



**NATURALEZA DEL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO
PENAL**

AUTOR

Nicolás Augusto Zapata Restrepo

ASESOR ACADÉMICO

Roberth Uribe Álvarez

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
Magíster En Derecho Procesal Penal y Teoría Del Delito**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE POSTGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO
MEDELLÍN
AÑO 2021**

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.
2. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL DOLO.
3. LA IDENTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO.
4. LA DISCUSIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA.
 - 4.1. SENTENCIA 29726 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SP20262-2017).
 - 4.2. SENTENCIA 51117 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SP 1616-2018).
 - 4.3. SENTENCIA 46037 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SP 17159-2016).
5. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES.
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

De suma importancia en el ámbito de la dogmática de estirpe continental europea es el instituto del *Error Penal*. Este conlleva una serie de inquietudes dogmáticas de gran trascendencia, en donde, al lado de aspectos frente a los cuales el estado de la ciencia pareciera haber alcanzado acuerdos sobre aspectos esenciales del tratamiento del mismo, subsisten dimensiones que lejos están de ser pacíficas, ingresando en el escenario teórico diversas propuestas dogmáticas irreconciliables, que conducen a consecuencias jurídicas diametralmente opuestas.

Después de la radical reestructuración de la teoría del delito llevada a cabo por el Finalismo, nos encontramos con un dolo que encontró un punto de arraigo definitivo en el seno de la tipicidad y que desprovisto de la conciencia de antijuridicidad, se consolida como una figura de carácter neutro y avalorado¹. En ese sentido, es problemático determinar la vocación cognoscitiva de un dolo que ostenta pleno rendimiento para el ejercicio aprehensivo del dato fenoménico –el cual se consolida en clave perceptivo-sensorial–, pero que encontrará claros límites en su esfuerzo de aprehensión frente a elementos del tipo objetivo que soportan gran parte de la carga de desvalor de la conducta. Lo anterior conlleva dificultades al momento de establecer los límites de la función cognoscitiva del dolo, generándose una inquietud en torno al alcance del mismo.

Intentamos entonces ubicar los límites precisos del ámbito cognoscitivo del dolo, cuya ausencia remite al problema del error, sin profundizar en dicha problemática pero sí

¹ Asoma en el horizonte una concepción que pretende despojar al antiguo dolo Welzeliano de su carácter *neutral*. En ese sentido Martínez-Buján Pérez, quien parte de una concepción de un *dolo valorativo -dolo malo-* que es portador del significado social de la acción, el cual abarca ya los presupuestos de la prohibición, lo que constituye una antesala de la materia prohibida –“*El error en la teoría jurídica del delito (un estudio a la luz de la concepción significativa)* – 2017-. En línea similar a la anterior, Díaz y García Conlledo, para el cual la conciencia en torno a la concurrencia en el Hecho de los elementos típicos genera en el hombre medio un reconocimiento del carácter específicamente ilícito de su conducta, constituyéndose así en *presupuesto de la prohibición*, aunque no en la *prohibición* misma –*El error sobre elementos normativos del tipo*, P. 182-. Por su parte, C. Roxin plantea que para el conocimiento que fundamenta el dolo, debe ser suficiente que el autor haya captado correctamente el sentido social del elemento del *tipo penal* –*La teoría del delito en la discusión actual*, P. 198-.

sentando una posición al respecto con miras a los elementos normativos del tipo. Punto central del presente trabajo, es el reconocimiento de la importancia medular que ostentan para el estudio del *Error sobre el elemento normativo del tipo* los siguientes aspectos: (i) La determinación del objeto de conocimiento del dolo; y, (ii) La identificación de la naturaleza de los *elementos normativos del tipo*². De la respuesta que se brinde a dichos aspectos se derivarán las diferentes fórmulas dogmáticas de solución propuestas para la problemática objeto de la presente investigación.

Así, y en clara relación de dependencia con lo anterior, se abordará el presente estudio desde la dicotomía planteada por la doctrina dominante entre *error de tipo* y *error de prohibición*³, siendo lo anterior determinante para definir el ámbito de punibilidad derivado del *error*.

1. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL DOLO.

En lo relacionado con el tratamiento del dolo, concretamente todo lo concerniente al objeto cognoscitivo del mismo y su relación con el *error sobre los elementos normativos del tipo*, se observa que todas las posiciones existentes en torno al *error penal* necesariamente están signadas por el análisis de la estructura y el ámbito funcional que se pretenda derivar del dolo en el esquema general de la teoría del delito.

Se observan así dos direcciones doctrinarias fundamentales, siendo estas condicionantes de la manera como se aborde la problemática aquí tratada. Así, la clasificación dominante del error en la actualidad, que de acuerdo a lo ya planteado gira en torno a los polos *error de tipo* - *error de prohibición*, asume diferentes dimensiones dependiendo de si se aborda desde el esquema causal del delito (sustentado en la llamada teoría del dolo), o desde el esquema de la escuela finalista (el cual se construye a partir de la teoría de la culpabilidad).

² Díaz y García C., Miguel. (2012) *El error sobre elementos normativos del tipo*, P. 13. Allí plantea Díaz y García que se pueden identificar dos líneas fundamentales esgrimidas por la doctrina para definir al elemento normativo del tipo. Una de ellas es la forma como estos elementos ingresan en el ámbito de conocimiento del Agente; la otra es aquella que plantea que los elementos normativos siempre implican una conexión con normas -jurídicas o no jurídicas- que los dotan de sentido y valor.

³ Díaz y García C., Miguel. *Ibíd*, P. 123.

Así, en la teoría del dolo, los errores de tipo y de prohibición reciben el mismo tratamiento en términos de punibilidad, ya que afectan indistintamente la esfera cognoscitiva de un dolo que está arraigado completamente en la culpabilidad. En dicho sentido, el error desvertebra la conciencia de antijuridicidad, la cual permanece integrada a la estructura del dolo. Consecuencia lógica de lo anterior es que tanto el *error de tipo* como el *error de prohibición* afecta indistintamente al dolo –el llamado *dolo valorado*– (al que se integra el contenido subjetivo de lícitud de la conducta) y que por hallarse íntegramente en el cuerpo de la culpabilidad, interfiere exclusivamente con ésta. Lo anterior arroja una importante consecuencia, ya que frente a eventos de error vencible la punibilidad devendrá en una pena de carácter culposo, siempre que, de acuerdo al sistema de *numerus clausus*⁴, se contemple dicha posibilidad.

Por el contrario, en el seno de la *teoría de la culpabilidad*⁵, las consecuencias del tratamiento del error difieren ostensiblemente dependiendo de si éste es de tipo o es de

⁴ A tono con el artículo 21 del Código Penal, el sistema de *numerus clausus* responde a una técnica legislativa en virtud de la cual las conductas culposas o preterintencionales sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley. Se diferencia del sistema de “*numerus apertus*” en el cual los tipos penales incorporados a la codificación admiten sin distinción alguna la modalidad culposa, sin requerirse para tal efecto la expresa consagración legal de la figura.

⁵ En el ámbito de la teoría de la culpabilidad, se encuentran diferentes posiciones que matizan los planteamientos inicialmente propuestos por H. Welzel. Así, desde una perspectiva del esquema estricto de dicha teoría, la cual corresponde a la “*versión Welzeliana*” de la misma, denominada en el ámbito doctrinario como *teoría estricta de la culpabilidad*, se brinda el mismo tratamiento punitivo al error sobre la existencia o alcance de la norma -prohibitiva o permisiva- y al error sobre la concurrencia sobre los presupuestos fácticos estructurantes de una causal de justificación. Así, considera Welzel que ambas categorías afectan indistintamente la conciencia de lícitud del agente, si bien una versa sobre la norma en abstracto y la otra sobre los aspectos fácticos de la respectiva causal de justificación -Cfr. Welzel, H. (1956), *Derecho penal, parte general*, P. 177-. Consecuencia de lo anterior, es que en ambas hipótesis el *dolo* no se ve afectado, permaneciendo incólume en el tipo. Con posterioridad surge la llamada teoría limitada de la culpabilidad, en donde el tratamiento difiere dependiendo de si se trata de un error sobre la existencia o alcance de la norma (error de prohibición directo), o sobre los fundamentos fácticos estructurantes de la norma justificante (error de prohibición indirecto) -Cfr. Muñoz Conde, F. (1989), *El error en derecho penal*, P. 38-. En este evento, el error de prohibición directo afecta la conciencia de antijuridicidad, mientras que el error sobre los presupuestos fácticos de la justificante -o de prohibición indirecto-, no incide en esta. Así, el tratamiento punitivo difiere dependiendo de si el problema se aborda desde la *teoría estricta de la culpabilidad*, en donde el error vencible no desvertebra el dolo, por lo que la responsabilidad se asignará a título doloso (aunque un dolo degradado, degradación que dependiendo del sistema legal

prohibición. En un escenario dogmático en donde el dolo ha sido despojado de su contenido valorativo y habiéndose radicado el resto de su estructura en el tipo, el error sobre los elementos típico-objetivos afecta en principio la estructura del tipo. De ahí que el error de tipo, al fijarse en el segmento cognoscitivo del dolo, afecta la integridad de éste, derivando lógicamente en la exclusión de responsabilidad por la atipicidad de la conducta, o en la responsabilidad a título culposo (si el error es vencible y el ordenamiento, de acuerdo al sistema de *numerus clausus*, admite dicha modalidad delictiva). En el seno mismo de la *teoría de culpabilidad*, y a la inversa de lo presentado con el *error de tipo*, el *error de prohibición* no afecta el dolo, afectando dicho error la esfera de la *conciencia de antijuridicidad*, estrato cognoscitivo integrado a la culpabilidad.

Siendo consecuentes con lo anterior, y dado que en la teoría del dolo se presenta un tratamiento uniforme en términos de punibilidad para los errores de tipo y de prohibición, nula importancia tiene el abordar el presente problema desde dicha óptica teórica, por lo que a partir de este momento nos centraremos en la teoría de la culpabilidad.

En esos términos, ha sido Hans Welzel quien ha definido los aspectos medulares de dicha teoría dotándola de consistencia sistemática, abordando desde su prisma los aspectos más íntimos de la teoría del delito y derivando a partir de la misma la sustancial reestructuración del edificio delictivo propio de la teoría finalista, introduciendo trascendentes consecuencias en el tratamiento del error, teoría que al día de hoy continúa desplegando importantes rendimientos dogmáticos.

Es necesario mencionar que estando cuestionada en diversos frentes la pretendida neutralidad del dolo propia de la dimensión teórica de Welzel y admitiendo hoy una posición doctrinaria que asoma con fuerza en el horizonte dogmático que apunta a la presencia de un *dolo malo*, que si bien no soporta la conciencia de ilicitud de la conducta sí es portador del sentido social específico propio del hecho denotado por el elemento típico de que se

de que se trate, puede ser facultativo u obligatorio para el juez), o si se aborda desde la teoría limitada, en donde el error sobre los presupuestos fácticos de la justificante si bien no afecta al dolo como tal, recibe un tratamiento acorde con el error de tipo, en donde frente a un escenario en donde el error es vencible, la responsabilidad será culposa, siempre que el ordenamiento admita dicha modalidad delictiva.

trate, nos lleva a plantear la pregunta en torno a si el ámbito de aprehensión de este dolo ha variado, ampliando su rendimiento cognoscitivo frente a elementos o circunstancias que antes escapaban de su órbita⁶.

Para responder el interior interrogante, puede ser ilustrativo el planteamiento de Díaz y García Conlledo, quien diferencia el contenido de “sentido aprehendido” por el dolo (el cual es considerado por este autor como un acto de entendimiento⁷ y mero presupuesto de la prohibición), del “sentido propiamente valorativo”, que como acto de valoración conlleva conocer el “sentido de la prohibición”, constituyéndose así en base medular de la conciencia de antijuridicidad.

Superando la anterior discusión, tenemos que de la relación dicotómica “*entendimiento de la realidad fenoménica*” y “*comprensión del contenido de significación valorativa*”, surge la clave para definir los umbrales que marcan el dominio de una y otra forma de conocimiento. Proyectar al ámbito punitivo categorías dogmáticas con desconocimiento de la naturaleza íntima de los contenidos de conciencia de la conducta humana, genera fetichismos irreconciliables con presupuestos fundamentales de lo que es axiológicamente válido, lo cual, si bien no implica asumir como fundamento del orden punitivo deterministas e indisponibles concepciones ontológicas del comportamiento humano, sí debe asegurar desde la libertad con la que se concibe el orden de los discursos y tratamientos punitivos, un mínimo de fidelidad al horizonte de sucesos sin el cual el valor

⁶ Ver Nota 1 Supra.

⁷ Díaz y García Conlledo, M. Op. Cit. Págs. 232, 283. Para este autor, incluso frente al Hecho *descriptivamente* denotado, el ejercicio de aprehensión del dolo exige que el agente identifique en el dato fáctico la concurrencia del significado material del elemento típico, sin ingresar en el ámbito de dicho ejercicio comprensivo las reglas formales constitutivas de dicho elemento; en otras palabras, para la estructuración del dolo se iría demasiado lejos si se esperara la aprehensión del correcto y preciso sentido jurídico formal de los elementos estructurantes del tipo, es decir, una exacta subsunción de los datos de realidad en el concepto jurídico emanado del respectivo elemento típico, algo que sólo podrían hacerlo, en el mejor de los casos, juristas con conocimiento preciso en la materia -sin ser esto correcto en cualquier caso, dada la gran cantidad de tipos penales que regulan materias especialísimas y con abundantes elementos normativos que confieren una particular orientación al tipo en cuestión-. Lo anterior cobra particular importancia frente al llamado *error de subsunción*, el cual se considera por la doctrina mayoritaria irrelevante para el dolo.

justicia material no permeará el proceso de asignación de responsabilidad jurídico-penal^{8, 9, 10}

Dentro del ejercicio orientado a identificar ese dominio en el que se asienta la *conciencia de antijuridicidad*¹¹, no se puede perder de vista que estos contenidos de conciencia están en mayor o menor medida signados por el intercambio comunicativo propio de la norma jurídica, el cual generará las condiciones de oportunidad mínimas y

⁸ Sin desconocer el escenario claramente identificado por Fernando Velásquez V. en su artículo *Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración* -Versión electrónica (2009)- en donde este autor expone la tesis de un espacio en donde la política criminal y diversas disciplinas metajurídicas permiten dotar de rendimiento práctico el análisis dogmático -orientado siempre de forma fiel a la búsqueda de la coherencia lógica interna del sistema punitivo-, no dejamos de reconocer, sin pretender caer con esto en la rigidez sistemática con la que desde el Finalismo se abordó el estudio de las categorías del delito -con las estructuras *lógico-objetivas* como punto de anclaje medular de la concepción ontológica de la acción, base del pensamiento Welzeliano-, que una alta cuota de validez material encuentra en el reconocimiento del puro hecho de conciencia humano una rica cantera de producción axiológica. Así, se concilia el llamado del rigor dogmático a la coherencia con un norte axiológico signado por un componente de justicia material en virtud del cual se logra entender que la respuesta punitiva no puede desconocer la naturaleza de los diversos órdenes de conciencia que sujetan el accionar humano con su realidad.

⁹ Roxin, Claus. (2014) *Sistema del hecho punible -acción e imputación objetiva-*, P. 184. Ed. Hammurabi, 2014. Destaca este autor lo que considera insalvables contradicciones internas del sistema de Welzel, derivadas de sus concepciones ontológicas de la acción humana.

¹⁰ Roxin, Claus. (1981) *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. P. 111. Editorial Reus. En donde Roxin encuentra en fundamentos *teleológico-político-criminales* la base para el concepto material de la Culpabilidad, desechando cualquier intento por abordar dicha categoría desde la validez formal intrínseca a la conceptualización dogmática. Se asiste así a un empeño por dotar de significación práctica la discusión en torno a la pena.

¹¹ Saborit, David Felip I. (1997) *La delimitación del conocimiento de la antijuridicidad. una aportación al estudio del error de prohibición*. Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra. P. 124. Plantea este autor que en Alemania el criterio dominante para estimar cumplida la conciencia de antijuridicidad de la conducta, es la representación del agente en torno a la afectación de valores e intereses que ingresan dentro de la órbita de protección del Derecho. Así, contrariedad al Derecho y dañosidad social son los dos elementos que articulan el conocimiento del agente en torno a lo injusto de su conducta. Este criterio, si bien mayoritario, ha sido cuestionado por diversos autores -en ese sentido, Cfr. con Neumann-.

razonables para la actualización por parte del agente del conocimiento de ilicitud de su conducta¹².

Al margen de la discusión de cuál es el contenido de conciencia exigido para entender estructurado el conocimiento de ilicitud de la conducta, lo que es insoslayable es que éste necesariamente está signado por espacios de intersubjetividad social, que generarán las condiciones para el conocimiento -actual o posible- del sentido de lo prohibido.

2. LA IDENTIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO.

Deconstruida la concepción de un *tipo neutro y acromático* formulada por Beling^{13,14} se asume que al interior de éste reposan con suma frecuencia elementos estructurales que introducen una fuerte carga valorativa en el tipo objetivo, siendo por tanto inaccesibles al ejercicio de percepción sensorial desde la cual se construye la relación cognoscitiva del

¹² Muñoz Conde, Francisco. (1989) *El error en derecho penal*, Edit. Tirant lo blanch, Págs. 50 y 51. En un significativo segmento de este título, Muñoz Conde alude a pasajes muy ilustrativos de las obras de Sigmund Freud y de Jean Piaget, quienes describen el proceso de generación de la conciencia moral como un estrato que se arraiga en los tiernos años del desarrollo humano, bajo influjo del poder paterno (filial y socialmente considerado) de acuerdo a Freud, y en el ámbito de la referencia al comportamientos del otro, según Piaget. Si bien la *conciencia moral* no es necesariamente correlativa a la *conciencia jurídica*, ambas parten de una matriz común: el ámbito comunicativo derivado del contexto familiar, social y cultural en el que se encuentra el sujeto.

¹³ Ambos, Kai. (2007) *100 años de la "teoría del delito" de Beling. ¿Renacimiento del concepto causal del delito en el escenario internacional?* Revista electrónica de ciencia penal y criminología. Plantea este autor que si bien la opinión mayoritaria considera a Beling el fundador de la teoría del tipo penal, mucho antes que Beling dos penalistas del siglo XIX, también alemanes, ya se habían ocupado con anterioridad de esta teoría: Cristoph Karl Stübel, considerado como el fundador de la teoría del tipo objetivo en 1805, y Heinrich Luden, que se ocupó de la misma en 1840. En similar sentido, Sánchez-Ostiz, P. (2018) *La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del "Tatbestand"*, para quien la teoría comenzó a ser desarrollada inicialmente por E. F. Klein y luego por Stübel, si bien adquiere "relevancia conceptual y sistemática" con Beling.

¹⁴ Sánchez-Ostiz, Pablo. Ob. Cit. P. 132. Cuestiona este autor la pretendida neutralidad acromática del tipo penal de Beling, afirmando que ya que "la tipicidad viene a seleccionar los ámbitos de lo antijurídico, no puede considerarse como meramente descriptiva o de sentido neutro".

dolo con los elementos descriptivos y que, por lo tanto, dificulta en no poca medida el esfuerzo de pretender abarcarlos intelectivamente en su plenitud estructural desde el despliegue de un dolo típico, cuyo rendimiento cognoscitivo, en principio, no ofrece mayores dificultades cuando se trata de abarcar datos fácticos constitutivos de los eElementos descriptivos del tipo, los cuales, por su esencia fenoménica, no se ven comprometidos en su aprehensión intelectual por elaboraciones en orden a sentido y valor normativo.

Partiendo de E. Mayer, quien ha sido el primero en identificar la existencia de los eElementos normativos típicos, estos desvertebran la mera función indiciaria del tipo penal en relación con la antijuridicidad, generando un giro particular en el tipo a partir del cual estos elementos se constituyen en la *ratio essendi* de la antijuridicidad, denotando así un carácter especial como elementos constitutivos de la misma^{15, 16}.

Sin ingresar en la discusión de cuáles sean las consecuencias que extrae E. Mayer de esta concepción¹⁷, la importancia de la misma estriba en el hecho de que al reconocer textura valorativa a ciertos elementos del tTipo, comienza a perfilar un umbral que, particularmente en el ámbito de la tTeoría de la culpabilidad¹⁸ (esbozada con posterioridad a la obra de Mayer), necesariamente lleva a replantear la vocación cognoscitiva del dolo – del cual, y en consonancia con ese nuevo horizonte, se predica su neutralidad– frente a

¹⁵ Díaz y García Conlledo, Miguel. Op. Cit. P. 10.

¹⁶ Roxin, Claus. *Teoría del tipo penal -tipos abiertos y elementos del deber jurídico-*. Ed. Depalma, 1979. P. 6. Rescata Roxin que para Welzel los llamados *tipos abiertos*, dado que no describen de forma objetiva y exhaustiva el hecho materia de prohibición, no extienden un efecto indiciario sobre la antijuridicidad, ya que la verificación de ésta requiere la comprobación de un juicio positivo de ilicitud. Así, en el punto preciso de la relación entre *tipo* y *antijuridicidad*, nótese la diferencia conceptual entre el planteamiento de Mayer y el de Welzel en orden a la función del Tipo penal frente a la antijuridicidad.

¹⁷ Roxin, Claus. *Ibíd.* P. 62. Si bien Mayer considera a los *elementos normativos del tipo* como elementos constitutivos de la antijuridicidad, lo que lo lleva a denominarlos como *elementos impropios del tipo*, no deduce la que pareciera ser la consecuencia lógica de dicho planteamiento, que sería la de considerar el error sobre los mismos como un error de prohibición, abordando por el contrario dicho error como un error de tipo.

¹⁸ Mayer no parte en su elaboración doctrinaria de la *teoría de la culpabilidad*, ajustándose por el contrario su planteamiento a la *teoría del dolo*. En el ámbito de esta teoría, el error vencible, sea de *tipo* o de *prohibición*, excluye el *dolo*.

elementos cuya aprehensión exige indisolublemente criterios de valoración en clave dicotómica licitud / ilicitud¹⁹.

Se descartan en la presente investigación aquellas posturas que consideran que a todo elemento estructural del tipo le es inherente una significación valorativa, por lo que incluso en el *elemento descriptivo* el ejercicio de valoración será una constante²⁰. Descartamos dichas posiciones, las cuales tampoco han devenido como teorías dominantes²¹ y que incluso nos podrían introducir en muy complejos territorios bajo el influjo de la lógica

¹⁹ Díaz y García Conlledo, Miguel. Op. Cit. P. 13., para quien “los elementos normativos del tipo plantean problemas en la configuración del dolo, en concreto, sobre cómo debe abarcar éste dichos elementos y si existe una diferencia respecto al modo en que el dolo se extiende sobre los elementos descriptivos.”

²⁰ Ambos, Kai. Op. Cit. P. 05/5. En el sentido de reconocer la significación valorativa del *elemento descriptivo*, K. Ambos cita a Erik Wolf, quien recurre a la distinción material entre elementos “llenos de valoración” y elementos “necesitados de ser llenados de valoración”, distinción que se basa en que los primeros ostentan una “escala de valor fija”, mientras que los segundos requieren la fijación subjetiva del sentido valorativo por el juez.

²¹ Ambos, Kai. Ibíd. P. 05/6. Desde una posición ontológica, se opone a la postura sostenida por Wolf el argumento, en consonancia con la visión de Hans Welzel, de que el ser natural es captado por el concepto jurídico, de tal forma que éste no es más que un cúmulo de “descripciones de algo ontológicamente configurado”, derivando así en que dichos conceptos, traducidos en los elementos descriptivos del tipo, devienen en “descripciones de valoratividad prejurídica”, reflejando el dato óntico en su plena extensión natural. Frente a la reducción del rendimiento dogmático de las teorías de estirpe ontológica, Cfr. Cit. Supra 9 Roxin, Claus. *Sistema del hecho punible -acción e imputación objetiva-*, P. 184. Ed. Hammurabi, 2014.

formal²². De esta forma se preserva el núcleo conceptual fundamental del elemento normativo, para efectos de diferenciarlo del elemento descriptivo^{23, 24, 25}.

Se reconoce entonces en todo *Elemento normativo* una base estructural de carácter descriptiva, que es la que fácticamente soporta una superestructura dotada de contenido propiamente valorativo; lo anterior, para efectos lógicos, arroja un esquema en donde el elemento de base fáctico es la *estructura* en donde se aloja la *superestructura*. Dicha superestructura es la que fija el sentido normativo requerido para la plena configuración del tipo, al igual que para la fijación cognoscitiva del elemento en cuestión por parte del agente. Ese sentido normativo siempre estará connotado por normas ubicadas por fuera del tipo penal, de ahí que uno de los criterios para identificar la existencia de un *elemento normativo*

²² Ferrajoli, Luigi. (1989) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta. P. 189. A partir del planteamiento de la *teoría referencial del significado* desarrollada por Gottlob Frege, Ferrajoli destaca que el *tipo penal* en su base⁺ está dotado de un sentido tanto *intensional* -connotativo- como *extensional* -denotativo-, lo que determina, a partir del diseño político criminal asignado a la estructura normativa, un espacio de determinación *cognoscitivo* -o a la inversa *valorativo*- en el ejercicio de interpretación de la norma jurídica.

²³ Kant Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Ed. UNAM. Págs. 119, 120 y 121. La consolidación del conocimiento humano necesariamente estará signada por las que Kant en su *Crítica de la Razón Pura* ha denominado los *conceptos puros del entendimiento* o *categorías* (*cantidad, cualidad, relación y modalidad*.) En ese sentido, incluso desde la perspectiva del *elemento descriptivo*, la vocación aprehensiva del dolo no puede jamás verse reducida a una simple percepción sensorial del dato fáctico, ya que la estructuración del conocimiento implica procesamientos gnoseológicos que desarrollan un sentido suprasensorial a partir de dichas categorías lógicas.

²⁴ Díaz y García, Miguel. Op. Cit., Págs. 263 y 264, para quien la identificación de la significación material del Hecho es una exigencia para la estructuración del dolo, lo cual constituye un acto de *entendimiento*, no de *valoración*.

²⁵ Vives Antón, Tomás Salvador. (2010) *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, P. 627. Se acerca Vives Antón a este significado acompañado de un muy profundo estudio de las categorías dogmático punitivas abordadas a partir de la *filosofía del lenguaje*, desembocando en una concepción *significativa* del derecho penal, con una impronta teórica nutrida por autores como J. Habermas y L. Wittgenstein.

es la necesaria referencia a normas de complemento que dotan de contenido dicho elemento²⁶.

En lo referente a cuál es la naturaleza de la norma de complemento, tenemos que ésta no necesariamente es de carácter jurídico; así, piénsese por ejemplo en el [Tipo Penal](#) “Defraudación de fluidos”, en donde el elemento *fluido* requerirá para su plena aprehensión de una norma extrajurídica que defina su contenido –dicha norma se circunscribe al desarrollo de conocimientos propios de las ciencias naturales puras o aplicadas–.

Consideramos que la diferencia existente entre *elementos normativos* de carácter jurídico, de aquellos *elementos normativos* que no ostentan dicho carácter, amerita un tratamiento diferenciado. En la línea anteriormente señalada, al abordar el estudio de la naturaleza de las normas de complemento y las diferencias que se identifican en las mismas dependiendo de si son jurídicas o extrajurídicas, consideramos importante establecer la que a nuestro juicio es una muy relevante aclaración en torno a la diversidad de tratamiento que amerita el *elemento normativo* dependiendo del tipo de norma a la que estos remitan.

Así, se observa que siendo la norma de complemento otra norma jurídica –penal o extrapenal–, el contenido que proyecta ésta en el *elemento normativo* permitirá al agente generar el discernimiento necesario en orden a un juicio de valor sustentado en la dicotomía licitud / ilicitud de su conducta. Lo anterior se deduce de la misma estructura lógica inherente de la norma jurídica, la cual, a diferencia de la norma no jurídica, es correa de transmisión de un sistema de valores políticamente configuradores. Por su parte, siendo la norma de complemento una norma no jurídica, ésta no incorporará un contenido lógico de carácter axiológico, por lo que el ejercicio de aprehensión del agente no se orientará hacia un juicio de [desvalor](#) jurídico²⁷.

²⁶ Díaz y García Conlledo. Op. Cit. P. 17. Citando a K. Engisch, expone D. y G. C. que para este autor “Los elementos normativos se refieren a datos que exclusivamente pueden ser representados y pensados bajo el presupuesto lógico de una norma.”

²⁷ Díaz y García Conlledo. Ibíd, P. 156. Menciona una línea jurisprudencial adoptada por el antiguo Tribunal del Reich Alemán-RG-, para el que el *error de derecho extrapenal* constituía un *error de hecho*. Si bien Díaz y García considera errónea la anterior clasificación error de derecho vs error de hecho, rescata de dicha línea jurisprudencial la distinta pretensión de validez que ostentan las normas penales en relación con las extrapenales. Nótese que el RG parte de la dicotomía error de

Ingresamos en este punto en el análisis de los llamados “*elementos de deber jurídico*”, los cuales constituyen una sub categoría dentro del más amplio espectro de los *elementos normativos*²⁸, de ahí que el tratamiento sobre estos se circunscribirá a los criterios generales con los que se orienta el error sobre los elementos normativos del tipo, con los matices que se expondrán más adelante. La razón de lo anterior es que consideramos que su clasificación en una categoría diferente dentro de los *Elementos normativos del tipo*, o que den pie a un tipo diverso de error sobre los mismos, para los efectos de esta investigación no ofrece rendimientos académicos que justifiquen dicha diferenciación. Nótese que estos lucen la misma textura dogmática que todo elemento normativo, ya que contribuyen a la definición estructural del tipo penal, al igual que connotan toda la carga de desvalor penal propia del juicio de antijuridicidad, ostentando así una doble dimensión. Dada su particular posición²⁹, ya que si bien se ubican estructuralmente en el tipo, funcionalmente pertenecen a la antijuridicidad, se integran así a los llamados tipos penales “abiertos”³⁰, frente a los cuales Welzel destina un acápite muy importante para abordar el estudio de los mismos³¹.

derecho (penal vs extrapenal), aspecto que no se considera en la investigación acá propuesta, en la cual en este punto preciso se ha planteado la dicotomía en términos de error sobre la norma (jurídica vs extrajurídica). En la misma línea, Juan Carlos Ferré Olivé y Paula Andrea Ramírez Barbosa. *Derecho penal colombiano, parte general. principios fundamentales y sistema*, P. 383. Ed. Tirant lo Blanch.

²⁸ Roxin C. (1979) *Teoría del tipo penal -tipos abiertos y elementos del deber jurídico-*. Ed. Depalma, P. 121. Plantea que estos tipos penales son fácilmente identificables por incorporar fórmulas, de acuerdo a ejemplos propuestos por Welzel, como “jurídicamente válido”, “adecuado al Derecho”, “competente”, “permiso de autoridad competente”, “no facultado”, etc.

²⁹ Roxin, Claus. *Ibíd*, P. 121. Plantea Roxin que si bien el trabajo de Welzel en torno a los *Elementos del deber jurídico* pareciera conducir a la conclusión de que estos son una especie coloreada de elementos de diversas especies que no se diferencian en forma clara de los restantes elementos del tipo, se pueden hallar conexiones internas al interior de los mismos. En ese sentido y como nota dominante que los caracteriza como elementos normativos, se observa que estos sólo son comprensibles axiológicamente, de ahí que escapen a todo campo de aprehensión fenoménica.

³⁰ En lo tocante a los Tipos Abiertos, ver Roxin, C. *Ibíd*.

³¹ Welzel, Hans. *Derecho penal, parte general. Ibíd*, P. 85. A diferencia del Tipo Cerrado, el cual agota en su estructura positiva de forma completa la materia de la prohibición, por lo que su realización constituye un indicio de Antijuridicidad, el Tipo Abierto no incluye un supuesto de hecho exhaustivamente descrito por medio de sus elementos objetivos, ya que incorpora dentro de su cuerpo normativo a los *elementos especiales de deber jurídico*, que son fórmulas cuya verificación exige recurrir a normas positivas que están ubicadas más allá del tipo mismo. Así, estas fórmulas

La complejidad frente a dichos elementos “del deber jurídico” radica en que no reflejan circunstancias fácticas del tipo³², pero tampoco se consideran por Welzel como elementos propiamente *normativos*³³, por lo que no ingresan dentro del ámbito de conocimiento del dolo, lo que lleva a que frente al error sobre dichos elementos Welzel exige una solución que no está a tono con aquella por él esgrimida frente al error sobre los elementos normativos, el cual considera *error de tipo*.

Así, siendo categorías que exigen un complejo cognoscitivo que desentraña su valor y sentido normativo en clave del “deber jurídico”, es desde la órbita del *conocimiento de antijuridicidad* que se aborda la textura normativo-valorativa de dichos elementos³⁴. Lo anterior implica que para el autor el conocimiento en torno a los mismos se traduce en la estructuración de la *conciencia de antijuridicidad formal* de su hecho³⁵, por lo que el error que sobre ellos recae constituirá un error de prohibición^{36 37}. Ejemplos de los que para

positivas, que para Welzel serían *momentos de la antijuridicidad* y por lo tanto una *Ratio Essendi* de la misma, conllevan a que su constatación típica denote a su vez la verificación positiva de la antijuridicidad, de tal forma que el juicio de desvalor de la conducta que lo antijurídico comporta no se agote solamente con el análisis negativo de la antijuridicidad -constatación de la no concurrencia de causal de justificación alguna- sino que se requiere dotar de sentido el elemento típico constitutivo del “deber jurídico” -juicio positivo de antijuridicidad-, recurriendo, se repite, a normas ubicadas por fuera de los elementos objetivos del Tipo penal. En ese mismo sentido, Welzel (2004) *El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. 2004. Ed. B de F. Págs. 94 y 95.

³² Welzel, Hans. Op. Cit, P. 87. Para quien “estas características no designan la acción típica del autor, sino su deber jurídico, por lo tanto no son circunstancias de hecho, sino puras características del deber jurídico (elementos de la antijuridicidad como tal).”

³³ Roxin, Claus. *Teoría del tipo penal -tipos abiertos y elementos del deber jurídico-*. P. 121.

³⁴ Roxin, Claus. *Ibíd*, Pág. 121, quien al abordar la obra de Welzel, identifica una clara diferencia entre los “*Elementos del deber jurídico*”, los cuales, a pesar de ubicarse en el Tipo, constituyen un *momento de la antijuridicidad*, y las demás subcategorías en las que se clasifican los elementos normativos. Así, opina Roxin en la citada obra, que el conocimiento que recae sobre todas aquellas categorías normativas del tipo que no conforman esos especiales momentos de la Antijuridicidad, no se vincula directamente con el conocimiento de ésta.

³⁵ Roxin, C. *Ibíd*, P. 121 y 131.

³⁶ Roxin, C. *Ibíd*, P. 123.

³⁷ Roxin, C. *Ibíd*. En un acápite de su obra, plantea Roxin que la Teoría de Welzel relativa a los *tipos abiertos* genera un nuevo Tipo de error, diferente del *error de tipo* y del *error de prohibición*, constituyéndose así en una tercera especie con fuerza tal que excluye la antijuridicidad.

Welzel constituyen estos *elementos especiales de deber jurídico* en el Código penal alemán son "jurídicamente válido", "adecuado al derecho", "competente" y "no facultado".³⁸

3. LA DISCUSIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA.

Una vez definidas las premisas fundamentales que han jalonado la discusión a lo largo de las últimas décadas, tomando en consideración el alcance del objeto cognoscitivo del dolo –lo que dependerá de la teoría que se asuma– y la naturaleza de los elementos normativos del tipo, ingresamos ya en el panorama jurisprudencial colombiano, en donde si bien pareciera observarse un tratamiento con un centro de gravedad definido, surge la inquietud en torno a si el mismo ofrece la suficiente solvencia teórica en orden a la definición de un criterio que responda a las más acusadas inquietudes dogmáticas que jalonan el presente problema.

En el decurso de la presente investigación, se ha evidenciado un desarrollo jurisprudencial referido al error sobre los *elementos normativos del tipo* que apunta a un denominador común: el de considerar el dicho error como un *error de tipo*. Se observa que la receptividad de las posiciones emanadas del ámbito de la tradición jurídico-penal continental europea no han sido suficientemente fructíferas en Colombia, por lo que el desarrollo en esta temática en el terreno de la jurisprudencia no es lo que tan riguroso asunto exige.

Centraremos el estudio en 3 sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en donde el problema central de la discusión lo constituye el tratamiento del error sobre elementos normativos del tipo penal. En ese sentido, las Sentencias con Radicado 29726 (número de providencia SP 20262-2017), 51117 (número de providencia SP 1616-2018) y 46037 (número de providencia SP 17159-2016),

³⁸ Welzel, Hans. Op. Cit. Pág 87.



constituyen insumos sólidos que permitirán estudiar en profundidad la problemática objeto de esta investigación desde el ámbito jurisprudencial.

3.1. SENTENCIA 29726 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SP20262-2017).

Proferida el 30 de Noviembre de 2017, con ponencia del Magistrado LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. En la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, se estableció que el sujeto activo suscribió convenios interadministrativos con una universidad pública, los cuales tuvieron como objeto el adelantamiento de diversas obras de adecuación estructural y funcional de las locaciones en las que sesionan las Comisiones Constitucionales Permanentes de la Cámara de Representantes.

La suscripción de dichos convenios no estuvo regulada por las prescripciones de la Ley 80 de 1993 (Régimen de Contratación Estatal), lo que implicó que se suscribieron de forma directa, basándose dicha decisión en la asesoría rendida por diversos asesores especializados que consideraron que, ya que el tipo de contratación vinculaba en sus extremos a personas jurídicas de derecho público, las reglas de contratación de la Ley 80 no eran aplicables.

La Corte absolvió al acusado por considerar que había actuado bajo un *Error de tipo invencible*, el cual recayó sobre uno de los Elementos normativos del Artículo 410 del Código penal –*ausencia de requisitos legales esenciales en la celebración del contrato*–. La discusión vertida en orden a la existencia de dicho error constituye la *ratio* de dicha decisión.

La Corte Suprema de Justicia ha identificado el problema central en la figura del Tipo penal en blanco, reconociendo que la estructura del artículo 410 de la Ley 599 de 2000 –*Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*– responde a dicha modalidad típica.

Para efectos de definir la pertinencia que este proveído ofrece para la presente investigación, se tomará en consideración un aspecto desarrollado al comienzo de este trabajo y que permitirá puntualizar el ejercicio elucubrativo frente al elemento normativo del tipo.

En ese sentido se observa cómo la Corte, asumiendo como criterio medular para su disertación la Teoría de la culpabilidad, llama la atención que en relación con ciertas conductas delictivas el concepto de Dolo prescrito por el Artículo 22 del Código Penal no ofrece mayores dificultades frente a tipos penales de estructura descriptiva simple, no así frente a tipos que integran elementos normativos o frente a aquellos que deben ser complementados con normas extraídas de otros sectores del ordenamiento jurídico (Tipos penales en blanco).

Si bien despliega el alto Tribunal todo su análisis en torno a estos últimos, el punto de conexión entre los Tipos en blanco y los Elementos normativos del tipo es desarrollado por la misma Corte Suprema de Justicia, así esta no lo haya planteado abiertamente. Al esgrimir su noción frente a los Tipos penales en blanco, resalta como nota característica de los mismos la existencia de un núcleo básico que requiere de una norma de complemento, la cual, en voces de la Corte, determina específicamente las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal.

No se quiere afirmar con esto que todo Tipo penal en blanco parte de la presencia de Elementos normativos al interior de su estructura, pero sí se resalta lo ya mencionado anteriormente al abordar el estudio de la íntima estructura de estos, y es el hecho de que requieren de una Norma de complemento ubicada por fuera del Tipo penal, la cual fijará el contenido valorativo inherente a los mismos definiendo de esta forma su alcance jurídico.

En la primera parte de este trabajo planteamos, a tono con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, que uno de los criterios para identificar la existencia de un Elemento normativo es la necesaria referencia a normas de complemento que dotan de contenido dicho elemento³⁹.

En claro desarrollo con lo anterior, se observa que la Corte Suprema de Justicia lleva a cabo una tarea de disección del artículo 410 del Código Penal, identificando el segmento problemático del mismo en orden a definir el ámbito de aprehensión cognoscitivo del Dolo del agente, que no es otro que el elemento normativo "*requisitos legales esenciales*" de la contratación pública. Así, si bien la Corte conduce toda su disertación frente a los Tipos

³⁹ Ver Nota Supra 2.

penales en blanco, la misma recae sobre el elemento normativo ya mencionado, el cual, como todo elemento de su clase, requiere para su plenitud dogmática de una connotación conceptual que también es propia de los tipos penales en blanco. No a otra conclusión se puede arribar cuando la misma CSJ advierte que “la expresión “requisitos esenciales (...) delimita el sentido del tipo penal mediante normas de complemento”.

Así, ingresan en el escenario dos criterios que abordan el estudio estructural del elemento normativo: bajo el entendimiento de uno de dichos criterios, la Corte apunta a la diferenciación del tratamiento del error dependiendo del segmento normativo afectado por el mismo. Así, si el Error recae sobre el “Núcleo esencial”, se configura un error de tipo; a la inversa, si el Error recae sobre el “Complemento normativo”, se configura un Error de Prohibición.

A la luz del segundo criterio, el cual es asumido por la Corte y se encuentra a tono con decantada interpretación que esta ha efectuado del Artículo 410 del Código penal, se considera que “el núcleo y el complemento integran una sola disposición”, por lo que “el Error que recae sobre las normas complementarias «desintegra el tipo» y por tanto la tipicidad”. De este modo, el Error que versa sobre dichas normas de complemento del Artículo 410 sería un Error de tipo, con las consabidas consecuencias en el ámbito de la punibilidad.

Para el caso traído a colación, la Norma de complemento sería en lo fundamental la Ley 80 de 1993, al igual que otras que precisan el ejercicio de la función administrativa desde su órbita contractual. Todas estas Normas de complemento tienen en común que se encuentran en íntima conexión con el Tipo base, denominado por la Corte como “Núcleo esencial”. Pero obsérvese que no es la plena estructura del Tipo lo que constituye el punto de conexión con la Norma de complemento, sino exclusivamente el Elemento normativo, de tal suerte que es de éste exclusivamente y no de los elementos descriptivos, que se predica la necesidad de complemento.

Atendiendo al criterio de que “el núcleo y el complemento integran una sola disposición”, la Corte Suprema de Justicia deduce la muy importante consecuencia de considerar que el error que versa sobre dicha disposición será un Error de tipo, sin importar



en qué segmento de la disposición radica el error (Tipo base o Norma de complemento). Esta es la regla que permitió a la Corte arribar a la conclusión de que en el caso en mención el agente incurrió en un error de tipo, a pesar de que dicho error afectó el ámbito comprensivo en torno a la Norma de complemento.

Si la norma de complemento que dota de sentido el elemento “*Requisitos esenciales*”, en voces de la CSJ, connota las reglas contractuales que definen los requisitos, competencias y prohibiciones que sujetan la actividad del servidor público, ésta adquiere su particular impronta como correa de transmisión de relaciones jurídicas, lo que implica reconocer en la misma una altísima carga valorativa, que por lo tanto no se agota desde un esfuerzo cognoscitivo de carácter fenoménico.

Por el contrario, para su plena aprehensión el agente tiene que asumir una lectura signada por valoraciones comprensivas sólo desde el deber ser axiológico de dicha norma. Si bien la Corte, de acuerdo a uno de los criterios anteriormente señalados, esgrime la tesis del Error de prohibición cuando este recae sobre la Norma de complemento, procede a dejar sin efecto dicha consideración cuando a partir del segundo criterio por ésta reconocido, aglutina toda la estructura normativa (Tipo base y Norma de complemento) en una sola disposición. No se pierda de vista que con lo anterior se brinda el mismo tratamiento a dos errores que no sólo normativa sino también dogmáticamente, parten de umbrales gnoseológicos diversos.

Así, al derivar un tratamiento acorde con el Error de tipo, en un sustrato normativo cuya comprensión por parte del sujeto transporta en sí toda la carga de ilicitud de la conducta, se irroga una consecuencia jurídica que desconoce la íntima diferencia entre las dos formas de error ya expuestas. Y es que un Dolo despojado de la Conciencia de Ilícitud no ostenta el rendimiento cognoscitivo para abarcar un elemento normativo que en sí, se repite, transmite todo el peso del sentido del deber jurídico ínsito a la conducta.

La anterior consideración no se ve afectada por el hecho de que, tal como se mencionó con anterioridad, asoma con cierta nitidez en el horizonte dogmático aquel criterio

que propende por superar el concepto de *Dolo neutro* –o *Avalorado*– de estirpe Welzeliana, ingresando así en el panorama su doble dicotómico, el *Dolo valorado* –o *Dolo malo*⁴⁰–.

Lo anterior responde básicamente al hecho de identificar desde la Teoría del tipo penal una dimensión que, en voces de Díaz y García Conlledo, deriva en una *Función de llamada o inhibición* del Tipo Penal, lo que lleva a reconocer en la esfera cognoscitiva del Dolo una vocación de sentido, en virtud de la cual éste soporta el significado material auténtico del hecho denotado por el elemento típico⁴¹.

En otros términos, el dolo es portador de una dimensión de sentido que identifica desde una perspectiva gnoseológica toda la sustancia que destila el *hecho típico* desde su connotación social, histórica, moral, cultural, etc., lo que implica el reconocimiento por parte del Agente del carácter prohibido de su conducta^{42, 43}.

Consideramos, sin embargo, que a pesar del rendimiento dogmático que dicha posición pueda estar cobrando, no encontramos elementos firmes para trasladar al ámbito del conocimiento del Dolo un dato normativo que en relación con la norma de complemento (régimen contractual de la administración pública), es portadora de todo el contenido de juridicidad de la conducta del agente, ya que prescribe con precisión todo el ámbito material

⁴⁰ Esta problemática no fue abordada por la CSJ en este proveído.

⁴¹ Díaz y García Conlledo, M. Op. Cit. P. 316.

⁴² Díaz y García Conlledo, M. Ibíd. Págs. 229, 231, 268, 269 y 315. Debemos asumir con mucha cautela la afirmación correspondiente a esta cita, ya que se puede prestar a inadecuadas interpretaciones. Así, Díaz y García, si mal no lo entendimos, no pretende deducir a partir del tipo Penal toda la carga de desvalor de la conducta, aspecto sobre el que extiende claridad cuando establece la relación dicotómica entre *Presupuestos de la Prohibición* -aspecto propio del Tipo- y la *Prohibición* -aspecto propio del *juicio de ilicitud*-. Así, introduce el citado autor luz en el asunto, cuando plantea que el objeto del dolo lo constituye finalmente lo que el sujeto hace -o deja de hacer-. De ahí que aspectos referidos a la norma jurídica (existencia, alcance, etc), ya que no integran el marco de la afectación de la realidad empírica derivada del Hecho del Agente, no ingresan dentro del marco abrazador del dolo.

⁴³ Ver Nota Supra 1.

de lo prohibido o permitido, al igual que las competencias y requisitos de la contratación pública.

Se echa de menos en esta sentencia las razones aducidas por la Corte Suprema de Justicia en orden a asumir el criterio de la «disposición única», refiriéndonos con esto al criterio mediante el cual se aglutinan en una sola disposición Núcleo y Complemento, con las importantes consecuencias que se derivan en el ámbito de la punibilidad. Y es que, sin aducir razones que vayan más allá de asuntos de “técnica legislativa”, que permitieran entender con precisión la decantación a dicho criterio, desconociendo así la interpretación contraria –a pesar de contar esta con aceptación dogmática y jurisprudencial⁴⁴–, el alto tribunal priva su textura argumentativa de elementos que hubieran nutrido sus consideraciones de cara a consolidar una línea firme en punto al error sobre el elemento normativo.

Como conclusión derivada de la interpretación esbozada por la Corte en esta sentencia, se tiene que la misma no está nutrida por consideraciones dogmáticas que hubieran tornado más solvente y comprensible su decisión.

3.2. SENTENCIA 51117 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SP 1616-2018).

Proferida el 23 de Mayo de 2018, con ponencia del Magistrado FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. En este proveído la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelve un recurso de apelación interpuesto en contra de una decisión

⁴⁴ CSJ, Sentencia 29726 (SP20262-2017): En un acápite de dicho proveído, la CSJ expone lo siguiente: *“Dogmática y jurisprudencialmente se sostiene que si el error recae sobre normas complementarias del tipo penal en blanco, el error es de prohibición (...)”*. Más adelante, la CSJ despliega este ilustrativo pasaje: *“De acuerdo con la interpretación que ha hecho la Sala del artículo 410 del Código penal, “el núcleo y el complemento integran una sola disposición”, de manera que bajo esa lógica conceptual, habría que desgajar el objeto de valoración para concluir que si el error recae sobre el núcleo de la conducta se está ante un error de tipo, pero si recae sobre las normas de complemento, se trata de un error de prohibición”*.

condenatoria proferida por el delito de prevaricato por acción. La Corte Suprema de Justicia absuelve al acusado aduciendo la existencia de un error de tipo frente al elemento normativo “*manifiestamente contrario a la ley*”.

Los hechos jurídicamente relevantes que fácticamente soportaron la sentencia son los siguientes: En desarrollo de un proceso de *Restitución de inmueble arrendado*, el juez de la causa adelantó el trámite del mismo mediante el procedimiento traído por el Artículo 424 del ya derogado Código de Procedimiento Civil, el cual, en su Parágrafo 2°, Numerales 2° y 3°, establecía:

“(...) 2. Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquél.”

3. “Cualquiera que fuere la causal invocada, el demandado también deberá consignar oportunamente a órdenes del juzgado, en la cuenta de depósitos judiciales, los cánones que se causen durante el proceso en ambas instancias, y si no lo hiciere dejará de ser oído hasta cuando presente el título de depósito respectivo, el recibo de pago hecho directamente al arrendador, o el de la consignación efectuada en proceso ejecutivo.”

Así, en acatamiento a dicha disposición el funcionario judicial no permitió el ejercicio de postulación procesal del arrendatario demandado, dado que éste no satisfizo la carga procesal que la mencionada disposición le exigía para poder ser escuchado. Desconoció el juez así la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Constitucional en Sentencia T- 613 de 2006 –consolidada posteriormente en múltiples Sentencias proferidas en sede de tutela por el alto Tribunal constitucional⁴⁵–, en virtud de la cual se estableció que en aquellos eventos en donde se discute la existencia del contrato de arrendamiento, el arrendatario demandado deberá ser escuchado sin condicionar dicho acto de postulación al pago de los

⁴⁵ Sentencias T-838 de 2004, T-162 de 2005, T- 494 de 2005, T- 035 de 2006, T-326 de 2006 y T-601 de 2006



cánones adeudados o que se causen a lo largo de la actuación, tal como lo prescribe la norma mencionada.

El Tribunal Superior que conoció de la actuación declaró la responsabilidad penal del funcionario judicial por la comisión del delito de Prevaricato por acción, ya que a su juicio, con la sentencia mediante la cual se declaró la terminación del contrato de arrendamiento y se ordenó la restitución del inmueble arrendado, se desconoció de forma “*manifiestamente contraria*” el precedente jurisprudencial decantado a lo largo de múltiples proveídos de la Corte Constitucional, el cual exigía, según lo ya dicho, que el arrendatario debía ser escuchado así éste no hubiera consignado a órdenes del juzgado los cánones adeudados o causados a lo largo de la actuación, ya que lo que el demandado discutía era la existencia misma del contrato de arrendamiento.

Al conocer del recurso de apelación presentado por la defensa del funcionario judicial en contra de la sentencia condenatoria adoptada por el Tribunal, la Corte Suprema de Justicia revocó dicha sentencia para en su lugar absolver a la funcionaria judicial. A continuación, diseccionaremos los aspectos más importante de dicho proveído.

Adujo la Corte Suprema de Justicia como razón primordial para proceder a la revocatoria de la decisión de primer grado, la no demostración por parte de la Fiscalía del Dolo del *agente*, determinando que en su accionar el funcionario judicial no aprehendió cognoscitivamente el elemento normativo “*manifiestamente contrario a la ley*”. De este modo, al entender la Corte que el Dolo del agente no agotó el Tipo objetivo en su totalidad, se genera como consecuencia lógica la existencia de un *error de tipo*, del cual se predicó su característica de ser *vencible*, si bien esta característica era totalmente irrelevante para el caso concreto, por la consabida razón de que no al contemplar el ordenamiento el Prevaricato –*por acción o por omisión*– en su modalidad culposa, se debe arribar a una decisión absolutoria.

Entendió la Corte que el yerro se presentó en dicho elemento normativo “*manifiestamente contrario a la ley*”, por estimar que la conducta errática del agente se basó en el desconocimiento del funcionario frente a lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-613 de 2006, al igual que en proveídos posteriores de esta alta corporación,

que fijaron un criterio jurisprudencial mediante los cuales se definió una regla exceptiva a lo prescrito por los numerales 2° y 3° del Parágrafo 2° del Artículo 424 del ya derogado Código de Procedimiento Civil. El desconocimiento de dicho criterio jurisprudencial llevó, tal como se expuso, a que el fallador arribara a una sentencia estimatoria de la pretensión de Restitución del inmueble objeto de la litis.

Puesta en la tarea de identificar los aspectos íntimos del yerro evidenciado por el agente, anota la Corte que dicho error consistió no en el desconocimiento por parte del funcionario judicial de la existencia de la sentencia T-613 de 2006, lo que implicaba que éste conocía las importantes repercusiones que dicho instrumento proyecta en el ámbito de los procesos de “Restitución de inmueble arrendado”. El error, por el contrario, consistió en una inadecuada interpretación del alcance de la regla exceptiva traída por la Corte Constitucional en dicha sentencia frente a las ya mencionadas normas prescritas por los numerales 2° y 3° del Parágrafo 2° del Artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, estimando el funcionario judicial que dicha excepción sólo regía cuando el arrendatario discutiera la existencia material del contrato de arrendamiento, no cuando, tal como se evidenció en el caso aquí estudiado, la discusión se orientara hacia la existencia jurídica de dicho contrato.

Así, estimó el agente que el supuesto de hecho que constituyó la base de la Sentencia T-613 de 2006 difería de la base fáctica abordada en el proceso por él adelantado, por lo que la consecuencia jurídica allí contemplada –aplicación de la regla exceptiva–, no era aplicable en este caso.

Durante el desarrollo argumentativo expuesto en esta sentencia por la Corte Suprema de Justicia, se asiste a lo que podríamos considerar una particular inconsistencia lógica, cuando en un primer momento, al ubicar el problema jurídico del caso, identifica que éste se refiere a un aspecto de interpretación jurídica consistente en la inadecuada valoración que el agente efectúa del criterio jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional, lo que lleva a la Corte Suprema a concluir que dicho error le impidió al funcionario comprender la *ilicitud de su conducta*. Obsérvese el extracto pertinente a este punto en dicha providencia:

“Corolario de lo anteriormente expuesto, la Corte encuentra demostrado que la acusada al proferir la sentencia de plano el 24 de mayo de 2013 estuvo determinada por una errada interpretación del criterio de la jurisprudencia constitucional que le imponía escuchar al demandado, pese a que éste no hubiese acreditado el pago de los cánones de arrendamiento presuntamente adeudados, por tratarse de un evento en que se discutía la existencia jurídica del contrato de arrendamiento, aunque no había duda de la existencia material del mismo.

“Ese error en que incurrió la juez S. H. le impidió conocer la ilicitud de su conducta, razón por la que la defensa técnica en sus alegaciones acierta al denominarlo “error de prohibición”, pues ciertamente se constató la configuración de una falsa idea de la acusada en torno a la antijuridicidad de su conducta.”

Lo anterior debió de haber constituido la premisa jurídica fundamental para que la Corte Suprema de Justicia arribara a una conclusión diversa a la alcanzada. Y es que en dicho segmento la Corte es concluyente cuando descarta la existencia de un *error de tipo* —o por lo menos eso se deduce de la forma como fue planteada la línea argumentativa allí expuesta—, ya que aduce de forma insoslayable (y acertada de acuerdo al criterio defendido en este trabajo de investigación) la presencia de un *error de interpretación* frente a la línea jurisprudencial definida por la Corte Constitucional, derivando lo anterior en un *error de ilicitud*.

Pero a renglón seguido, y de forma inconsecuente con lo destacado anteriormente, determina la Corte Suprema que a dicho yerro se le debe brindar el tratamiento establecido en el numeral 10° del artículo 32 del Código Penal, el cual, bien se sabe, regula en su primera hipótesis el denominado *Error de tipo*. Para sustentar su posición, la Corte trae a colación a Welzel, para quien, de acuerdo a la lectura que la Corte realiza de éste, el *error sobre el elemento normativo* constituye un error de tipo; así, disecciona la Corporación el siguiente segmento extraído de la obra *Derecho Penal, Parte General de Welzel*:

“La antijuridicidad no se convierte en una circunstancia del hecho porque esté señalado en la ley, la más de las veces de modo superfluo (por ejemplo, en los párrafos 123 /4, 239, 240, 246, 303, etc.) sino que permanece como valoración del tipo. Las expresiones «sin autorización» o «sin estar autorizado para ello», son denominaciones lingüísticas de la antijuridicidad; y «válida jurídicamente», «conforme a derecho», «competente», «no autorizado», «sin el permiso de la autoridad o bien de la policía», «sin autorización», son características especiales de la antijuridicidad,

a las que el legislador innecesariamente recurre al momento de configurar el tipo penal".⁴⁶

Por constituir un aspecto de interés central en la presente investigación y del cual se deriva una muy nutrida discusión dogmática, se destacará para su análisis el anterior acápite de la sentencia objeto de estudio, ya que es el único segmento en dicho proveído en el que la Corte recurre a un argumento de orden dogmático para sustentar su posición; de ahí que aspectos vinculados a otros órdenes de la argumentación no revisten importancia alguna en el presente trabajo, por lo que no serán objeto de consideración.

Ingresamos así en un punto que sí es medular en el estudio de la presente sentencia: los *"elementos especiales de deber jurídico"*⁴⁷: Tal como se mencionó al comienzo de este trabajo, y a tono con lo expuesto por Roxin, los *"elementos especiales de deber jurídico"* conforman una subcategoría de elementos normativos del tipo, pero que a diferencia de los otros elementos integrantes de esta categoría, no están cubiertos por el dolo⁴⁸, lo que implica que para el autor el conocimiento en torno a los mismos se traduce en la estructuración de la Conciencia de antijuridicidad de su hecho.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 51117 (SP 1616-2018).

⁴⁷ En líneas anteriores de esta investigación mencionamos como nota característica de estos elementos, que si bien se ubican estructuralmente en el *tipo*, funcionalmente pertenecen a la *antijuridicidad*, integrándose a los llamados tipos penales "abiertos", frente a los cuales Welzel destina un acápite muy importante para abordar una serie de inquietudes dogmáticas. La complejidad de dichos elementos radica en que no reflejan circunstancias fácticas del Tipo, pero tampoco se consideran por Welzel como elementos propiamente Normativos, por lo que no ingresan dentro del ámbito de conocimiento del Dolo, lo que lleva a que frente al error sobre dichos elementos este tratadista exige una solución que no está a tono con aquella por él esgrimida frente al error sobre los Elementos Normativos, error que de acuerdo a lo ya expuesto, recibe el tratamiento del Error de Tipo.

⁴⁸ En relación con el objeto de conocimiento de estos *elementos de deber jurídico*, planteamos en líneas anteriores que "siendo categorías que exigen un complejo cognoscitivo que desentraña su valor y sentido normativo en clave del "deber jurídico", es desde la órbita del *conocimiento de antijuridicidad* que se aborda la textura normativo-valorativa de dichos elementos. Lo anterior implica que para el autor el conocimiento en torno a los mismos se traduce en la estructuración de la conciencia de antijuridicidad formal de su hecho, por lo que el Error que sobre ellos recae constituirá un error de prohibición."

Al ingresar en el ámbito de la estructura del tipo penal *prevaricato por acción* se destaca del mismo el elemento “*manifiestamente contrario a la ley*”; obsérvese, de acuerdo a lo ya planteado líneas atrás, que este segmento normativo es sobre el que la Corte Suprema de Justicia deposita toda la problemática en torno al error del agente. En este elemento se radica de forma clara la característica predominante que Welzel reconoce en los mismos, ya que son portadores del sentido prohibitivo de la conducta⁴⁹. Así, estos ostentan una doble dimensión, la cual implica que contribuyen a la definición estructural del Tipo penal, al igual que connotan toda la carga de desvalor penal propia del juicio de antijuridicidad.

Bajo la anterior consideración, obsérvese que el segmento de la obra de Welzel extractado por la Corte en la sentencia bajo análisis permite visualizar de forma clara –si bien, en sentido inverso al efecto que argumentativamente pretende derivar el alto tribunal del mismo– la posición de este destacado autor frente a dichos elementos especiales de la Antijuridicidad, considerándolos en un primer momento “*denominaciones lingüísticas de la antijuridicidad*”, para posteriormente referirse a estos como “*características especiales de la antijuridicidad*”⁵⁰. Así, cuando Welzel afirma que “*La antijuridicidad no se convierte en una circunstancia del hecho porque esté señalado en la ley*”⁵¹, está consolidando su tesis en torno a que estos no denotan circunstancias fácticas del tipo.

En otro lugar de su obra, afirma Welzel que en estos Tipos penales que incluyen *elementos del deber jurídico*, “*la antijuridicidad debe ser verificada positivamente mediante la comprobación de las características especiales del deber jurídico*”^{52, 53}. En este ilustrativo

⁴⁹ Roxin Claus, *Teoría del tipo penal -tipos abiertos y elementos del deber jurídico-*. P. 132

⁵⁰ CSJ, *Ibíd.*

⁵¹ CSJ, *Ibíd.*

⁵² Hans Welzel, *Op. Cit.* Pág. 87.

⁵³ Roxin Claus, *Teoría del tipo penal -tipos abiertos y elementos del deber jurídico-*. Pág. 90. Por verificación positiva de la Antijuridicidad Welzel entiende, de acuerdo a la lectura efectuada de éste por Roxin, el acto mediante el cual se constata la plena configuración de la ilicitud de la conducta típica no sólo desde la constatación de la no concurrencia de *causales justificantes*, sino también desde el ejercicio adicional de comprobación positiva de la realización del elemento del deber jurídico.

pasaje, Welzel vincula la realización de la antijuridicidad a la comprobación efectiva del elemento del deber jurídico “típico”.

Se trae a colación lo anterior para evidenciar que si lo que la Corte Suprema de Justicia quería destacar a partir de la lectura de Welzel era que el error sobre el elemento normativo “*manifiestamente contrario a la ley*” debía considerarse un error de tipo, recurrió al soporte doctrinario errado, porque lo que plantea Welzel, por el contrario, según lo ya expuesto, es que dicho ingrediente es un elemento propio de la antijuridicidad, por lo que el ámbito de conocimiento del mismo soporta en sí todo el sentido prohibitivo de la conducta delictiva.

Nótese, tal como se planteó en líneas anteriores, que en el caso estudiado el yerro consistió, tal como lo reconoce la Corte Suprema, en la inadecuada *interpretación del criterio jurisprudencial aplicable al caso concreto*; en otras palabras, dicho error connota una inconsistencia gnoseológica de carácter *comprensivo-valorativo*, no *perceptivo-fenoménico*. Importante es anotar, por cierto, que la dicotomía *axiológico / fenoménico* no era ajena a Welzel dentro del ejercicio desplegado por este autor en orden a definir la naturaleza del error sobre el *elemento del deber jurídico*. Así, consideraba el tratadista alemán que de la amplia gama de *elementos del deber jurídico*, algunos de ellos ameritan un tratamiento diferenciado en los asuntos atinentes al error, condicionando dicho tratamiento de forma correlativa al segmento normativo en el que se radique el mismo. De ahí que, si el error versa sobre la circunstancia fáctica generadora del deber, se predica un *error de tipo*; a la inversa, si el error recae en el segmento que define el sentido normativo de la conducta, éste será un *error de prohibición*⁵⁴.

Importante variable dogmática la anteriormente señalada, con la cual pretendemos indicar que incluso en aquellos casos excepcionales en donde Welzel considera el que el error sobre el *elemento del deber jurídico* es un *error de tipo*, el mismo afecta

⁵⁴ Roxin Claus, *Ibíd*, Págs. 44 y 54. Dentro de los *Elementos de deber jurídico* que se sujetan a esta lógica, señala Welzel los *Elementos de la Autoría*, en donde un error sobre “*la posición de funcionario o sobre sus presupuestos no impide el nacimiento del deber jurídico, sino la realización del tipo subjetivo*”; señala igualmente a los *Delitos propios de omisión*, frente a los cuales el conocimiento de la existencia del *Deber de Acción* no abarca el conocimiento en torno a la existencia de la circunstancia fundamentadora de dicho deber.

exclusivamente el hecho fundamentador del deber, no el sentido valorativo de la norma de complemento. Dicho aspecto, de suma importancia para incorporar de forma integral la tesis de Welzel sobre el error, no fue abordado por la CSJ, si bien, acorde con la que consideramos una lectura adecuada de dicho maestro en el punto concreto del error, el resultado en orden a considerar el error sobre el elemento “*manifiestamente contrario a la ley*”, no habría variado, por dos razones fundamentales:

En primer lugar, el referido elemento, el cual de acuerdo a lo ya expuesto ingresa en la categoría denominada por Welzel *Elemento del deber jurídico*, no admite la disección de su estructura con miras a condicionar el tratamiento del error que sobre el mismo verse dependiendo de si éste se asienta en el hecho estructurante del deber o, por el contrario, en el deber propiamente dicho. Para Welzel los *elementos de deber jurídico* que admiten este particular tratamiento de *disección* constituyen casos excepcionales (*los elementos de la autoría y los delitos de propios de omisión*).

En segundo lugar, y de acuerdo a lo expuesto en líneas anteriores, la problemática del caso estudiado en dicho proceso por la CSJ se basó en un error consistente en la inadecuada interpretación de un criterio jurisprudencial definido por la Corte Constitucional, es decir, un error sobre el deber jurídico derivado de dicha línea hermenéutica; de ahí que se descarte el error sobre el hecho fundamentador del deber. De esa forma, y en gracia de discusión, si del elemento normativo “*manifiestamente contrario a la ley*” se pudiera predicar la segmentación propuesta por Welzel para ciertos *elementos de deber jurídico*, condicionando el tratamiento del error al segmento del elemento afectado por el mismo, esto no variaría en nada la conclusión que dicho tratadista enarbola frente al *error de prohibición*, ya que para el caso que estudiamos en este punto el error recae sobre el segmento contentivo del deber jurídico.

Se logra con esto nutrir el punto de vista expuesto en esta investigación, en donde se sienta claridad una vez más en el hecho de que el recurso a la doctrina de Welzel traído por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP 1616, con la cual pretendió sustentar su tesis en orden a admitir como un *error de tipo* aquel que versa sobre el elemento “*manifiestamente contrario a la ley*”, surte un efecto ajeno al esperado, provocando la consolidación de la tesis contraria, es decir, que frente al error manifestado en eventos

como el del caso allí planteado, la doctrina Welzeliana se decanta al tratamiento propio del *error de prohibición*.

4.3. SENTENCIA 46037 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SP 17159-2016).

Proferida del 23 de Noviembre de 2016, con ponencia de la Magistrada PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR⁵⁵. En este fallo, un funcionario adscrito al Instituto Departamental de Deportes del Tolima –INDEPORTES–, obrando como representante legal de dicha entidad celebró un contrato de prestación de servicios con un particular que fungió como contador externo a la entidad, cuyo objeto fue la atención por parte de éste de procesos contables, la asesoría en asuntos tributarios y la elaboración del control de nóminas de la entidad contratante.

Como consecuencia de la celebración de dicho proceso contractual, el funcionario (contratante) y el particular (contratista) fueron declarados penalmente responsables por el delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en calidad de Autor e Interviniente respectivamente, por considerar que estos habían violado el *Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades* preceptuado por la Ley 80 de 1993 y normas complementarias.

Uno de los aspectos abordados en las sentencias de instancia y que integró el marco fáctico en ambas decisiones, fue que al momento de la suscripción del contrato las partes contractuales obviaron el hecho de que sobre la contratista pesaba una declaración previa de responsabilidad fiscal emitida en su contra por la Contraloría de Ibagué.

Asumió conocimiento la Corte Suprema de Justicia en virtud de recurso de casación interpuesto por el defensor del funcionario condenado; el alto Tribunal casó la sentencia, procediendo a absolver al servidor público condenado, decisión que se basó en

⁵⁵ De suma importancia en esta sentencia, y como una razón para seleccionarla como objeto de estudio en la presente investigación, es el hecho de que el análisis efectuado por la CSJ integró aspectos íntimos del tipo penal *Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades*, si bien éste no constituyó la hipótesis normativa aducida en la sentencia objeto de estudio.

consideraciones de diversa índole⁵⁶. De dicho proveído extractaremos el acápite relativo al análisis sobre el error que versó sobre el elemento normativo “*requisitos legales esenciales*” integrado al Tipo penal *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, el cual constituyó, tanto en las decisiones de instancia como en sede de casación, la premisa mayor que jalonó la discusión a lo largo de las diferentes actuaciones.

Abordando el aspecto que se relaciona con el objeto de este estudio, se observa que el mismo se centra en el análisis que la Corte Suprema efectúa del Tipo subjetivo del artículo 410 del Código penal –*Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. Frente a este aspecto, el alto tribunal asume la dirección definida por decantada jurisprudencia en orden a considerar que el error que versa indistintamente sobre cualquier elemento del Tipo objetivo constituye un Error de tipo; y, de igual forma, a tono con la consabida línea jurisprudencial, no aborda en profundidad las razones de orden jurídico para asumir dicha posición.

Ingresando en el escenario preciso del *error* en el que incurrió el funcionario público, aduce la Corte que dicho error consistió en la desacertada convicción de que la contratista no estaba en curso de causal de inhabilidad alguna, a pesar de saber que ésta se encontraba en la lista de deudores morosos de las entidades estatales, lo que a la luz del artículo 4° parágrafo 3° de la Ley 716 de 2001, prorrogada y modificada por las leyes 863 de 2003 y 901 de 2004, constituía una causal de inhabilidad para la contratación pública, salvo que el deudor moroso acreditara la cancelación de la totalidad de las obligaciones contraídas a favor de la administración pública o la vigencia de un acuerdo de pago⁵⁷. Para

⁵⁶ Entre ellas está el aporte tardío de la póliza de cumplimiento y la vinculación directa de la contratista, aspectos que, por carecer de importancia para esta investigación, no serán objeto de estudio.

⁵⁷ Ley 716, Artículo 4°, Parágrafo 3°: “Cada entidad deberá publicar semestralmente un boletín, en medios impresos o magnéticos, que contenga la relación de todos los deudores morosos que no tengan acuerdo de pago vigente de conformidad con las normas establecidas para el efecto. Las personas que aparezcan relacionadas en el Boletín de deudores morosos no podrán celebrar contratos con el Estado, ni tomar posesión de cargos públicos, hasta tanto no demuestren la cancelación de la totalidad de las obligaciones contraídas con el Estado o acrediten la vigencia de un acuerdo de pago. La vigilancia del cumplimiento de lo aquí estipulado estará a cargo de la Contraloría General de la República.”

el caso concreto, la contratista efectivamente había celebrado un acuerdo de pago con la administración, derivado de su condición de persona sancionada en proceso de responsabilidad fiscal, aspecto que también conocía el contratante y que fue lo que determinó su decisión de suscribir dicho contrato, por considerar que la existencia de dicho acuerdo saneaba la Inhabilidad de la contratista.

Así, se logró acreditar en sede de casación que el contratante obró con la plena convicción, tal como se mencionó en líneas atrás, de que la contratista había sido condenada en proceso de responsabilidad fiscal, que ésta se encontraba en la lista de deudores morosos de una entidad estatal, que dada dicha condición no podía contratar con el Estado, que suscribió un acuerdo de pago con la administración y que en virtud de dicho acuerdo, se saneaba la Inhabilidad que le impedía contratar con el sector público.

Identificando el segmento problemático dentro del ámbito cognoscitivo que integró la esfera subjetiva del accionar del agente, se observa que éste no ha recaído en un error sobre los datos de aprehensión fenoménicos, ya que frente a los aspectos fácticos el funcionario ostentó plena claridad del entorno de la situación. Por el contrario, el error radicó en la interpretación que de las normas jurídicas aplicables al caso efectuó el contratante, llevando a que éste extendiera el efecto de saneamiento de la inhabilidad en la que se encontraba la contratista a partir del hecho de haber suscrito ésta un acuerdo de pago con la administración, desconociendo que dicha condición no era aplicable en aquellos eventos en los que existiera una declaración en firme de responsabilidad fiscal⁵⁸.

Obsérvese cómo el mencionado yerro radicó en la esfera de una de las Normas de complemento del elemento “*requisitos legales esenciales*” del Art. 410 del código penal, que

⁵⁸ Ley 734 de 2002, Artículo 38. “Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

(...) Parágrafo 1°. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

es la Ley 734 de 2002 –*Régimen disciplinario único*–, la cual junto a la Ley 80 de 1993 –*Régimen de contratación estatal*–, entre otros instrumentos legales que complementan el ámbito de ejercicio de la actividad pública en relación con el ejercicio de contratación estatal, permiten dotar de sentido dicho elemento al definir de forma precisa las esferas de carácter jurídico que condicionan el ejercicio contractual del Estado; en otras palabras, son normas que por su estructura connotan todo el sentido de licitud o ilicitud de la conducta del funcionario.

Se rescata acá una tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia en la estudiada sentencia 29726 con radicado (SP20262-2017) en relación con la estructura de los Tipos penales en blanco, los cuales se componen de un núcleo básico que requiere de una Norma de complemento, determinando esta específicamente las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal⁵⁹. Así, si el Error recae sobre el “Núcleo esencial” se configura un error de tipo; a la inversa, si el Error recae sobre el “Complemento normativo”, se configura un Error de prohibición⁶⁰.

Se menciona lo anterior ya que en el presente caso hubiera resultado muy enriquecedor en términos de consolidación de la textura dogmática de su cuerpo argumentativo, que la Corte, al analizar el artículo 410 del Código penal, hubiera tomado en consideración lo anteriormente expuesto en relación con la estructura de los tipos penales en blanco, lo que la hubiera llevado a discriminar la esfera gnoseológica de contenido fáctico del agente, de aquella de contenido netamente valorativo. Entendiendo que el alto Tribunal acogió la tesis de la “disposición única”⁶¹, se entienden superadas las importantes consecuencias que se derivarían de la definición estructural mencionada.

Con ello, y de acuerdo a la idea que se comenzó a desarrollar en líneas anteriores, el error puesto de manifiesto por el agente versó en la interpretación de aquella norma de

⁵⁹ En el acápite relativo al análisis de la Sentencia SP20262-2017, se rescató, a partir de lo expuesto por la CSJ en relación con los Tipos penales en blanco, la similitud estructural entre estos y los Tipos que alojan en su disposición Elementos normativos, por lo que en ese punto preciso, las consideraciones vertidas sobre aquellos se extienden a estos sin mayor dificultad.

⁶⁰ Sentencia SP20262-2017.

⁶¹ *Ibíd.*

complemento que subsanaba la inhabilidad del contratista integrado al boletín de deudores morosos, siempre que éste pagara el monto de lo debido o suscribiera un acuerdo de pago con la administración, tal como se evidenció en el caso presente. El error devino cuando el funcionario contratante extendió dicho efecto al caso del contratista que más que la simple calidad de deudor moroso, ostenta la condición de persona condenada en proceso fiscal, lo que lleva a que el saneamiento que se predica del deudor moroso sobre el que no versa condena de responsabilidad fiscal, no es aplicable a aquel que sí ostenta la calidad de condenado en procesos de esta índole.

Nótese que en ningún momento el error fue de naturaleza perceptiva-fenoménica, ya que el agente tenía claridad en torno a aspectos tales como que la contratista había sido condenada en proceso de responsabilidad fiscal, que ésta se encontraba en la lista de deudores morosos de una entidad estatal y que había suscrito un acuerdo de pago con la administración. De haber incurrido en error sobre estos aspectos, ahí sí lo procedente hubiera sido reconocer el error de tipo, tal como efectivamente lo hizo la Corte, pero por caminos totalmente ajenos al aquí expuesto.

Para finalizar el análisis de la sentencia, nótese que el agente tenía conocimiento de la existencia de la cláusula prescrita por el artículo 4°, parágrafo 3° de la Ley 716 de 2001, mediante la cual se consagraba el saneamiento del deudor moroso en los eventos de suscribir éste acuerdo de pago con la administración. Lo que desconocía el funcionario era el alcance preciso de dicha disposición, lo cual hubiera requerido que se asumiera una interpretación sistemática de la normatividad que integra el régimen contractual del Estado, la cual guarda una estrecha relación con el régimen disciplinario único, más aún en un asunto como el expuesto en dicha causa, en donde la discusión en torno al desconocimiento de los *requisitos legales esenciales* de la contratación tuvo como centro de gravedad la infracción del régimen de *inhabilidades e incompatibilidades*.

Con lo anterior pretendemos arribar a la conclusión de que el error en el que incurrió el agente se materializó en torno al alcance de las disposiciones que consagran prohibiciones y permisos dentro del ejercicio de la contratación pública; siendo así, es forzoso llegar a la conclusión de que lo que afectó la esfera gnoseológica del agente fue un error que determinó la comprensión de éste en torno a la licitud o ilicitud de su conducta.

4. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES.

En el panorama dogmático penal de estirpe continental europea permanece abierta la discusión en orden al tratamiento que debe brindársele al *error sobre el elemento normativo*; podemos agrupar las posturas en tres grandes sectores:

1. Aquellas que consideran que dicho error es un Error de Tipo.
2. Las que lo consideran como un Error de Prohibición Directo.
3. Las que parten de una disección del elemento normativo, en donde se observan dos estratos: el elemento fáctico que le sirve de soporte al mismo y el elemento que soporta la dimensión de sentido y valor del mismo. A tono con este planteamiento, se predica un *Error de tipo* frente al estrato fáctico de base, y un *Error de prohibición* frente a su estrato valorativo.

En el ámbito de la Jurisprudencia colombiana, y a partir del estudio efectuado sobre las tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia abordadas, se puede observar una línea jurisprudencial claramente orientada a reconocer en esta modalidad error un *error de tipo*. Por las razones expuestas en el acápite destinado al estudio de dichos proveídos, en donde se echa de menos la ausencia de una disertación dogmática que permita conducir la línea argumentativa de una manera sólida hacia la tesis final adoptada, consideramos que dicho criterio no es el más acertado.

Lo anterior cobra aún más fuerza en situaciones como la evidenciada en la sentencia 51117 (SP 1616-2018), en la cual el alto Tribunal recurrió de manera desacertada a un segmento extraído de la obra de Hans Welzel “Derecho penal General”, en donde el tratadista abordó el estudio de los *Elementos especiales de deber jurídico* estimando que estos elementos no reflejan datos fácticos del tipo objetivo, constituyendo así umbrales de antijuridicidad que transportan todo el desvalor formal de la conducta delictiva; de ahí que considere Welzel que el error sobre dichos elementos constituye, a diferencia de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, un error de prohibición.



Se rescata en su momento el estudio efectuado en la sentencia 29726 (SP20262-2017), en donde la Corte desarrolla un estudio estructural del *Tipo penal en blanco*, identificando en éste dos segmentos, un núcleo básico y una norma de complemento; a partir de dicha estructura, se ofrece un tratamiento diferente al error dependiendo de si éste se radica en el núcleo básico, caso en el cual será un *error de tipo*, o de si el error se radica en la norma de complemento, lo que daría *lugar a un error de prohibición*. Obsérvese que si bien el rendimiento de la lectura efectuada sobre la estructura de estos Tipos podría abrir un espacio de discusión muy nutrido, éste quedó desechado cuando la Corte, sin mayores consideraciones, asume el criterio de la *disposición única*, en virtud del cual el error que verse sobre el tipo en blanco será considerado, independientemente del segmento normativo afectado, un *error de tipo*. No se evidenciaron mayores razonamientos para el cambio de dirección.

Pero salvo el pequeño segmento de la sentencia 51117 (SP 1616-2018), en donde la CSJ desplegó un esfuerzo argumentativo para decantarse al *error de tipo*, si bien con un referente doctrinario mal seleccionado, y el segmento ya mencionado de la sentencia 29726 (SP20262-2017), la nota dominante es la ausencia de profundidad dogmática en la disertación respecto a un aspecto que, como éste, es bastante problemático y que lejos se encuentra de estar agotado.

En la primera parte de este trabajo se mencionó la importancia que para el mismo ostentan dos aspectos, que se estudiaron como puntos de anclaje conceptuales fundamentales en la presente disertación: El primero de ellos es el relativo a la naturaleza del *Dolo* y consecuentemente, *el objeto de la aprehensión cognoscitiva* de éste. Como segundo punto, expusimos lo relacionado con la noción de *Elemento normativo* abordando el análisis estructural del mismo de una forma que se excluyeran matizaciones surgidas al amparo de diferenciaciones conceptuales sin mayor rendimiento académico y que por lo tanto tornan innecesario el diverso tratamiento que se irroga a elementos que en lo sustancial responden a la misma lógica estructural y funcional.

Frente al primer punto abordamos, siempre desde la impronta de la *Teoría de la culpabilidad*, el estudio relativo al contenido de conciencia propio del dolo, del cual expusimos que a tono con la función identificada en éste por Welzel, y una vez asentado



en el Tipo penal y desprovisto de la *consciencia de antijuridicidad*, ostenta todo el rendimiento para la aprehensión del dato fáctico desde una perspectiva gnoseológica perceptivo / fenoménica.

Consideramos de igual forma que la discusión que se ha abierto en relación con las tesis que propenden por superar el concepto de *Dolo neutro –o Avalorado-* no ostentan la suficiente relevancia en el objeto de este estudio, si bien conducen a la ampliación del rendimiento cognoscitivo de Dolo, en virtud de lo cual se identifica un ejercicio aprehensivo que hace a éste portador de una dimensión de sentido que identifica desde una perspectiva gnoseológica toda la sustancia que destila el *hecho típico* desde su connotación social, histórica, moral, cultural, etc., lo cual no implica el reconocimiento por parte del Agente del carácter propiamente ilícito de su conducta.

Más adelante, al proponer de forma dicotómica el contenido de consciencia del dolo en relación con el de la consciencia de ilicitud, sentamos las bases para diferenciar ambas estructuras de conocimiento desde una perspectiva gnoseológica y epistemológica. De ahí que si el conocimiento en torno a lo injusto de la conducta se estructura sobre un contenido de carácter axiológico, la conexión que en términos gnoseológicos surge entre dicho conocimiento y un objeto que es portador de toda la carga de desvalor de la conducta -el elemento normativo-, es lógicamente consecuente y necesaria.

En segundo lugar, se abordó el estudio de la estructura del *elemento normativo del tipo*. En ese sentido, expusimos que en todo *elemento normativo* coexisten una base estructural de carácter descriptiva que soporta una superestructura dotada de contenido propiamente valorativo; a lo largo de este trabajo no se identificó discusión alguna, ni a nivel doctrinario ni a nivel jurisprudencial, frente a este punto preciso de la configuración estructural del elemento normativo.

Nuestra postura en relación con este asunto rescata la importancia de identificar dicha estructura, ya que dependiendo del segmento afectado por el error se deriva un tratamiento diverso: *error de tipo* frente al estrato fáctico de base y un *error de prohibición* frente a su estrato valorativo.



Lo anterior sin embargo admite una matización dependiendo de la naturaleza de la norma de complemento, aspecto que fue abordado en el cuerpo central de este trabajo. Así, se dijo que en el evento de ser la norma de complemento otra norma jurídica –penal o extrapenal–, dado la connotación normativa que le es propia, permitirá al Agente arribar a un umbral frente a lo que es lícito o ilícito. En lo que al error que versa sobre elementos normativos que remiten a normas de complemento no jurídicas, al no incorporar un contenido lógico de carácter axiológico, el ejercicio de aprehensión del agente no se orientará hacia un juicio de desvalor jurídico.

Referencias

- AMBOS, Kai. 100 AÑOS DE LA “TEORÍA DEL DELITO” DE BELING. ¿RENACIMIENTO DEL CONCEPTO CAUSAL DEL DELITO EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL? 2007. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. EL ERROR SOBRE ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO. 2012. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. TEORÍA DEL DOLO VS. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD –UN MODELO PARA AFRONTAR LA CUESTIÓN DEL ERROR EN DERECHO PENAL. 2009. InDret (Revista para el análisis del derecho).
- FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos y RAMÍREZ BARBOSA Paula Andrea, en DERECHO PENAL COLOMBIANO, PARTE GENERAL. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA.
- FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. 1989. Ed. Trotta.
- KANT Immanuel, CRÍTICA DE LA RAZÓN PURA. 2009. Ed. UNAM.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. EL ERROR EN LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO (UN ESTUDIO A LA LUZ DE LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA). 2017. Ed. Tirant Online.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. EL ERROR EN EL DERECHO PENAL. 1989. Ed. Tirant lo Blanch.
- ROXIN, Claus. CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN DERECHO PENAL. 1981. Editorial Reus S.A.
- ROXIN, Claus. LA TEORÍA DEL DELITO EN LA DISCUSIÓN ACTUAL, 2000. Editorial Grijley.
- ROXIN, Claus. SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE -ACCIÓN E IMPUTACIÓN OBJETIVA-. 2014. Ed. Hammurabi.
- ROXIN, Claus. TEORÍA DEL TIPO PENAL -TIPOS ABIERTOS Y ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO-. 1979. Ed. Depalma.
- SABORIT, David Felip. LA DELIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO DE ANTIJURIDICIDAD. UNA APORTACIÓN AL ESTUDIO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN. 1997. Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. LA HERENCIA DE UN CLÁSICO: BELING Y LA DOCTRINA DEL



“TATBESTAND”. Ponencia expuesta en la Universidad Pompeu Fabra los días 12 y 13 de enero de 2017. ADPCP, VOL. LXXI, 2018.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. DEL FUNCIONALISMO NORMATIVISTA AL DERECHO PENAL DE LA INTEGRACIÓN. 1989. Cuadernos de derecho penal. Universidad Sergio Arboleda.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PENAL. 2010. Tirant lo Blanch.

WELZEL Hans. DERECHO PENAL -PARTE GENERAL-. 1956. Ed. Roque Depalma.

WELZEL Hans. EL NUEVO SISTEMA DE DERECHO PENAL. UNA INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN FINALISTA. 2004. Ed. B de F.