismos hechos. Así, cabe la pregunta: ¿por qué se debería tratar más severamente a quien yerra sobre el Derecho que a quien lo hace sobre los hechos (fácticos o naturales)?¹³². Por otra parte, este criterio no es consecuente con su fundamento, pues desconoce que en ocasiones las relaciones jurídicas a que se refieren los tipos no están constituidas por normas extrapenales (como ocurre con el carácter de delictivo del hecho previo en el delito de encubrimiento, o con la expresión “documento”). Estos elementos forman parte del presupuesto de la prohibición en la medida en que son externos a la misma, aunque se encuentren en normas penales¹³³. De lo anterior hace eco un sector de la doctrina, que propone una modificación del tratamiento legal del error vencible de prohibición, o al menos interpretaciones encaminadas a morigerar la diferencia entre esta clase de error y el error vencible de tipo¹³⁴.

Por último y adelantando una parte de la tesis que se considera acertada, debe indicarse que este criterio desconocería que lo relevante no es tanto el conocimiento de la norma (penal o extrapenal) que constituye la relación jurídica a que hace referencia el concreto tipo penal, sino que lo verdaderamente importante en el fondo es el error sobre la concurrencia en la realidad de esta relación (o sus consecuencias) en su “auténtico sentido”¹³⁵. Lo anterior encuentra su explicación en que en muchos eventos el error sobre la norma constitutiva acarrearía un error sobre la concurrencia del elemento en su sentido auténtico, pero ello no es siempre y sin excepciones así. En efecto, pueden presentarse otros supuestos en los que

¹³¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 335.

¹³² *Ibid.*, pp. 87-88, 336.

¹³³ *Ibid.*, pp. 337-338.

¹³⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, p. 21.

¹³⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 338-339. En un sentido similar, ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 148-149.

se desconoce la norma constitutiva pero pese a ello no se yerra sobre la concurrencia de dicha relación normativa en la realidad. Tal situación a lo sumo podrá provocar un error en la comprensión del sentido del elemento que lleve a un error de prohibición (por un error de subsunción; pero no por un error de tipo, pues el sujeto conoce la concurrencia de la relación). Un ejemplo de esta situación sería aquel en el que una errónea comprensión de las normas civiles sobre adquisición del derecho de propiedad hace pensar al sujeto que la cosa no es ajena si no está inscrita en un registro público a nombre de otro.

4.3 LA TESIS MAYORITARIA DE LA VALORACIÓN PARALELA EN LA ESFERA DEL PROFANO

Esta tesis surge como una flexibilización del criterio de v. LISZT consistente en que el sujeto debía realizar “una subsunción correcta de los hechos en la ley con su configuración jurídica exacta”, de tal manera que todos los errores de subsunción tenían la consecuencia de excluir el dolo¹³⁶. MEZGER Y WELZEL, con matices, sostuvieron que la valoración (o más correctamente, el enjuiciamiento) debía ser aquella propia del círculo intelectual del sujeto orientada en el mismo sentido que la legal-judicial¹³⁷. Así, se requeriría algo más que el mero conocimiento de los hechos pero menos que una subsunción exacta¹³⁸. De la mano de estos planteamientos, este criterio se ha convertido en el mayoritario¹³⁹.

Desde este punto de vista, el conocimiento de los elementos normativos propio del dolo pasaría por la comprensión del significado del elemento típico en su contenido material. En todo caso, como ya se apuntó, se trata de un concepto de conocimiento en sentido amplio, toda vez que no se exige una valoración jurídica formal, sino que la apreciación de las circunstancias del hecho se corresponda en sus puntos esenciales con la valoración que

¹³⁶ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 108-109; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal, Op. Cit.*, pp. 270-271.

¹³⁷ Sobre este punto y otros matices, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 109-112; ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal, Op. Cit.*, p. 147.

¹³⁸ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 109-112.

¹³⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal, Op. Cit.*, pp. 271-285.

realiza el juez. Lo esencial es que el sujeto pueda comprender que su conducta es valorada como injusta por la comunidad jurídica¹⁴⁰.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO cree que los defectos de esta postura son más bien terminológicos y de precisión antes que de fondo¹⁴¹. Es correcta en principio la primera de sus premisas, pues es necesario conocer el significado de un elemento, más allá de sus presupuestos fácticos. En cuanto a la segunda premisa, según la cual no es necesario conocer el sentido exacto del elemento sino su valoración o enjuiciamiento “social” paralelo, quizá deban hacerse algunas precisiones.

Un conocimiento de los presupuestos fácticos claramente no es suficiente para que se produzca la función de llamada de atención del tipo (que se generen motivos de inhibición en el sujeto¹⁴²), pero tampoco es necesario un conocimiento de todo el Derecho y este es un mérito de este criterio. Sin embargo, a esta postura se le ha criticado la confusión a la que puede dar lugar con el error de subsunción, pues el “significado” puede interpretarse como el de la acción o el de las palabras del tipo¹⁴³. Ahora bien, debe aclararse con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que el conocimiento necesario es en todo caso jurídico, en la medida en que es el que sustenta el elemento típico y no uno “social”, como podría darse a entender (aunque tal vez sí haya que acudir a un sentido “social” en los denominados *elementos normativos de valor*, como la expresión “cruel”). Cuestión diferente es que el sujeto no tenga que describir el sentido auténtico del elemento acudiendo a la terminología exacta, sino en sus propias categorías¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Con ejemplos, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 113-114.

¹⁴¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 351-359.

¹⁴² Como explica FAKHOURI GÓMEZ, el conocimiento de los elementos del tipo para la teoría de la culpabilidad tiene una función de llamada, pues hace surgir en el autor el impulso para informarse sobre la prohibición. Así, la responsabilidad dolosa se fundamentaría en la posibilidad de conocer el carácter injusto del hecho una vez se conoce el supuesto de hecho, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, p. 143. Esta función de llamada no es otra que la denominada por ciertos autores “función del tipo penal en referencia a la regulación del error”, la cual conecta el fin del conocimiento doloso del tipo con una finalidad de garantía (tipo garantía), ROXIN, CLAUDIUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 169-172.

¹⁴³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 352-353.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 353-356.

Para explicar un poco mejor la idea anterior, debe precisarse que si bien el conocimiento necesario es jurídico, no tiene que conocerse el elemento en todos sus extremos, pues no hay que saber cuál es su denominación exacta, sino su sentido (saber que la cosa no le pertenece, sin tener que llamarla por ello “ajena”), ni el origen exacto del elemento en un caso concreto (como por ejemplo saber cómo se adquirió la cosa que es “ajena”), ni las reglas en virtud de las cuales se determina el sentido del elemento (como las normas sobre el Derecho de propiedad). Lo que ocurre es que las palabras “paralela” y “esfera del profano” dan la idea de que se reducen las exigencias de conocimiento, lo que no ocurre, pues el sujeto sí ha de conocer que en su conducta concurre exactamente el sentido auténtico del elemento típico (aunque pueda expresarlo con otras palabras)¹⁴⁵.

Para terminar se quisiera anotar que el criterio de la valoración paralela en la esfera del profano es seguido también por BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE¹⁴⁶. En Argentina, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR acogen el criterio de la valoración paralela en la esfera del profano y defienden el tratamiento como error de tipo no sólo de los elementos normativos del tipo sino también los que denominan “elementos normativos de recorte”, concepto que parecería abarcar a los elementos de valoración global del hecho y a los necesarios para completar los tipos incompletos o abiertos¹⁴⁷.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 357-358. De otra opinión es FAKHOURI GÓMEZ, al menos en lo que respecta al surgimiento de la teoría de la valoración paralela, que entiende enmarcada en un proceso de flexibilización de las exigencias en diversos frentes: i) del *modo* en que resultaba exigible el conocimiento de los elementos típicos (bastando el conocimiento del *significado* de la conducta); ii) de la *forma* en que se debía conocer la significación antijurídica del hecho (pudiendo ser un conocimiento no sólo actual sino también actualizable) y además iii) del *objeto* del conocimiento (discusión sobre si era suficiente el conocimiento de la lesividad social de la conducta o era necesario el conocimiento de que la misma contraviene la norma), FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Op. Cit., p. 108. Sobre la transición de la exigencia del conocimiento actual al actualizable, basada en reflexiones sobre la comprensión cotidiana de lo que significa actuar y que en alguna medida palió la laguna de punibilidad que se criticaba a la teoría del dolo, *Ibid.*, pp. 116-122. En cuanto a la discusión suscitada a propósito de la determinación del objeto de la conciencia de la antijuridicidad, ampliamente, *Ibid.*, pp. 122-138.

¹⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 213-214, 366.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2010, pp. 366-367, 416-418.

4.4 OTRAS POSTURAS DIFERENTES

En este grupo constituido por autores de difícil clasificación incluye DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO a DARNSTÄDT, ARTHUR KAUFMANN, SCHLÜCHTER y SUAY, DOPSLAFF Y FRISCH. En este apartado se omite la explicación de los planteamientos de DOPSLAFF por considerarse que para los fines propuestos no aportan elementos de valor¹⁴⁸.

DARNSTÄDT¹⁴⁹ considera elementos normativos a aquellos que designan hechos institucionales y considera que la dificultad que plantean los mismos obedece al hecho de que el lenguaje en sí también es un hecho institucional (está constituido por una convención). Así, frente a los elementos normativos, el error puede entenderse como que el sujeto yerra sobre la condición fáctica real de la cosa (hecho institucional), o sobre el significado (regla de aplicación) de la expresión, al darle un significado equivocado¹⁵⁰. Para el autor alemán, el error de tipo y de prohibición (el error de subsunción sería un caso especial del error de prohibición) se diferenciarían por el objeto del error: un conocimiento inexacto de la realidad extralingüística (error de tipo) o por el significado o contenido semántico de los elementos típicos (error de prohibición)¹⁵¹.

El segundo autor que se estudia en este grupo es ARTHUR KAUFMANN, quien defiende una variante de la tesis de la valoración paralela. Considera que el dolo requiere conocimiento

¹⁴⁸ Un resumen puede hallarse en, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 193-194.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 187-190.

¹⁵⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 285-286.

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 286-287. Entre las objeciones que se han planteado a esta teoría¹⁵¹, se ha señalado que no aporta materialmente nada nuevo a la solución, pues el conocimiento de la relevancia social del hecho es en esencia el conocimiento del significado que el hecho tiene en la sociedad, lo que se corresponde con el criterio de la valoración paralela¹⁵¹. Además, PUPPE ha formulado una crítica muy certera: a diferencia de lo que sostiene DARNSTÄDT, el conocimiento del hecho institucional no requiere el conocimiento de sus presupuestos fácticos (como haber sido testigo de la boda para saber que alguien es casado)¹⁵¹. Igualmente, parece que DARNSTÄDT exige el conocimiento de las reglas constitutivas del elemento institucional (como las reglas de adquisición y pérdida de la propiedad), lo que sería innecesario en opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. El desconocimiento de lo uno o lo otro sólo tendrá relevancia para el dolo en la medida que efectivamente conduzcan a un desconocimiento de la concurrencia en el hecho del elemento en su sentido auténtico, *Ibid.*, pp. 360-361; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 189-190.

de la antijuridicidad material (un concepto más o menos cercano a la dañosidad social y no conciencia de la antijuridicidad formal), salvo en el ámbito del Derecho penal accesorio. Este autor cree que la valoración paralela debe concebirse en el ámbito de la teoría de la imputación y no de modo estático, como lo haría la mayoría de la doctrina, que no toma en consideración el proceso recíproco de comunicación entre el juez y el acusado. Esta dimensión dinámica obligaría a distinguir entonces entre lenguaje cotidiano y especializado¹⁵², para conectar mediante la imputación los mundos del sujeto y de las normas.

De la tesis de ARTHUR KAUFMANN puede deducirse que quien conoce los elementos típicos conoce con ello su dañosidad social (en palabras del autor, su “antijuridicidad material”), pero DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO indica con acierto que lo que se conoce son los presupuestos de la dañosidad social de la conducta, pero no la misma¹⁵³. El conocimiento de lo uno llevará a lo otro en la mayoría de los casos, pero no necesariamente. ARTHUR KAUFMANN sostiene que el conocimiento de la dañosidad social es diferente de la valoración como injusto, pero DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera que no se puede conocer la dañosidad misma sino sus presupuestos y conocer que otros la desvaloran como injusta (lo que en opinión del autor español no debería ser objeto del dolo). No obstante, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁵⁴ valora positivamente la tendencia de KAUFMANN a ampliar el

¹⁵² Para ARTHUR KAUFMANN, debe limitarse la aplicación del error de prohibición a los supuestos en que se trate de un puro error sobre la antijuridicidad, con lo que el error sobre un elemento normativo que no sea un puro error sobre la antijuridicidad será un error de tipo; y si hay dudas deberá tratarse como error de tipo por el principio *in dubio pro reo*. El conocimiento necesario para tal efecto sería el de la valoración paralela en la esfera del profano, de modo que no bastará el conocimiento de las circunstancias fácticas que fundamentan el elemento, sino que se requiere el conocimiento del significado social (del injusto, no de la antijuridicidad), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 288-292.

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 362-363.

¹⁵⁴ La extensión de un elemento típico no exigiría en opinión de SCHLÜCHTER ninguna valoración jurídica, ni siquiera una paralela, ni serviría para distinguir el error de tipo y el de prohibición hablar de un error sobre el hecho y otro sobre el concepto, pues con ello se estaría olvidando la relación entre el proceso de percepción y la representación conceptualmente elaborada el sujeto (por los antecedentes conceptuales, las personas pueden percibir las cosas de diferente manera). La autora alemana considera que lo importante para el dolo es que el sujeto haya aprehendido la determinada porción de estado de cosas estructurándola sobre el significado lesivo de su conducta, ello no sólo para los factores coincidentes con el bien jurídico, sino también para los que restringen su protección. Por ejemplo frente al elemento “ajenidad”, el sujeto debería atribuir la cosa a una esfera ajena de dominio. Si ya se da en el sujeto el conocimiento del componente del bien jurídico, sólo podrá

ámbito del error de tipo a costa del error de prohibición en casos dudosos, al igual que sus reflexiones en torno a la constatación judicial de los casos de error, que también se considera valiosas.

En tercer lugar, se ubican las ideas de SCHLÜCHTER. Esta autora sostiene que cada “circunstancia” que deba ser abarcada por el dolo debe traducirse al lenguaje cotidiano; pero en vista de que no es posible hacerlo intencionalmente (a manera de connotación), lo hace por la vía extensional (como denotación), con un criterio teleológico con referencia al tipo específico. El resultado de la extensión serán las circunstancias que deban ser abarcadas por el dolo del autor. La única particularidad de los elementos normativos sería que la extensión se determina por un proceso de doble remisión y que es difícil hacerlo con conceptos éticos¹⁵⁵.

Sobre los planteamientos de SCHLÜCHTER, considera DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que la reducción de las circunstancias objeto del dolo mediante el punto de vista del bien jurídico no es aceptable si se mantiene con coherencia¹⁵⁶. El bien jurídico es un concepto central para el tipo, pero éste selecciona las formas de ataque al bien jurídico o la entidad del mismo, de modo tal que no es admisible una reducción del objeto del dolo al conocimiento del carácter materialmente lesivo de la conducta. Se trataría de una reducción materialmente injustificada, en tanto no responde a la función del conocimiento doloso típico y la misma sería incompatible con los propios tipos en cuanto respeten principios

presentarse un error de prohibición, salvo cuando el sujeto asigna al estado de cosas un componente del bien jurídico que no corresponde. En tal evento, la representación del autor cae extensionalmente fuera del marco del tipo, lo que ocurre muy rara vez y sólo en los casos del denominado error doble, en el delito consumado. SCHLÜCHTER califica su propuesta como una “visión reducida del supuesto de hecho desde la perspectiva teleológica” (*teleologisch-reduzierte Sachverhaltssicht*). Para aplicarla, sería preciso extraer del significado social del elemento típico el componente relativo al bien jurídico y preguntarse si el autor lo ha comprendido hasta el punto de ser al menos co-consciente de la realización del mismo. Así, al dirigirse la atención a los elementos individuales y no a la existencia de la norma de complemento, la calificación de la remisión normativa no sería relevante para el dolo. Además de las ideas anteriores expuestas con mayor amplitud, los ejemplos de que SCHLÜCHTER para explicar su teoría pueden hallarse en, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 292-296. Sobre todo ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal, Op. Cit.*, pp. 293-294, 364-364.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 292-293.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 365-366.

como la concreción y respondan al carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal. Por otra parte, también pierde relevancia para este problema el pensamiento del bien jurídico, además de que se trasladan a la teoría del error los problemas generales del bien jurídico¹⁵⁷. Lo que ocurre es que los elementos del tipo son o bien fundamentadores o bien delimitadores de la protección del bien jurídico, luego este criterio no aporta nada nuevo para restringir el objeto del dolo, más allá de recordar la importancia del bien jurídico a la hora de interpretar el tipo y determinar su sentido material auténtico, algo que no puede olvidarse en el análisis.

En uno de los escasos trabajos publicados en España acerca del error sobre elementos normativos, SUAY HERNÁNDEZ sigue la tesis de SCHLÜCHTER, aunque con algunos matices¹⁵⁸. A juicio de la autora española, el objeto del dolo estaría referido a la extensión del término legal y el proceso de imputación tendría al juez como mediador entre los lenguajes común y técnico, siguiendo en este punto los planteamientos de ARTHUR KAUFMANN. Por otra parte, se sigue la tesis de SCHLÜCHTER a propósito de la reducción teleológica del ámbito fáctico a que hacen referencia los términos del tipo mediante el bien jurídico¹⁵⁹.

Sin embargo, SUAY introduce una salvedad a su aceptación de la tesis de la autora alemana para los eventos en que se presenta una diversificación de las intensiones técnica y común y que afecta al error de subsunción. Esta clase de error es comprendida por SUAY como una incongruencia entre el lenguaje vulgar y técnico, que acarrearía a su vez una incongruencia en la extensión. Para SUAY, por el mandato de determinación, este tipo de error tendría relevancia ya en el tipo siempre que exista esta diferencia en la extensión, con independencia de que el sujeto tenga o no conciencia de la antijuridicidad de su

¹⁵⁷ Problemas de la clase de si cabe afirmar la existencia de tipos que no protegen ningún bien jurídico, o la dificultad de delimitar el bien jurídico en ciertos casos. Esta y otras críticas pueden verse en, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 298-300.

¹⁵⁸ SUAY acepta otra excepción en algunos casos concretos de error de subsunción que por regla general a lo sumo serían errores de prohibición, *Ibid.*, pp. 296-297.

¹⁵⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 297-298.

conducta¹⁶⁰. Esto ocurriría por los fenómenos lingüísticos de la vaguedad y ambigüedad, pero también en eventos en que exista una interpretación jurídica muy extensa o reducida o cuando la interpretación judicial no es unánime en la comunidad jurídica. En síntesis, sería un caso en que la incongruencia entre la intensión técnica y la vulgar no es producto de una equivocada apreciación del sujeto¹⁶¹.

Más allá de las observaciones hechas a propósito de KAUFMANN y de SCHLÜCHTER, a quienes se adhiere SUAY, pudieran plantearse algunos comentarios sobre la tesis de esta autora¹⁶². DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera loable el afán de SUAY de no hacer recaer sobre el ciudadano los déficits de precisión de la ley y de los juristas, mediante una apreciación del error de subsunción como relevante en algunos eventos, tratándolo como error de tipo. Pese a ello, el autor piensa que SUAY mezcla varias cuestiones, como lo sería la equiparación de casos en que la interpretación dogmática necesariamente debe completar la construcción del tipo, con casos en que el resultado de la interpretación va más allá de lo que expresa la letra de la ley. Además, si el tipo está redactado en términos muy vagos y vulnera el mandato de concreción, creando con ello una situación de intolerable inseguridad jurídica, la solución no debería ser la propugnada por la autora, sino simplemente derogar

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 300.

¹⁶¹ Explica SUAY que la actividad interpretativa en la aplicación de los tipos fácilmente puede llevar a un resultado diferente a lo que en sentido estricto expresan las palabras de la ley, por lo que, con miras a proteger la seguridad jurídica y la legalidad, debería tratarse esta clase de errores con un mayor grado de flexibilidad que otros en los que la redacción legal del tipo no presenta dudas de importancia. En tales casos discutibles, debería entonces ponderarse el estándar jurídico o social y el que pueda eventualmente asumir el sujeto¹⁶¹. La autora española trae a colación un ejemplo para ilustrar este punto: la expresión “dañar” para la jurisprudencia alemana incluye conductas diferentes a aquellas que produzcan un perjuicio patrimonial al dueño, abarcando incluso la acción de enseñar expresiones soeces a un papagayo. SUAY estudia en segundo lugar lo que llama “términos legales vagos”, tales como “pudor y buenas costumbres”, o “pornográfico”, considerados elementos normativos de carácter valorativo. Al respecto sostiene esta autora que la extensión de estos términos podría ser determinada objetivamente, pero sólo en términos relativos, en vista de que podría hacerse de acuerdo con los usos mayoritarios, técnicos y vulgares, pero irremisiblemente quedaría una zona de penumbra en los límites de la extensión. Así, considera SUAY que habría que dar mayor relevancia al error de tipo, aunque el sujeto conozca el contenido del escrito pero yerre sobre su carácter pornográfico, por ejemplo. Si las expresiones aluden a relaciones comunicativas entre personas, el sujeto debe saber que el acto que realiza es, por ejemplo, de exhibición, pero también que en ese específico contexto es interpretado como un acto de comunicación de ciertas sensaciones, independientemente de lo que al respecto opine. Esta construcción se diferenciaría de la de los conceptos complejos, pues no bastaría el conocimiento de actos puramente naturalísticos sino también su significación comunicativa (que normalmente, pero no siempre, es transmitida objetivamente por el acto), *Ibid.*, pp. 298-302; 237-241.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 368-373.

por inconstitucional el precepto. Si existen varias interpretaciones posibles del precepto, ello tendría relevancia pero únicamente para valorar la vencibilidad del error. Todo ello no excluiría en todo caso la aplicación del principio *in dubio pro libertate*.

El último autor que se analiza en este grupo es FRISCH¹⁶³, quien se pronuncia a favor de un injusto subjetivo (una especie de “injusto de decisión”), lo que además le parece acertado porque considera que la afectación de bienes jurídicos es una cuestión de azar. En lo referente al error sobre elementos normativos, FRISCH estima que la idea del injusto de decisión contribuye a decidir si se trata de un error de tipo (sobre las circunstancias del hecho) o a lo sumo de un error de prohibición. Así, quien ha aprehendido el comportamiento prohibido en su dimensión de lo que para la ley es el fundamento de su prohibición, sin suponer la concurrencia de causas de justificación, actuaría dolosamente, en la medida en que se decide contra el bien jurídico. Por ello en la representación del sujeto deben concurrir todas las circunstancias que hacen que el comportamiento esté prohibido *in concreto*. Dado que las mismas pueden describirse de diversos modos, lo relevante es que el sujeto haya aprehendido el estado de cosas, sin importar el modo en que las conozca.

En cuanto a los planteamientos de FRISCH, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO cree que coinciden en gran medida con la tesis que él mismo sostiene¹⁶⁴. Le reconoce el mérito de conectar el problema del error al fundamento y esencia de las categorías sistemáticas y sus elementos, si bien no comparte la fundamentación del injusto subjetivo. Por otra parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO piensa que la idea de FRISCH de concretar la norma de manera específica para el sujeto aclara varias cosas. En primer lugar, aunque el autor alemán no se refiera

¹⁶³ FRISCH considera que frecuentemente se sobrevalora el significado y la capacidad de resolución de problemas de la teoría del error y las fórmulas generales, mientras que el problema material es en su opinión el de la concreción de la norma. Debe determinarse en primer lugar la norma individual correspondiente que contenga las circunstancias que deban ser comprendidas para una decisión contra el bien jurídico, con independencia de que se trate de un elemento normativo o de una ley penal en blanco. Se trataría entonces de descubrir cómo se expresan en las categorías del sujeto las circunstancias a las que se conecta la prohibición, que se suelen expresar en lenguaje técnico, *Ibid.*, pp. 306-309; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 315-317.

¹⁶⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal, Op. Cit.*, pp. 375-377. Así también, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, 314-315.

expresamente a este punto, recuerda que lo que el sujeto debe conocer no es el sentido abstracto de los elementos del tipo, sino su concurrencia en el hecho concreto. En segundo lugar, recuerda también que este problema es en gran medida un asunto de interpretación de los tipos de la parte especial, dado que debe averiguarse cuáles elementos fundamentan la prohibición y qué sentido tienen. Esta sería la idea de “apertura a la parte especial”, también presente en PUPPE y KUHLEN y que se considera de vital importancia.

Lo que sí se quisiera resaltar desde ahora, aunque se tendrá la oportunidad de entenderlo en la medida en que se progrese con la exposición, es que se está de acuerdo con los planteamientos de FRISCH en cuanto a que el principal problema es la concreción del sentido de la norma, o en otras palabras, descubrir si el sujeto ha aprehendido o no “las circunstancias de conexión determinantes”. Esto es lo mismo que el sentido auténtico del tipo, estrechamente ligado con el bien jurídico tutelado. Así las cosas, “una vez contestada esta pregunta material, la cualificación de la representación del sujeto como suficiente o como error excluyente del dolo es una trivialidad”¹⁶⁵. Lo anterior explica el hecho de que se dedique la mayor parte de nuestra atención en la segunda parte del trabajo al análisis del bien jurídico respectivo y del elemento problemático en relación con los demás elementos típicos que a reiterar la problemática del error. Sentadas las bases en la primera parte de este trabajo para proceder al análisis del tema del error una vez se haya establecido el sentido auténtico del elemento, en el análisis de cada uno de los tipos simplemente se aplicará de manera consecuente lo ya expuesto.

4.5 TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA DOCTRINA COLOMBIANA

En la revisión de la literatura científica colombiana no se halló ninguna monografía dedicada al tema específico de la investigación, por lo que se llevó a cabo un análisis del

¹⁶⁵ FRISCH, WOLFGANG, “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal alemán” en: BRUZZONE, GUSTAVO; PEÑARANDA, ENRIQUE, Justificación y exculpación, 1995, pp. 211-212, citado en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Op. Cit., p. 225. En un sentido similar, aunque tal vez menos extremo en la expresión, *Ibid.*, p. 316.

tratamiento de la materia en los diversos manuales y tratados de los siguientes autores: ROMERO SOTO, ESTRADA VÉLEZ, PÉREZ, REYES ECHANDÍA, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, GÓMEZ LÓPEZ, SALAZAR MARÍN y VELÁSQUEZ. A continuación se ofrece una exposición de los puntos de vista de dichos autores seguida de una visión resumida del panorama doctrinal colombiano a modo de conclusión.

ROMERO SOTO, en su obra “Derecho penal, parte general” publicada en el año 1969 sostiene un concepto de dolo malo¹⁶⁶ y se muestra crítico frente a la clasificación de error de hecho y de Derecho propia del Código Penal de 1936¹⁶⁷, aunque no acoge en su integridad la moderna distinción entre error de tipo y de prohibición. Considera al respecto que pese a que ambas clasificaciones no pueden identificarse, sí guardan estrecha relación en la medida en que se comprenda por “hechos” no sólo elementos descriptivos, sino también normativos y subjetivos, de modo tal que los avances doctrinarios puedan aplicarse a legislaciones que se ceñían a la clasificación tradicional, como era el caso del Código Penal de 1936¹⁶⁸. Cuando el error recae sobre un elemento en blanco de una norma penal, considera que concurre en tal caso un error de Derecho¹⁶⁹. ROMERO SOTO no se refiere expresamente a los casos de error sobre elementos normativos, pero a juzgar por las soluciones ofrecidas para los ejemplos propuestos, pareciera que los considera errores de tipo¹⁷⁰.

ESTRADA VÉLEZ, en su “Manual de Derecho penal”, al tratar el tema de los elementos normativos del tipo, critica algunas concepciones volitivas del dolo al indicar que aquellos son “elementos cognoscitivos del dolo, con los cuales nada tiene que ver la voluntad”¹⁷¹. Este autor defiende un concepto de dolo malo¹⁷², a la vez que se apoya en la distinción entre error de hecho y de Derecho –penal y extrapenal- para resolver los casos de error frente al

¹⁶⁶ ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, T. 2, Bogotá, Temis, 1969, pp. 92, 94.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 218-222.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 228-229.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 242.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 228-231.

¹⁷¹ ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Manual de Derecho Penal*, Medellín, Pequeño Foro, 1972, pp. 197-198.

¹⁷² *Ibid.*, p. 201.

Código Penal de 1936, defendiendo la importancia de la máxima *error iuris nocet*. Señala las críticas que se han formulado frente a la clasificación tradicional del error, empleando para ello ejemplos de elementos normativos del tipo, pero se limita a afirmar al respecto que “las dificultades que ha suscitado la común regulación en los códigos de la doctrina del error han hecho surgir nuevas tesis que seguramente habrán de imponerse”¹⁷³. En conclusión, menciona la clasificación de error de tipo y de prohibición como una que tiene ventajas frente a la tradicional, pero la considera inaplicable al Código Penal de 1936. No obstante, ESTRADA VÉLEZ no trata con detenimiento el tema del error sobre elementos normativos del tipo.

Además de lo expresado en la anterior obra, en su libro “Derecho penal, parte general” ESTRADA VÉLEZ sigue defendiendo un concepto de dolo malo, en esta ocasión frente al Código Penal de 1980¹⁷⁴. En cuanto al conocimiento de la antijuridicidad propio de este concepto de dolo, considera este autor que el mismo no puede “traducirse en un conocimiento técnico del tipo, sino en la genérica conciencia de la prohibición”¹⁷⁵. A ello agrega, siguiendo a REYES ECHANDÍA, que en el caso de los elementos normativos del tipo, el conocimiento no debe ser técnico o especializado, sino vulgar o profano¹⁷⁶. En esta obra, ESTRADA VÉLEZ rechaza definitivamente la clasificación entre error de hecho y de Derecho –penal y extrapenal-¹⁷⁷ y adopta la moderna distinción entre error de tipo y de prohibición, aunque a la manera de REYES ECHANDÍA, entiende este último como error sobre la antijuridicidad¹⁷⁸. En cuanto al error sobre elementos normativos del tipo, ESTRADA VÉLEZ le da el tratamiento del error de tipo, al igual que al error sobre el hecho o acto que concreta la tipicidad en los tipos penales en blanco¹⁷⁹. En este punto, se apoya en el criterio de la valoración paralela citando a WELZEL¹⁸⁰.

¹⁷³ *Ibid.*, pp. 242-245.

¹⁷⁴ ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho Penal Parte General*, Bogotá, Librería del Profesional, 1981, pp. 305, 312, 316.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 312.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 312-313.

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 352-353.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 353-354.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 356.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 356-357.

La postura de LUIS CARLOS PÉREZ fue consultada igualmente en relación con los códigos de 1936 y 1980. En la segunda edición de su “Tratado de Derecho penal” escrita en vigencia del Código Penal de 1936, el autor se apoya en la distinción entre error de hecho y de Derecho¹⁸¹, aunque no hace ninguna consideración expresa frente al problema del error sobre elementos normativos del tipo. Ahora bien, en la segunda edición de su libro “Derecho penal”, de 1987, tampoco se hace mención específica del problema del error sobre los elementos normativos del tipo. En cuanto al objeto del dolo, sí puede afirmarse que el autor defiende un concepto de dolo malo¹⁸².

El tercer autor consultado fue REYES ECHANDÍA, de quien se revisaron sus obras “Derecho penal, parte general” (7ª Ed.), de 1980 y “La culpabilidad” (2ª Ed.), publicada en 1982. En la primera de estas, REYES ECHANDÍA asume claramente la teoría del dolo¹⁸³. Este autor formula diversas críticas a la distinción entre error de hecho y de Derecho –penal y extrapenal-, pero tampoco emplea la clasificación moderna de error de tipo y de prohibición, pues considera que al Código Penal de 1980 le es aplicable una clasificación tripartita: error sobre el tipo, sobre la antijuridicidad y sobre la culpabilidad. Ahora bien, en lo que concierne al error sobre los elementos normativos del tipo, el mismo es tratado por este autor como una especie del error sobre el tipo¹⁸⁴.

En su libro “La culpabilidad”, REYES ECHANDÍA asume todavía un concepto de dolo malo¹⁸⁵, que en su opinión debe abarcar los elementos normativos del tipo¹⁸⁶. Ello por cuanto cree que sería esencial el conocimiento de la connotación jurídica y material del elemento típico: lo primero consistiría en el conocimiento de que vulnera el interés jurídicamente protegido y la connotación material significaría que el sujeto debe ser

¹⁸¹ PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho Penal, T. 1*, 2º Ed., Bogotá, Temis, 1975, pp. 842-844.

¹⁸² PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho Penal, T. 1*, 2º Ed., Bogotá, Temis, 1987, p. 472.

¹⁸³ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal Parte General*, 7º Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, pp. 305-306.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 338-343.

¹⁸⁵ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad*, 2º Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982, pp. 60, 62.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pp. 63-64.

consciente de que su conducta se dirige sobre la persona, cosa o situación señaladas en el respectivo tipo. Las consideraciones acerca de la clasificación del error hechas en la anterior obra son reiteradas en esta¹⁸⁷.

A juicio de REYES ECHANDÍA, el sujeto debe entonces conocer la significación de los elementos del tipo¹⁸⁸, para lo cual en el caso de los elementos normativos no bastaría una simple comprobación sensorial sino que se requeriría un juicio valorativo, de carácter ya sea jurídico o extrajurídico. Tal conocimiento no sería en opinión de este autor un conocimiento en sentido técnico o especializado, sino que bastaría el conocimiento vulgar o profano¹⁸⁹. Concretamente, piensa que el error sobre elementos normativos del tipo es una subespecie del error sobre el tipo¹⁹⁰. En cuanto a los elementos normativos “que apuntan a la antijuridicidad de la conducta”, este autor se limita a señalar la discusión sostenida al respecto entre WELZEL y MAURACH, sin tomar partido¹⁹¹.

El pensamiento de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA fue consultado a partir de su obra “Derecho penal fundamental”, de la cual ambos tomos fueron recientemente actualizado. En la segunda edición del segundo tomo, que data de 1998, el autor pone en duda la distinción entre elementos descriptivos y normativos¹⁹². En cuanto al objeto del dolo frente a los elementos normativos, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA defiende la teoría mayoritaria de la valoración paralela en la esfera del profano, aunque lo hace desde la teoría del dolo y curiosamente sostiene que la teoría de la valoración paralela es incompatible con la teoría de la culpabilidad. Al respecto opina que “no se ve por qué al dolo habría de pertenecer la valoración de una parte del hecho por la conciencia y no la valoración del hecho como totalidad”¹⁹³. En apoyo de la teoría del dolo que defiende, argumenta que “la visión del acto típico es incompleta si se la priva de su vida subjetiva e igualmente si se la capta sin su

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 197-202, 207.

¹⁸⁸ *Ibid.*, *Op. Cit.*, p. 65

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 65, 221.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 203, 208, 221.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 204-205.

¹⁹² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, T. 2, 2º Ed., Bogotá, Temis, 1998, pp. 175-176.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 177.

sentido de valor jurídico. El hecho típico es un acto objetivo-subjetivo que por su valor está prohibido y sin él carece de relevancia”¹⁹⁴. Siguiendo a MUÑOZ CONDE este autor colombiano sostiene que no hay base psicológica para diferenciar el conocimiento de los elementos normativos del tipo y la conciencia de la antijuridicidad¹⁹⁵.

En la tercera edición del primer tomo de esta obra, publicada en el año 2007, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, continúa defendiendo la teoría del dolo y se muestra muy crítico frente a la comprensión del dolo propia del finalismo, pues estima que la conciencia de la ilicitud es un componente esencial del dolo. Considera sobre este punto que el Código Penal del 2000 puede interpretarse tan válidamente desde la teoría del dolo como desde la teoría de la culpabilidad, por lo que cree que el debate en Colombia continúa abierto¹⁹⁶. Cabe advertir que el autor no se refiere expresamente a la problemática del error sobre elementos normativos en esta obra.

Ahora bien, en la actualización del segundo tomo de la obra de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA se trata específicamente el tema del error¹⁹⁷ con mucha amplitud y lo más llamativo es que se señala como repercusión de la relativización entre la tipicidad y la antijuridicidad, la difuminación de la diferencia entre el conocimiento de una y otra¹⁹⁸. Por otra parte, resulta interesante la definición que dicho autor da de la conciencia de la antijuridicidad del hecho, diferente a la aquí sostenida: “es un saber sobre su ilícita lesividad para bienes jurídicos y solo inferencialmente sobre la prohibición (penal) legal y la posible amenaza legal”¹⁹⁹. Seguidamente indica el autor²⁰⁰ que en la doctrina moderna se reconoce la inexistencia de una base psicológica para diferenciar el conocimiento de los elementos normativos del tipo y el de la antijuridicidad, postura que parte evidentemente de la teoría de la limitada del

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, T. 2, 2º Ed., Op. Cit., p. 178.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 290.

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, T. 1, 2º Ed., Bogotá, Temis, 1998, pp. 571-586.

¹⁹⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental 2*, 3ª Ed., Bogotá, Ibáñez, 2007, pp. 649-705.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 651.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 654, también en p. 697.

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 654-655.

dolo y de la comprensión del error de prohibición que se viene de exponer. Por último, es de anotar que en el planteamiento de este autor ocupa un lugar central la denominada culpa de Derecho, que es la manera en que explica el error de prohibición de la mano de una interpretación diferente de la usual que se hace de la normatividad nacional²⁰¹.

En resumen, a propósito del error sobre elementos normativos del tipo sostiene FERNÁNDEZ CARRASQUILLA lo siguiente: “Cuando se trata de un error vencible sobre elementos normativos de carácter jurídico (ajenidad de la cosa, validez del matrimonio, calidad del funcionario público o de pariente en cierto grado), si el tipo admite la imputación culposa, se presentará una verdadera ‘culpa de Derecho’”²⁰².

De la amplia bibliografía disponible de GÓMEZ LÓPEZ, se eligieron tres obras: “Culpabilidad e inculpabilidad”, publicada en 1996, su “Teoría del delito” de 2003 y el tercer tomo de su “Tratado de Derecho penal”, del año 2005. En la primera de estas obras referida al Código Penal de 1980, GÓMEZ LÓPEZ critica la distinción entre error de hecho y de derecho²⁰³. No obstante, considera también que la distinción error de tipo y de prohibición ha entrado en crisis especialmente por la presencia de elementos normativos del tipo. Pese a ello, acoge la distinción moderna debido a que el Código Penal de 1980 establecía a su criterio efectos similares para ambas clases de error²⁰⁴.

Ahora bien, en cuanto al componente cognoscitivo del dolo, considera GÓMEZ LÓPEZ que el mismo exige un conocimiento “no técnico”, “un conocimiento lego o del profano”²⁰⁵. El error de tipo se presentaría a su juicio cuando hay una falsa representación de elementos del tipo, aunque los mismos tengan carácter jurídico²⁰⁶. Siguiendo a REYES ECHANDÍA prefiere sin embargo otra clasificación del error: error sobre los elementos del tipo, sobre la

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 659-663.

²⁰² *Ibid.*, p. 698.

²⁰³ GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1996, pp. 648-653.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 655.

²⁰⁵ *Ibid.*, pp. 613, 635.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 654, 667, 699, 702, 704.

antijuridicidad y sobre la culpabilidad²⁰⁷. En el caso de elementos del tipo que sean propios de la antijuridicidad, como “injustificadamente”, o “ilícitamente”, estima GÓMEZ LÓPEZ que se trataría de un error de prohibición y no de tipo, aunque no profundiza en la materia, más allá de la afirmación de en tales eventos se trata de referencias expresas a la antijuridicidad en el tipo²⁰⁸.

En su libro “Teoría del delito”, publicado en vigencia del Código Penal de 2000, GÓMEZ LÓPEZ critica la teoría del dolo y sostiene un concepto de dolo avalorado, que considera es el acogido por este Código²⁰⁹. Igualmente, este autor reitera el criterio de la valoración paralela²¹⁰, que en su opinión se concretaría en el conocimiento de la función social que los hechos tienen. El autor considera que el error sobre los elementos normativos del tipo es un error de tipo²¹¹. Ahora bien, en esta obra GÓMEZ LÓPEZ varía su criterio en lo que se refiere a las expresiones normativas o referencias que se hacen en los tipos sobre la antijuridicidad: cree que son casos dudosos que deben tratarse como error de tipo y no de prohibición, por ser más benigno su tratamiento²¹².

En la tercera obra consultada, el tercer tomo de su “Tratado de Derecho penal”, GÓMEZ LÓPEZ continúa sosteniendo el criterio de la valoración paralela frente a los elementos normativos del tipo²¹³. Si bien menciona la distinción doctrinaria entre elementos normativos del tipo y elementos de la antijuridicidad incluidos en el tipo, considera que “todos los elementos contenidos en el tipo que se refieran a la acción punible y que requieran, para comprenderlos, de una interpretación de contenido dada ya en otra parte del orden jurídico, es elemento normativo del tipo, pues la prohibición penal implica en muchos casos expresas exigencias de antijuridicidad, de tal suerte que el tipo se crea en

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 655.

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 667-668.

²⁰⁹ GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Teoría del Delito*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2003, pp. 271-274.

²¹⁰ *Ibid.*, pp. 267, 276.

²¹¹ *Ibid.*, pp. 419-420, 431, 1030.

²¹² *Ibid.*, pp. 428, 431-432.

²¹³ GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de Derecho penal, T. 3*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2005, pp. 238, 383-384.

consideración (sic) ésta”²¹⁴. Todos estos elementos deberían entonces ser abarcados por el dolo en opinión de este autor y el error sobre los mismos sería un error de tipo, al igual que ocurriría frente a los elementos de complemento en el caso de las leyes penales en blanco²¹⁵. Esta postura parece fundamentarse en que sería más desfavorable tratar como error de prohibición el error que recae de los elementos de la antijuridicidad incluidos en el tipo²¹⁶. No obstante, suscita dudas la postura del autor, pues luego el mismo afirma, sin ulteriores explicaciones que, “en materia de error, si la falsa apreciación o erróneo conocimiento recae sobre un elemento normativo del tipo, se estará *por lo común* ante un error de tipo”²¹⁷ (resaltas fuera del texto).

SALAZAR MARÍN tiene una monografía dedicada al tema del error publicada en el año 2001. Sin embargo, en vista de que el tema que interesa al presente estudio es recogido textualmente en su posterior obra “Teoría del delito”, las referencias que siguen se refieren a éste libro, por ser más reciente. SALAZAR MARÍN sostiene lo que denomina un “monismo epistemológico”, pues considera que “el conocimiento del sujeto es simultáneo hacia lo fáctico y lo jurídico valorativo”. Ello por cuanto no considera acertada la distinción propia del finalismo entre el conocimiento propio del dolo y el potencial conocimiento de la antijuridicidad²¹⁸. Para SALAZAR MARÍN, la tesis del finalismo se basaría en “limitaciones conceptuales establecidas analíticamente” y no en un verdadero concepto ontológico de acción, toda vez que éste debería incluir los motivos del autor²¹⁹. Este autor critica además el que el conocimiento de la ilicitud sea para el finalismo un conocimiento potencial²²⁰.

Ahora bien, en lo relativo a los elementos normativos del tipo, SALAZAR MARÍN recalca la imposibilidad de trazar una frontera clara entre elementos normativos y descriptivos²²¹. Estima por otra parte artificiosa la distinción entre error de tipo y de prohibición, lo que a

²¹⁴ *Ibid.*, p. 237.

²¹⁵ *Ibid.*, pp. 237, 385.

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 237-238.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 238.

²¹⁸ SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del Delito*, Bogotá, Ibáñez, 2007, p. 168.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 169.

²²⁰ *Ibid.*, pp. 175-185.

²²¹ *Ibid.*, p. 642.

su juicio sería especialmente evidente en el caso del error sobre elementos normativos. Considera autoritaria la teoría de la culpabilidad²²² y defiende la teoría del dolo, si bien reconoce el obstáculo que para su aplicación supone la regulación positiva colombiana²²³. En cuanto al tratamiento del error sobre el elemento normativo, piensa que puede ser de tipo o de prohibición y que en casos difíciles debe hacerse la interpretación más favorable, calificándolo como error de tipo. Como ejemplos de casos dudosos menciona, sin ahondar en ellas, las tesis de WELZEL y MAURACH sobre “elementos normativos que apuntan hacia la antijuridicidad”²²⁴.

Sobre la postura de VELÁSQUEZ no hay mucho que decir más allá de que defiende el criterio mayoritario de la valoración²²⁵, aunque sin profundizar en la discusión sobre los elementos normativos del tipo. Ello en cuanto a lo expresado en su obra “Derecho penal, parte general”, pero tampoco en la 5ª edición de su más reciente “Manual de Derecho penal” se encuentra un tratamiento más profundo del problema, más allá de la adhesión al criterio mayoritario desde un concepto de dolo avalorado²²⁶ y de la afirmación de que existen casos límite entre el error de tipo y el de prohibición²²⁷.

A manera de síntesis, puede afirmarse que en general es constatable una tendencia mayoritaria en la línea de la defensa de una concepción del *dolus malus*²²⁸, excepción hecha

²²² *Ibid.*, pp. 653, 656-658.

²²³ *Ibid.*, pp. 660-661.

²²⁴ *Ibid.*, pp. 654-655.

²²⁵ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Comlibros, 2009, p. 623.

²²⁶ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho penal*, 5ª Ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013, pp. 389-391.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 389, 542.

²²⁸ ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General, T. 2, Op. Cit.*, pp. 92, 94; ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Manual de Derecho Penal, Op. Cit.*, p. 201; ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho Penal Parte General, Op. Cit.*, pp. 305, 312, 316; PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho Penal, T. 1, Op. Cit.*, p. 472; REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal Parte General, Op. Cit.*, pp. 305-306; REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad, Op. Cit.*, pp. 60, 62; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental, T. 2, 2º Ed., Op. Cit.*, pp. 178, 290; incluso frente al Código Penal del 2000 que considera puede interpretarse tan válidamente desde la teoría del dolo como desde la teoría de la culpabilidad, por lo que cree que el debate en Colombia continúa abierto, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental 1, 3º Ed., Op. Cit.*, pp. 571-586; SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del Delito, Op. Cit.*, pp. 168-169, 175-185, 653, 656-6661, aunque reconoce que la regulación del Código Penal del 2000 es un obstáculo para la teoría del dolo.

de GÓMEZ LÓPEZ²²⁹ y VELÁSQUEZ²³⁰. Ello es comprensible en la mayoría de los autores debido a que sus obras están referidas a los Códigos Penales de 1936 y 1980. Por otra parte, se aprecia el recurso a la distinción entre error de hecho y error de Derecho –penal y extrapenal-, especialmente en el caso de libros escritos en vigencia del Código Penal de 1936²³¹. Sin embargo, resaltan voces críticas frente a esta clasificación del error²³² y propuestas novedosas como la de REYES ECHANDÍA, quien defiende una distinción tripartita del error²³³. Resulta también especialmente llamativa la referencia de ROMERO SOTO a la moderna clasificación de error de tipo y error de prohibición ya en el año 1969. Si bien este autor no la acoge en su integridad, su novedosa interpretación del Código Penal de 1936 le permitía aplicar los avances doctrinarios a una legislación ceñida a la clasificación tradicional²³⁴.

Más concretamente sobre el tema de los elementos normativos del tipo, de entrada llama la atención la relativización de la distinción entre elementos descriptivos y normativos realizada por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y SALAZAR MARÍN²³⁵. Más allá, sólo en contadas obras se halló una referencia expresa al problema y –salvo la postura de SALAZAR MARÍN, que no es tan clara sobre el particular- siempre desde una asunción de la tesis mayoritaria de la valoración paralela²³⁶. Ello es en parte comprensible debido a la defensa de una

²²⁹ Frente al Código Penal del 2000, GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Teoría del Delito*, *Op. Cit.*, pp. 271-274.

²³⁰ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 389-391.

²³¹ ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Manual de Derecho Penal*, *Op. Cit.*, p. 201; PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, T. 1, *Op. Cit.*, pp. 842-844.

²³² ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, T. 2, *Op. Cit.*, pp. 218-222; aunque defendiendo la importancia de la máxima *error iuris nocet*, ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Manual de Derecho Penal*, *Op. Cit.*, pp. 242-245; ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho Penal Parte General*, *Op. Cit.*, pp. 352-353; GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Culpabilidad e inculpabilidad*, *Op. Cit.*, pp. 648-655, no obstante, considera también que la distinción error de tipo y de prohibición ha entrado en crisis especialmente por la presencia de elementos normativos del tipo. Pese a ello, acoge la distinción moderna debido a que el Código Penal de 1980 establecía a su criterio efectos similares para ambas clases de error.

²³³ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal Parte General*, *Op. Cit.*, pp. 338-343; REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad*, *Op. Cit.*, pp. 197-202, 207; se adhieren a esta postura, ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho Penal Parte General*, *Op. Cit.*, pp. 353-354; y GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Culpabilidad e inculpabilidad*, *Op. Cit.*, p. 655.

²³⁴ ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, T. 2, *Op. Cit.*, pp. 228-229.

²³⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, T. 2, 2º Ed., *Op. Cit.*, pp. 175-176; SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del Delito*, *Op. Cit.*, p. 642.

²³⁶ ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho Penal Parte General*, *Op. Cit.*, pp. 312-313, 356-357; REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad*, *Op. Cit.*, pp. 63-65, 221; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho*

concepción valorada del dolo por parte de muchos autores, que haría perder relevancia al problema. En todo caso, puede afirmarse que mayoritariamente se considera que el error sobre los elementos normativos del tipo es un error de tipo (o al menos no un error de Derecho penal irrelevante para el dolo)²³⁷. Un caso particular es el de SALAZAR MARÍN, quien al referirse al tratamiento del error sobre el elemento normativo, sostiene que puede ser de tipo o de prohibición, pero que en casos difíciles debe hacerse la interpretación más favorable, calificándolo como error de tipo.

Si bien varios autores plantean la existencia de casos dudosos, como lo serían los “elementos normativos que apuntan hacia la antijuridicidad”²³⁸, no se suele ahondar en ellos. Sobre esta clase de elementos, sí puede apreciarse una variación en la postura de GÓMEZ LÓPEZ²³⁹, aunque resulta poco claro si se refiere a elementos de valoración global del hecho o a referencias expresas a la ausencia de causas de justificación. En su última obra, el autor parece decantarse por la calificación como error de tipo, con justificación en la mayor favorabilidad para el acusado.

En lo referente al error sobre las normas penales en blanco, se trata quizá de un problema aún menos tratado en la doctrina nacional. En tal caso, considera ROMERO SOTO que

penal fundamental, T. 2, 2º Ed., *Op. Cit.*, p. 177, quien curiosamente sostiene que la teoría de la valoración paralela es incompatible con la teoría de la culpabilidad. Al respecto opina que “no se ve por qué al dolo habría de pertenecer la valoración de una parte del hecho por la conciencia y no la valoración del hecho como totalidad”. GÓMEZ LÓPEZ, *Culpabilidad e inculpabilidad*, *Op. Cit.*, pp. 613, 635; GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, *Op. Cit.*, pp. 267, 276; GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 238, 383-384; VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general*, *Op. Cit.*, p. 623; VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 389-391.

²³⁷ No se refiere expresamente a los casos de error sobre elementos normativos, pero a juzgar por las soluciones ofrecidas a los ejemplos propuestos, pareciera que los considera errores de tipo, ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, T. 2, *Op. Cit.*, pp. 228-231; ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho Penal Parte General*, *Op. Cit.*, p. 356; REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal Parte General*, *Op. Cit.*, pp. 338-343; REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad*, *Op. Cit.*, pp. 63-65, 203, 208, 221; GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Culpabilidad e inculpabilidad*, *Op. Cit.*, pp. 654, 667, 699, 702, 704; GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Teoría del Delito*, *Op. Cit.*, pp. 419-420, 431, 1030.

²³⁸ SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del Delito*, *Op. Cit.*, pp. 654-655; VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 389, 542; REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad*, *Op. Cit.*, pp. 204-205.

²³⁹ GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Culpabilidad e inculpabilidad*, *Op. Cit.*, pp. 667-668; GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Teoría del Delito*, *Op. Cit.*, pp. 428, 431-432; GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de Derecho penal*, T. 3, *Op. Cit.*, p. 237-238, 385.

concorre un error de Derecho²⁴⁰, pero ESTRADA VÉLEZ y GÓMEZ LÓPEZ (en su más reciente obra) creen por el contrario que sería un error de tipo²⁴¹.

4.6 LA TESIS DE MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. POSTURA QUE SE ASUME

Como puede ya inferirse de la anterior exposición, el criterio del autor español²⁴², con quien se está de acuerdo, básicamente consiste en que tanto en los elementos normativos como en los descriptivos (aunque en estos últimos no se suelen plantear tantos problemas), el sujeto debe conocer el sentido material auténtico del tipo (su significado material, o lo que motiva que el elemento concreto se recoja en el tipo), de tal manera que pueda cumplirse la función de llamada de atención de la norma²⁴³. El sujeto no deberá saber en abstracto cuáles son las características que conforman el elemento típico (reflexionar sobre los términos legales), ni conocer el proceso por el cual concurre el elemento en el caso concreto, ni las reglas constitutivas en virtud de las cuales adquiere su sentido. Aunque no deba conocer estos aspectos, del desconocimiento de los mismos puede derivarse un error de tipo, siempre que tal desconocimiento impida que el sujeto conozca la concurrencia en su conducta del elemento normativo en todo su sentido auténtico. Finalmente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO indica que el sujeto no tiene que conocer que dichos datos que conoce son precisamente los que coinciden con el sentido o significado material auténtico del elemento. Bastaría por ejemplo para afirmar el dolo de hurto con que el sujeto sepa que la cosa no le pertenece, aunque no piense que le pertenece a otro o no reflexione sobre el término “cosa ajena”²⁴⁴.

Así, desde una concepción del dolo como objetivamente malo, aquello que el sujeto debe conocer son los elementos que la ley considera suficientes para que el hombre medio ideal

²⁴⁰ ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, T. 2, *Op. Cit.*, p. 242.

²⁴¹ ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho Penal Parte General*, *Op. Cit.*, p. 356; GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de Derecho penal*, T. 3, *Op. Cit.*, pp. 237, 385.

²⁴² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 378-380.

²⁴³ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 152; 317-318.

²⁴⁴ *Ibid.*, pp. 318-319.

pueda ser consciente de estar llevando a cabo una conducta ilícita²⁴⁵. El conocimiento de los elementos del tipo y en especial de los elementos normativos, debería normalmente²⁴⁶ permitir al hombre medio ideal tener conciencia de la lesividad o contrariedad social de su comportamiento, entendido como carga de antijuridicidad material, lo que a su vez debería impulsar al individuo, si no a captar, por lo menos a reflexionar o informarse sobre la antijuridicidad formal de la conducta (en un sentido de antijuridicidad específicamente penal, como se ha justificado para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad). En el evento en que el sujeto no se percate de esto último aunque tenga conocimiento de lo primero, ello será porque lo impidieron circunstancias personales del sujeto (error de prohibición “no razonable”).

Esta exigencia de conocimiento no afectaría sólo a los elementos normativos, sino también a los descriptivos, donde más allá de la mera percepción sensorial debería darse una comprensión del sentido del elemento²⁴⁷. Así, en el fondo no se trata más que de la función de llamada de atención o de inhibición del tipo o del dolo típico: cuando el sujeto no adquiere ese conocimiento, desaparece para el hombre medio ideal la conexión entre conocimiento de la situación y conocimiento de la desvaloración jurídica, en tanto la representación errónea del sujeto no es desvalorada por el Derecho. No obstante, siguen vigentes en tal supuesto las llamadas de atención derivadas del deber general de cuidado²⁴⁸, las cuales se verían defraudadas cuando el error es vencible²⁴⁹.

Es este punto el más criticado por quienes defienden la teoría del dolo, quienes se apresuran a señalar que tal llamada de atención no ocurre con carácter general en muchos casos, como

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 314-315; 317-318.

²⁴⁶ Existen casos en que ello no es así, como se explicará a continuación. Sobre este tema, ROXIN, CLAUDIUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 187-189.

²⁴⁷ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 317-318.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 154.

²⁴⁹ “El objeto del elemento cognoscitivo del dolo lo constituye por tanto la concurrencia en el caso concreto de los datos seleccionados por el legislador para advertir a quienes actúan de que aquello que realizan es algo desvalorado por el Derecho”, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 317-318.

en el Derecho penal accesorio²⁵⁰. En opinión de un sector doctrinal, en este ámbito del Derecho se castigan usualmente conductas no reconocibles como desvaloradas y prohibidas por la generalidad de la población²⁵¹, de tal manera que sería necesario además el conocimiento de la prohibición, por lo que el dolo requeriría conocimiento actual de la antijuridicidad²⁵². Al respecto, señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO²⁵³, que tales afirmaciones no dejan de ser exageradas frente a muchos tipos del Derecho penal accesorio, como ocurre con el medio ambiente, donde la incorporación al Código Penal está precedida de una concientización social previa. Este autor incluso reconoce que ello puede también ocurrir en el en el Derecho penal nuclear tradicional, sin que por ello deba asumirse la teoría del dolo. Simplemente ocurre que en tales casos, el conocimiento doloso no estaría cumpliendo su función.

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 318-319; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, p. 152. También hay un sector minoritario conformado por quienes sostienen la teoría de la culpabilidad frente al Derecho penal nuclear pero la teoría del dolo frente al Derecho penal accesorio desde los mismos argumentos *Ibid.*, p. 211.

²⁵¹ Como ya se explicó en precedencia, estas regulaciones responderían a criterios esencialmente neutros, donde el objeto de protección podría identificarse con la misma norma y no con su contenido. Si bien podría afirmarse que tendrían una base material constituida por valores de la sociedad que se buscan proteger, su contenido concreto se determinaría según contingentes criterios de eficacia y oportunidad. Por ello, en el fondo la penalización no se deriva de que el hecho sea merecedor de pena a los ojos de un gran sector de la sociedad, sino por el simple hecho de que tales conductas fueron tipificadas por el legislador. Así, el carácter injusto del hecho tendría fundamentalmente una base legal (*Kraft des Gesetzes*), como lo explica *Ibid.*, pp. 218-219.

²⁵² Señala FAKHOURI, que en el caso de muchas de estas normas surgidas en nuevos ámbitos de regulación, el conocimiento de los elementos típicos no supondría ya un indicio de la antijuridicidad de la conducta, por lo que no podría hablarse de la función de llamada del dolo (lo que justificaba la mayor pena del hecho doloso en la teoría de la culpabilidad). Pese a ello, FAKHOURI resalta la inmensa dificultad de delimitar los dos ámbitos del Derecho penal, lo que daría al traste con la postura que propugna un diferente objeto del dolo en uno y otro caso. De todos modos, dado que la ley colombiana no contempla expresamente un tratamiento diferente del error según el sector del ordenamiento penal en que se ubique el tipo, cabría oponerse *de lege lata* a esta teoría. Ampliamente sobre todo ello, incluyendo los defectos que hacen impracticables los diversos criterios formales y materiales de delimitación que se han planteado, *Ibid.*, pp. 216-217, 219-225. Por las razones esbozadas, no se profundizará en estas teorías y otras similares, entre las que se cuentan la de FIGUEREIDO DIAS, quien atiende a si la conducta tipificada es o no axiológicamente neutra; la de BAJO FERNÁNDEZ, autor que defiende una regla interpretativa según la cual cuando no se conoce la norma jurídica y el conocimiento de la antijuridicidad no se deriva de reglas ético-sociales (es decir, cuando la conciencia de la antijuridicidad depende del conocimiento de la norma), el error de prohibición debe considerarse siempre invencible; y la de NIETO MARTÍN, quien se centra en las condiciones del autor y sus características profesionales, para no beneficiar a profesionales despreocupados, como ocurriría en su opinión si se sigue el criterio de BAJO FERNÁNDEZ. Una exposición cuidadosa y crítica de estas posturas y de la de ROXIN, que no se considera deba incluirse en este grupo por no estar referida especialmente al Derecho penal accesorio o a los delitos *mala quia prohibita*, puede hallarse en, *Ibid.*, pp. 226-240.

²⁵³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal, Op. Cit.*, p. 318. De la misma opinión, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 139-140.

A los defensores de la teoría del dolo podría entonces replicarse que en efecto es cierto que el legislador puede desatender una de las funciones del tipo y del dolo. Si se analiza con detenimiento la cuestión podrá observarse que el problema puede presentarse, bien porque la conducta descrita por el tipo no contiene suficiente antijuridicidad material para justificar su tipificación; o bien porque pese a ser materialmente antijurídica, no se la ha descrito acertadamente en el tipo (tanto por exigirse mucho o muy poco). Ambas situaciones conducirían, en opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO²⁵⁴ a que tal descripción típica no dé pie a la generalidad para conocer la antijuridicidad de la conducta. Como ya se afirmó, la solución no es acoger la teoría del dolo, sino, respectivamente, la despenalización de la conducta, o el empleo de criterios de interpretación (si el tenor literal lo permite) o la reformulación legislativa del tipo.

En cuanto al “error de subsunción”, esta expresión puede resultar equívoca y por ello DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO prefiere hablar de “error sobre la definición del concepto”²⁵⁵. Al respecto, este autor plantea que dicho supuesto se presenta cuando el sujeto conoció la concurrencia en su conducta del elemento típico en todo su sentido, pero pese a ello considera que su conducta no está abarcada por el tipo penal pues se encuentra en un error sobre el concepto empleado en el mismo (en abstracto). Para que se presente esta clase de error no es necesario que el sujeto lleve a cabo un proceso reflexivo de subsunción en el tipo o siquiera tenga conocimiento del tipo. Si bien el error de subsunción será normalmente irrelevante, su existencia puede conducir a que el sujeto no reconozca que su conducta es prohibida, con lo que puede dar pie a un error de prohibición²⁵⁶.

²⁵⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 318-319.

²⁵⁵ *Ibid.*, pp. 380-387.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 381-382; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 319-320. A favor de una solución similar en este punto se pronuncia *Ibid.*, pp. 346-347.

Se presentan, según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO²⁵⁷, dificultades de constatación del ámbito de conocimiento y el error al menos en tres sentidos. En primer lugar, está la cuestión de qué elementos del precepto legal son elementos del tipo y por tanto objeto del dolo, pues hay otros que por ejemplo pueden ser condiciones objetivas de punibilidad o referencias expresas a ausencia de causas de antijuridicidad, etc. En segundo lugar, aparece el problema de la fijación del sentido auténtico de los elementos del tipo, para lo que deberá aplicarse el principio *in dubio pro libertate*; siendo este, junto con la primera cuestión, un asunto principalmente de interpretación, donde juega un papel fundamental el criterio teleológico. Estas dos primeras reflexiones son las que animan el estudio de los tipos de la parte especial del Código Penal colombiano que se pretende realizar en el marco de esta investigación, en vista de que las mismas ponen de manifiesto la necesidad de una “apertura a la Parte Especial”²⁵⁸.

La tercera dificultad a que se refiere DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO²⁵⁹ está relacionada con la constatación procesal de lo conocido por el sujeto, para lo cual el autor propone una mediación entre el lenguaje técnico y el común del sujeto, que suelen tener diferencias considerables en los elementos normativos. Para esto, se considera fructífero por ejemplo el método propuesto por PUPPE (similar a la propuesta de ARTHUR KAUFMANN) de que el juez ofrezca al sujeto oraciones L-equivalentes o L-implicadas hasta que se llegue a un común entendimiento. También considera el autor adecuado plantearse si el sujeto, conociendo la prohibición general de la conducta (saber que está prohibido hurtar en abstracto) y además el sentido o significado material auténtico de un elemento típico en abstracto (sabiendo qué es “ajenidad”), tuvo o no entonces los conocimientos suficientes para reconocer la prohibición en concreto de la conducta por él desplegada y en consecuencia debió inhibirse de ella (como lo habría hecho el hombre medio ideal). Si la respuesta a tal interrogante es afirmativa, puede concluirse que no se presentó un caso de error de tipo y, en el evento de

²⁵⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Op. Cit., pp. 387-390; con ejemplos, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Op. Cit., pp. 320-322.

²⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Op. Cit., p. 417.

²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 387-390.

probarse que hubo un error sobre algún elemento normativo seguramente se trató de un error de subsunción (o hubo un error directamente sobre la prohibición). En el fondo, como lo reconoce DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, se trata básicamente del método propuesto por KINDHÄUSER.

La postura de ROXIN se acerca mucho a la de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, pues aunque este autor haga alusión a la fórmula de la “valoración paralela en la esfera del profano”, aclara su sentido de tal manera que sus planteamientos son muy similares²⁶⁰. En España se suma expresamente LUZÓN PEÑA a la postura de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que considera es la que “distingue de modo más exacto y adecuado a los efectos producidos y por ello con tratamiento más justo los posibles efectos de un error sobre el significado jurídico o normativo de un elemento normativo”²⁶¹.

Manifetamos nuestro acuerdo con la postura de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, pues se considera que constituye el intento más serio y cuidadoso de solucionar el problema bajo estudio con estricta sujeción al Derecho vigente. Introducimos no obstante una salvedad en lo que a la comprensión del error de prohibición (como error *penal*) se refiere, como ya se tuvo la oportunidad de explicar.

I. SEGUNDA PARTE: TIPOS PENALES CONCRETOS ESTUDIADOS EN EL MARCO DE LA INVESTIGACIÓN

1. ANOTACIONES PRELIMINARES

Ya se ha indicado que los elementos de valoración global del hecho y las leyes penales en blanco son clases de elementos normativos del tipo, mientras que los elementos teóricos o

²⁶⁰ ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general, T. 1*, Madrid, Civitas, 2007, pp. 460-471.

²⁶¹ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 266.

cognoscitivos o de aspecto técnico especializado no son estrictamente elementos normativos, pero sí pueden considerarse afines a estos. Así, la clasificación que a continuación se propone exigiría delimitar una categoría residual de elementos normativos del tipo, que se denominarán “elementos normativos del tipo en sentido estricto” y a este fin se dirigen las siguientes consideraciones previas. Recuérdese que desde la postura asumida no se reconocen a efectos de dolo y error diferencias sustanciales con alcance general entre estos grupos de elementos, por lo que estos comentarios sólo tienen una finalidad clasificatoria y secundaria.

Para los efectos que se señalaron, se considerará que los elementos normativos del tipo que no son ni elementos de valoración global del hecho ni leyes penales en blanco se caracterizan porque “dan sólo una pauta de interpretación del tipo y aunque en ocasiones determinarán el surgimiento o no de éste (como es el caso de la ajenidad en el hurto), no determinan nunca, al menos en virtud de ese término, el injusto de la conducta”²⁶². Además, como se anunció al inicio del trabajo, es claro que frente a estos elementos normativos podrán existir otras causales de justificación, pues a diferencia de los elementos de valoración global del hecho, no llevan por sí mismos aparejado un juicio de antijuridicidad por referencia a todo el ordenamiento. Por oposición a lo anterior, los elementos de valoración global del hecho serían aquellos elementos normativos que “determinan, no sólo la tipicidad, sino el injusto mismo, por lo cual, en su presencia, siempre se constituirá el injusto”²⁶³.

Ahora bien, las leyes penales en blanco se caracterizarían frente a los dos grupos de elementos normativos antes mencionados por la necesidad político-criminal que según la doctrina subyace a dicha técnica legislativa²⁶⁴. En este orden de ideas, se delimitarán por su finalidad de “hacer frente a sectores sociales cambiantes y tecnificados”. Este rasgo no se

²⁶² TAMAYO ARBOLEDA, FERNANDO LEÓN, “El principio de tipicidad como límite al poder punitivo del Estado”, en: *Nuevo Foro Penal*, N° 80, Medellín, Universidad EAFIT, 2013, pp. 34-81, p. 62.

²⁶³ *Ibid.*, pp. 34-81, p. 62.

²⁶⁴ Se prefiere este criterio al de la existencia de una remisión normativa, pues se considera que también existen leyes penales en blanco que incluyen una remisión normativa implícita con lo que se dificultaría su diferenciación respecto de los demás elementos normativos del tipo, *Ibid.*, p. 62.

presentaría en los elementos normativos “en sentido estricto” (como categoría residual) ni en los elementos de valoración global del hecho, donde sólo se trataría de “una técnica legislativa integradora del ordenamiento jurídico”²⁶⁵.

2. ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO EN EL DELITO DE ABUSO DE | CONFIANZA

Como ejemplo de un tipo penal del Código Penal colombiano que contiene un elemento normativo en el sentido más tradicional, se eligió el delito de abuso de confianza, tipificado en el artículo 249 del Código Penal y cuyo tenor es el siguiente:

ARTICULO 249. ABUSO DE CONFIANZA. <Penas aumentadas por el artículo [14](#) de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un **título no traslativo de dominio**, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.

Se trata sin lugar a dudas de un tipo penal de sobra conocido, por lo que no interesa a este respecto hacer un análisis pormenorizado de los elementos típicos, como sí será necesario por ejemplo en el próximo tipo penal que se estudiará. Es de anotar además que no nos ocuparemos de la segunda de las modalidades típicas recogidas en la norma citada, esto es, el abuso de confianza por uso indebido, para centrar nuestra atención en la primera

²⁶⁵ *Ibid.*, pp. 63-64.

modalidad y en el tema del error sobre el elemento normativo. Así las cosas, la tarea que nos atañe en este caso consiste básicamente en establecer el sentido de la expresión “título no traslativo (o traslaticio) de dominio”, elemento normativo “tradicional” frente al cual pueden plantearse los interrogantes expuestos en precedencia. No obstante, es necesario también efectuar previamente unas breves anotaciones sobre el bien jurídico patrimonio individual.

Como lo señala SUÁREZ SÁNCHEZ²⁶⁶, existen cuatro clases principales de teorías confeccionadas para explicar el bien jurídico patrimonio: económicas, jurídicas, económico - jurídicas y personales. No nos interesa en este espacio llevar a cabo un recuento pormenorizado de las mismas, limitándonos entonces a exponer la postura ecléctica que se considera acertada, para continuar con el análisis del tipo en conexión con el ya definido bien jurídico.

Se parte a este respecto de un concepto de patrimonio propio del derecho penal y ajeno a las discusiones iusprivatistas que no han arribado a un consenso²⁶⁷. Se considera en segundo lugar que la visión exclusivamente jurídica no es suficiente, toda vez que se limita a los derechos subjetivos patrimoniales de una persona y no brinda protección de intereses económicos necesitados de tutela, aunque no exista un derecho subjetivo propiamente dicho²⁶⁸. Además, se juzga que el concepto de patrimonio en tanto bien jurídico protegido por el Código Penal colombiano no abarca relaciones posesorias sin contenido económico, aunque las mismas le reporten a su titular un valor sentimental o afectivo²⁶⁹. Debe tratarse entonces de bienes que tengan un valor susceptible de ser expresado en dinero²⁷⁰. Ahora bien, hace falta un referente valorativo para limitar la protección penal. Es por ello que se

²⁶⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, 2ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 55-61; PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2002, pp. 13-16.

²⁶⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, *Op. Cit.*, p. 61-62; PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, *Op. Cit.*, pp. 11-13,15.

²⁶⁸ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, *Op. Cit.*, pp. 62, 64.

²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 61, 75-79.

²⁷⁰ PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, *Op. Cit.*, p. 16; GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad*, Bogotá, Litografía Colombia, 1944, p. 119.

considera que no se brinda protección penal a situaciones que desde el punto de vista civil deberían ser consideradas como ilegales²⁷¹.

Habiendo sentado unas esquemáticas premisas clave para la comprensión del bien jurídico, a continuación nos ocuparemos del análisis de los elementos que lo componen, entendido el patrimonio como “conjunto de relaciones posesorias económicas legítimas”²⁷². ¿Qué elementos componen dicha relación posesoria y cuáles características debe revestir? De estas cuestiones nos ocuparemos brevemente a continuación.

En primer lugar debe anotarse que las cosas desprovistas de toda relación posesoria escapan al ámbito de tutela penal. Tal es el caso de la *res nullius* y *res derelictae*, en vista de que en el caso de la primera no existe relación posesoria alguna y en el segundo evento el titular de dicha relación renunció a la misma al dejarla abandonada, siendo entonces el bien susceptible de ser adquirido por ocupación²⁷³.

En segundo lugar, ha de aclararse que la relación posesoria debe ser no sólo material sino voluntaria²⁷⁴. Con ello se quiere significar que debe existir un contacto físico (o proximidad espacial) entre el bien (que debe ser perceptible por los sentidos²⁷⁵) y su titular (o titulares) o la persona autorizada para ejercer tal contacto; y que además dicho sujeto debe querer de manera voluntaria (con iniciativa personal) dicha posesión. Se requiere entonces que el hombre ejerza una dominación de hecho, lo que no es otra cosa que potestad efectiva de disposición. No es necesario en todo caso que los bienes se encuentren siempre presentes ni que de manera continua se ejerzan sobre los mismos actos materiales de contacto (lo que sería imposible). Basta con que el titular tenga poder económico sobre los mismos, con lo que la relación de propiedad se extiende aún sobre bienes aún no existentes (expectativas de ganancias, derechos de crédito objetivados en títulos valores), siempre que nazcan, como ya

²⁷¹ PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., p. 16; SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., p. 63

²⁷² *Ibid.*, p. 65.

²⁷³ *Ibid.*, p. 64.

²⁷⁴ *Ibid.*, pp. 65-67.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 68.

se anotó, de un negocio lícito. Esto último puede comprenderse mejor a la luz de los artículos 762 y 775 del Código Civil, que permiten diferenciar relaciones de simple conservación, uso o goce, por una parte y de disposición, por otra²⁷⁶.

La primera de estas disposiciones define la propiedad (“posesión”) como la “tenencia” de una cosa determinada con el ánimo de señor y dueño, mientras que la segunda norma se ocupa de la mera tenencia y además nos ofrece importantes elementos para el análisis del tipo bajo estudio. Así, el artículo 775 del Código Civil señala que la mera tenencia es aquella que se ejerce no como dueño sino en lugar o a nombre de éste; y ejemplos de relaciones de esta mera tenencia (título precario, desmembración del derecho de propiedad²⁷⁷) son las ejercidas por el acreedor prendario (prenda con tenencia), el usufructuario, el usuario y el que tiene derecho de habitación. En un sentido penal la posesión tiene dos notas características: ejercicio de la custodia y capacidad de disposición del bien como manifestación de un poder material sobre un bien mueble²⁷⁸. Conectando lo dicho hasta ahora con el tipo penal de abuso de confianza, puede afirmarse que en éste el sujeto activo tiene la tenencia (o la “posesión” a nombre de otro). Sólo el mero tenedor puede ser autor de dicha conducta punible, pues de lo contrario se estaría ante un hurto agravado por la confianza; y sólo el propietario es el sujeto pasivo del delito, no un mero tenedor²⁷⁹.

Como ya se sabe, la conducta típica en cuestión no se incluye dentro de aquellas denominadas “de apoderamiento mediante una acción visible en el mundo exterior de injerencia en el patrimonio ajeno”, sino que se trata más bien de una acción de

²⁷⁶ PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., pp. 2-3.

²⁷⁷ GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad*, Op. Cit., pp. 112, 119; MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad*, 2ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1972, p. 218.

²⁷⁸ PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., p. 295.

²⁷⁹ Se dice que en el hurto agravado por la confianza hay una tenencia fiduciaria (simple contacto material o locativo, sin que se entregue protección o cuidado del bien), mientras que en el abuso de confianza se presenta una tenencia material, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., pp. 367, 370.

apoderamiento de tipo ideal, caracterizada por el fraude o engaño²⁸⁰. Puede afirmarse entonces que en el delito bajo estudio se presenta un caso de apropiación y no de apoderamiento, toda vez que el sujeto activo tiene desde un comienzo la cosa en su poder, pero la tenencia de la misma le ha sido otorgada voluntariamente o por necesidad por su titular²⁸¹. Se trata en todo caso de un delito con una evidente connotación patrimonial individual.

La conducta en cuestión se consume cuando el sujeto se apropia en perjuicio de otro u otros de cualquier bien mueble (sólo interesa el criterio de transportabilidad²⁸²) que se haya recibido bajo un título no traslativo de dominio²⁸³. El tipo penal español equivalente²⁸⁴, contenido en el artículo 252 de dicho C.P. nos ofrece algunas pistas sobre el sentido de la expresión normativa “título no traslativo de dominio”. Recibir un bien en depósito, comisión o administración son ejemplos ofrecidos por dicha norma, a lo que se suma la expresión “o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos”, que se considera sinónima del elemento normativo contenido en el tipo colombiano²⁸⁵. Como puede observarse, la dilucidación del sentido de esta expresión no presenta grandes problemas y simplemente debe apuntarse que se hace alusión a un título por el cual se otorga la tenencia de un bien mueble, con lo que no se confiere ningún derecho de propiedad sobre el mismo. Ejemplos de esta situación²⁸⁶ son los contratos de comodato,

²⁸⁰ A propósito del tipo penal equivalente del Derecho penal español, la apropiación indebida, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, Parte especial*, 18ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 427. En Colombia manifiesta esta equivalencia entre ambos tipos, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, p. 87; GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad, Op. Cit.*, p. 110.

²⁸¹ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, p. 364.

²⁸² Criterio extraído del artículo 655 del Código Civil, MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad, Op. Cit.*, p. 220. A propósito de los demás criterios, que no se juzga necesario mencionar en este escrito, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, pp. 74, 121-124

²⁸³ PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, pp. 294-295.

²⁸⁴ En este sentido, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, p. 363.

²⁸⁵ Así lo reconoce MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, Parte especial*, 18ª Ed., *Op. Cit.*, p. 449; con las correspondientes normas del Código Civil colombiano, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, p. 373; MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad, Op. Cit.*, p. 217.

²⁸⁶ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, Parte especial, Op. Cit.*, p. 449; SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, p. 373-374; PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos*

mandato, arrendamiento, aparcería, prenda con tenencia, depósito, venta con pacto de reserva de dominio, consignación, fiducia y transporte; y es de agregar que la mera tenencia también puede surgir también de un cuasicontrato o de la voluntad de la ley (por ejemplo frente a auxiliares de la justicia; o en el caso de la patria potestad de los padres frente a los bienes del hijo menor).

Debe efectuarse, no obstante una pequeña precisión en lo que respecta a los bienes fungibles como el dinero, pues no puede castigarse a título de abuso de confianza la no devolución de un bien fungible objeto de préstamo o mutuo²⁸⁷. Ello por cuanto en estos casos sí se transmite la propiedad y no simplemente la posesión o tenencia. Así, en tales casos sólo resta acudir a las acciones civiles para lograr la devolución de los bienes²⁸⁸.

Resumiendo, se tiene entonces que la conducta constitutiva de este tipo penal consiste en un acto de apropiación de una cosa ajena²⁸⁹ como si fuese propia, con lo cual la inicial posesión o tenencia lícita se transmuta en antijurídica. Como lo señala MUÑOZ CONDE, ello puede ocurrir por medio de actos positivos de disposición del bien como por la falsa afirmación de no haberlo recibido en el primer lugar o haberlo ya devuelto. No está de más agregar que debe existir un ánimo de apropiación para que se presente este delito, como elemento subjetivo especial (voluntad de disponer del bien sin contar con facultades para hacerlo –*animus rem sibi habendi* o *cum animo domine*²⁹⁰).

contra el patrimonio económico, Op. Cit., pp. 300, 302; con las correspondientes normas de la legislación colombiana sobre los títulos no traslaticios de dominio, *Ibid.*, p. 305. El análisis más completo que se halló de los diversos títulos no traslaticios de dominio es el efectuado por GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad, Op. Cit.*, pp. 121-149.

²⁸⁷ Con fuentes jurisprudenciales, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, p. 372; GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad, Op. Cit.*, p. 119.

²⁸⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, Parte especial, Op. Cit.*, p. 447; lo mismo ocurre con la venta a plazo y la prenda sin tenencia, que se tipifica en una norma diferente, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, pp. 365-366.

²⁸⁹ Ajeno es lo que pertenece a otro y no sólo lo que no nos pertenece. La cosa es ajena cuando otro tiene constituida una relación posesoria legítima sobre el bien. Así, son ajenas también las cosas perdidas y las olvidadas, diferente de las abandonadas o que nunca han pertenecido a nadie pero pueden adquirirse legítimamente (*res derelictae* y *res nullius*, respectivamente), *Ibid.*, pp. 127-128.

²⁹⁰ MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad, Op. Cit.*, p. 220; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, Parte especial, Op. Cit.*, pp. 449-

Por otra parte, en este delito tiene especial incidencia el derecho de retención, que al igual que el estado de liquidación de cuentas pendientes y el cumplimiento de un deber²⁹¹ hace decaer la antijuridicidad del comportamiento en los eventos en que la ley expresamente autoriza al tenedor del bien a no devolverlo si no se ha satisfecho cierta condición (el pago de cierto servicio o entrega de ciertos bienes)²⁹².

Es posible afirmar entonces, con SUÁREZ SÁNCHEZ, que “la conducta consiste en apropiarse de la cosa de la cual el sujeto agente tiene la posesión a nombre de otro (mera tenencia), o sea en incorporar al dominio del sujeto activo la cosa que es del pasivo; es transformarse de poseedor a nombre de otro en poseedor a nombre propio. A través de la acción se convierte arbitrariamente en dominio lo que es una mera tenencia, para transformar una relación posesoria legítima mera tenencia” en ilegítima (dominio o posesión)²⁹³.

Finalmente, debe agregarse a lo ya dicho que el perjuicio para el propietario del bien debe presentarse en tanto afectación del bien jurídico patrimonio individual, pues de lo contrario simplemente habrá una tentativa de abuso de confianza, como bien lo señala MUÑOZ CONDE²⁹⁴. SUÁREZ SÁNCHEZ expresa que el tipo penal no tiene que hacer referencia expresa al perjuicio, toda vez que este elemento se encuentra implícito en la noción de antijuridicidad material²⁹⁵. Es entonces a partir de la producción del perjuicio (merma patrimonial, económicamente evaluable²⁹⁶) para el titular legítimo del bien que debe estimarse la consumación del delito, con lo que toda devolución posterior simplemente constituirá un desistimiento del delito ya consumado²⁹⁷. Así, si el sujeto restituye el valor del bien a su propietario no se configure el delito bajo estudio, pues éste se considera

450; PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., p. 301; GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad*, Op. Cit., p. 115.

²⁹¹ PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., p. 310.

²⁹² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, Parte especial*, Op. Cit., pp. 448, 450.

²⁹³ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., pp. 363-364.

²⁹⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, Parte especial*, Op. Cit., p. 451.

²⁹⁵ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., pp. 126-127; en igual sentido, GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad*, Op. Cit., p. 117.

²⁹⁶ PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., p. 16.

²⁹⁷ GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad*, Op. Cit., p. 114.

agotado desde el momento en que se produce la apropiación²⁹⁸. Esta producción de perjuicio se corresponde con la obtención de un provecho para el sujeto activo o para un tercero, aunque no es necesario que se dé el disfrute perfecto de la cosa por parte del sujeto activo²⁹⁹.

Lo anterior no significa otra cosa que la consumación en el momento en que el agente realiza un acto concluyente de señorío que le está reservado al dueño o poseedor³⁰⁰. Ahora bien, como lo señala SUÁREZ SÁNCHEZ³⁰¹, la apropiación puede asumir tres formas: i) la consunción; ii) la enajenación; o iii) la retención. La consunción se presenta cuando se altera la sustancia del bien, se consume o se destruye. Por su parte, la enajenación se da cuando se traspasa el bien a cualquier título o cuando se constituyen gravámenes o limitaciones al dominio sobre el mismo³⁰², lo que sólo puede hacer el propietario o poseedor legítimo. Finalmente, la retención se da cuando el sujeto activo se queda con el bien manifestando con actos positivos concluyentes su voluntad de no devolverlo³⁰³. Frente a esta última modalidad deben constatarse dos momentos: i) uno objetivo que se presenta cuando se vence el término de devolución de la cosa³⁰⁴ y el agente manifiesta de manera expresa o tácita su intención de no devolverla, o expresa falsamente no haberla recibido, como ya se tuvo la oportunidad de indicar. El momento subjetivo, por su parte, se presenta por la ausencia de ánimo de devolución en el sujeto activo (desconocimiento del señorío que sobre la cosa tiene el dueño o poseedor), lo que no ocurre con la simple mora en la devolución³⁰⁵.

²⁹⁸ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., p. 374; en el mismo sentido, PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., p. 300.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 299; GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad*, Op. Cit., pp. 115, 117.

³⁰⁰ Citando el auto del 31 de julio de 1984 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., p. 364. Jurisprudencia adicional citada por el autor en las pp. 370-374.

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 364-365. En similar sentido, MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad*, Op. Cit., p. 220; PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Op. Cit., pp. 301, 308; GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad*, Op. Cit., p. 116.

³⁰²³⁰² *Ibid.*, p. 112.

³⁰³ *Ibid.*, p. 114.

³⁰⁴ En contra, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad*, Op. Cit., pp. 224-225.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 225.

Así las cosas, tras haber analizado tanto el bien jurídico como el tipo objetivo, poniéndolos también en relación entre ellos, se procederá a estudiar el conocimiento típico requerido desde la perspectiva de la tesis sostenida en este escrito. Como se verá, esta operación resulta muy sencilla una vez se ha establecido el sentido auténtico del elemento normativo, por lo que en este punto se reitera (y también respecto de los demás delitos analizados), que desde la postura adoptada coincidimos con FRISCH en cuanto a que el principal problema es la concreción del sentido de la norma, o en otras palabras, descubrir si el sujeto ha aprehendido o no “las circunstancias de conexión determinantes”. Esto es lo mismo que el sentido auténtico del tipo, estrechamente ligado con el bien jurídico tutelado. Así las cosas, “una vez contestada esta pregunta material, la cualificación de la representación del sujeto como suficiente o como error excluyente del dolo es una trivialidad”³⁰⁶.

Lo anterior explica el hecho de que se dedique la mayor parte de nuestra atención en esta segunda parte del trabajo al análisis del bien jurídico respectivo y del elemento problemático en relación con los demás elementos típicos que a reiterar la problemática del error. Sentadas las bases en la primera parte de este trabajo para proceder al análisis del tema del error una vez se haya establecido el sentido auténtico del elemento, en el análisis de cada uno de los tipos simplemente se aplicará de manera consecuente lo ya expuesto.

Se tiene entonces³⁰⁷ que el delito de abuso de confianza se configura cuando el derecho de propiedad de una persona sobre un bien mueble es apropiado o usurpado por quien había recibido de aquél la tenencia del bien bajo un título no traslativo de dominio³⁰⁸, o lo que es lo mismo, con la obligación de devolverlo.

³⁰⁶ FRISCH, WOLFGANG, “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal alemán” en: BRUZZONE, GUSTAVO; PEÑARANDA, ENRIQUE, *Justificación y exculpación*, 1995, pp. 211-212, citado en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, p. 225. En un sentido similar, aunque tal vez menos extremo en la expresión, *Ibid.*, p. 316.

³⁰⁷ PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, *Op. Cit.*, p. 2.

³⁰⁸ El título no traslativo de dominio puede entenderse como la causa que obliga a al tenedor de la cosa a restituirla, GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad*, *Op. Cit.*, p. 121.

Dos preguntas básicas han de plantearse en relación con el conocimiento que debe tener el sujeto para actuar con dolo respecto de esta conducta: i) ¿el verbo rector (apropiarse) y la expresión “título no traslativo de dominio” harían de este tipo uno de aquellos en los que el conocimiento típico resulta imposible de diferenciar de la conciencia de la antijuridicidad?; y ii) ¿específicamente qué debe ser conocido por el sujeto para afirmar que sabía que su conducta se realizaba respecto de un bien respecto del cual sólo contaba con una posesión bajo un título no traslativo de dominio?

Partiendo de la postura adoptada en este trabajo frente al sentido del error de prohibición, entendiéndose éste como un error sobre el carácter penalmente prohibido de la conducta, cabe de todos modos preguntarse si el sujeto realmente no es consciente de que realiza una conducta penalmente prohibida cuando se apropia del bien (simplemente no tener la intención de devolverlo, expresada por medio de actos concluyentes³⁰⁹) sabiendo que debe restituirlo a su propietario.

Casos en los que la respuesta a este interrogante sea negativa probablemente pueden hallarse en la práctica, pero a primera vista parecerían ser remotos, pues es un conocimiento bien difundido socialmente el que una cosa prestada y no devuelta puede asimilarse en un sentido lato a un hurto. Sin embargo, como ya se anotó, no nos atrevemos a expresar una opinión definitiva sobre este punto, pues la riquísima práctica podría ofrecer eventualmente ejemplos contrarios³¹⁰. Así las cosas, al menos en la inmensa mayoría de los casos se considera que el conocimiento típico es inseparable de la conciencia de la antijuridicidad (penal).

En cuanto al segundo interrogante planteado, se considera que una vez establecido el sentido material auténtico del tipo (lo que motiva que el elemento sea recogido en el tipo),

³⁰⁹ MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad*, *Op. Cit.*, pp. 223-224.

³¹⁰ Podría quizá pensarse en un caso en el que el comodatario de un bien considere erróneamente que no debe restituirlo al comodante hasta tanto este no le haya cancelado las mejoras suntuarias (no necesarias ni urgentes) efectuadas sobre el bien dado en comodato.

es posible señalar claramente los aspectos que debe abarcar el dolo del sujeto, con cuyo conocimiento debería darse la función de llamada de atención del tipo.

En este orden de ideas, el individuo ha de ser consciente, para actuar dolosamente, de que el bien mueble sobre el que recae su conducta le ha sido entregado o confiado (lo que implica desplazamiento real de la posesión o tenencia³¹¹) bajo un título no traslativo de dominio, o lo que es lo mismo, que tiene la obligación de restituir el bien a su propietario. En otras palabras, el sujeto activo debe saber que con su conducta se encuentra apoderándose de un derecho de propiedad sobre esa bien mueble que le ha sido confiado por otro a quien legítimamente pertenece.

Como ya fue explicado en la primera parte del presente trabajo, desde el enfoque adoptado no es necesario que el sujeto sepa³¹² en abstracto cuáles son las características que conforman el elemento típico (como la existencia de un contrato –así sea verbal- que transfiere la tenencia del bien –título no traslativo de dominio-³¹³); ni que conozca los procedimientos por los cuales concurre el elemento en el caso concreto (el contrato concreto que fue celebrado); ni las reglas constitutivas en virtud de las cuales el elemento adquiere su sentido (la normatividad nacional sobre la materia).

Así las cosas, el sujeto básicamente debe saber que con su conducta se apodera ilegítimamente de un derecho ajeno (no es menester que sea consciente de la identidad de su titular) sobre un bien mueble; o lo que es lo mismo, la conciencia de la condición de mero tenedor (y obligación de restitución)³¹⁴. En definitiva, ha de ser consciente de que no

³¹¹ Se entrega cuando es en contra de la voluntad del propietario por circunstancias como la necesidad (por ejemplo el depósito necesario) o el ejercicio de un cargo; y se confía cuando existe un vínculo de confianza como un contrato, SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, p. 374; PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico, Op. Cit.*, pp. 303-304.

³¹² Aunque vale la pena recordar que del desconocimiento de estos aspectos puede derivarse un error de tipo, siempre que tal desconocimiento impida que el sujeto conozca la concurrencia en su conducta del elemento normativo en todo su sentido auténtico

³¹³ Bastante normal sería sin embargo que el sujeto arribara a este conocimiento por tener conciencia de la existencia de un contrato escrito que transfiera la tenencia del bien, aunque ello no es imprescindible, bastando a nuestro juicio que sepa que el bien debe restituirse o que era “prestado”, en un sentido vulgar.

³¹⁴ *Ibid.*, pp. 308-309.

tiene derecho a desplegar tal conducta, en la medida en que no cuenta con un derecho de propiedad sobre dicho bien mueble.

Este conocimiento debería permitir al hombre medio ideal tener conciencia de la lesividad o contrariedad social de su comportamiento, entendido como carga de antijuridicidad material, lo que a su vez debería impulsar al individuo, si no a captar, por lo menos a reflexionar o informarse sobre la antijuridicidad formal de la conducta (en un sentido de antijuridicidad específicamente penal, como se ha justificado en este trabajo para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad). Esta es la función de llamada de atención del conocimiento típico, que ha sido explicada en la primera parte de este trabajo.

Se ofrecen a continuación tres ejemplos que pueden servir para ilustrar la explicación precedente. Con ello se pretende aclarar cómo podría presentarse un error de prohibición, uno de tipo y uno de subsunción que tenga relevancia como error de prohibición, distinguiéndolo de otras posibles situaciones irrelevantes a estos efectos.

Un error de prohibición se presentaría a nuestro juicio cuando el sujeto no sea consciente de que lleva a cabo una conducta prohibida penalmente, pese a tener plena conciencia de la concurrencia del sentido auténtico de los elementos típicos en el caso concreto. Así, un ejemplo sería el ya presentado del comodatario de un bien que considere erróneamente que legalmente no debe restituirlo al comodante hasta tanto este no le haya cancelado las mejoras suntuarias (no necesarias ni urgentes) efectuadas sobre el bien dado en comodato. El sujeto en este supuesto tiene plena conciencia de que el bien mueble no le pertenece, por no habersele transferido por su titular el derecho de propiedad sino simplemente su tenencia. No obstante, si el sujeto no es consciente de que al desplegar esta conducta incurre en la realización de un injusto penal, se encuentra en nuestra opinión amparado por un error de prohibición (que podrá ser vencible o invencible de acuerdo con las circunstancias del caso). No puede tratarse de un error de tipo toda vez que el sujeto sí tenía conciencia de que concurría en su hecho el sentido auténtico del elemento “título no traslativo de dominio” (sabía que sólo tenía la tenencia del bien –bajo un título precario- y

que debía devolverlo), pero por motivos particulares del sujeto, éste creía que en la situación en la que se encontraba, estaba facultado para retener el bien.

Por otra parte, el error de tipo se presentaría cuando el sujeto desconoce la concurrencia del sentido auténtico de los elementos típicos en el caso concreto. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando el sujeto erróneamente cree que un contrato de comodato sobre un automóvil le confiere la propiedad del mismo con tal de que luego restituya un bien del mismo valor comercial. Dado que esta conciencia del sujeto no se corresponde con lo dispuesto por las normas aplicables, se presenta un error de tipo: el sujeto no sabe que debe restituir exactamente el mismo bien que le fue entregado o confiado. En este evento no puede considerarse que concurra un error de prohibición, porque ya desde un comienzo el sujeto desconoce la concurrencia del elemento normativo en su sentido auténtico. En vista de que el sujeto no es consciente de que debe restituir el mismo bien que le fue entregado o confiado, no es posible afirmar el conocimiento típico respecto del elemento normativo que se estudia.

Finalmente, un error de subsunción que tiene relevancia como error de prohibición se presentaría cuando un sujeto, debido a una errónea interpretación del tipo penal, considera que su conducta no puede subsumirse en el mismo, por lo que sería atípica. Esta situación podría presentarse cuando el sujeto tiene la convicción de que su conducta de comercialización de un bien que le ha sido confiado por medio de un contrato de depósito, pese a constituir una infracción del derecho civil, no es típica. Su razonamiento se basa en que según su asesor, al incluir el tipo la expresión “apropiarse”, sólo castiga conductas en las que el mismo sujeto se queda con el bien que le ha sido entregado bajo un título no traslativo de dominio. Dado que el sujeto realiza la conducta sobre un bien que le ha sido entregado bajo un título no traslativo de dominio, pero no retiene el bien para sí sino que lo comercializa o lo dona a otro, considera que su actuar no se encuentra penalizado. En este evento, la mayoría de la doctrina consideraría que este error de subsunción no tiene relevancia como error de prohibición, pero desde la postura adoptada en este trabajo sobre

dicho error, puede afirmarse la conclusión contraria. Para justificar esta decisión se remite a los argumentos ya presentados en defensa de esta tesis.

Como ya se afirmó, en la doctrina colombiana revisada, la tendencia mayoritaria es hacia la defensa de la teoría del dolo, con lo que el problema que se analiza perdería relevancia. Desde esta perspectiva, el error que recae sobre el elemento normativo tendría siempre la virtualidad de excluir el dolo, aunque sea en sede de culpabilidad. Ahora bien, en cuanto a VELÁSQUEZ y GÓMEZ LÓPEZ, quienes sostienen la teoría de la culpabilidad, no se cuenta con muchos elementos para determinar su postura frente al tipo penal que se analiza. Tal vez en el caso de GÓMEZ LÓPEZ podría afirmarse que frente a eventuales dudas el error debería ser calificado como error de tipo por su tratamiento menos desfavorable. En todo caso, se cree que frente a los supuestos planteados anteriormente, tratándose de un tipo y un elemento normativo relativamente sencillo, los dos autores mencionados coincidirían con las conclusiones anotadas, salvo en lo concerniente a la concepción del error de prohibición que aquí se adopta (caso del error de subsunción). Lo anterior por cuanto la tesis de la valoración paralela del profano, bien comprendida y aplicada, con las precisiones que ya se han hecho al respecto, debería conducir a los mismos resultados que aquí se sostienen frente a los ejemplos planteados.

Por último, revisada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por medio de la base de datos LEXBASE, no fue posible hallar sentencias que se refirieran específicamente al error sobre el elemento normativo que se estudia en este apartado.

3. ELEMENTO TEÓRICO O COGNOSCITIVO DEL TIPO O DE ASPECTO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN EL DELITO DE USURPACIÓN DE DERECHOS DE OBTENTORES DE VARIEDADES VEGETALES

Como ejemplo de un tipo penal del Código Penal colombiano que contiene elementos teóricos o cognoscitivos o de aspecto técnico especializado, se eligió el delito de usurpación

de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, tipificado en el artículo 306 del Código Penal y cuyo tenor es el siguiente:

ARTÍCULO 306. USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHOS DE OBTENTORES DE VARIEDADES VEGETALES. <Aparte subrayado y en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequible> <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1032 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente *o similarmente confundibles con uno protegido legalmente*, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o materia vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior.

De manera previa a la identificación más cuidadosa del elemento o elementos problemáticos y la determinación precisa de su contenido, se harán a continuación algunas anotaciones necesarias acerca del porqué puede considerarse que este tipo penal contiene esta clase de elemento normativo en sentido amplio, esto es, un elemento teórico o cognoscitivo del tipo o de aspecto técnico especializado.

Si bien todos los derechos de propiedad industrial parecieran claramente elementos normativos “tradicionales”, en la medida en que su contenido se establece con relación a determinadas normas jurídicas, no puede a nuestro juicio afirmarse lo mismo respecto de una clase concreta de aquellos, conformada por los derechos de obtentores de variedades vegetales. En concreto, la expresión “variedades vegetales” suscita dudas sobre la caracterización de este elemento, toda vez que de aplicarse los criterios de identificación de

elementos normativos expuestos al inicio del trabajo, no resulta claro su carácter de tal. ¿Qué es una variedad vegetal? ¿Es posible identificar una variedad vegetal y un derecho que sobre ella recae por medio de los sentidos? ¿Para precisar el contenido de esta expresión es necesario acudir a normas jurídicas? Interrogantes de la clase de los anteriores revelan el carácter ambiguo de esta expresión.

Pareciera que este elemento no es apreciable por la mera percepción sensorial, sino que sería necesaria en cierta medida una referencia a reglas de la experiencia y conocimientos que de ellas se derivan. Además, no es claro a primera vista, aunque este punto merece un análisis más profundo, que para la precisión de su contenido se presuponga como paso obligado la remisión a una norma (salvo en un sentido muy amplio). Pese a lo anterior, nos parece que este elemento puede plantear dificultades en materia de dolo y error, especialmente por la dificultad de precisar su contenido. Por ello, puede incluirse este elemento en la categoría general de “elementos normativos en sentido amplio”, objeto de estudio de este escrito.

Estas reflexiones motivaron la selección de este elemento, pero resta todavía por averiguar el grado de “carga normativa” del mismo, pues como ya se explicó, se cree que se trata de una cuestión gradual, pudiendo ser posible una conexión con normas jurídicas, al igual que con conocimientos propios de las ciencias naturales o derivados de reglas de la experiencia. Este es el propósito de análisis que se desarrollará a continuación, el cual pasa por la caracterización del bien jurídico tutelado y la conexión de los elementos del tipo con el mismo, aspecto esencial desde el enfoque adoptado. La anterior investigación nos llevará, hasta donde lo permitan las fuentes doctrinarias, jurisprudenciales y los demás criterios de interpretación jurídica, a una determinación más precisa del elemento problemático y a su puesta en relación con los restantes elementos de la modalidad típica que nos interesa. Todo ello permitirá resolver finalmente o al menos ofrecer pistas para la solución de los posibles problemas en materia de dolo y error conectados a este elemento, explicación que se realizará de la mano de algunos ejemplos.

El artículo 306 del Código Penal colombiano que tipifica esta conducta, se encuentra contenido en el Título X, el cual dice contener los delitos que atentan contra el “Orden económico social”. Ello explica el hecho de que algunos autores³¹⁵ e incluso la misma Corte Constitucional en la sentencia C-501 de 2014 consideren el “Orden económico social” como el bien jurídico protegido por este tipo penal, aunque no consideren acertada esta presunta decisión del legislador en tal sentido. Pese a lo aparentemente obvio de tal deducción, no podemos estar de acuerdo con el mencionado argumento *sedes materiae* en el que se apoya.

Para orientar la exposición más claramente, se afirma desde ahora que el bien jurídico protegido en este caso es la propiedad industrial, como también lo considerarían más acertado CALA MOYA y GUERRERO OSORIO³¹⁶. Lo anterior no obsta para que tal bien jurídico sea comprendido en un doble sentido: i) en su dimensión individual de protección del contenido económico de los derechos de propiedad industrial para su titular³¹⁷; y ii) en la órbita suprapersonal más amplia de la importancia económica y social de los derechos de propiedad industrial como pilar fundamental del orden económico contemporáneo, lo que sin lugar a dudas también está relacionado con la libre y leal competencia que debe existir en el mercado, en pro de los derechos de los consumidores. Por ello se quisiera anotar también desde ahora que el esclarecimiento del sentido del “Orden económico social” no es innecesario sino todo lo contrario, es un paso necesario en el análisis de esta segunda dimensión del bien jurídico “Propiedad industrial”.

Es interesante resaltar que la el tipo penal en cuestión fue creado en cumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en virtud de tratados sobre Derechos

³¹⁵ En este sentido, CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, en: *Derecho penal y Criminología*”, Vol. 31, N. 91, Bogotá, Externado de Colombia, 2010, pp. 155-158.

³¹⁶ Así, *Ibid.*, p. 157.

³¹⁷ Véanse los antecedentes del Anexo 1C del Tratado Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en los que se lee “[Los Miembros] Reconociendo que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”.

de Propiedad Intelectual³¹⁸, tales como el Anexo 1C del Tratado Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), organización de la cual Colombia es integrante. Dicho Anexo recibe el nombre de “Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, y en el mismo se crea un organismo conocido como ADPIC, diferente a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y que se centra en los aspectos comerciales de la propiedad intelectual, como lo explica su nombre.

¿Pero qué es la propiedad industrial? Antes de explicar en qué consiste la propiedad industrial, conviene aclarar sus relaciones no sólo con el concepto de propiedad intelectual sino también con el de derechos de autor, que suelen confundirse entre sí. Al respecto puede afirmarse que el concepto de propiedad intelectual es más general y engloba a los dos restantes. La propiedad intelectual puede entonces caracterizarse, siguiendo a CALA MOYA y GUERRERO OSORIO, como “la disciplina jurídica que estudia y regula la protección de las creaciones del intelecto humano, los derechos de los cuales gozan sus titulares, la negociación de aquellos y los mecanismos para protegerlos”³¹⁹. La propiedad intelectual se compone entonces de dos grandes partes: la propiedad industrial y los derechos de autor. Por este motivo puede afirmarse que ambas tienen el mismo fundamento, cual es la protección del producto de la creatividad y el intelecto humano³²⁰.

Centrándonos en la propiedad industrial y dejando de lado los derechos de autor, se retoman las dos dimensiones del bien jurídico “Propiedad industrial” que se explicaron anteriormente. Se considera acertada la opinión de CALA MOYA y GUERRERO OSORIO en el sentido de que ambas dimensiones de los derechos de propiedad industrial son decisivas

³¹⁸ Pero incluso con anterioridad, en el Código Penal de 1980 se encuentran antecedentes en la protección de la propiedad intelectual (en un sentido que agrupa tanto los derechos de autor como la propiedad industrial), MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, en: *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, Externado de Colombia, 2001, p. 26.

³¹⁹ CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 156.

³²⁰ *Ibid.*, p. 156.

para la interpretación de los tipos relacionados con la misma, independientemente de la sistemática adoptada por el Código Penal colombiano³²¹.

¿Qué sentido cabe atribuirle entonces a la propiedad industrial en el marco del ordenamiento jurídico colombiano? Para dar respuesta a este interrogante no es posible ofrecer una definición legal, pues más allá de considerarla un bien mercantil –inmaterial- (véase el título del Libro III del Código de Comercio colombiano) ni el Código de Comercio, ni la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), ni otras normas como el Convenio de París la contienen. Por ello se debe acudir a la doctrina. MUÑOZ CONDE define este concepto como “aquella parte de la actividad económica empresarial que se refiere tanto a la creación o intervención de técnicas y objetos de uso industrial, como a su explotación, pero también a determinados signos o marcas que los empresarios utilizan para distinguir sus productos de otros similares que se ofertan en el mercado”³²². Dentro del grupo de diversas modalidades de propiedad industrial que se protegen penalmente, nos interesan en concreto los derechos de obtentores de variedades vegetales, por lo que no nos se hará referencia a las demás³²³.

En este momento se puede afirmar que se ha identificado el bien jurídico y que se ha precisado su contenido en relación con el tipo penal que se estudia. El paso siguiente consiste en la exposición de la modalidad típica en que se centra el análisis, seguido de su interpretación y atribución de contenido conectándola con el bien jurídico “Propiedad industrial”. Sólo de este modo se estará en capacidad de dar una respuesta a los interrogantes que puedan surgir en relación con el conocimiento típico y el error sobre el elemento normativo en sentido amplio del que nos ocupamos.

³²¹ *Ibid.*, pp. 157, 169.

³²² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, pp. 497-498.

³²³ Una referencia breve a los demás derechos de propiedad industrial contemplados por el artículo 306 del Código Penal puede hallarse en, CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, pp. 162-170; y también en MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, pp. 36-38.

Como ya fue anotado, el elemento problemático en este caso es la expresión “variedad vegetal”³²⁴. Sin embargo, no se trata de una expresión aislada, sino que la misma se integra en el concepto de “derechos de obtentor de variedad vegetal protegidos legalmente”. A su vez, es necesario poner este concepto en relación con los demás elementos de la modalidad típica que nos interesa, con el fin de comprender realmente su contenido. Así, se puede expresar esta modalidad típica de la siguiente manera, separando el primero y el segundo inciso del artículo 306: “i) El que, fraudulentamente, usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal protegidos legalmente; o ii) quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o materia vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en estas circunstancias”.

La vía que se propone para continuar el análisis parte de la carga de antijuridicidad expresada por el verbo rector “usurpar” y el adverbio “fraudulentamente”, para luego continuar con el elemento central del tipo (“derechos de obtentor de variedad vegetal protegidos legalmente”). Se advierte desde ahora que en relación con el segundo inciso sólo se efectuarán algunos comentarios, pues no se considera que los restantes verbos rectores merezcan una explicación detallada ni es nuestro interés en este espacio ofrecerla. Por ello, básicamente se hará referencia a la expresión “materia vegetal” y a una cuestión relacionada con los bienes derivados de derechos de obtentor vegetal.

La calificación de la conducta típica con la expresión “fraudulenta” es comprendida por CALA MOYA y GUERRERO OSORIO como “aprovecharse de una cosa sin derecho y en perjuicio de su titular”³²⁵, pero estos autores consideran que esta primera definición extraída del Diccionario de la Real Academia de la Lengua no resulta del todo ajustada a la interpretación de este tipo, aunque pueda ser adecuada para otros. Más elementos nos ofrece MATIZ BULLA³²⁶, quien opina que las expresiones “usurpar” y “utilizar fraudulentamente” se complementan muy bien: “usurpar” no sería otra cosa diferente a

³²⁴ Y similarmente “materia vegetal”, como se verá a continuación.

³²⁵ CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 159.

³²⁶ MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 29.

apropiarse de una cosa o derecho ajeno para usarlo como si fuese propio, sentido que debería sumarse a la comprensión de la expresión “utilizar fraudulentamente” en el sentido de engaño realizado con elusión de obligaciones legales o usurpación de derechos. Con estos elementos, se está en capacidad de afirmar que el delito en cuestión se configura cuando alguien, sin atender el derecho de otro, utiliza como propio un derecho de obtentor de variedad vegetal protegido legalmente, o en palabras de la Corte Constitucional (sentencia C-501 de 2014): “apoderarse de un derecho que legítimamente pertenece a otro mediante actos engañosos y contrarios a la verdad y a la rectitud, en perjuicio de su titular”. La elusión de obligaciones legales se presentaría en la medida en que el sujeto activo no haya conseguido el derecho por no haberlo tramitado o conseguido regularmente (sin el lleno de los requisitos legales, como pueden serlo un registro, autorización o licencia, lo que se averiguará a continuación)³²⁷.

Como contracara de estas conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, también se prevén ciertos usos admitidos de la propiedad industrial. Como lo explica MATIZ BULLA, la regulación de esta materia admite ciertos usos relacionados con actividades privadas, académicas, de investigación o sin significado económico³²⁸. Igualmente la Corte Constitucional ha señalado frente al tipo penal en sentencia C-501 de 2014, que el mismo no abarca: “(i) el mejoramiento de semillas realizado por los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, tribales y campesinas, a través de los métodos convencionales, de acuerdo a sus conocimientos y prácticas tradicionales, siempre que sean para su propio consumo, subsistencia y desarrollo; de igual manera, el tipo tampoco se extiende a (ii) la adquisición de semillas modificadas a través de métodos de mejoramiento no convencionales, y que sean utilizadas o reutilizadas para consumo o para las cosecha de tales comunidades”³²⁹. Como ya se dijo, la pregunta obligada ahora para desentrañar el sentido de la conducta prohibida es entonces la de cuáles son los derechos de

³²⁷ Se trata de consideraciones en relación con el delito de usurpación de marcas, pero que *mutatis mutandi* son completamente aplicables a los derechos de obtentor de variedad vegetal, *Ibid.*, p. 29.

³²⁸ *Ibid.*, p. 30.

³²⁹ En opinión de la Corte, estas excepciones encuentran fundamento en el “privilegio del agricultor”, que sí considera aplicable en Colombia en sentido contrario a lo sostenido por ROBLEDO DEL CASTILLO, como se explicará más adelante.

los obtentores (titulares de los derechos que se predicen respecto de variedades vegetales) que son protegidos legalmente, para establecer qué usos de los mismos son legítimos y cuáles no, al igual que el modo de su adquisición y extinción.

En todo caso, el análisis acerca de la configuración de este delito deberá tomar en consideración no sólo estos usos, sino que es necesario ponerlos en relación con el bien jurídico tutelado por mandato del artículo 11 del Código Penal. En este sentido, se considera con MATIZ BULLA que ha de atenderse básicamente a tres aspectos que ya fueron explicados y que se relacionan con las dos dimensiones del bien jurídico “Propiedad industrial”: “la protección del consumidor, el resguardo de las condiciones de credibilidad y confianza en el mercado, y los derechos legalmente reconocidos de quienes intervienen en el mismo”³³⁰. En todo caso, y como lo señala el mismo autor, la antijuridicidad material surgiría únicamente en el caso de conductas con significado económico, aptas para lesionar estos intereses³³¹. Ahora bien, aunque sólo serán conductas típicas aquellas que tengan fines comerciales, los mismos deben entenderse en un sentido amplio como lo hace MATIZ BULLA: esta clase de conductas bien pueden alcanzar el mismo grado de afectación del bien jurídico tutelado cuando simplemente tengan fines de sabotaje comercial (causar daño, demeritar o diluir una marca) aunque no supongan necesariamente un enriquecimiento de quien las realiza³³².

Sin embargo, un primer acercamiento a estos temas revela que no es posible establecer los usos permitidos y prohibidos, ni el surgimiento y extinción de estos derechos, sin dilucidar primero el sentido de la expresión “variedades vegetales”. Una definición provisional la proporciona el artículo 3 de la Decisión 345 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy Comunidad Andina de Naciones –CAN-) en los siguientes términos:

³³⁰ *Ibid.*, p. 31.

³³¹ Se discrepa con este autor en cuanto a que baste simplemente su puesta en peligro.

³³² *Ibid.*, p. 31. Sin embargo, pareciera que la Corte Constitucional es de otra opinión: “la referida conducta tiene lugar, en los casos en que el derecho de obtentor vegetal otorgado por el ICA es reproducido por alguien sin permiso o autorización del titular y aquél empieza a lucrarse mediante su comercialización en el mercado”, sentencia C-501 de 2014. También se pronuncian en el mismo sentido que el Alto Tribunal, ÁLVAREZ, JUAN CARLOS / CEBALLOS, MARÍA ADELAIDA / MUÑOZ, ÁLVARO MAURICIO, “De los delitos contra los derechos de autor en el Código Penal colombiano”, *Op. Cit.*, pp. 95-115

“conjunto de individuos botánicos cultivados que se distinguen por determinados caracteres morfológicos, fisiológicos, citológicos, químicos que se pueden perpetuar por reproducción, multiplicación o propagación”³³³. Por otra parte, se considera que el sentido de las expresiones “bienes o materia vegetal” puede establecerse tomando una definición prevista en la misma norma para la palabra “material”: “El material de reproducción o de multiplicación vegetativa en cualquier forma; el producto de la cosecha, incluidos plantas enteras y las partes de las plantas; y, todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha”. Puede observarse como esta definición abarca por una parte lo que claramente es material vegetal objeto de los derechos de obtentores vegetales y por otra los bienes producto de tal material vegetal, que guardan especial relación con el verbo rector “producidos”.

Si bien CALA MOYA y GUERRERO OSORIO coinciden en señalar este tipo penal como un ejemplo de un tipo penal en blanco³³⁴ por la referencia a derechos “protegidos legalmente”, se considera que deben efectuarse algunas precisiones al respecto. Aunque la Decisión 486 de 2000 de la ADPIC, algunos tratados internacionales suscritos por Colombia y demás normatividad referida a la Propiedad Industrial puedan ofrecer pistas para atribuir significado a la expresión “utilización fraudulenta de derechos de obtentores de variedades vegetales”, a nuestro juicio no significa lo anterior que por ello no pueda considerarse este tipo como ejemplo de un elemento teórico o cognoscitivo del tipo o de aspecto técnico especializado, como se explicará enseguida.

Agregando ahora la palabra “derechos”, se puede tomar la definición de los “derechos de obtentores de variedades vegetales” ofrecida por CALA MOYA y GUERRERO OSORIO: “A quien obtiene una especie vegetal que pueda calificarse de novedosa, distinta o distinguible, homogénea, estable y le dé una denominación varietal, se le concede el derecho de realizar

³³³ Esta definición es replicada por el artículo 1 de la Resolución ICA 1893 de 1995. En similar sentido, ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, *Op. Cit.*, p. 101.

³³⁴ CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, p. 159. En igual sentido, MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, *Op. Cit.*, p. 29.

o autorizar, con exclusividad, la explotación económica de la reproducción, multiplicación y propagación de la variedad vegetal obtenida, y del producto de la cosecha de la misma, por medio de la expedición de un Certificado de Obtentor Vegetal –COV–, siempre que el cultivo y la producción de la variedad obtenida no esté prohibida por razones de salud humana, animal o vegetal, o no se trate de una especie silvestre. La duración del derecho concedido al obtentor vegetal es de 20 años si la especie obtenida se adecua en las categorías de vides, árboles frutales o árboles forestales, o de 15 años si la especie obtenida es de cualquier otro tipo, en todo caso contados a partir del otorgamiento del mentado certificado”³³⁵.

En 1961 se presentó un cambio fundamental con la constitución de la Unión Internacional para la protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), organismo intergubernamental dotado de servicios administrativos y financieros por parte de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)³³⁶. Es así como surgió el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales del 2 de diciembre de 1961 (UPOV 1961), disposición que ha tenido progresivas revisiones³³⁷ en 1972 y 1978, hasta llegar a su actual versión de 1991 (UPOV 1991)³³⁸. Se trata de un texto integrado que se dejó a disposición

³³⁵ CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, *Op. Cit.*, pp. 162-163. Los términos de duración de los derechos fueron modificados posteriormente. Este punto se explicará al final del análisis.

³³⁶ ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, *Op. Cit.*, p. 101; ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 16.

³³⁷ Un cuadro comparativo, además de un estudio minucioso del régimen de protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales puede hallarse en, HELFER, LAURENCE, “Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. Regímenes jurídicos internacionales y opciones políticas para los gobiernos”, en: *FAO Estudio Legislativo, N° 85*, Roma, FAO, 2005, pp. 35-36. También se aconseja consultar la exposición de motivos de la Ley 1518 de 2012 (declarada inexecutable por la Corte Constitucional).

³³⁸ Hasta la fecha no se ha producido la adhesión de Colombia al Convenio UPOV 1991: “Dentro del trámite legislativo y aprobación de los tratados internacionales que en Colombia se debe surtir, la Corte Constitucional reviso la Ley No. 1518 de abril de 2012, ‘Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991’, y decidió declararla inexecutable mediante sentencia C-1051 de 2012, de imprescindible lectura, por considerar que dentro del trámite de aprobación de la ley que adopta el tratado (Convenio UPOV de 1991), se omitió realizar la consulta previa a las comunidades indígenas, siendo ésta una etapa previa indispensable para cumplir de forma adecuada con el trámite del proyecto de ley”, UPOV, Anexo V, p. 1

de los países para su adhesión, lo que ocurrió en el caso colombiano en 1996, pero respecto del Acta UPOV 1978³³⁹.

Sin embargo, con anterioridad a esta fecha ya existía en Colombia normatividad aplicable sobre la protección legal de los derechos de obtentores de variedades vegetales. En efecto, la Decisión Comunitaria 345 del 29 de octubre de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy Comunidad Andina) estableció un Régimen Común de protección de esta clase de derechos³⁴⁰. Se trata de un sistema *sui generis* con base en Certificados de Obtentor Vegetal (COV), que en Colombia fue reglamentado en sus aspectos estructurales por medio de las siguientes fuentes normativas: Decreto 533 de 8 de marzo de 1994; Decreto 2468 de 4 de noviembre de 1994; y Resolución ICA 1893 de 29 de junio de 1995³⁴¹.

Así las cosas, en Colombia existía este régimen Comunitario de protección (de la Comunidad Andina) desde antes de la adhesión al UPOV 1978 el 13 de septiembre de 1996, y la correspondiente expedición de la Ley 243 de 1995 (declarada exequible por medio de la sentencia C-262 de 1996 de la Corte Constitucional)³⁴². En opinión de ROBLEDO DEL CASTILLO existe entonces un conglomerado normativo que contiene disposiciones internacionales, comunitarias y nacionales que sin embargo comparten una misma estructura y redacción, hasta el punto que se presenta en gran medida una repetición de normas, pero también algunas inconsistencias o aspectos necesitados de interpretación para hacerlos coherentes³⁴³. Es de anotar que existe no obstante un orden piramidal que permite solucionar muchos de estos conflictos normativos: el Convenio UPOV 1978, seguido por la Decisión 345 de 1993³⁴⁴ de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y por

³³⁹ ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, *Op. Cit.*, p. 16.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 17.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 18.

³⁴² *Ibid.*, p. 18.

³⁴³ *Ibid.*, p. 18.

³⁴⁴ Que tuvo como modelo el Acta de 1991 de la UPOV, lo que es llamativo porque luego los países de la Comunidad Andina (entre ellos Colombia) no adhirieron al Acta de 1991 sino a la de 1978. Por ello,

último el Decreto 533 de 1994 junto con las demás normas nacionales y resoluciones del ICA³⁴⁵.

Como lo expone ROBLEDO DEL CASTILLO³⁴⁶, Colombia eligió aplicar entonces este sistema *sui generis* de protección, diferente a las tradicionales patentes de invención, a todos los géneros y especies botánicas (artículo 2 de la Decisión 345 de 1993 y artículo 1 del Decreto 533 de 1994). Se introdujeron, no obstante, algunas excepciones, como la imposibilidad solicitar protección de variedades vegetales cuyo cultivo, posesión o utilización se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal (artículo 2 de la Decisión 345 de 1993)³⁴⁷. Otra de ellas fue la imposibilidad, por mandato del parágrafo del artículo 1 del Decreto 533 de 1994, de protección de variedades vegetales silvestres (que no se han plantado o mejorado por el hombre), lo que es apenas obvio³⁴⁸.

¿Quién es entonces en definitiva el “obtentor de variedades vegetales”? Una definición no se halla en el Convenio UPOV 1978, pero sí en otras disposiciones donde se indica que el obtentor es el creador de dichas variedades. El obtentor es pues el creador de la variedad vegetal, o en términos del artículo 1 de la Resolución ICA 1893 de 1995, es quien ha desarrollado y terminado una variedad vegetal³⁴⁹. Pero como acertadamente lo señala ROBLEDO DEL CASTILLO³⁵⁰, ofrece una definición más completa el numeral IV del artículo 1 del Convenio UPOV 1991 (no vigente en Colombia pero útil como criterio interpretativo): “la persona que ha creado o descubierto y puesto a punto una variedad vegetal”.

considera ROBLEDO DEL CASTILLO que muchos de los actuales problemas interpretativos desaparecerán cuando Colombia adhiera al Acta de 1991, *Ibid.*, p. 19.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 18.

³⁴⁶ *Ibid.*, pp. 19-20.

³⁴⁷ ROBLEDO DEL CASTILLO considera que entre esta excepción y los artículo 2, 3 y 4 del Acta UPOV de 1978 existe una antinomia, que debe ser resuelta en favor de esta última norma, con lo que sería posible el registro aunque en el momento no se permita su explotación (piénsese por ejemplo en una nueva variedad de la planta de coca), *Ibid.*, p. 20.

³⁴⁸ En este punto se señala que resulta aplicable el numeral 21 del artículo 5 de la Ley 99 de 1993.

³⁴⁹ A su vez, la Decisión 345 de 1993 en su artículo 4 define la expresión “crear” como “la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas”.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 21.

Previas estas aclaraciones necesarias sobre el bien jurídico y el contexto normativo, nos acercamos ahora al *quid* de este estudio. Existiendo un obtentor, cabe preguntar ahora cuáles son los requisitos para la obtención del Certificado de Obtentor Vegetal (COV). En nuestra opinión, no sólo es necesario que exista entonces el correspondiente certificado – COV-, sino además que este se encuentre respaldado por el efectivo cumplimiento de los requisitos legales de fondo para su concesión. En este orden de ideas, para la averiguación de los criterios según los cuales algo es considerado una “variedad vegetal” en el sentido del tipo penal se debe atender a estos requisitos. Los requisitos son seis³⁵¹: i) titularidad; ii) novedad; iii) distintividad o distinguibilidad; iv) homogeneidad; v) estabilidad; y vi) denominación varietal. Como ya se anotó, puede ponerse en duda el carácter de elemento teórico o cognoscitivo del tipo o de aspecto técnico especializado por el hecho de que estos requisitos están contenidos en las diversas normas que regulan este tema. No obstante, vale la pena reiterar en este punto que tales normas han surgido como reflejo jurídico de criterios propios de las ciencias naturales y reglas de la experiencia. Así las cosas, aunque no existieran normas que contuvieran estas definiciones o criterios, los mismos resultarían todavía aplicables a partir de estos mismos conocimientos científicos recogidos en la literatura especializada de la selección vegetal, el fitomejoramiento y la investigación e ingeniería genética en materia vegetal.

La titularidad³⁵² es tal vez el criterio que pueda resultar más “jurídico”, en la medida en que hace referencia al sujeto de Derecho que es titular de los derechos sobre la variedad vegetal. Como ya se explicó, no se protegen las variedades vegetales *per se*, sino a sus obtentores, como lo señala el artículo 14 de la Decisión 345 de 1993. Sobre este aspecto no se profundizará, pues ya se hicieron las anotaciones correspondientes.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 23.

³⁵² *Ibid.*, p. 23.

En segundo lugar se encuentra el requisito de la novedad³⁵³, que se comprende en un sentido ligado a la comercialización de la variedad, con lo que este requisito guarda similitud al anterior en el sentido de que tiene un origen o fundamento netamente jurídico. Se debe entonces remitirnos al literal b) del artículo 6 del Convenio UPOV 1978³⁵⁴, según el cual una variedad es nueva si: i) no ha sido comercializada u ofrecida en venta en el territorio donde se solicita su protección o de haberlo sido y si la legislación interna lo permite (como en Colombia), no desde más de un año; y ii) no ha sido comercializada u ofrecida en venta por fuera del territorio donde se solicita su protección, o de haberlo sido, no desde hace más de seis años para vides o cuatro años para otras plantas. De no registrarse dentro de estos plazos, la variedad pasará a ser de dominio público.

El tercer requisito es el de distinguibilidad³⁵⁵ o distintividad, que al igual de los dos anteriores es de orden jurídico. En este punto existe una antinomia entre lo dispuesto por el Convenio UPOV 1978 y la Decisión 345 de 1993 que ha sido puesta de relieve por ROBLEDO DEL CASTILLO. Mientras que el artículo 6 del Convenio UPOV 1978 hace radicar este requisito en el hecho de que la variedad sea diferente de cualquier otra cuya existencia sea notoriamente conocida en el momento en que se solicita la protección (entre otros posibles factores, por su cultivo, comercialización en curso, inscripción efectuada o en trámite en un registro oficial de variedades, presencia en una colección de referencia o descripción precisa en una publicación), el artículo 10 de la Decisión 345 de 1993 se refiere a que la variedad sea diferente a otras comúnmente conocidas, ya sea porque se encuentran en trámite para el otorgamiento de un derecho de obtentor o porque están inscritas en un registro oficial de cultivares. Como ya se explicó, entre tanto Colombia no adhiera al Convenio UPOV 1991, resultará inaplicable lo previsto en esta segunda norma.

Los siguientes dos requisitos son de naturaleza eminentemente técnica y por tanto se ajustan a la categoría de elemento normativo en sentido amplio que se estudia. La

³⁵³ *Ibid.*, p. 24.

³⁵⁴ Igualmente consúltense los artículos 8 y 9 de la Decisión 345 de 1993.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 25.

homogeneidad³⁵⁶ hace referencia a que la variedad sea suficientemente uniforme, para lo cual el criterio científico recogido en el artículo 11 de la Decisión 345 de 1993 indica que debe atenderse a sus caracteres esenciales, sin que ello se vea afectado por variaciones que sean previsibles según su forma de reproducción, multiplicación o propagación. Por otra parte, la estabilidad³⁵⁷, cuyas notas científicas características se recogen en el artículo 12 del mismo cuerpo normativo, guarda relación con la inalteración de estos caracteres esenciales de generación en generación y al final de cada ciclo particular de reproducciones, multiplicaciones o propagaciones.

Por último está el requisito de la denominación varietal³⁵⁸, en que no nos detendremos más allá de una corta definición en la medida en que no es relevante para nuestra exposición. Al tenor del artículo 13 de la Decisión 345 de 1993, Se trata de una denominación que busca la identificación de la variedad, para lo cual la normatividad de este campo prevé una serie de requisitos, tales como la prohibición de registrarla como marca. Mayores detalles se encuentran en los artículos 13 del Convenio UPOV 1978 y 34 a 43 de la Resolución ICA 1893 de 1995.

De los anteriores seis requisitos nos detendremos en tres de ellos, que son objeto de lo que se denomina el Examen Técnico de distintividad, homogeneidad y estabilidad (DHE)³⁵⁹, obligatorio dentro del trámite de registro e imprescindible para la concesión del certificado –COV-. Este examen es llevado a cabo en Colombia país por el ICA, según los artículos 2 y 3 del Decreto 533 de 1994, previo registro de una muestra viva ante la misma, aunque existen mecanismos de homologación o ayuda de otros organismos cuando no se tengan los medios necesarios para realizar la prueba en el caso de ciertos géneros o especies. Nos interesa detenernos en este aspecto pues se considera que en este punto se evidencia con total claridad el carácter del elemento normativo en sentido amplio que nos ocupa. Tratándose de un análisis técnico y científico, es necesario remitirse entonces a conceptos

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 25.

³⁵⁷ *Ibid.*, pp. 25-26.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 26.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 26.

sumamente especializados³⁶⁰ y a los resultados de exámenes realizados por expertos en la materia para determinar si se presentan o no estas características.

La pregunta que surge es entonces la de cómo establecer el dolo de una persona que no posea estos conocimientos. Sin embargo, antes de tratar este aspecto, lo que se hará al final del capítulo de la mano de ejemplos, vale la pena terminar la exposición para establecer cuáles son los derechos que se concede el Certificado de Obtentor Vegetal (COV) y que son objeto de vulneración por la conducta típica que se estudia. Claramente, la otra cara de la moneda consiste en las conductas que pueden desplegar legítimamente los terceros sobre estas variedades vegetales protegidas.

Como lo explica ROBLEDOS DEL CASTILLO³⁶¹, el Convenio UPOV 1978 establece en su artículo 5 (y similarmente, los artículos 23 a 27 de la Decisión 345 de 1993) una protección mínima obligatoria que los países deben asegurar. Sin embargo existen excepciones a esta protección. El artículo 13 del Decreto ICA 1893 de 1995 señala que el derecho de obtentor no confiere la facultad de impedir el uso de la variedad protegida cuando este se dé: i) en el ámbito privado, con fines no comerciales; ii) a título experimental; y iii) para la obtención y explotación de otra variedad.

Existe otra excepción importante que es conocida como “el privilegio del agricultor”³⁶², consagrada en el artículo 26 de la Decisión 345 de 1993 (y replicada en el artículo la Resolución ICA 1893 de 1995). En virtud de dicha excepción, no se considera que exista lesión a los derechos del obtentor por parte de quien reserve y siembre para su propio uso, o

³⁶⁰ Esta información puede hallarse en el siguiente enlace del sitio web de la UPOV (consultado 22 de mayo): http://www.upov.int/resource/es/dus_guidance.html Existen en este enlace formularios y explicaciones, como también listas de especies respecto de las cuales ya se han establecido directrices o existe conocimiento científico, pero lo que es más importante, un documento titulado “Introducción general al examen de la distinción, la homogeneidad y la estabilidad y a la elaboración de descripciones armonizadas de las obtenciones vegetales”, de fecha 19 de abril de 2002 (Documento TG/1/3), preparado por la oficina de la UPOV. No se entrará en los detalles debido a la complejidad de la materia. Además, más que la configuración del tipo objetivo (lo que es muy probable que se dé ya cuando hay un certificado –COV- que certifique correctamente el cumplimiento de estos requisitos), nos interesa el conocimiento típico, para lo cual no es necesario ser tan minuciosos.

³⁶¹ *Ibid.*, pp. 26-27.

³⁶² *Ibid.*, pp. 28-29.

venda como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de la variedad vegetal. Lo que no es abarcado por el privilegio es la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales.

Otro aspecto importante tiene que ver con las licencias, que al tenor de los artículos 29 de la Decisión 345 de 1993 y 55 y 59 de la Resolución ICA 1893 de 1995, son el medio por el cual el obtentor concede autorizaciones a terceros para la explotación de una variedad. Las condiciones de la licencia se establecen en un contrato, que será de adhesión para el tercero. Por fuera de los límites impuestos por estas condiciones existirá violación de los derechos del obtentor, pero es de aclarar que concedida la licencia el no pago de las correspondientes regalías por el tercero no configura una violación de tales derechos sino simplemente un incumplimiento contractual, como acertadamente lo pone de presente ROBLEDO DEL CASTILLO³⁶³.

Ahora bien, los artículos 9 del Convenio UPOV 1978, 30 a 32 de la Decisión 345 de 1993 y 56 a 59 de la Resolución ICA 1893 de 1995, prevén lo que se denomina licencias obligatorias o declaración de libre disponibilidad, y que se presentan cuando el Estado³⁶⁴, con miras a lograr una adecuada explotación de una variedad protegida, por razones de seguridad nacional o de interés público, declara de libre disponibilidad dicha variedad, previa compensación equitativa al obtentor. En tal caso, la autoridad nacional concederá licencias de explotación a terceros que ofrezcan garantías técnicas suficientes y se registren ante ella para tal efecto. Sin embargo, existe para esta declaración un término máximo de dos años prorrogables por una sola vez y por igual término, y condicionado a que subsistan las causas que motivaron la misma³⁶⁵.

³⁶³ *Ibid.*, p. 29.

³⁶⁴ En el caso colombiano lo hace el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura, de conformidad con el artículo 56 de la Resolución ICA 1893 de 1995.

³⁶⁵ *Ibid.*, pp. 29-30.

¿A partir de qué momento comienza la protección legal de los derechos del obtentor? Un análisis de la normatividad revela que ello no ocurre sólo desde la concesión del Certificado de Obtentor Vegetal (COV), pues el artículo 17 de la Decisión 345 de 1993 prevé una protección provisional mientras la solicitud se encuentra en trámite de registro. El Obtentor tendrá entonces una protección completa, a excepción de la acción legal de daños y perjuicios, que sólo puede interponerse a partir de la concesión del Certificado. Sin embargo, como ya fue anotado, se considera que para efectos de la configuración del tipo penal es necesario que exista un certificado –COV- y que además éste constate realmente la presencia de los requisitos legales.

¿Y cuándo se da la terminación de los derechos del obtentor? ROBLED DEL CASTILLO³⁶⁶ se refiere a cuatro eventos que extinguen estos derechos, que son previstos en el artículo 23 de la Resolución ICA 1893 de 1995: i) la declaración de nulidad del Certificado de Obtentor Vegetal (COV)³⁶⁷; ii) la cancelación del mismo³⁶⁸; iii) la renuncia, ante el ICA por medio escrito, a los derechos por parte del obtentor; y iv) el vencimiento de los términos de protección, que en Colombia es de 25 años para vides, árboles forestales y frutales, incluidos sus portainjertos, y de 20 años para las demás especies³⁶⁹. Este plazo se cuenta a partir del otorgamiento del derecho.

Así las cosas, tras haber analizado tanto el bien jurídico como el tipo objetivo, poniéndolos también en relación entre ellos, se procederá a estudiar el conocimiento típico requerido desde la óptica de la tesis planteada en este trabajo. Se tiene que, en palabras de la sentencia C-501 de 2014, “el delito de usurpación de derechos de obtentores de variedades vegetales tiene lugar, cuando el citado derecho se usurpa fraudulentamente, es decir, cuando una persona se apodera deliberadamente, de manera contraria a la verdad y a la rectitud, de

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 30.

³⁶⁷ Al respecto véanse los artículos 33 de la Decisión 345 de 1993 y 24 de la Resolución ICA 1893 de 1995, donde se establecen las causas que dan lugar a la declaratoria de nulidad.

³⁶⁸ Consúltense los artículos 35 de la Decisión 345 de 1993 y 26 de la Resolución ICA 1893 de 1995.

³⁶⁹ Es de aclarar en este punto que el Decreto 2687 de 2002 adoptó la duración de la protección prevista en el Convenio UPOV 1991, modificando el término inicial previsto en el artículo 7 del Decreto 533 de 1994.

derechos de obtentor de variedad vegetal que se encuentran protegidos legalmente, haciendo un uso y aprovechamiento indebido de los mismos”.

De entrada dos dudas vienen a la mente cuando nos preguntamos por el conocimiento que debe tener el sujeto para actuar con dolo respecto de esta conducta: i) ¿el verbo rector y el adverbio que lo califica (“usurpar fraudulentamente”)³⁷⁰ harían de este tipo uno de aquellos en los que el conocimiento típico resulta imposible de diferenciar de la conciencia de la antijuridicidad?; y ii) ¿específicamente qué debe ser conocido por el sujeto para afirmar que sabía que su conducta se realizaba respecto de una materia vegetal perteneciente a una variedad vegetal protegida legalmente?

El primero de los anteriores interrogantes puede ser resuelto más rápidamente, si se parte de la postura adoptada frente al sentido del error de prohibición. Entendiéndose este como un error sobre el carácter penalmente prohibido de la conducta, es claro que ello no coincidiría exactamente con el contenido atribuido a la expresión “usurpar fraudulentamente” como “apoderarse deliberadamente, de manera contraria a la verdad y a la rectitud”. Ello por cuanto no se considera que el conocimiento de la sanción penal de estos comportamientos se encuentre lo suficientemente difundida socialmente como para afirmar rotundamente la inseparabilidad del conocimiento típico y la conciencia de la antijuridicidad.

En cuanto al segundo, se considera que una vez establecido el sentido material auténtico del tipo (lo que motiva que el elemento sea recogido en el tipo), se está en condiciones de señalar claramente los aspectos que debe abarcar el dolo del sujeto, con cuyo conocimiento debería darse la función de llamada de atención del tipo. En este orden de ideas, el individuo ha de ser consciente, para actuar dolosamente, de que la materia vegetal sobre la que recae su conducta se encuentra protegida legalmente frente a acciones como la desplegada por él, o lo que es lo mismo, que su acción respecto de dicha materia vegetal es ilícita. En otras palabras, el sujeto activo debe saber que con su conducta se encuentra apoderándose, mediante actos engañosos, contrarios a la verdad y a la rectitud o

³⁷⁰ Frente a los verbos rectores contenidos en el segundo inciso no se presenta esta problemática.

simplemente ilícitos, de un derecho sobre esa variedad vegetal que legítimamente pertenece a otro.

Como ya fue explicado en la primera parte del presente trabajo, desde el enfoque adoptado no es necesario que el sujeto sepa³⁷¹ en abstracto cuáles son las características que conforman el elemento típico (como la existencia de un certificado –COV- que otorga los derechos a sobre dicha variedad vegetal a otro, por haberse verificado el cumplimiento de ciertos requisitos³⁷²); ni que conozca los procedimientos por los cuales concurre el elemento en el caso concreto (el trámite de solicitud del certificado –COV- y las características que fueron verificadas en el examen correspondiente –DHE-); ni las reglas constitutivas en virtud de las cuales el elemento adquiere su sentido (la normatividad nacional e internacional sobre la materia).

Así las cosas, el sujeto básicamente debe saber que con su conducta se apodera ilegítimamente de un derecho ajeno (no es menester que sea consciente de la identidad de su titular) sobre la materia vegetal³⁷³ objeto de su conducta. En definitiva, ha de ser consciente de que no tiene derecho a desplegar tal conducta, en la medida en que el derecho sobre esa variedad vegetal no le pertenece.

Este conocimiento debería permitir al hombre medio ideal tener conciencia de la lesividad o contrariedad social de su comportamiento, entendido como carga de antijuridicidad material, lo que a su vez debería impulsar al individuo, si no a captar, por lo menos a reflexionar o informarse sobre la antijuridicidad formal de la conducta (en un sentido de

³⁷¹ Aunque vale la pena recordar que del desconocimiento de estos aspectos puede derivarse un error de tipo, siempre que tal desconocimiento impida que el sujeto conozca la concurrencia en su conducta del elemento normativo en todo su sentido auténtico

³⁷² Bastante normal sería sin embargo que el sujeto arribara a este conocimiento por tener conciencia de la existencia de un certificado –COV-, aunque ello no es imprescindible, bastando a nuestro juicio que sepa que la materia vegetal hace parte de una variedad que es algo así como una “marca registrada”, en un sentido vulgar.

³⁷³ “El material de reproducción o de multiplicación vegetativa en cualquier forma; el producto de la cosecha, incluidos plantas enteras y las partes de las plantas; y, todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha”, al tenor de artículo 3 de la Decisión 345 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

antijuridicidad específicamente penal, como se ha justificado en este trabajo para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad).

En el caso de las demás modalidades típicas que se encuentran recogidas en el segundo inciso del artículo 306 del Código Penal, se considera que no es necesario hacer mayores aclaraciones, más allá de anotar que el sujeto no debe saber que con su conducta “usurpa”³⁷⁴ un derecho ajeno sobre la variedad vegetal en cuestión (ahora tanto el material vegetal como los bienes fabricados con el producto de la cosecha), sino simplemente que su conducta recae sobre material vegetal o productos derivados de una variedad vegetal objeto de usurpación. Es decir, que el objeto de la conducta fue producido, cultivado o distribuido sin tener derecho a ello.

Se ofrecen a continuación tres ejemplos que pueden servir para ilustrar la explicación precedente. Con ello se pretende aclarar cómo podría presentarse un error de prohibición, uno de tipo y uno de subsunción que tiene relevancia como error de prohibición, distinguiéndolo de otras posibles situaciones irrelevantes a estos efectos.

Un error de prohibición se presentaría a nuestro juicio cuando el sujeto no tenga la conciencia de estar realizando una conducta prohibida penalmente, aunque tenga plena conciencia de que concurre en su conducta el sentido auténtico de los elementos típicos en el caso concreto. Así, un ejemplo sería aquel en el que el sujeto pide a un amigo, quien ha adquirido licencias para cultivar una variedad protegida de rosa, que le entregue material de reproducción de la misma con el fin de cultivarla y vender eventualmente las flores sin tener que pagar por ello al obtentor de dicha variedad el valor de la respectiva licencia. El sujeto en este supuesto tiene plena conciencia de que no le pertenece, por no haber adquirido la licencia correspondiente, el derecho sobre la variedad de la que es parte el material vegetal que ha cultivado y que comercializa. No obstante, si el sujeto no es consciente de que al desplegar esta conducta incurre en la realización de un tipo penal, se

³⁷⁴ Aunque podría pensarse que las conductas recogidas en el segundo inciso pueden considerarse modalidades de “usurpar fraudulentamente”, en nuestra opinión el conocimiento típico es en este caso diferente.

encuentra en nuestra opinión amparado por un error de prohibición (que podrá ser vencible o invencible de acuerdo con las circunstancias del caso). No puede tratarse de un error de tipo toda vez que el sujeto sí tenía consciencia de que concurría en su hecho el sentido auténtico del elemento normativo (sabía que el derecho no le pertenecía), pero por motivos particulares del sujeto, éste creía que no incurría en un tipo penal (desconocía la existencia del tipo).

Por otra parte, concurre un error de tipo en los eventos en que el sujeto no es consciente de que concurre el sentido auténtico de los elementos típicos en su conducta. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando el sujeto erróneamente cree que no existe un derecho de un tercero sobre una variedad mejorada de algodón en la medida en que han transcurrido ya veinte años desde su otorgamiento. Si en realidad no ha transcurrido este término del derecho otorgado al obtentor de esta variedad, sino sólo 15 años (lo que ignora el sujeto), se presenta un error de tipo: el sujeto no sabe que se trata de una variedad protegida. En este evento no puede considerarse que concorra un error de prohibición, porque ya desde un comienzo el sujeto desconoce la concurrencia del elemento normativo en su sentido auténtico. En vista de que el sujeto no es consciente de que todavía existe un derecho sobre dicha variedad vegetal, no es posible afirmar el conocimiento típico respecto del elemento normativo que se estudia.

Finalmente, un error de subsunción con relevancia como error de prohibición se presentaría cuando un sujeto, debido a una errónea interpretación del concepto incluido en el tipo penal, considera que su conducta no es subsumible en el mismo, por lo que sería atípica. Esta situación podría presentarse cuando el sujeto, tras haber recibido una asesoría jurídica deficiente, tiene la convicción de que su conducta de comercialización de una variedad protegida de palma africana, pese a constituir una infracción del derecho de propiedad industrial, no es típica. Su razonamiento se basa en que según su asesor, al incluir el tipo la expresión “protegidas legalmente”, sólo castiga conductas referidas a variedades vegetales que han sido objeto una declaración de libre disponibilidad por parte del Estado, de quien se debería obtener la licencia de explotación. Dado que el sujeto realiza la conducta sobre

una variedad vegetal protegida, pero cuyo derecho de obtentor está en cabeza de un particular, considera que su actuar no se encuentra penalizado. En este evento, la mayoría de la doctrina consideraría que este error de subsunción no tiene relevancia como error de prohibición, pero desde la postura adoptada en este trabajo sobre dicho error, puede afirmarse la conclusión contraria. Para justificar esta decisión se remite a los argumentos ya presentados en defensa de esta tesis.

En cuanto a la doctrina colombiana revisada, se remite a lo expresado a propósito del tipo penal de abuso de confianza, dado que no se halló un estudio específico de este tipo penal.

Por último, revisada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por medio de la base de datos LEXBASE, no fue posible hallar sentencias que se refirieran específicamente al error sobre el elemento normativo que se estudia en este apartado, lo que es comprensible debido a la novedad de este tipo penal.

4. LEY PENAL EN BLANCO EN EL DELITO DE CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

Como ejemplo de un tipo penal del Código Penal colombiano que contiene un elemento en blanco (ley penal en blanco), se eligió el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales³⁷⁵, tipificado en el artículo 410 del Código Penal y cuyo tenor es el siguiente:

ARTICULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo [33](#) de la Ley 1474 de 2011>

³⁷⁵ A favor de esta caracterización, SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Externado de Colombia, 2001, pp. 66-678; CARLOS G. CASTRO CUENCA / MORENO, GUSTAVO, “Delitos de celebración indebida de contrato”, en: CARLOS G. CASTRO CUENCA (COORD.), *Manual de Derecho penal, Parte especial*, T. 2, Bogotá, Temis, 2011, p. 308; GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública*, 3ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 405.

<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los **requisitos legales esenciales** o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Como primer paso para el acercamiento al elemento normativo “requisitos legales esenciales” se debe esclarecer el contenido del bien jurídico tutelado por este tipo penal, como lo se ha hecho con las figuras delictivas precedentes. En este caso, se está ante un delito contra el bien jurídico “Administración Pública”, lo que además se verifica (sin ser este un criterio determinante como ya se anotó, pero útil en algunos casos) por la rúbrica del Título XV en el que se ubica este tipo penal. Este bien jurídico se suele entender como el correcto funcionamiento de la Administración pública en las tres ramas del poder público³⁷⁶.

Para comprender el sentido de este tipo penal, se juzga necesario hacer algunas consideraciones político-criminales críticas sobre el contenido que en la jurisprudencia nacional se le ha solido dar al bien jurídico “Administración Pública”. Como lo señala SOTOMAYOR ACOSTA³⁷⁷, una reiterada línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ha señalado como contenido de este bien jurídico “la ‘transparencia’ y ‘pulcritud’ de la

³⁷⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”, en: *Nuevo Foro Penal*, N° 65, Universidad EAFIT, 2003, pp. 132-133. Haciendo énfasis en la extensión a las tres ramas del poder público, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 26-27; explicando las diversas concepciones de la administración pública, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública*, 3ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 34, 49-55; trayendo a colación las otras concepciones del bien jurídico, pero acogiendo el concepto amplio que aquí se propone, PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, *Delitos contra la administración pública*, 2ª Ed., Bogotá, Ibáñez, 2005, p. 33-35.

³⁷⁷ Con las correspondientes referencias jurisprudenciales, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”, *Op. Cit.*, p. 124.

administración pública; el ‘deber de fidelidad’ del funcionario a la administración pública; el ‘deber de lealtad’ a la administración; el ‘buen nombre’, el ‘prestigio, el decoro de la administración, el deber de fidelidad, deber del cargo, disciplina’³⁷⁸. Es evidente que con dichas interpretaciones del bien jurídico se produce una ampliación del ámbito de conductas penalmente relevantes, lo que lleva aparejada una “administrativización” del Derecho penal, que no es otra cosa que la dificultad o imposibilidad de distinguir las conductas punibles de aquellas que pertenecen a la esfera del Derecho administrativo sancionador³⁷⁹.

Con ello no se está poniendo en duda la posibilidad de la tutela penal de bienes jurídicos colectivos tales como el que nos ocupa, en tanto condiciones del funcionamiento del sistema, pero sí se cuestiona su existencia separada de los bienes jurídicos individuales. En efecto, si el Estado no tiene otro fin que el de servir a los intereses de la comunidad y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, los bienes jurídicos colectivos deben estar al servicio de los bienes jurídicos individuales, que conforman las bases de existencia del sistema social³⁸⁰. Se trata entonces de bienes jurídicos al servicio de los intereses del hombre. Esta premisa se reitera en el artículo 11 del Código Penal, donde se indica que una conducta para ser constitutiva de delito debe suponer una afectación efectiva de un bien jurídico, sin que baste la mera infracción de un deber³⁸¹.

³⁷⁸ En un sentido similar, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 24, 179; hace referencia a esta postura, aunque luego parece decantarse por otra más ceñida a la lesividad social, PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 32, 36-38; haciendo énfasis en el artículo 209 de la Constitución y su interpretación jurisprudencial, URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 43-53; desde una postura crítica, con un estudio muy cuidadoso de la evolución del bien jurídico y una exposición de la doctrina nacional, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 31-33, 36-47, 61.

³⁷⁹ SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”, *Op. Cit.*, p. 125.

³⁸⁰ Con ulteriores referencias bibliográficas, *Ibid.*, p. 127; véase también, haciendo eco de las críticas que se efectuaron a la concepción del “deber de fidelidad del servidor público a la administración”, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, p. 47-49, 52-55.

³⁸¹ SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”, *Op. Cit.*, p. 130.

En un sentido general, puede afirmarse con SOTOMAYOR ACOSTA que el bien jurídico “Administración Pública” tiene como núcleo “el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad”, lo que puede ocurrir directa o indirectamente a través de actos de delegación³⁸². Por ello, puede afirmarse que “de lo que se trata es de proteger el correcto ejercicio de la función administrativa, indispensable para que el sistema pueda funcionar y cumplir con los fines que le ordena la Constitución en su art. 2”³⁸³. De este modo queda desvirtuado el mencionado carácter formal del bien jurídico, en la medida en que el mismo se vincula con los ciudadanos en el sentido del correcto servicio que los poderes públicos deben prestar a aquellos³⁸⁴. La alteración de la relación administración-ciudadanos es entonces, en últimas, el único referente legítimo para el Derecho penal.

Ahora bien, concretando el bien jurídico más allá de las anteriores anotaciones generales, se considera que, al igual que lo sostiene SOTOMAYOR ACOSTA³⁸⁵ frente al delito de interés indebido en la celebración de contratos, se protege al ciudadano con el tipo penal que se estudia, de un perjuicio que le causa un acto de la administración, al igual que un abstracto interés de toda la sociedad por la legalidad, objetividad e imparcialidad en la celebración de contratos por la administración pública. Por ello, el delito bajo estudio se configura cuando de la celebración del contrato se pueda derivar un perjuicio para alguien o se genere una ventaja injusta o beneficio.

³⁸² *Ibid.*, p. 133; mencionando también las dimensiones general y específica del bien jurídico, URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública, Op. Cit.*, pp. 51-52; también, PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, *Delitos contra la administración pública*, 2ª Ed., *Op. Cit.*, p. 35, n. 6; muy ampliamente al respecto, mencionando también las responsabilidades del delegante, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública, Op. Cit.*, pp. 58-73, 351.

³⁸³ SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”, *Op. Cit.*, p. 134.

³⁸⁴ Al respecto, véase el artículo 209 de la Constitución, donde se señala que la función administrativa “está al servicio de los intereses generales”, *Ibid.*, p. 134; es de señalar que existen pronunciamientos jurisprudenciales más recientes que rechazan concepciones como las que se vienen de criticar y que resultan muy similares a la sostenida por SOTOMAYOR ACOSTA, como puede evidenciarse en la sentencia 29206 de 15 de mayo de 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, citada muy ampliamente, junto con otras adicionales, en, URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública, Op. Cit.*, pp. 44-51. En la doctrina muy expresamente siguen la postura de SOTOMAYOR ACOSTA, anunciando también el mencionado viraje en la jurisprudencia, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública, Op. Cit.*, pp. 56-57, 65-73.

³⁸⁵ SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”, *Op. Cit.*, p. 137.

Cabe entonces preguntarse en que se distinguen el delito que nos ocupa y el delito a que se refiere SOTOMAYOR ACOSTA. Al respecto se considera que existen dos elementos diferenciadores: i) el interés “indebido” del servidor público en la obtención del beneficio o perjuicio particular que se concreta en un acto indebido (aspecto lesivo del interés abstracto de objetividad e imparcialidad, que redundaría en una mejor imagen de la administración sin que sea esto lo que se protege³⁸⁶); elemento necesario en el segundo delito pero no exigido en el delito que se estudia; y ii) la omisión de uno o más requisitos legales esenciales del contrato, que debe darse en la figura que nos interesa y que debe estar ausente, en nuestra opinión, en el interés indebido en la celebración de contratos (si hay interés indebido que se concreta en la omisión de requisitos *esenciales* se trataría de un concurso aparente que debe resolverse a favor de la aplicación del delito bajo análisis³⁸⁷). Así las cosas, lo central es que el contrato “garantice un correcto ejercicio del servicio público y la protección del interés general”. Si ello no es así y se da la omisión de un requisito esencial del contrato en cuestión, podría configurarse el delito bajo estudio.

Habiendo establecido el sentido del bien jurídico en el tipo penal concreto, se procederá ahora a analizar el elemento normativo “requisitos legales esenciales” y a ponerlo en relación con aquél. Si bien no nos podemos detener en este punto³⁸⁸, debe anotarse

³⁸⁶ Se trata de un efecto derivado del correcto funcionamiento de la actuación administrativa, que debe tomarse en cuenta para valorar la gravedad de los efectos de la conducta punible pero sin erigirlo en el objeto de tutela. Así, puede darse el caso de un contrato celebrado en forma legal redunde en beneficio general sin que ello implique una imagen favorable de la administración. En últimas debe verse afectado el servicio que la administración debe prestar a los ciudadanos, como ya se explicó. Al respecto, ampliamente, *Ibid.*, pp. 137-138, 146-148.

³⁸⁷ En relación con el delito de interés indebido en la celebración de contratos expresa SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “No se requiere, por supuesto, que exista una norma legal que prohíba con toda precisión al funcionario la actividad realizada, pero sí que el sujeto quebrante los deberes que le competen como garante de la legalidad, imparcialidad y objetividad que deben prevalecer durante la celebración del contrato u operación administrativa, mediante la realización de un acto objetivamente indebido”, *Ibid.*, p. 147. Se considera que esta idea refuerza nuestra tesis pues, como se verá, los elementos esenciales del contrato para efectos del establecimiento del sentido del delito bajo estudio deben interpretarse como exigencias más concretas señaladas por normas jurídicas. También apoya esta conclusión, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 212-213.

³⁸⁸ Al respecto, consúltese, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”, *Op. Cit.*, pp. 139-140; en contra, SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, *Op. Cit.*, pp.

previamente que del delito que se estudia es un delito especial, en la medida en que sólo puede ser realizado a título de autor por quien ostente la calidad de servidor público³⁸⁹, concepto que se define en el artículo 20 del Código Penal sin que, en nuestra opinión, el mismo se pueda ampliar a efectos penales por otras normas propias del Derecho administrativo. Lo anterior por cuanto sólo los servidores públicos en su definición de la precitada norma son garantes del bien jurídico “Administración pública”, pues sólo ellos se encuentran en posibilidad real de garantizar la materialización de los principios de objetividad, legalidad e imparcialidad en los actos y decisiones de la Administración. Pero aún más, no sólo deberá tratarse de un servidor público en el sentido señalado, sino que sólo podrá ser autor aquél en cuya órbita de competencias se encuentra el asunto sobre el que recae la acción típica³⁹⁰.

Un segundo aspecto que debe abordarse de manera previa al esclarecimiento del sentido de la expresión concierne a las especificidades de la ley penal en blanco en tanto clase de elemento normativo. Vale la pena en este punto hacer algunas anotaciones que permitan comprender mejor la problemática especial que se presenta cuando el elemento normativo es de esta clase, pues no es la misma que ocurre frente a los elementos normativos tradicionales ni frente a los elementos de valoración global del hecho.

Como ya se anunció, la mayoría de la doctrina defiende un tratamiento diferente del objeto del dolo dependiendo de si la remisión normativa proviene de un elemento normativo del tipo o si se trata de una ley penal en blanco³⁹¹. En el caso de los elementos normativos del tipo, la doctrina mayoritaria sostiene la tesis de la valoración paralela. No obstante, en

73-78; GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, p. 213; CARLOS G. CASTRO CUENCA / MORENO, GUSTAVO, “Delitos de celebración indebida de contrato”, *Op. Cit.*, p. 311; HIGUITA RIVERA, LINA MARÍA, *La responsabilidad penal del servidor público*, Medellín, Díké, 2001, p. 150; URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública*, *Op. Cit.*, p. 203; GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, p. 402.

³⁸⁹ *Ibid.*, pp. 28-31, 33 y ss.

³⁹⁰ Sobre todo lo anterior, ampliamente, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”, *Op. Cit.*, pp. 140-142; URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública*, *Op. Cit.*, p. 204; en sentido contrario, SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, *Op. Cit.*, pp. 81-84.

³⁹¹ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 358-360.

opinión de la mayoría de los autores, frente a los tipos penales en blanco el conocimiento del tipo requeriría una operación mental adicional: la lectura conjunta de los elementos del tipo que están separados. Para llevar a cabo este razonamiento, el elemento en blanco se sustituiría por el contenido de la norma de remisión y sólo al resultado de esta operación mental le serían aplicables los criterios generales en materia de dolo y error³⁹².

El primer aspecto problemático de esta tesis, que se podría denominar “tesis del tratamiento diferenciado” es que presupondría poder distinguir claramente ambas clases de remisiones, lo que no resulta fácil de hacer, pues el objeto de referencia es el mismo, al menos tratándose de elementos normativos que introducen una referencia a una norma jurídica³⁹³. Las soluciones propuestas al respecto no son satisfactorias, pues no hay suficientes elementos para aplicar los criterios de delimitación propuestos y otros parecen estar desprovistos de un fundamento material que guarde relación con la problemática del dolo y el error.

Por otra parte, es cuestionable el tratamiento diferenciado de ambas remisiones. Se ha argumentado en la doctrina que la decisión del legislador de efectuar una remisión ya sea con la finalidad de complementar el contenido del tipo o para ayudar a su correcta interpretación, no ofrecería una base adecuada para la teoría del error. En efecto, desde la óptica de la técnica legislativa, lo característico de la norma penal en blanco es su ventaja en el sentido de que permitiría incluir supuestos amplios en los tipos y posibilitaría una rápida adaptación a las reformas³⁹⁴, mientras que el elemento normativo tendría la cualidad de que permitiría evitar una formulación casuística de los tipos. Así, la opción por una u otra técnica legislativa no parece obedecer en el fondo a una valoración del legislador que debiera reflejarse en el objeto del dolo o la problemática del error, además de que es al

³⁹² *Ibid.*, pp. 171-173.

³⁹³ *Ibid.*, p. 359.

³⁹⁴ Así, defendiendo el empleo de esta técnica en el caso del delito que se estudia SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, *Op. Cit.*, pp. 68-69.

menos dudosa la posibilidad de diferenciar claramente entre ambas clases de remisiones normativas³⁹⁵.

Además, como ya se tuvo la oportunidad de expresar, la premisa de que la “lectura conjunta” propia de la “tesis de la sustituibilidad” no modifica el sentido del tipo ha sido cuestionada y rebatida por diversos autores³⁹⁶. Pese a que el ámbito objetivo de aplicación de la norma no se ve modificado con la sustitución de conceptos normativos por otros descriptivos, no puede afirmarse lo mismo en lo que al sentido del tipo o la intensión se refiere, dado que su alteración es evidente. En efecto, se anularía el componente normativo del elemento típico, por lo que no existiría una razón válida para reclamar un objeto del dolo diferente respecto de ambas clases de remisiones normativas. La sustitución llevaría a la afirmación de la concurrencia del dolo cuando el conocimiento se limita a circunstancias fácticas, lo que incluso desde la óptica de la doctrina mayoritaria sería insuficiente.

Lo anterior es explicado con particular claridad por FAKHOURI³⁹⁷ de la siguiente manera: el elemento que introduce la remisión tendría una base normativa, pero mediante la lectura conjunta de ambas normas la referencia a la norma (extrapenal) quedaría oculta, con lo que desaparecería dicha base normativa de la remisión. De este modo, la norma penal se convertiría en puramente descriptiva y como consecuencia se produciría una reducción del tipo, en la medida en que la remisión a la norma de complemento desaparecería. En definitiva, sí habría una modificación del tipo, en los supuestos en que la remisión se hace a una disposición dictada por otra instancia legislativa. En opinión de FAKHOURI, en el caso

³⁹⁵ FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Op. Cit., pp. 178, 266, 271-272, 359-360.

³⁹⁶ *Ibid.*, pp. 271, 360.

³⁹⁷ Un ejemplo puede ser útil para ilustrar este punto: en el caso de la prohibición de caza “fuera de los tiempos de veda”, este elemento se sustituiría por un rango de fechas, con lo que dicho elemento normativo desaparecería. El problema es que el término “veda” no es un mero sinónimo para dicho rango de fechas, de modo que se identifique exclusivamente con esta constelación fáctica. Así, quien no sepa que caza en período de veda, pese a conocer la fecha, no actúa dolosamente, contrariamente a la solución a la que llevaría la tesis de la lectura conjunta. Pareciera que cuando el legislador usa estos elementos buscaría asegurar que el autor tenga una representación del Derecho que conculca: la norma no expresa “quien mate en mayo”, sino “quien no respete el tiempo de veda” y es esto lo que debe abarcar el dolo. Al ser consciente de esta situación, el autor conocería también la antijuridicidad de la conducta. No habría entonces ningún motivo para corregir dicha decisión del legislador mediante la tesis de la sustituibilidad. Este ejemplo, además de otras objeciones a la teoría de la sustituibilidad pueden hallarse en, *Ibid.*, pp. 331-333.

de remisiones a normas penales, el legislador tendría absoluta libertad para introducir el contenido de la prohibición en la norma penal o en la de complemento, con lo que el componente normativo de esta norma penal en blanco será irrelevante.

En este orden de ideas, algunos autores como FAKHOURI, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y FRISCH han formulado propuestas unitarias sobre el objeto del dolo, por considerar que no existen diferencias sustanciales entre las leyes penales en blanco y los demás elementos normativos que deban ser tomadas en consideración para resolver este problema³⁹⁸.

Lo anterior conduce a una segunda cuestión, referida a la discusión a propósito de si es o no necesario el conocimiento de la existencia de la norma de remisión para apreciar la existencia del dolo. Como ya se indicó al inicio de este trabajo, la postura mayoritaria da a este interrogante una respuesta negativa, mientras que una postura minoritaria, vinculada en muchos casos a la teoría del dolo, apunta en la dirección contraria. Esta segunda postura se defiende también específicamente frente a casos en que el elemento en blanco se completa por referencia a disposiciones individuales completas (como podrían serlo órdenes de alguna autoridad)³⁹⁹. No obstante, existe una tercera posibilidad, a la que se suma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: en ciertos casos puede desprenderse de la regulación positiva la necesidad de conocimiento de la existencia de la norma de remisión, ya sea por haberse señalado de manera expresa o como conclusión de un razonamiento interpretativo del tipo.

Es esta la postura que se considera conduce a los resultados más acertados desde una perspectiva teórica, en la medida en que no incurre en generalizaciones que pueden resultar

³⁹⁸ *Ibid.*, pp. 291-292; 322. Igualmente MÜLLER-MAGDEBURG, quien afirma que la aplicación del criterio de la valoración paralela es válida por igual en casos de elementos normativos como de leyes penales en blanco, tesis que no merece un comentario adicional para los efectos de este trabajo. Al respecto, *Ibid.*, pp. 323-326.

³⁹⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 428-429; FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 242-243, 253-254. Este punto fue objeto de desarrollo por ARMIN KAUFMANN, quien consideraba estas órdenes como normas jurídicas, lo que conducía a considerar el error que sobre ellas recayera como un error sobre la norma que debía tratarse como un error de prohibición. Sobre ello, críticamente, ROXIN, CLAUS, *Teoría el tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 100-107, 120.

equivocadas. Así, el proceder correcto sería, como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁴⁰⁰, atender al sentido del tipo de que se trate para determinar qué debe ser abarcado por el dolo. En algunos eventos, el legislador habrá empleado la técnica legislativa de la ley en blanco por razones de economía legislativa (con el fin de no hacer enumeraciones muy largas), caso en que no se ve de ninguna manera afectado el sentido del tipo por tal proceder. Sin embargo, en otros supuestos, posiblemente en atención a la concreta materia regulada, la técnica de la ley penal en blanco puede tener otro fin, cual es incorporar directamente al tipo la propia existencia de normas de otros órdenes reguladores de ciertos sectores de actividad, de modo tal que la contrariedad a la norma forme parte integral del sentido del tipo. A nuestro juicio, no parece ser este último el caso en el tipo penal bajo estudio.

Si en un caso concreto se llegase a concluir que el tipo penal engloba de entrada la existencia misma de la norma de remisión, forzoso sería concluir que quedará poco espacio para el error de prohibición, pues una vez conocida por el sujeto la contrariedad de su conducta con la norma de remisión, conocerá necesariamente el carácter prohibido de la misma⁴⁰¹. Sin embargo, debe precisarse en este punto que aún queda espacio para la presencia de un error sobre la prohibición penal, si por ejemplo el sujeto era consciente de que su conducta entrañaba un ilícito administrativo pero ignoraba que la misma era constitutiva de delito⁴⁰². Recuérdese que en nuestro concepto es este un auténtico error de prohibición.

Bien podría pensarse incluso que más frecuente es el empleo de leyes penales en blanco por parte del legislador en el segundo de los sentidos mencionados, esto es, para incorporar al tipo la propia contrariedad a determinadas normas⁴⁰³. Ello obedecería, al menos en parte, al

⁴⁰⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 430.

⁴⁰¹ *Ibid.*, pp. 430.

⁴⁰² *Ibid.*, pp. 431.

⁴⁰³ Especialmente en el ámbito del Derecho penal accesorio. Con ejemplos, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 211-212, 214, 241-242, 251-252. Esta posibilidad es contemplada por el mismo ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 241-242. No se estudiará la propuesta de HERZBERG referida específicamente a este sentido de utilización de las leyes penales en blanco, pues es demasiado vaga su explicación. En resumen, este autor considera que en casos de formulación abierta

hecho de que en ciertos ámbitos en que la lesión de bienes jurídicos no es muy clara y las conductas tipificadas se asemejan más a peligros muy vagos para los mismos, los delitos se aproximarían a actos de desobediencia a normas de otros órdenes –lo que podría resultar criticable en sí-. En tales supuestos, es evidente que difícilmente se producirá la llamada de atención al sujeto propia del tipo si el sujeto no es consciente de la existencia de la norma que contraría con su conducta⁴⁰⁴.

En precedencia se han señalado algunas discusiones especiales y especificidades de las leyes penales en blanco frente a los demás elementos normativos. Con esta base se abordará ahora el estudio del elemento problemático del tipo penal que se analiza. Ello supone un gran esfuerzo, pues el esclarecimiento de lo que significa la expresión “requisitos legales esenciales” implica “un exhaustivo estudio del principio de legalidad⁴⁰⁵ del contrato estatal, con el fin de que todas aquellas descripciones abiertas del legislador tengan una razón de ser coherente, clara y concisa con lo que es en la práctica normativa el contrato del Estado”⁴⁰⁶.

Un estudio del principio de legalidad nos permitirá establecer los criterios empleados por el legislador para identificar un requisito legal como esencial o inesencial. Además del principio de legalidad, señala SANTOFIMIO GAMBOA que es necesario estudiar los principios de planeación, transparencia y escogencia objetiva. Sin embargo, se debe introducir una salvedad en este punto, pues como ya se anotó, se considera que los elementos esenciales

-cuando el legislador convierte un precepto que expresamente queda delimitado por su sentido de protección (*Schutzsinn*) en un elemento del tipo- la creencia errónea de que el precepto concreto que se estaría infringiendo no existe, sería un error de tipo. Sin embargo y como lo pone de presente FAKHOURI, no se explica suficientemente en qué eventos se emplea por el legislador esta formulación abierta. Al respecto, FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, *Op. Cit.*, pp. 263-264.

⁴⁰⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, *Op. Cit.*, pp. 431.

⁴⁰⁵ En este mismo sentido, citando la sentencia de 6 de febrero de 2008 de la Corte Suprema de Justicia, CARLOS G. CASTRO CUENCA / MORENO, GUSTAVO, “Delitos de celebración indebida de contrato”, *Op. Cit.*, p. 31; también, aunque desde una visión de la legalidad que parece más formalista, URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública*, *Op. Cit.*, p. 204; consúltese igualmente, PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, p. 202.

⁴⁰⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, *Op. Cit.*, p. 66.

del contrato para efectos del establecimiento del sentido del delito bajo estudio deben interpretarse como exigencias más concretas señaladas por normas jurídicas⁴⁰⁷.

Ahora bien, no toda infracción de la legalidad configura este tipo penal, pues el legislador ha sido claro al señalar sólo los requisitos legales esenciales como elemento típico⁴⁰⁸. Sin embargo, es evidente que la extensión de la materia exigiría una monografía dedicada exclusivamente al análisis de cada uno de los requisitos legales de las diferentes modalidades de contratación estatal, por no mencionar los diferentes contratos. Lo anterior haría necesario el análisis no sólo del Derecho administrativo, civil y comercial, sino aún del Derecho internacional en algunos casos⁴⁰⁹. Las anteriores consideraciones nos conducen a restringir el objeto de nuestra investigación a una reflexión genérica sobre el concepto de requisitos esenciales, sin entrar en especificidades de cada modalidad de contratación y clases de contratos⁴¹⁰. Además de ello, sólo nos podremos ocupar por razones de espacio de los requisitos esenciales para la celebración del contrato, no así de los requisitos relacionados con la tramitación y liquidación del mismo, eventos también contemplados por la norma penal⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Ponen de relieve los riesgos de derivar requisitos esenciales de los principios rectores de la contratación estatal sin más, cuando en cambio estos deben entenderse meras herramientas interpretativas, CARLOS G. CASTRO CUENCA / MORENO, GUSTAVO, “Delitos de celebración indebida de contrato”, *Op. Cit.*, pp. 317-319. Un análisis bastante completo de los principios de la actuación administrativa y de la contratación estatal, con abundantes citas jurisprudenciales es el efectuado por, URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública, Op. Cit.*, pp. 151-156; más brevemente, con ejemplos de infracciones a los principios, en, PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, *Delitos contra la administración pública, Op. Cit.*, pp. 203-205.

⁴⁰⁸ Haciendo un paralelo con el delito de prevaricato, GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública, Op. Cit.*, p. 402.

⁴⁰⁹ Ampliamente al respecto, SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos, Op. Cit.*, p. 118-119, 130-131; con un listado de las normas más relevantes, que se advierte puede estar desactualizado, CARLOS G. CASTRO CUENCA / MORENO, GUSTAVO, “Delitos de celebración indebida de contrato”, *Op. Cit.*, p. 308, n. 125.

⁴¹⁰ Un análisis más completo del tema en las diversas etapas contractuales, aunque posiblemente desactualizado debido a la vertiginosa producción normativa en este campo, puede hallarse en, SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos, Op. Cit.*, pp. 147-348; una muy buena actualización de este análisis, concretado en normas específicas, la efectúa URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública, Op. Cit.*, pp. 213-229; también, citando a otros doctrinantes y a la jurisprudencia (en especial la sentencia de 19 de diciembre de 2000 de la Corte Suprema de Justicia, importante aunque muy vaga; y la sentencia de 6 de octubre de 2004, más concreta), CARLOS G. CASTRO CUENCA / MORENO, GUSTAVO, “Delitos de celebración indebida de contrato”, *Op. Cit.*, pp. 312-319.

⁴¹¹ GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO, *Delitos contra la administración pública, Op. Cit.*, p. 214; una definición de estas modalidades puede hallarse en, HIGUITA RIVERA, LINA MARÍA, *La responsabilidad penal del servidor*

La gran dificultad que se presenta es que no existe en el ordenamiento un listado taxativo de requisitos esenciales del contrato estatal⁴¹² y a esto se suman los requisitos esenciales concretos de cada clase de contrato, típico o atípico⁴¹³, como es el caso del precio en la compraventa⁴¹⁴. Ante esta situación, se considera razonable el proceder propuesto por SANTOFIMIO GAMBOA⁴¹⁵, quien señala dos reglas metodológicas: i) el acercamiento a la teoría general de los actos y negocios jurídicos, en especial en lo que tiene que ver con la inexistencia, ineficacia o nulidad de los mismos, en la medida en que constituyen sanciones legales al desconocimiento de componentes trascendentales de aquéllos (vicios no subsanables); y ii) la interpretación de estos requisitos a partir de los principios rectores de la contratación estatal, a lo que introducimos la salvedad ya hecha en el sentido de que se entiende que los requisitos esenciales deben estar concretados en exigencias específicas.

La reflexión sobre el concepto de requisitos esenciales trae a la mente en primer lugar la normatividad civil y comercial, aplicable al campo del Derecho administrativo por expresa remisión normativa (artículos 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993)⁴¹⁶. Debe aclararse de entrada que ambos cuerpos normativos manejan diferentes concepciones de los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos, pero no es nuestro interés en este espacio hacer un análisis de estas discusiones doctrinarias propias del Derecho privado, sino establecer qué puede considerarse un requisito esencial con miras a la aplicación de la

público, *Op. Cit.*, 2001, pp. 151-152. No se incluye la etapa de ejecución, aunque en un principio lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, al respecto, URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública*, *Op. Cit.*, p. 206.

⁴¹² CARLOS G. CASTRO CUENCA / MORENO, GUSTAVO, “Delitos de celebración indebida de contrato”, *Op. Cit.*, p. 312.

⁴¹³ Muy ampliamente al respecto, con citas de pronunciamientos jurisprudenciales URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 157-174, 208-213; GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 405-407.

⁴¹⁴ *Ibid.*, pp. 405-406.

⁴¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, *Op. Cit.*, pp. 132-133.

⁴¹⁶ HIGUITA RIVERA, LINA MARÍA, *La responsabilidad penal del servidor público*, *Op. Cit.*, p. 151; URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 156-157; PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, p. 202; GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, p. 405.

figura delictiva bajo estudio, para lo cual nos son útiles los criterios señalados en los Códigos Civil y de Comercio.

Ahora bien, señala SANTOFIMIO GAMBOA⁴¹⁷ que los criterios señalados en el artículo 1501 del Código Civil como elementos esenciales del contrato no agotan todos los elementos esenciales de los contratos estatales, pues estos se encuentran sometidos a exigencias más estrictas derivadas de su naturaleza pública⁴¹⁸. ¿Cuál puede ser entonces un punto de partida más general? En palabras de SANTOFIMIO GAMBOA: “cuando las condiciones legales para la validez de un acto o negocio de la Administración no se cumplen por el operador de Derecho, se dice que nos encontramos frente a un acto o negocio imperfecto, y por lo tanto susceptible de ser calificado como ineficaz”⁴¹⁹. Es entonces la ineficacia este concepto general, pero existen diversos grados de ineficacia, pues los actos jurídicos pueden tener diferentes grados de imperfección, como lo explica SANTOFIMIO GAMBOA en palabras que merecen ser transcritas en su literalidad:

“Cuando el desconocimiento del ordenamiento jurídico por parte de los operadores del Derecho lleva a que se omitan los requisitos esenciales para la formación de un acto jurídico se habla de inexistencia del mismo o de ineficacia de pleno derecho. En otros casos, cuando se viola uno de estos requisitos, al igual que otros fundamentales para la validez del acto, esto es, igualmente esenciales, es evidente que nos encontramos ante nulidades absolutas, insaneables, que tan sólo pueden dar lugar a la desaparición del ordenamiento jurídico del correspondiente acto. Cuando se trata del desconocimiento de requisitos no esenciales en la conformación del acto jurídico –es decir, aquellos que no obstante su omisión o violación por el operador del Derecho permiten la vida jurídica del acto, por no viciarlo de fondo, y que admiten la posibilidad de subsanar el defecto, de

⁴¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, Op. Cit., p. 131.

⁴¹⁸ También se ha pronunciado en este sentido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia 17088 de 19 de diciembre de 2000, M.P. Álvaro Pérez Pinzón, citada en: URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública*, Op. Cit., pp. 209-213. Debe aclararse que en esta sentencia se hace referencia a los principios de la contratación administrativa como requisitos esenciales, lo que no se considera acertado a menos que los mismos se tomen como herramientas interpretativas.

⁴¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, Op. Cit., pp. 133-134.

manera expresa o por el transcurso del tiempo, de dice que se está ante un caso de nulidad relativa”.

Puede observarse entonces que los vicios de mayor trascendencia se sancionan con la inexistencia, ineficacia de pleno derecho o nulidad absoluta, por lo que se considera con el autor antes reseñado⁴²⁰ que son estos los vicios que deben guiar el análisis sobre el sentido de la expresión “requisitos legales esenciales”. Se procederá entonces a continuación a analizar estos vicios uno por uno para esclarecer su sentido y establecer de manera general, como es nuestra intención, el sentido de la expresión “requisitos legales esenciales”.

En primer lugar, se tiene la inexistencia, cuya definición puede hallarse en el segundo inciso del artículo 898 del Código de Comercio: “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”. Es de aclarar que dicho vicio se subsana con y en el momento del cumplimiento de las solemnidades del caso. La inexistencia puede considerarse entonces el primer caso de sanción por incumplimiento de requisitos esenciales, pero como bien lo señala SANTOFIMIO GAMBOA⁴²¹, debe analizarse con sumo cuidado esta cuestión, y se agrega, ponerla en relación con los principios de la contratación estatal y del bien jurídico tutelado, puesto que podrían llegarse a absurdos como la punición de un servidor público que olvidó firmar un contrato.

El segundo vicio que nos ocupa es la nulidad absoluta⁴²², el cual constituye una institución sancionadora de incumplimientos de legalidad sustancial que priva al acto jurídico de sus

⁴²⁰ “Significa esto que, para efectos de la tipificación del delito que nos ocupa, el gran esfuerzo que le corresponde hacer a las autoridades competentes en materia penal es el de analizar hasta qué punto los requisitos o requerimientos del legislador, supuestamente violados o desconocidos por el servidor público en el trámite, celebración o liquidación de un contrato, podrían llevar a la nulidad absoluta, a la ineficacia de pleno derecho o a la inexistencia del mismo”, *Ibid.*, p. 134; en un sentido similar, haciendo énfasis en los requisitos de validez, CARLOS G. CASTRO CUENCA / MORENO, GUSTAVO, “Delitos de celebración indebida de contrato”, *Op. Cit.*, pp. 318-319.

⁴²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, *Op. Cit.*, p. 136.

⁴²² *Ibid.*, p. 136-137.

efectos. En la medida en que se trata de una sanción de carácter civil, sus causales deben estar taxativamente establecidas en la ley como lo manda la Constitución. Las causales previstas en el Código Civil (artículos 6 y 1741⁴²³) y en el de Comercio (artículo 899⁴²⁴) se fundamentan básicamente en la preservación del interés general como orden público, barrera a la autonomía de la voluntad. Se trata entonces de normas imperativas o de orden público⁴²⁵ que no pueden ser conculcadas por ningún particular so pena de nulidad absoluta, lo que se puede inferir por ciertas expresiones del legislador en muchos casos, como: “prohíbese, es nulo, no se podrá, no tendrá valor, se tendrá por no escrito, se mirará como no ejecutado, deberá”⁴²⁶. Se trata en todo caso de un ejercicio interpretativo acerca de si las partes pueden modificar o derogar lo dispuesto por el legislador en la respectiva norma; si la respuesta es negativa, se tratará de un elemento esencial y su omisión podrá ser sancionada con nulidad absoluta. Un ejemplo de ello es la exigencia de que todo contrato estatal se celebre por escrito (con contadas excepciones), como lo dispone el artículo 39 de la Ley 80 de 1993⁴²⁷.

⁴²³ Artículo 6. Sanción y nulidad. La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

Artículo 1741. Nulidad absoluta y relativa. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato

⁴²⁴ Artículo 899. Nulidad absoluta. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

⁴²⁵ Artículo 16. Derogatoria normativa por convenio. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

⁴²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, *Op. Cit.*, p. 137.

⁴²⁷ HIGUITA RIVERA, LINA MARÍA, *La responsabilidad penal del servidor público*, *Op. Cit.*, p. 153; GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 215-217; PEÑA OSSA, ERLEANS DE JESÚS, *Delitos contra la administración pública*, 2ª Ed., *Op. Cit.*, p. 203; ampliamente sobre este requisito, con fuentes jurisprudenciales, URIBE GARCÍA, SAÚL, *Delitos contra la Administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 176-180; GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO / GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Delitos contra la administración pública*, *Op. Cit.*, pp. 408-409.

El objeto y la causa ilícita se refieren de manera muy clara a la garantía del orden público, como lo señala el artículo 1519 del Código Civil, donde se establece que existe objeto ilícito cuando se contraviene el Derecho público de la Nación, lo que se puede entender como normas imperativas, a las que hacen alusión los artículos 1521 y 1523 *ejusdem*, señalando algunos ejemplos⁴²⁸. Lo mismo ocurre con la causa ilícita como fundamentación fáctica o jurídica del negocio, como lo señalan los artículos 1502 y 1524 del Código Civil⁴²⁹. Con nulidad absoluta también se sancionan en el Código Civil los contratos celebrados por incapaces absolutos, y además debe aclararse que la omisión de solemnidades, que se trata en el Código de Comercio como inexistencia en es en el Código Civil un vicio generador de nulidad absoluta.

Finalmente, el ya citado artículo 1502 del Código Civil nos conduce al tema de los requisitos para obligarse, donde se mencionan los vicios de la voluntad, precisados a su vez en el artículo 1508 *ejusdem* como la fuerza, el error y el dolo. Ahora bien, no es tan claro que los vicios de la voluntad generen nulidad absoluta cuando se omite, pues algunos de estos vicios producen la nulidad relativa. En el caso de los errores, deben analizarse

⁴²⁸ Artículo 1521. Enajenaciones con objeto ilícito. Hay un objeto ilícito en la enajenación:

1o.) De las cosas que no están en el comercio.

2o.) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona.

3o.) De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.

Artículo 1523. Objeto ilícito por contrato prohibido. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

⁴²⁹ Artículo 1502. Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Artículo 1524. Causa de las obligaciones. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

entonces los artículos 1509, 1511 y 1512 que contienen ciertos eventos de errores no sustanciales.

Además de la normatividad civil y comercial, por otra parte, en el ámbito de los contratos estatales, el artículo 44 de la ley 80 de 1993 establece un régimen de causales de nulidad absoluta, norma que ha sido interpretada en los siguientes términos por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 26939 de 27 de marzo de 2014, C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón:

«Ha de precisarse que no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta los casos determinados en el artículo transcrito [44], sino también aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos - según las previsiones de sus artículos 6 y 1741 (...) En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

- a). - Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;
- b). - Ilícitud en el objeto;
- c). - Ilícitud en la causa;
- d). - Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;
- e). - Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;
- f). - Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;
- g). - Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;
- h). - Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;
- i). - Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales;

j). - Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.»

Del anterior listado ya se han tratado los eventos contemplados en los literales a), b), c), d), e) y g), restando sólo los literales f), h), i) y j). El literal f) hace referencia ya a otro delito cual es tipificado en el artículo 408 del Código Penal (violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades o incompatibilidades). Por este motivo no se le considerará como un requisito esencial a efectos del tipo penal que se estudia⁴³⁰. Esta misma conclusión puede extenderse al literal h), en la medida en que para estas situaciones ya se prevé el delito de celebración indebida de contratos⁴³¹, que ya fue analizado a grandes rasgos. Finalmente, los literales i) y j) sí prevén unas causales específicas de nulidad absoluta para los contratos estatales que resultan aplicables a la interpretación del tipo penal bajo estudio⁴³², aunque no merezcan un análisis especial.

Luego de haber analizado las causales legales de nulidad absoluta cabe referirnos a la denominada ineficacia de pleno derecho, referida a graves desconocimientos del régimen contractual legal que privan de todo efecto jurídico al contrato. Esta sanción legal se consagra en el artículo 24 numeral 5 de la ley 80 de 1993 en los siguientes términos: “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”. Dicho numeral contiene una serie de exigencias especialmente relacionadas con el trámite y celebración del contrato, y muy particularmente se subraya el principio de la escogencia objetiva de manera concreta. En casos de violaciones a estas prescripciones, se establece la obligación de las

⁴³⁰ En este mismo sentido, SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Delitos de celebración indebida de contratos*, Op. Cit., pp. 141-142.

⁴³¹ Así, *Ibid.*, p. 142.

⁴³² Se expresa en este sentido, *Ibid.*, p. 143.

autoridades de inaplicar las disposiciones violatorias debido a la gravedad de la infracción normativa⁴³³.

Finalmente, resta una breve referencia a la nulidad relativa, a la que se hace alusión en el artículo 46 de la ley 80 de 1993, donde se dice que todo otro vicio de legalidad será constitutivo de nulidad relativa, que pueden sanearse por la ratificación expresa de los interesados o por el transcurso del tiempo, como también lo establecía el artículo 1741 del Código Civil⁴³⁴. Se trata entonces de un vicio de legalidad no esencial, como ocurre respecto de ciertos vicios del consentimiento y la lesión enorme. Por las razones anotadas, la omisión de estos requisitos no configura el tipo penal de celebración de contrato con omisión de requisitos esenciales⁴³⁵.

Así las cosas, tras haber analizado tanto el bien jurídico como el tipo objetivo, poniéndolos también en relación entre ellos, se procederá a estudiar el conocimiento típico requerido desde la perspectiva de la tesis sostenida en este escrito. Se tiene entonces que el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos esenciales se configura cuando un servidor público celebra un contrato estatal con omisión de un requisito esencial, o lo que es lo mismo, cuando el contrato tiene un vicio que acarrea como sanción la inexistencia, ineficacia de pleno derecho o nulidad absoluta.

Frente a este tipo penal se plantea simplemente una pregunta: ¿específicamente qué debe ser conocido por el sujeto para afirmar que sabía que celebraba un contrato en el cual se había omitido un requisito esencial? Pero la respuesta a la misma debe pasar por el análisis de si dicho conocimiento implica ya la conciencia de la antijuridicidad de la conducta.

Partiendo de la postura adoptada en este trabajo frente al sentido del error de prohibición, entendiéndose éste como un error sobre el carácter penalmente prohibido de la conducta,

⁴³³ En este mismo sentido, *Ibid.*, pp. 144-145.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 146.

⁴³⁵ Así también, PABÓN PARRA, citado en: CARLOS G. CASTRO CUENCA / MORENO, GUSTAVO, “Delitos de celebración indebida de contrato”, *Op. Cit.*, p. 313.

nos preguntamos entonces si el sujeto puede no ser consciente de que realiza una conducta penalmente prohibida cuando celebra un contrato conociendo que en el mismo se omite un requisito esencial, o lo que es lo mismo, que el contrato tiene un vicio que acarrea la inexistencia, nulidad absoluta o ineficacia de pleno derecho. Se considera que en este caso entre el conocimiento típico y la conciencia de la antijuridicidad no existe un vínculo muy directo en el sentido de que dado el primero sea presumible el segundo. Así las cosas se considera que frente a este delito el conocimiento típico es fácilmente separable de la conciencia de la antijuridicidad (penal), pues bien puede ocurrir que el sujeto sea consciente de que transgrede la normatividad administrativa pero no que incurre en la comisión de un tipo penal.

En cuanto al interrogante principal que se planteó, se considera que una vez establecido el sentido material auténtico del tipo (lo que motiva que el elemento sea recogido en el tipo), se está en condiciones de señalar claramente los aspectos que debe abarcar el dolo del sujeto, con cuyo conocimiento debería darse la función de llamada de atención del tipo. En este orden de ideas, el individuo ha de ser consciente, para actuar dolosamente, que el contrato que celebra (recuérdese que no nos ocupamos acá de las restantes modalidades típicas) está viciado de nulidad absoluta, ineficacia de pleno derecho, o es simplemente inexistente de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Como ya fue explicado en la primera parte del presente trabajo, desde el enfoque adoptado no es necesario que el sujeto sepa⁴³⁶ en abstracto cuáles son las características que conforman el elemento típico (como el específico nombre de la exigencia legal que se omite o sus características en detalle); ni que conozca las reglas constitutivas en virtud de las cuales el elemento adquiere su sentido (la normatividad nacional o internacional sobre la materia que consagra el respectivo requisito esencial).

⁴³⁶ Aunque vale la pena recordar que del desconocimiento de estos aspectos puede derivarse un error de tipo, siempre que tal desconocimiento impida que el sujeto conozca la concurrencia en su conducta del elemento normativo en todo su sentido auténtico

Así las cosas, el sujeto básicamente debe saber que con la celebración del contrato en esas circunstancias se incurre en un vicio de importancia trascendental para la validez o existencia del mismo; o lo que es lo mismo, la conciencia de que el contrato está viciado de nulidad absoluta, inexistencia o ineficacia de pleno derecho. En definitiva, ha de ser consciente de que con su conducta infringe gravemente la normatividad contractual establecida en el derecho administrativo y/o privado. Este conocimiento debería permitir al hombre medio ideal tener conciencia de la lesividad o contrariedad social de su comportamiento, entendido como carga de antijuridicidad material, lo que a su vez debería impulsar al individuo, si no a captar, por lo menos a reflexionar o informarse sobre la antijuridicidad formal de la conducta (en un sentido de antijuridicidad específicamente penal, como se ha justificado en este trabajo para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad).

Se ofrecen a continuación tres ejemplos que pueden servir para ilustrar la explicación precedente. Con ello se pretende aclarar cómo podría presentarse un error de prohibición, uno de tipo y uno de subsunción que tenga relevancia como error de prohibición, distinguiéndolo de otras posibles situaciones irrelevantes a estos efectos.

Un error de prohibición se presentaría a nuestro juicio cuando el sujeto no sea consciente de que lleva a cabo una conducta prohibida penalmente, pese a tener plena conciencia de la concurrencia del sentido auténtico de los elementos típicos en el caso concreto. Lo que ocurre es que el servidor público debe ser consciente de que omite un requisito esencial, o que se incurre en un vicio grave en la celebración del contrato. Así, un ejemplo sería el de un servidor público que es consciente de que incurre en un vicio grave en la contratación al no celebrar un contrato por escrito (cuando debía hacerse en esas condiciones), pero lo hace bajo la creencia de no estar incurriendo en un delito aunque se trate de un ilícito administrativo (desconoce la existencia del tipo penal). El sujeto en este supuesto tiene plena conciencia de que el contrato no se está celebrando por escrito, y que por lo tanto el mismo se encuentra gravemente viciado. No obstante, si el sujeto no es consciente de que al desplegar esta conducta incurre en la realización de un injusto penal, lo que es imaginable

en servidores públicos de lugares apartados de la geografía nacional, se encuentra en nuestra opinión amparado por un error de prohibición (que podrá ser vencible o invencible de acuerdo con las circunstancias del caso). No puede tratarse de un error de tipo toda vez que el sujeto sí tenía consciencia de que concurría en su hecho el sentido auténtico del elemento “elemento esencial” (sabía que se incurría en un vicio de gravedad en la contratación), pero por motivos particulares del sujeto, éste creía que no incurría en la realización de un tipo penal. Sobre este punto es importante tener en cuenta los argumentos a propósito de la tesis de la sustituibilidad, sobre lo cual se volverá enseguida.

Por otra parte, el error de tipo se presentaría cuando el sujeto desconoce la concurrencia del sentido auténtico de los elementos típicos en el caso concreto. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando el servidor público considere que sí ha realizado una licitación pública como lo exige la norma para la respectiva modalidad de contratación, simplemente con la publicación del aviso de la apertura de la licitación en la cartelera de la respectiva entidad por cinco días. En este caso, evidentemente el sujeto no es consciente al celebrar el contrato con el único proponente que se presentó al cabo de cinco días, de que ha omitido el requisito legal de la licitación pública (requisito esencial en este evento) y, lo que es realmente importante, de que el contrato se encuentra viciado de gravedad. En este evento no puede considerarse que concurra un error de prohibición, porque ya desde un comienzo el sujeto desconoce la concurrencia del elemento normativo en su sentido auténtico. En vista de que el sujeto no es consciente de que se ha incurrido en un vicio grave en el trámite de la contratación, no es posible afirmar el conocimiento típico respecto del elemento normativo que se estudia.

Finalmente, un error de subsunción que tiene relevancia como error de prohibición se presentaría cuando un sujeto, debido a una errónea interpretación del tipo penal, considera que su conducta no puede subsumirse en el mismo, por lo que sería atípica. Esta situación podría presentarse cuando el servidor público, tras haber recibido una asesoría jurídica deficiente, tiene la convicción de que su conducta de celebración de un contrato de suministro de combustible sin exigir garantías de cumplimiento al contratista como es

debido, pese a constituir una infracción del derecho administrativo, no es típica. Su razonamiento se basa en que según su asesor, el sentido de la expresión “contrato” en el artículo 410 del Código Penal, se refiere sólo a eventos en los que el contrato se rige por el Derecho administrativo y no por el Derecho privado (como sería el caso en el ejemplo propuesto). Dado que el sujeto celebra un contrato regido por el Derecho privado, considera que su actuar no se encuentra penalizado y que simplemente se trata de una infracción a las normas de contratación pública. En este evento, la mayoría de la doctrina consideraría que este error de subsunción no tiene relevancia como error de prohibición, pero desde la postura adoptada en este trabajo sobre dicho error, puede afirmarse la conclusión contraria. Para justificar esta decisión se remite a los argumentos ya presentados en defensa de esta tesis.

Como ya se dijo, en todo caso debe tenerse en cuenta la inadmisibilidad de la teoría de la sustituibilidad, tal y como se justificó en precedencia. Si bien no se cuenta con elementos que permitan establecer que algún autor colombiano la sostenga frente a este tipo penal (o en general, desde la investigación realizada), este es un elemento decisivo y no debe pasarse por alto. Como ya se anotó, la aplicación de la tesis de la sustituibilidad afectaría directamente el sentido del tipo y modificaría de manera inaceptable el contenido del conocimiento típico: lo que debe conocerse no es el contenido exacto de la norma de remisión sino el sentido auténtico del elemento normativo presente en el tipo.

En lo que a la doctrina colombiana se refiere, se remite igualmente a lo expresado a propósito del delito de abuso de confianza, toda vez que no fue posible hallar un análisis específico de este tipo penal que ofrezca elementos relevantes.

Por último, revisada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por medio de la base de datos LEXBASE, no fue posible hallar sentencias que se refirieran específicamente al error sobre el elemento normativo que se estudia en este apartado. No obstante, se resalta la existencia de la sentencia de 14 de diciembre de 2011, rad. 32679, que ofrece valiosos elementos para el análisis de este tipo penal.

5. ELEMENTO DE VALORACIÓN GLOBAL DEL HECHO EN EL DELITO DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD

Como ejemplo de un tipo penal del Código Penal colombiano que contiene un elemento de valoración global del hecho, se eligió el delito de privación ilegal de la libertad, tipificado en el artículo 174 del Código Penal y cuyo tenor es el siguiente:

ARTICULO 174. PRIVACION ILEGAL DE LIBERTAD. <Penas aumentadas por el artículo [14](#) de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.

La problemática que suscita el análisis de este tipo penal y del elemento normativo que nos interesa es básicamente la de estudiar qué ocurre cuando se trata de un elemento normativo en grado extremo, de un elemento de valoración global del hecho. Por este motivo, no es posible comenzar el análisis del bien jurídico ni del concreto elemento normativo sin haber antes efectuado una exposición completa de la compleja problemática de los elementos de valoración global del hecho⁴³⁷.

La teoría de los elementos de valoración global del hecho fue desarrollada por ROXIN en respuesta a la tesis de WELZEL y en parte de su discípulo ARMIN KAUFMANN sobre los denominados tipos abiertos y elementos del deber jurídico⁴³⁸. Como ya se anunció, se

⁴³⁷ También aborda la problemática de los elementos de valoración global del hecho frente al delito de detención ilegal en España, MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, *El delito de detención*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 187-194. Sin embargo, debe notarse que el tipo penal que se estudia en este trabajo contiene un elemento especial, diferente a la expresión “ilegal”, cual es “con abuso de sus funciones”. En nuestra opinión es este un legítimo elemento de valoración global del hecho.

⁴³⁸ Planteamientos que ROXIN considera un cuerpo extraño dentro del sistema finalista en sus fundamentos y consecuencias, pese a que WELZEL establece una fuerte conexión de doble vía entre los tipos abiertos y las estructuras lógico objetivas en apoyo de sus tesis, ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, *Op. Cit.*, pp. 158-168, 175-176.

coincide con los planteamiento de ROXIN en este punto, por lo que no se juzga conveniente hacer una exposición pormenorizada de las tesis que rebate en su obra “Teoría del tipo penal”⁴³⁹.

En conclusión, luego de estudiar con detenimiento los planteamientos de WELZEL y de ARMIN KAUFMANN, afirma ROXIN que los elementos del deber jurídico parecen ser “una cantidad coloreada de elementos de diversas especies que han sido casualmente agrupados y que no se diferencian en forma clara de los demás elementos del tipo”⁴⁴⁰. No obstante, el autor alemán identifica dentro de los casos analizados por estos autores un grupo de elementos diferenciables que deberían sumarse a otros todavía no contemplados en la medida en que revisten características especiales en lo que a su especial conexión con el conocimiento de la antijuridicidad se refiere⁴⁴¹. Por lo anterior, ROXIN reconoce que el gran mérito de aquellos autores es el de haber puesto de manifiesto por vez primera la característica especial de la particular conexión de estos elementos con la antijuridicidad⁴⁴². Pese a ello, ROXIN no considera que todos los elementos del deber jurídico pertenezcan a esta categoría especial y difiere del criterio expuesto por WELZEL y ARMIN KAUFMANN en el sentido de que no los considera componentes de la antijuridicidad sino, al menos en parte, del tipo⁴⁴³.

La explicación sobre el tratamiento de estos elementos estaría evidentemente incompleta con la breve caracterización que hasta el momento se ha realizado, por lo que a continuación se dedicará un espacio a una lista abierta⁴⁴⁴ ofrecida por ROXIN de los supuestos englobados bajo la expresión “elementos de valoración global del hecho”⁴⁴⁵, en

⁴³⁹ Una exposición de estas tesis, además de las posturas principales en la doctrina y jurisprudencia de la época, puede hallarse en, *Ibid.*, pp. 3-28, 30-56, 87.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 138.

⁴⁴² *Ibid.*, pp. 132-138.

⁴⁴³ Ello en la medida de que contribuyen también a la descripción del hecho, incluso en una medida superior a la de los demás elementos toda vez que se refieren a una valoración esencial para captar el sentido social de la conducta, *Ibid.*, pp. 94-99, 152-155.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 233.

⁴⁴⁵ Sobre este punto, *Ibid.*, pp. 134-138.

los que a veces no es posible separar la conciencia de la antijuridicidad de las circunstancias que la fundamentan.

En primer lugar, se ubican los tipos que sancionan ciertas acciones cuando las mismas son realizadas sin autorización de alguna autoridad o sin un permiso determinado, siempre que el tipo en su redacción contenga (al menos tácitamente) la expresión “requerida” con referencia a tal autorización o permiso. Ello por cuanto sólo con el conocimiento del tipo en el sentido de estar actuando sin el permiso que se sabe es exigido puede afirmarse que concurre a la vez la conciencia de la antijuridicidad (sin este elemento, sólo se contendría una causa de justificación en el sentido tradicional)⁴⁴⁶. Puede afirmarse lo mismo frente a órdenes “obligatorias” en el ámbito del Derecho penal militar⁴⁴⁷.

En otros casos de “autorización” habrá un error de tipo cuando el mismo recaiga sobre circunstancias que de existir determinarían la autorización de la acción (por ejemplo la existencia misma del consentimiento o de un permiso). Por el contrario, se tratará de un error de prohibición cuando el autor es consciente de la situación pero pese a ello se cree autorizado a desplegar una conducta prohibida (no necesitar el permiso)⁴⁴⁸.

La legitimidad en el ejercicio del cargo es otro elemento que presenta una característica especial, pues es evidente que el conocimiento de que el funcionario actúa en legítimo ejercicio del cargo (o derechos) incluye ya la conciencia misma de la antijuridicidad⁴⁴⁹. Si se sabe que el funcionario tiene autorización del ordenamiento jurídico para llevar a cabo una acción, no es dable suponer también que existe una autorización jurídica para resistirse a la actuación del funcionario⁴⁵⁰. Se trata entonces de uno de los casos en que ROXIN indica que no es posible separar la conciencia de la antijuridicidad de las circunstancias que la fundamentan. La única posibilidad de que se presente un error de tipo sería por ejemplo si

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 130.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, pp. 228, 242-243.

⁴⁴⁹ En contra de la consideración de este elemento como condición objetiva de punibilidad, *Ibid.*, pp. 223-224.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, pp. 123-126.

el sujeto yerra sobre el funcionario que va a llevar a cabo la acción (cree que es el mismo juez y no el inspector de policía quien piensa llevar a cabo el embargo). En los restantes casos en que se tenga claro conocimiento de la situación, pero que se presenten en el sujeto consideraciones jurídicas equivocadas sobre la adecuación a Derecho de la conducta, se tratará de un error de prohibición (por ejemplo quien se siente inocente, aunque sea sospechoso y por ello crea que puede resistirse a una actuación policial)⁴⁵¹. En todo caso, la jurisprudencia alemana ha limitado el campo de acción del error de tipo en estos casos, considerando que la lesión de prescripciones formales no esenciales no afectan la legitimidad del ejercicio del cargo, lo que parece razonable. Así, si alguien cree que tales defectos le permiten resistirse a la acción del funcionario, se trataría de un error de prohibición⁴⁵².

Lo mismo ocurre en el concepto de “competencia” de algún funcionario para llevar a cabo una acción o llevar a cabo un trámite (derecho y deber de una autoridad para actuar en una cuestión determinada, según la definición de WELZEL). En efecto, si el dolo es ser consciente de que el funcionario tiene un “derecho soberano” a desplegar cierta conducta, coincide con la conciencia de la antijuridicidad⁴⁵³. Cabe frente a este elemento la distinción entre las circunstancias que fundamentan la antijuridicidad y la conciencia de la antijuridicidad. Sólo si se ha percibido incorrectamente la realidad (por ejemplo que el juez no es tal sino un fiscal) puede hablarse de un error de tipo. Si por el contrario se conoce la situación y pese a ello se considera estar autorizado para actuar (por ejemplo resistiendo), se estará ante un error de prohibición⁴⁵⁴.

Igual situación se presenta con el concepto “validez jurídica”, cuando se emplea por ejemplo en relación con una orden. Si el sujeto sabe que la orden reviste esta calidad, necesariamente será consciente de la antijuridicidad por ejemplo al resistirse a la misma⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ *Ibid.*, pp. 220-221.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 222.

⁴⁵³ *Ibid.*, pp. 127-130.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, pp. 229-230.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 130.

Este es un verdadero caso en el que no es posible un error sobre circunstancias descriptivas del tipo que sean separables de la prohibición⁴⁵⁶.

Otro grupo estaría constituido por tipos que contienen una expresión similar a “lesionando un derecho ajeno”, donde es evidente la conexión con la conciencia de la antijuridicidad formal. Si el sujeto cree que posee un permiso o autorización, se tratará de un error de tipo, pero si por el contrario supone que no se presenta una lesión del derecho ajeno porque la ley lo faculta para realizar la conducta, aunque en realidad no sea así, se presentará en tal caso un error de prohibición⁴⁵⁷. A nuestro juicio, puede establecerse un paralelismo entre esta categoría y el delito que nos ocupa, toda vez que similar situación se presenta con el elemento normativo “abusando de sus funciones”.

Lo mismo ocurriría con elementos subjetivos del tipo que “de manera más o menos encubierta convierten a la conciencia de la antijuridicidad en componente del tipo subjetivo”, como ocurriría por ejemplo en los tipos en que se requiere la intención de obtener un provecho injustificado para sí o para otro, o de apropiarse antijurídicamente⁴⁵⁸. En tales casos, lo cierto es que es imposible desconocer la antijuridicidad de la conducta cuando la misma se realiza de modo doloso⁴⁵⁹, pero aún es posible un error de tipo.

Otros casos aislados se refieren a los tipos que hacen referencia a la pretensión impositiva del Estado⁴⁶⁰, donde sí es posible que se presente tanto un error de prohibición como uno de tipo⁴⁶¹.

Quedan excluidos casos en los que el elemento simplemente confiera al sujeto el conocimiento de la reprochabilidad social de la conducta o la antijuridicidad material, mas

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 230.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 231.

⁴⁵⁸ Es este un tema que fue excluido del marco de este trabajo, como se anunció en la introducción. Pese a ello, se trata de un problema muy interesante. Al respecto, aunque sin abordarlo tampoco, *Ibid.*, pp. 231, 295.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp. 137-138.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 137.

⁴⁶¹ *Ibid.*, pp. 232-233.

no la antijuridicidad formal. Lo mismo ocurre con los elementos de la autoría y la calificación jurídica del hecho previo en el encubrimiento. Lo segundo se comprende fácilmente con un ejemplo: quien conoce su calidad de funcionario simplemente conoce su deber de fidelidad mayor, pero no su deber en el caso concreto⁴⁶². Y en el caso del encubrimiento o la receptación, lo que ocurre es que quien conoce el carácter delictivo del hecho previo no necesariamente conoce la prohibición del encubrimiento o de la receptación, aunque ello pueda ocurrir en la mayoría de los casos⁴⁶³.

Lo que bien puede ocurrir es que ciertos elementos fundadores del injusto estén de tal manera ligados a la conciencia de la antijuridicidad formal que su conocimiento implique necesariamente adquirir esto último, en la medida en que dichos elementos vayan más allá de permitir el conocimiento de la lesividad social y lleguen al extremo de indicar la antijuridicidad formal. No obstante, esto puede no resultar tan frecuente si se comprende la conciencia de la antijuridicidad como requisito de conocimiento de la punibilidad del comportamiento.

La separación entre la antijuridicidad y las circunstancias que la fundamentan en el caso de los elementos de valoración global no resulta en opinión de ROXIN⁴⁶⁴ difícil en la mayoría de los casos, pues los supuestos en que por ejemplo un funcionario puede detener a una persona se encuentran reglados jurídicamente. Ahora bien, debe hacerse una precisión sobre un punto importante no contemplado en la tesis de ROXIN: evidentemente es más fácil sostener la diferencia entre el conocimiento de los elementos de valoración del hecho y la conciencia de la antijuridicidad cuando se entiende esta como conciencia de prohibición específicamente penal, como se sostiene en este trabajo.

Ahora que se ha estudiado la problemática de los elementos de valoración global del hecho, nos corresponde analizar el bien jurídico tutelado por este tipo penal a grandes rasgos. En

⁴⁶² *Ibid.*, pp. 107-110, 135.

⁴⁶³ *Ibid.*, pp. 136-137.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 218.

nuestra opinión, se protege en este caso la libertad de actuación⁴⁶⁵ en un sentido amplio “como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas”⁴⁶⁶. Frente al delito que nos ocupa, la libertad se ve afectada no en la fase de formación del acto voluntario, sino en la de su manifestación, en la medida en que se desprecia la voluntad ya manifestada⁴⁶⁷.

Más concretamente, puede afirmarse que el delito de privación ilegal de la libertad⁴⁶⁸ no protege la libertad en su sentido abstracto arriba mencionado, sino un derecho específico que se deriva de ella: la libertad ambulatoria, que se entiende como capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico⁴⁶⁹, derecho consagrado en el artículo 28 de la Constitución. E incluso más allá de lo anterior, el objeto de protección se configura, acorde con el principio de intervención mínima y a la estructura del tipo, no de

⁴⁶⁵ Se trata evidentemente de un bien jurídico fundamental en el Estado constitucional, como lo pone de presente, SAMPEDRO ARRUBLA, CAMILO, “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, en: *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 732. Discusiones a propósito de la pluriofensividad de este delito (también respecto del bien jurídico Administración Pública), desde una postura que reconoce como bien jurídico tutelado la Administración Pública, pueden encontrarse en: PACHECO OSORIO, PEDRO, *Derecho penal especial*, T. II, Bogotá, Temis, 1970, pp. 161-162. Un análisis completo del bien jurídico puede hallarse en: MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, *El delito de detención*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 19-67; POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Aranzadi, 1982, pp. 15-116. Sobre la discusión acerca del bien jurídico en relación con el sujeto activo servidor público, MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, *El delito de detención, Op. Cit.*, pp. 93-105. Resulta especialmente interesante la tesis de BUSTOS RAMÍREZ expuesta en esta obra, según la cual el bien jurídico protegido son las garantías que la Constitución y las leyes han establecido como límite al poder estatal de detener. Se considera que este aspecto enriquece el bien jurídico libertad frente al delito que se estudia. Así, el tipo se configura no sólo las detenciones practicadas por fuera de los casos permitidos por las leyes, sino toda otra privación de la libertad que suponga la violación de alguna garantía del detenido. Esta interpretación parece ser más ajustada a lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, que trata el tema de la detención en Colombia.

⁴⁶⁶ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, pp. 151-152.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 152.

⁴⁶⁸ Nos limitamos en este escrito a algunos apuntes generales sobre la figura delictiva. Para un análisis juicioso de la cuestión más amplia de las detenciones, aunque desde la legislación española anterior a 1995, consúltese, DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS / GRACIA MARTÍN, LUIS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, pp. 324-365. Dos monografías dedicadas al delito de detención ilegal en España, que sin embargo pueden resultar útiles para comprender el tema del bien jurídico tutelado, entre otras cuestiones, son las siguientes: POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *El delito de detención ilegal, Op. Cit.*; MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, *El delito de detención, Op. Cit.*

⁴⁶⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte Especial, Op. Cit.*, pp. 153, 167; HIGUITA RIVERA, LINA MARÍA, *La responsabilidad penal del servidor público, Op. Cit.*, p. 245; DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS / GRACIA MARTÍN, LUIS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, Op. Cit.*, p. 325.

manera absoluta, sino como la libertad de la persona para abandonar el lugar donde se encuentra (faceta negativa, libertad de abandono actual y no potencial, lo que lleva al elemento de la contrariedad a la voluntad de la víctima⁴⁷⁰). Por lo anterior, el bien jurídico no se tutela en este caso frente a conductas que impiden el acceso a determinado lugar o compelen a una persona a abandonarlo⁴⁷¹. Para efectos de apreciar la privación de la libertad en cuanto limitación de la libertad de abandono son irrelevantes las proporciones del espacio físico disponible, siempre que el supuesto no cambie de la privación de la libertad de abandono a la privación de la libertad de acceder a otro lugar (aspecto no protegido en el tipo)⁴⁷².

Es de anotar que la citada norma constitucional (artículo 28) estableció una reserva judicial a favor de la libertad personal al exigir un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para que una persona pueda ser reducida a prisión, arresto o detención⁴⁷³. De acuerdo con dicha norma, toda persona detenida preventivamente deberá ser puesta a disposición del juez competente en un plazo máximo de 36 horas, para que se decida sobre su libertad. Con ello se introduce una clara garantía en la medida en que se confía a una instancia judicial imparcial (véase al respecto el artículo 116 de la Constitución) la toma de la decisión sobre la privación de la libertad, dejándose a las autoridades administrativas exclusivamente la ejecución de dicha decisión⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, pp. 337-339. También en este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, *El delito de detención*, *Op. Cit.*, pp. 138-139.

⁴⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS / GRACIA MARTÍN, LUIS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, *Op. Cit.*, pp. 326, 328-329. Aclaran estos autores que no podrán ser sujetos pasivos los recién nacidos, retrasados mentales profundos o esquizofrénicos especialmente en fase residual. Se oponen estos autores a otra postura que en tales casos considera sujetos pasivos a los representantes legales. Lo necesario sería en todo caso la capacidad volitiva natural de movimiento, y no la capacidad de ponerla en práctica autónomamente. Es incluso posible en el caso de reclusos, cuando se supera la limitación legítima de la libertad.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 331. Un análisis de distintas modalidades de detención o privación de libertad mediante encierro o detención (elementos típicos en el Código Penal español pero no en el colombiano) puede hallarse en la misma obra en las pp. 332-336. Al respecto ampliamente, MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, *El delito de detención*, *Op. Cit.*, pp. 107-138; POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *El delito de detención ilegal*, *Op. Cit.*, p. 119-137.

⁴⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C/024 de 1994, citada en: HIGUITA RIVERA, LINA MARÍA, *La responsabilidad penal del servidor público*, *Op. Cit.*, p. 243.

⁴⁷⁴ SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME / DEL VILLAR DELGADO, DONALDO DANILO, *Responsabilidad penal y detención preventiva*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2013, p. 132.

Se puede afirmar a partir de lo anterior que la lesión del bien jurídico libertad se produce desde la extralimitación de la facultad de detener que la ley confiere a determinados servidores públicos. Así, el bien jurídico libertad resulta en este caso enriquecido en su análisis concreto frente al delito que se estudia, toda vez que se protege la libertad en relación con las garantías constitucionales y legales de la libertad individual referidas al poder estatal de detener. En este orden de ideas, “quedan tipificadas no sólo las detenciones que no se ajusten a los supuestos previstos en las leyes, sino también las llevadas a cabo de forma contraria a lo que prescriben las leyes. Y si ello es así todo el conjunto de garantías del detenido contenidas en las leyes queda dentro del ámbito de protección de la norma”⁴⁷⁵.

Ahora bien, el punto que realmente nos interesa de esta figura delictiva es el siguiente: ¿a qué se refiere la ley al hablar de “abuso de funciones”? Con esta expresión se quiere significar que las funciones se ejercen de manera contraria a la ley y a la Constitución, sea por exceso o por simple oposición al ordenamiento⁴⁷⁶, a lo que se agregan los casos la vulneración de garantías del sujeto pasivo como consecuencia del enfoque del bien jurídico aquí sostenido. En palabras de ARENAS, “El abuso consiste en que quien tiene la autoridad legal para detener la usa mal, torcida o excesivamente”⁴⁷⁷. La cuestión a analizar es entonces la de cuáles son los requisitos legales que deben cumplirse para que se pueda legítimamente privar de la libertad a una persona. Debido a la imposibilidad de ocuparnos de los requisitos legales y constitucionales para la detención de una persona en todos los eventos previstos en el ordenamiento jurídico, nos centraremos en la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, haciendo un análisis a grandes rasgos de las exigencias jurídicas de la misma. Para el estudio de este tema se seguirá la investigación realizada por SANDOVAL FERNÁNDEZ Y DEL VILLAR DELGADO⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, *El delito de detención*, *Op. Cit.*, p. 103.

⁴⁷⁶ HIGUITA RIVERA, LINA MARÍA, *La responsabilidad penal del servidor público*, *Op. Cit.*, p. 245.

⁴⁷⁷ ARENAS, ANTONIO VICENTE, *Comentarios al Código Penal colombiano, Parte especial*, *Op. Cit.*, p. 70.

⁴⁷⁸ SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME / DEL VILLAR DELGADO, DONALDO DANILO, *Responsabilidad penal y detención preventiva*, *Op. Cit.*

El presupuesto para la imposición de una medida de aseguramiento es la realización de una audiencia de formulación de imputación, sin que al respecto importe si el imputado acude personalmente (en libertad o capturado) o que el mismo haya sido vinculado al proceso por medio de la declaración de persona ausente o contumacia (véanse los artículos 127 y 291 del Código de Procedimiento Penal), para garantizarle el derecho de defensa⁴⁷⁹. La audiencia de imputación debe realizarse ante un Juez de Control de Garantías, quien es el único funcionario competente para ordenar la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, y la solicitud de la audiencia debe provenir de la Fiscalía General de la Nación (artículo 306 del Código de Procedimiento Penal) o de la víctima del delito, en su defecto (artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007)⁴⁸⁰.

Normalmente de manera posterior y concentrada junto con la audiencia de imputación se lleva a cabo la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, que en opinión de SANDOVAL FERNÁNDEZ Y DEL VILLAR DELGADO debe llevarse a cabo dentro del plazo de 36 horas desde la aprehensión del sujeto, término que a su juicio debe incluir no sólo la audiencia de legalización de captura, sino también las de imputación y la de solicitud de imposición de medida de aseguramiento⁴⁸¹. En los eventos en que no hay capturado, el plazo máximo es de dos años a partir de la recepción de la noticia criminis por parte de la Fiscalía (artículo 49 de la Ley 1453 de 2011), aunque en la práctica el plazo efectivo es el razonable.

Cabe preguntarnos entonces cuáles son los requisitos para la imposición de una medida de aseguramiento en la audiencia que ha sido solicitada debidamente por la Fiscalía con sujeción a las formalidades legales y dentro del plazo establecido. Como lo señalan SANDOVAL FERNÁNDEZ Y DEL VILLAR DELGADO, la ley establece requisitos de orden formal-objetivos, sustancial-cognoscitivos y unas finalidades subjetivas. Así, existe un

⁴⁷⁹ *Ibid.*, pp. 136-137.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, pp. 137-138.

⁴⁸¹ Salvo casos de imposibilidad debidamente justificada, siempre que se haya legalizado la captura dentro del plazo de las 36 horas. Con fuentes jurisprudenciales, *Ibid.*, pp. 138-139.

factor fáctico-sustancial, establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal⁴⁸², uno legal-formal, señalado en el artículo 313 *ejusdem* y uno finalístico, que se desprende de los artículos 309 a 312 del mismo cuerpo normativo.

Los requisitos formales⁴⁸³ son básicamente el acto formal de vinculación o imputación en audiencia de imputación ante el Juez de Control de Garantías, solicitada por el Fiscal o por la víctima, al que ya se hizo referencia; y la determinación de la procedencia de la medida (y su clase –privativa o no de la libertad-) de conformidad con el delito y la pena imponible. Para establecer esto último, en relación con la medida de aseguramiento privativa de la libertad que nos interesa, debe acudirse al artículo 313 del Código de Procedimiento Penal⁴⁸⁴. Por último, indican SANDOVAL FERNÁNDEZ Y DEL VILLAR DELGADO que debe darse una decisión motivada por parte del Juez de Control de Garantías por medio de un auto interlocutorio, como se desprende de los artículos 2, 287, 295 y 306 del Código de Procedimiento Penal.

En segundo lugar están los requisitos de carácter sustancial-cognoscitivo⁴⁸⁵, que se refieren a un estándar probatorio que debe sustentar la imposición de la medida de aseguramiento. Si bien la Corte Constitucional parece en opinión de muchos haber señalado que está prohibido en este espacio procesal el estudio de la responsabilidad penal o su ausencia, se

⁴⁸² ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: (...)

⁴⁸³ *Ibid.*, pp. 141-142.

⁴⁸⁴ ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

⁴⁸⁵ Nos limitamos en este espacio a realizar un análisis breve de los requisitos, por lo cual se remite al completo estudio efectuado por *Ibid.*, pp. 142-194.

considera con SANDOVAL FERNÁNDEZ Y DEL VILLAR DELGADO que una interpretación sistemática de los artículos 9, 12, 21 y otros del Código de Procedimiento Penal apuntaría a la conclusión opuesta, en la medida en que exigen valoraciones integrativas de los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad también en este estanco procesal. Adicionalmente a este argumento, la tradición jurídica en el país ha señalado esta exigencia de manera contraria a lo sostenido por la Corte Constitucional⁴⁸⁶.

Ahora bien, la sentencia C-1154 de 2005 que desató la polémica acerca de si basta una “escueta indicación de autoría o participación factual”⁴⁸⁷ o si es necesario un análisis integrativo de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para la imposición de una medida de aseguramiento admite otra interpretación en este último sentido. El aparte de *obiter dicta* que generó la discusión se refiere a que los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida no buscan en opinión de la Corte Constitucional “establecer la responsabilidad del imputado, como sí lo hacen las pruebas, sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado”⁴⁸⁸. La errónea interpretación de este aparte consiste en considerar que “como sólo son pruebas los elementos que se incorporan al juicio en el que se debate la responsabilidad del acusado, la controversia previa no tendría objeto porque no hay pruebas sino elementos materiales probatorios, evidencias e informaciones”⁴⁸⁹.

La interpretación de este pasaje ajustada a la Constitución y a los principios rectores del Código de Procedimiento Penal es otra: la controversia que se genera en torno a los elementos cognoscitivos es si estos soportan o no la medida de aseguramiento, y en ese sentido equivale a averiguar si la responsabilidad penal en ese momento, dentro de las iniciales exigencias probatorias, está o no comprometida, pero no para anticipar el debate de si se es inocente o culpable (...)⁴⁹⁰. Es importante igualmente hacer referencia a la

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 143.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 145.

⁴⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1154 de 2005, citada en: *Ibid.*, p. 144.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 144.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 144.

sentencia C-456 de 2006 de la Corte Constitucional donde se afirma que debe haber al menos dos indicios de responsabilidad del imputado que además deben ser graves⁴⁹¹.

Esta conclusión de SANDOVAL FERNÁNDEZ Y DEL VILLAR DELGADO ha sido avalada por la misma Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2 de septiembre de 2009, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, además de que como ya se dijo, cuenta con antecedentes de orden legal, jurisprudencial, constitucional y del bloque de constitucionalidad. Si bien no es posible reproducir en este espacio los interesantes argumentos de los autores mencionados para respaldar esta tesis, remitimos a su completo e interesante análisis sobre el tema⁴⁹².

En tercer y último lugar nos corresponde ocuparnos del elemento finalístico de la medida, el cual como se dijo, tiene fundamento en los artículos 309 a 312 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, como se verá, se adopta en este punto la postura de SANDOVAL FERNÁNDEZ Y DEL VILLAR DELGADO, en el sentido de que una interpretación garantista del Estatuto Procesal demandaría considerar como único fin medianamente admisible (teniendo en cuenta que la detención preventiva no es más que una ilegítima pena anticipada), el aseguramiento de la comparecencia del imputado al proceso. Esta posición intermedia nos parece convincente en la medida en que limita el ejercicio del poder punitivo pero reconociendo el amplio uso que se hace de la detención preventiva en la realidad colombiana. De esta manera, permite incidir sobre la realidad al tiempo que permite una interpretación más garantista del Código de Procedimiento Penal al deslegitimar otros fines de la detención preventiva⁴⁹³.

Desde la tesis adoptada, es la comparecencia el único fin admisible de la medida de aseguramiento, pues los principales instrumentos internacionales que hacen parte del

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 141. Es interesante también el punto del traslado del material probatorio, evidencias e informaciones al imputado con anterioridad a la audiencia de imputación para que pueda ejercer debidamente su derecho de defensa. Se resalta este punto como ejemplo de posible violación a las garantías del procesado que podría configurar el delito bajo estudio. Sobre este punto consúltese, de la misma obra citada, *Ibid.*, pp. 195-196.

⁴⁹² *Ibid.*, pp. 146-194.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 201-203.

bloque de constitucionalidad la establecen como la única restricción posible a la presunción de inocencia. Con fundamento en las cláusulas de salvaguardia o de favorabilidad de los tratados, que cuentan con fuerza vinculante, los jueces podrían adoptar también este criterio garantista inaplicando por inconstitucionalidad los demás criterios finalísticos contenidos en el Código de Procedimiento Penal⁴⁹⁴. Así las cosas, “no podrán invocarse como fines los que se sustentan en criterios retributivos, preventivos, de peligrosidad, gravedad y modalidad del delito, reiteración, interés general o protección de la comunidad, personalidad u otros que manipulen su fin procesal por los de defensa social, tal como de manera contundente son severamente cuestionados por autores como BARATTA y SILBERNAGL, FERRAJOLI, ZAFFARONI o ROXIN, para quienes estos criterios legitimadores constituyen evaluaciones por sospechas que reducen el papel del juez al papel del policía, presunciones de culpabilidad y detenciones por seguridad, respectivamente”⁴⁹⁵.

Los criterios que el legislador ha establecido para evaluar el riesgo de no comparecencia son: i) la carencia de arraigo (social, familiar o laboral); ii) la actitud del imputado frente a la víctima; y iii) el comportamiento procesal del imputado en el procedimiento o en otro anterior. Así las cosas, se proceden a analizar los tres criterios legales⁴⁹⁶ de la mano del estudio de los mismos adelantado por los autores citados.

Frente al primer criterio debe señalarse que el tener arraigo opera como límite, pero el no tenerlo no puede bastar como factor discriminante, debiéndose justificar por la Fiscalía con razones objetivas por qué no comparecerá el sujeto. Además, se considera con SANDOVAL

⁴⁹⁴ Con ulteriores referencias, *Ibid.*, p. 198.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, pp. 200-201.

⁴⁹⁶ ARTÍCULO 312. NO COMPARECENCIA. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

FERNÁNDEZ Y DEL VILLAR DELGADO⁴⁹⁷, que deben incluirse criterios supletorios para demostrar el arraigo cuando se trata de personas en graves situaciones de marginalidad, tales como un lugar donde habita, por más que no sea una vivienda en el sentido tradicional, su oficio aunque sea informal, u otra persona cercana con quien pueda tener una relación de amistad, laboral, etc., que se pueda comprometer a hacerlo comparecer. En cuanto a las facilidades que tenga el sujeto para abandonar el país o permanecer oculto, debe propenderse por la aplicación de medidas como la vigilancia electrónica en casos en que esto sea posible, para evitar el empleo desmedido de la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

En lo que al segundo criterio se refiere, debe indicarse que la gravedad de la conducta no puede ser un criterio admisible, en la medida en que se trataría de una modalidad de responsabilidad objetiva, lo que ha sido incluso afirmado por la jurisprudencia⁴⁹⁸. Ahora bien, la actitud del imputado frente al daño y la víctima tal vez resultan menos problemáticos, pues puede servir como limitante: “una actitud que evidencie muestras de solidaridad con la víctima como consecuencia de su compromiso o no con el caso restando los efectos del hecho investigado, constituye dispositivo para contraponer a la detención en los eventos en que por los aspectos objetivos y sustantivos hubiere lugar a ella”⁴⁹⁹.

Finalmente, se consideran acertados los reparos que SANDOVAL FERNÁNDEZ Y DEL VILLAR DELGADO⁵⁰⁰ plantean respecto del último criterio, que es el comportamiento del imputado en el caso u otro previo, pues en estos casos la inferencia de la no comparecencia del imputado es en estos casos equívoca y contraria al principio de presunción de inocencia, especialmente cuando se trata de hechos ajenos al proceso que se adelanta. Lo anterior por cuanto en estos casos la imposición de la medida se asemeja a sanción por un comportamiento del imputado en un momento en que no se ha desvirtuado su presunción de inocencia. Así en este caso debería inaplicarse por inconstitucional el criterio.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 205

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 203.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 204.

⁵⁰⁰ Más ampliamente, *Ibid.*, p. 205-206.

Una vez establecido el sentido material auténtico del tipo (lo que motiva que el elemento sea recogido en el tipo), se está en condiciones de señalar claramente los aspectos que debe abarcar el dolo del sujeto, con cuyo conocimiento debería darse la función de llamada de atención del tipo. Se tiene entonces que el delito de privación ilegal de la libertad se configura cuando se priva a alguien de su libertad sin que la ley autorice dicha actuación, formal o sustancialmente⁵⁰¹ (lo que incluye la vulneración de garantías del imputado). Por lo anterior, el juez de control de garantías actuará dolosamente cuando imponga una medida de aseguramiento privativa de la libertad a una persona conociendo que no se cumplen los requisitos legales antes señalados o cumpliéndose estos, no han sido debidamente justificados y probados por la Fiscalía. Además, como ya se anunció, si el Juez conoce que se ha vulnerado una garantía del imputado en relación con este trámite y aun así impone la medida de aseguramiento, estará actuando dolosamente.

Cabe ahora plantear una última pregunta frente a este tipo penal: si el conocimiento típico implica ya la conciencia de la antijuridicidad de la conducta.

Partiendo de la postura adoptada en este trabajo frente al sentido del error de prohibición, entendiéndose éste como un error sobre el carácter penalmente prohibido de la conducta, nos preguntamos entonces si el sujeto puede no ser consciente de que realiza una conducta penalmente prohibida cuando priva a alguien de su libertad conociendo que no se cumplen las formalidades y requisitos legales y/o conociendo que se han vulnerado garantías del procesado en relación con la imposición de la medida. Se considera que en este caso entre el conocimiento típico y la conciencia de la antijuridicidad sí existe un vínculo muy directo en el sentido de que dado el primero es prácticamente presumible el segundo.

⁵⁰¹ ARENAS, ANTONIO VICENTE, *Comentarios al Código Penal colombiano, Parte especial*, T. II, Bogotá, Ed. Sucre, 1960, p. 72; también, PACHECO OSORIO, PEDRO, *Derecho penal especial*, T. II, Bogotá, Temis, 1970, p. 170; PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho penal*, T. IV, Bogotá, Temis, 1971, pp. 296-297.

Así, se considera que frente a este delito el conocimiento típico prácticamente no es separable de la conciencia de la antijuridicidad (penal), pues al menos en relación con los Jueces de Control de Garantías pareciera que, en la gran mayoría de los casos, lo delicado de la labor que ejercen al imponer una medida los hace conscientes de las graves consecuencias (penales) que acarrea el llevar a cabo esta actividad sin cumplimiento de los requisitos legales o sin respeto a las garantías del procesado en el trámite.

Como ya fue explicado en la primera parte del presente trabajo, desde el enfoque adoptado no es necesario que el sujeto sepa⁵⁰² en abstracto cuáles son las características que conforman el elemento típico (como el específico nombre de la exigencia legal que se omite o sus características en detalle); ni que conozca las reglas constitutivas en virtud de las cuales el elemento adquiere su sentido (la normatividad nacional que consagra el respectivo requisito legal para la privación de la libertad o que consagra la garantía del procesado).

Así las cosas, el sujeto básicamente debe saber que con la privación de la libertad a una persona en esas circunstancias se realiza con abuso de sus funciones, incurriendo; o lo que es lo mismo, en una mayúscula violación de la ley procesal y de las garantías constitucionales y legales del procesado en relación con el trámite de imposición de la medida de aseguramiento (lo que en la grandísima mayoría de los casos implicará ya el conocimiento de la antijuridicidad penal del comportamiento). Este conocimiento debería permitir al hombre medio ideal tener conciencia de la lesividad o contrariedad social de su comportamiento, entendido como carga de antijuridicidad material, lo que a su vez debería impulsar al individuo, si no a captar (como se cree que ocurre virtualmente en la totalidad de los casos), por lo menos a reflexionar o informarse sobre la antijuridicidad formal de la conducta (en un sentido de antijuridicidad específicamente penal, como se ha justificado en este trabajo para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad).

⁵⁰² Aunque vale la pena recordar que del desconocimiento de estos aspectos puede derivarse un error de tipo, siempre que tal desconocimiento impida que el sujeto conozca la concurrencia en su conducta del elemento normativo en todo su sentido auténtico.

Se ofrecen a continuación dos ejemplos que pueden servir para ilustrar la explicación precedente. Con ello se pretende aclarar cómo podría presentarse un error de subsunción que tenga relevancia como error de prohibición y uno de tipo, distinguiéndolo de otras posibles situaciones irrelevantes a estos efectos.

Un error de prohibición se presentaría a nuestro juicio cuando el sujeto sepa que lleva a cabo una conducta prohibida penalmente, pese a ser consciente de la concurrencia del sentido auténtico de los elementos típicos en su conducta. Sin embargo, nos parece prácticamente impensable el caso de un Juez de Control de Garantías que sea consciente del incumplimiento de los requisitos legales para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad o de la violación de alguna garantía del procesado en relación con este trámite, y que no sea consciente al mismo tiempo de que incurre en un delito. Un remoto ejemplo sería el que a continuación se presenta como error de subsunción con relevancia como error de prohibición

Un caso interesante de error de subsunción (o de interpretación como lo nombra VELÁSQUEZ) es el tratado por FERNANDO VELÁSQUEZ en un artículo de 1984 que comenta críticamente una sentencia de la Corte Suprema de Justicia a propósito del delito que nos ocupa (en su versión del anterior Código Penal). Se trata de un caso en que el servidor público interpretó erróneamente las normas del Estatuto Procesal Penal del momento y procedió a privar de la libertad a una persona. En este evento se considera que podría tratarse de un error de tipo (inexistente en el caso concreto, vencible o no, no nos interesa en este momento dilucidarlo), toda vez que el servidor público no tenía conciencia de que incumplía un requisito legal para la privación de la libertad. Así mismo lo reconoce la Corte Suprema de Justicia en dicha sentencia (28.008 de 24 de mayo de 1983). No obstante, VELÁSQUEZ critica la postura de la Corte sosteniendo, desde la teoría de la culpabilidad, que se trataría a lo sumo de un error de prohibición si realmente pudiera plantearse la existencia de un error (lo que no reconoce en el caso bajo estudio), acudiendo básicamente a argumentos políticocriminales. No consideramos que se trate de un error de prohibición por el mero hecho de que si se reconociera un error de tipo se estaría relevando a los jueces

de su obligación de ser sumamente cuidadosos en estos casos en el conocimiento de la ley. Además, como ya se explicó, se trata de un elemento de valoración global del hecho en el que el conocimiento de tipo no es diferenciable prácticamente de la conciencia de la antijuridicidad, máxime desde la postura de VELÁSQUEZ según la cual esta categoría coincide con el conocimiento de la antijuridicidad general del comportamiento. Lo anterior por cuanto en este sentido coincide perfectamente este conocimiento con el conocimiento propio del dolo, algo que, desde la tesis que se adopta en este trabajo casi siempre ocurre, pero no necesariamente en la totalidad de los casos.

Otro error de subsunción⁵⁰³ que tiene relevancia como error de prohibición se presentaría cuando un sujeto, debido a una errónea interpretación del concepto incluido en el tipo penal, considera que su conducta no puede subsumirse en el mismo, por lo que sería atípica. Esta situación podría presentarse cuando el Juez de Control de Garantías, tiene la convicción de que su conducta de privación de la libertad de un sujeto considerado un delincuente muy peligroso, pese a constituir una infracción del Código de Procedimiento Penal por hacerse con cinco días de posterioridad a la captura, no es típica. Su razonamiento se basa en que según su asesor, el sentido de la expresión “abuso de funciones” en el artículo 174 del Código Penal, se refiere sólo a eventos en los que el servidor público actúa movido por un interés particular al privar de la libertad a un sujeto. En vista de que el Juez de Control de Garantías en el ejemplo priva de la libertad al presunto delincuente considerando que de este modo defiende el interés general de la sociedad, el mismo estima que su actuar no se encuentra penalizado y que simplemente se trata de una infracción a las normas del Código de Procedimiento Penal. En este evento, la mayoría de la doctrina consideraría que este error de subsunción no tiene relevancia como error de prohibición, pero desde la postura adoptada en este trabajo sobre dicho error, puede afirmarse la conclusión contraria. Para justificar esta decisión se remite a los argumentos ya presentados en defensa de esta tesis.

⁵⁰³ Al respecto consúltese (la sentencia se encuentra en el mismo número de la revista), VELÁSQUEZ, FERNANDO, La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales, en: *Nuevo Foro Penal*, N° 24, Medellín, Temis, 1984, pp. 187-208.

Finalmente, un error de tipo se presentaría cuando el sujeto no sabe que en su conducta concurre el sentido auténtico de los elementos típicos. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando el Juez de Control de Garantías considere que se ha satisfecho por parte de la Fiscalía la carga del requisito sustancial-cognoscitivo con la presentación de un solo indicio de responsabilidad a título de autor para la imposición de la medida. Si el Juez de Control de Garantías estima que se ha cumplido con el requisito del estándar de prueba simplemente con un indicio de realización típica a título de autor, incurrirá en un error de tipo, toda vez que existe una reiterada línea jurisprudencial vinculante en el sentido de que son necesarios al menos dos indicios graves, por no entrar en la cuestión más discutida del estudio integrativo de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad frente al comportamiento y su autor. En este caso, evidentemente el Juez de Control de Garantías no es consciente de que ha omitido el requisito sustancial cognoscitivo al imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad contando sólo con un indicio de tipicidad del comportamiento realizado por el imputado. En este evento no puede considerarse que concurra un error de prohibición, porque ya desde un comienzo el sujeto desconoce la concurrencia del elemento normativo en su sentido auténtico. En vista de que el sujeto no es consciente de que se encuentra privando de la libertad a una persona sin el cumplimiento de uno de los requisitos legales para hacerlo, no es posible afirmar el conocimiento típico respecto del elemento normativo que se estudia.

En cuanto a la doctrina Colombiana revisada, se remite también a los apuntes hechos en relación con el delito de abuso de confianza, dado que no fue posible hallar un estudio específico del tipo penal que se analiza.

Por último, revisada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por medio de la base de datos LEXBASE, sólo fue posible hallar una sentencia que se refiriera específicamente al error sobre el elemento normativo que se estudia en este apartado. En dicha sentencia se trata el caso de una juez que sanciona a una mujer con privación de la libertad por sus ataques verbales. En dicho caso, se argumenta por la defensa que el juez no era consciente de estar abusando de sus funciones. Sin embargo, en la sentencia se argumenta por parte de

la Corte que la juez sí conocía que estaba abusando de sus funciones debido a que la mujer que la ofendió lo hizo sin motivo del ejercicio de las funciones de la juez o con ocasión de ellas (requisito para la privación de la libertad en casos de ofensas), y esto era conocido por la Juez. Ahora bien, aunque este hecho fuera conocido por la juez, de ello no se sigue necesariamente que la juez supiera que incurría en un tipo penal. El razonamiento de la Corte se basa en que la juez necesariamente debía tener ese conocimiento, lo que tal vez pueda debatirse. En todo caso, el asunto no es debatido a fondo en la sentencia y por lo tanto no se entra en la discusión acerca de si se trata de un error de tipo o de prohibición (no se consideró que hubiese error alguno en el caso). En cuanto a la discusión de fondo, consideramos que se tratará de un error de tipo si la juez no sabía que estaba privando a alguien de la libertad de manera ilícita, ya sea por desconocimiento de la ley u otro motivo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, JUAN CARLOS / CEBALLOS, MARÍA ADELAIDA / MUÑOZ, ÁLVARO MAURICIO, “De los delitos contra los derechos de autor en el Código Penal colombiano”, en: Nuevo Foro Penal, N° 81, Medellín, Universidad EAFIT, 2013, pp. 95-115.

ARENAS, ANTONIO VICENTE, *Comentarios al Código Penal colombiano, Parte especial*, T. II, Bogotá, Ed. Sucre, 1960.

ARIAS GUTIÉRREZ, NICOLÁS, *El principio de culpabilidad como límite a la intervención penal, Tesis de grado para optar al título de abogado*, Medellín, Universidad Eafit, 2014.

ARIÑO, GASPAR, “Constitución económica. Significado y límites de la expresión”, en: *Principios de Derecho Público económico*, Bogotá, Externado de Colombia, 2003, pp. 175-184.

- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid, Trotta, 2006.
- CALA MOYA, BIBIANA / GUERRERO OSORIO, CARLOS FERNANDO, “Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”, en: *Derecho penal y Criminología*, Vol. 31, N. 91, Bogotá, Externado de Colombia, 2010, p. 153-170.
- CELIA, SUAY HERNÁNDEZ, “Los elementos normativos y el error”, en: *Anuario de Derecho penal*, Enero-Abril 1991, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 97-141.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Implicaciones de la teoría del error en los delitos económicos”, en: RODRÍGUEZ MONTAÑA, ALFREDO, ET. AL. (COORDS.), *Estudios de Derecho penal económico*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 16-36.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 76, Medellín, EAFIT, 2011.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, La Ley, 2008.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS / GRACIA MARTÍN, LUIS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993.
- DONINI, MASSIMO, “El caso de la ignorancia invencible”, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO (COORD.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 335-352.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho Penal Parte General*, Bogotá, Librería del Profesional, 1981.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Manual de Derecho Penal*, Medellín, Pequeño Foro, 1972.

FAKHOURI GÓMEZ YAMILA, *El objeto del dolo en Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental 1*, 3ª Ed., Bogotá, Ibáñez, 2007.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental 2*, 3ª Ed., Bogotá, Ibáñez, 2010.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental, T. 1*, 2ª Ed., Bogotá, Temis, 1998.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental, T. 2*, 2ª Ed., Bogotá, Temis, 1998.

FIANDACA, GIOVANNI; MUSCO, ENZO, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 2006.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1996.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Teoría del Delito*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2003.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de Derecho penal, T. 3*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2005.

- GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE, *Delitos contra la propiedad*, Bogotá, Litografía Colombia, 1944.
- HELPER, LAURENCE, “Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. Regímenes jurídicos internacionales y opciones políticas para los gobiernos”, en: *FAO Estudio Legislativo*, N° 85, Roma, FAO, 2005, pp. 35-36.
- HIGUITA RIVERA, LINA MARÍA, *La responsabilidad penal del servidor público*, Medellín, Diké, 2001.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, N° 2, 2003.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- MATIZ BULLA, CARLOS ALFONSO, “El delito de usurpación de marcas”, en: *Revista La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, Externado de Colombia, 2001.
- MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad*, 2ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1972.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal, Parte especial*, 18ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, *El delito de detención*, Madrid, Trotta, 1992.

PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO, *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2002.

PACHECO OSORIO, PEDRO, *Derecho penal especial*, T. II, Bogotá, Temis, 1970.

PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho Penal*, T. 1, 2º Ed., Bogotá, Temis, 1987.

PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, T. 1, 2º Ed., Bogotá, Temis, 1975.

PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho penal*, T. IV, Bogotá, Temis, 1971.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Aranzadi, 1982.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal Parte General*, 7º Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad*, 2º Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.

ROBLEDO DEL CASTILLO, PABLO FELIPE, “Protección de los derechos de obtentores de variedades vegetales en Colombia”, en: *Revista la Propiedad Inmaterial*, N° 3, Bogotá, Externado de Colombia, 2001, pp. 15-30.

ROJAS MATHEUS, FERNANDA DEL VALLE, “Acciones legales en beneficio del obtentor de variedades vegetales en el Derecho comparado y venezolano”, en: *Revista Propiedad Intelectual*, Vol. IX, N° 13, Mérida, Universidad de los Andes, 2010, pp. 99-121.

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, T. 2, Bogotá, Temis, 1969.

ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general, T. 1*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.

ROXIN, CLAUS, *Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979.

SALAZAR MARÍN, MARIO, *Injusto penal y error*, Bogotá, Ibáñez, 2001.

SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del Delito*, Bogotá, Ibáñez, 2007.

SAMPEDRO ARRUBLA, CAMILO, “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, en: *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME / DEL VILLAR DELGADO, DONALDO DANILO, *Responsabilidad penal y detención preventiva*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2013.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Delitos contra el patrimonio económico*, 2ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

TAMAYO ARBOLEDA, FERNANDO LEÓN, “El principio de tipicidad como límite al poder punitivo del Estado”, en: *Nuevo Foro Penal*, N° 80, Medellín, Universidad EAFIT, 2013, pp. 34-81.

UPOV, *Consejo Ordinario N° 47, Informes de Representantes de Miembros y Observadores sobre los ámbitos legislativo, administrativo y técnico*, Ginebra, UPOV, 2013.

VARELA, EDUARDO, “Patentes sobre variedades vegetales: una forma diferente de protección”, Bogotá, Cavelier Abogados, 2006.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho penal*, 5º Ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Comlibros, 2009.

VELÁSQUEZ, FERNANDO, La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales, en: *Nuevo Foro Penal*, N° 24, Medellín, Temis, 1984.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2010.