

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, 1ª edición para Colombia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012.

Después de cuatro años de su aparición en España¹ ve a la luz en nuestro país esta obra del Profesor de la Universidad de León, quien ya en 2009 había publicado aquí otro texto suyo². En esta oportunidad el autor, luego de advertir que su texto se corresponde al original, señala que mantiene sus opiniones fundamentales “salvo algunos matices” sin que el hecho de no haber podido hacer un estudio específico sobre el Derecho penal colombiano afecte el núcleo dogmático propuesto que, de todos modos, sirve “perfectamente para ilustrar los puntos centrales de nuestra interna discusión”; además, de cara a la reciente aparición de la obra de la Profesora YAMILA FAKHOURI GÓMEZ, intitulada “El objeto de dolo en el Derecho Penal”³, el Profesor DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO aprovecha su prólogo para señalar que si bien ella no aborda los mismos asuntos sí “existen muchas cuestiones importantes de que se ocupan ambos” y “muchas coincidencias entre los dos trabajos” pero con una “diferencia fundamental, que tiñe naturalmente gran parte del resto”.

Desde luego, la divergencia radica en el diferente criterio que cada uno de ellos profesa sobre la base de la teoría del error, pues mientras él parte de “la teoría (suavizada) de la culpabilidad”⁴ la autora citada “sustenta autónomamente la teoría del dolo”⁵, planteo que aquel no considera correcto porque su defensora se ve obligada a forzar la interpretación del artículo 14 del Código Penal español, para hacer compatible el texto positivo con su postura dogmática⁶.

El texto contiene tres capítulos organizados metodológicamente como presupuestos que le posibilitan al investigador plasmar el análisis necesario para fijar su posición sobre la materia. Así, en el capítulo I, referido a *los elementos normativos del tipo*, aborda y explica

¹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. 1ª edición, Madrid, Editorial la Ley, 2008.

² Véase, *La autoría en el Derecho penal*, Bogotá, Leyer, 2009.

³ Cfr. *El objeto del dolo en Derecho penal*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011. La edición española se intitula: *Delimitación entre error de tipo y error de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Madrid, Civitas, 2009.

⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *El error sobre elementos normativos*, 2012, pág. 2.

⁵ Cfr. Ob. cit., pág. 2.

⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 2.

toda la discusión doctrinaria respecto de estos componentes típicos –que distingue de los descriptivos–, para precisar las diferentes teorías propuestas de cara a diferenciar los unos de los otros, entre las cuales destaca las definiciones que se fijan en el modo de aprehensión o entendimiento⁷ y las establecidas en la conexión de los elementos normativos con otras normas⁸, todo ello sin descartar el juicioso barrido que hace de las propuestas dogmáticas encaminadas a clarificar esta problemática, para precisar los contenidos de aquellas posturas de quienes consideran que todos los elementos típicos son normativos⁹ o son descriptivos¹⁰; o, en fin, la de aquellos que relativizan o niegan la distinción ya sea por falta de claridad en un tajante deslinde de los mismos¹¹ o por ausencia de trascendencia respecto de los fines prácticos, desde el enfoque de la trascendencia del dolo¹².

⁷ Cfr. Ob. cit., pág. 14, en la que precisa este autor, cómo los “(...) Elementos descriptivos del tipo son aquellos –externos o internos–aprehensibles o comprensibles por la mera observación sensorial, es decir, aquellos accesibles a la percepción sensorial; mientras que los elementos normativos del tipo son accesibles a esa percepción, sino que es necesario un proceso de comprensión intelectual o espiritual o un proceso valorativo –según algunos, reservado al juez– para comprenderlos o aprehenderlos en toda su significación”.

⁸ Cfr. Ob. cit., págs. 16 y 17, en cuanto considera, que “(...) Por el hecho que de que los mismos (es decir, los elementos normativos del tipo) remiten a, o presuponen una norma –jurídica o no–, de modo que para determinar su contenido hay que acudir a normas”.

⁹ Cfr. Ob. cit., pág. 22, en la que, en este sentido, se refiere a la posición de WOLF, según el cual, “La razón de que todos los elementos sean normativos es precisamente que todo concepto que el Derecho penal toma para construir un tipo pasa a tener, por su incorporación a la ley penal, una relación con (una referencia) a los valores jurídico penales”.

¹⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 23, en la que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, para hacer esa afirmación, se apoya en la postura de KUNERT, para quien: “Si por tanto la esencia del tipo consiste en la descripción de la materia de prohibición y (...) la valoración previa que en el descansa solo puede producirse a través del tipo en su totalidad, entonces, cada elemento individual del tipo contemplado por sí solo puede tener carácter descriptivo”.

¹¹ Cfr. Ob. cit., págs. 24 y 25: “La razón que suele aducirse –dice– es que existirían multitud de elementos típicos que son en parte descriptivos y en parte normativos, es que tal cosa no sucede en todos los elementos típicos”.

¹² Cfr. Ob. cit., pág. 29, donde, sobre esta concepción, cita literalmente a BLEI, cuando sostiene que: “la única cuestión a cuya respuesta debería en su origen contribuir no tiene en realidad nada que ver con ella, a saber, la cuestión de los requisitos del dolo con relación a elementos ‘descriptivos’ de un lado y a elementos ‘normativos’ de otro”.

Sentado este marco doctrinario, y luego de un detallado análisis de las diferentes corrientes, abandona la posición tradicional que depende de la definición general que se le asigne a los elementos normativos del tipo, y opta por una posición más pragmática y no tan generalizadora, sin que esto implique la destrucción de una parte general reemplazada por “la construcción de un catálogo casuístico”, en lo que muestra una gran influencia de ROXIN en su pensamiento al adherirse, como expresamente lo expone, “(...) a la idea (...) de que la solución a los problemas planteados tradicionalmente en el ámbito del error sobre los elementos normativos del tipo no dependen fundamentalmente de la definición general de los elementos normativos, sino más bien de la decisión acerca de cómo debe abarcar el dolo un determinado elemento típico”. Para aclarar, acto seguido, que “respecto de esto último (...) la solución a los problemas del error sobre un concreto elemento típico solo pueden resolverse en el marco del tipo de que se trate, es decir, dentro de la parte especial del Derecho penal,”¹³ sin que ello signifique “una absolutización (...) o (...) prácticamente una renuncia a un estudio de parte la general (...)”¹⁴, sino “(...) que de la mano de clasificaciones al uso de los mismos y figuras afines, cuya naturaleza y tratamiento resultan a menudo problemáticos, se intentara exponer un panorama de la discusión y su valoración, y se intentará resolver más adelante algunos casos a modo de ejemplo”¹⁵, oportunidad en la cual destaca su toma de postura al respecto, para el caso la inexistencia de elementos puramente normativos o descriptivos, sin que sea decisiva la distinción tajante de los mismos a la luz de la teoría del error y del dolo¹⁶.

A continuación, dentro del mismo Capítulo Primero, Segundo Subcapítulo (intitulado como “Algunas distinciones entre elementos normativos del tipo”), luego de poner de presente diversas clasificaciones respecto de los elementos normativos, que de alguna manera pueden llegar a ser relevantes dentro de las teorías del error que permiten delimitar el objeto de estudio, el autor examina la diferencia entre los *elementos específicos o explícitos*¹⁷ y los *elementos*

¹³ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *El error sobre elementos normativos*, 2012, pág. 33.

¹⁴ Cfr. Ob. cit., pág. 39.

¹⁵ Cfr. Ob. cit., pág. 40.

¹⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 41.

¹⁷ Cfr. Ob. cit., pág. 44, donde precisa que los *elementos específicos o explícitos*, “(...) serían aquellos que aparecen como elemento peculiar o privativo de ese tipo, sirviendo con el resto de los elementos típicos para distinguir ese tipo de

*generales o implícitos*¹⁸ y, a su vez, *entre los elementos normativos del tipo objetivo y los del tipo subjetivo*¹⁹, aunque hace la salvedad de que su estudio se centra en los componentes del tipo objetivo. Su siguiente clasificación parte tanto de la concepción del tipo global como de la aceptación por la doctrina de los elementos negativos del tipo, por lo cual diferencia entre *elementos normativos del tipo positivo*²⁰ y *del tipo negativo*²¹.

De la misma manera, los clasifica en *elementos jurídicos*²² (las normas con las que guardan relación pueden ser penales o extrapenales) y *extrajurídicos*²³ para llegar, finalmente, a la división entre *elementos normativos de sentido*²⁴ y *de valor*²⁵. El último Subcapítulo de este apartado lo destina a los *elementos afines a los normativos del tipo o especies de elementos normativos del tipo*, que el autor considera como elementos normativos en un sentido amplio y que como él advierte también son susceptibles de error. Por ende, en primer lugar, analiza los elementos teóricos o cognoscitivos del tipo y los de ámbito técnico o especializado, que “hacen referencia a elementos que no poseen el carácter de normativos, por no presuponer la existencia de una

otros, delimitando así la materia de prohibición a que concretamente se refiere ese tipo”.

¹⁸ Cfr. Ob. cit., pág. 46, en cuanto allí define los *elementos generales o implícitos*, como “(...) aquellos que son comunes a todo tipo o grupo de tipos, y que normalmente no están expresados en cada precepto de la parte especial, sino que se derivan de construcciones dogmáticas o de preceptos de la parte general”.

¹⁹ Para este autor (ob. cit., pág. 47): “(...) los mismos se ubican en el tipo de injusto, el dolo y la imprudencia”.

²⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 48, en la que considera que los *elementos normativos del tipo positivo*, “Son los que se ubican en la parte positiva del tipo, en la descripción típica”.

²¹ Cfr. Ob. cit., pág. 49, al colegir que “En las causas de justificación y de atipicidad aparecen a veces elementos normativos que, por tanto, serían elementos normativos del tipo negativo”.

²² Cfr. Ob. cit., pág. 50, donde señala que los *elementos jurídicos*, “(...) Son aquellos en los que las normas con las que guardan relación son normas jurídicas”.

²³ Cfr. Ob. cit., pág. 52, donde asevera que los *elementos extrajurídicos* “(...) Son los que se relacionan con normas (o, para quien lo considere más correcto, con valoraciones) no jurídicas que suelen tener un carácter, social, moral, religioso, político, etc.).

²⁴ Cfr. Ob. cit., pág. 53: los “Elementos normativos de valor, o referidos a valores, son aquellos que implican una valoración, normalmente negativa”.

²⁵ Cfr. Ob. cit., pág. 53: “Elementos normativos de sentido serían aquellos en que las normas de referencia hacen (o mejor ayudan a hacer) comprensible su sentido (jurídico, social religioso, etc.)”.

norma (salvo que se interprete norma en un sentido excesivamente amplio), pero en los que los criterios al uso para definir los elementos descriptivos, fundamentalmente el de la aprehensibilidad sensorial, fallan con claridad, pues su comprensión exige la referencia a las reglas de la experiencia y a los conocimientos de ésta derivados”, los cuales, concluye, “plantean a la teoría del error algunos problemas iguales o muy similares a los que se han tratado tradicionalmente bajo la rúbrica del error sobre los elementos normativos del tipo (...)”²⁶. A su vez, enuncia los conceptos complejos²⁷, cuya “presencia resulta de la constatación de esos estados de cosas y no de una valoración”²⁸, respecto de los cuales su principal diferencia es que “al contrario de lo que sucede en el elemento normativo, no es necesario abarcar la valoración, lo que querría decir, que el dolo no abarcaría todo el contenido”, diferenciación que no aparece útil pues como advierte: “al menos con algunos de los ejemplos de v. Weber (como en el caso del documentos) no suponen diferencias con los elementos normativos menos discutidos”²⁹.

Luego precisa el contenido y el alcance de los *tipos abiertos y los elementos del deber jurídico o elementos especiales de antijuridicidad y los llamados elementos de valoración global*, para afirmar que “merecen hoy un rechazo doctrinal prácticamente general” con lo cual parece adoptar la propuesta de ROXIN respecto de la *valoración global del hecho*, al considerar que “los elementos del deber jurídico pertenecen en parte al tipo y en parte a la antijuridicidad”³⁰. A continuación, analiza brevemente *las referencias expresas en el tipo a la ausencia de causas de justificación*, en donde vale destacar que el hilo conductor utilizado está guiado por la posición que acoge, vale decir *la teoría restringida de la culpabilidad que defiende desde la teoría de los elementos negativos del tipo*³¹, lo cual lo lleva a afirmar que “el error sobre la concurrencia de los presupuesto objetivos de una causa de justificación es un error de tipo (...) y, por tanto, excluye el dolo, si es vencible, y también la imprudencia, si es invencible; sin embargo, el error sobre la existencia misma o el alcance de una causa de justificación afecta únicamente a la conciencia de la antijuridicidad y, por eso, atenúa la culpabilidad, si es vencible, o la excluye, si es

²⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 55.

²⁷ Frente a este concepto, el autor se basa en los aportes de WEBER (véase pág. 59).

²⁸ Cfr. Ob. cit., pág. 59.

²⁹ Cfr. Ob. cit., pág. 62.

³⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 69.

³¹ Cfr. Ob. cit., pág. 77.

invencible”³². De la misma forma, analiza en forma breve *las leyes penales en blanco y los elementos normativos –o de antijuricidad– en los delitos de omisión*.

Sentados estos presupuestos sobre la conceptualización de los elementos normativos del tipo y fijada su posición al respecto procede DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en el Segundo Capítulo, a analizar lo que intitula como *la teoría del error en derecho penal* de cara a fijar los puntos de partida necesarios para concatenarlos (en orden a prefijar las bases para su posterior toma de posesión en torno al error en los elementos normativos del tipo, que es el objeto de su investigación. En este capítulo, trata de manera condensada la teoría del error y acoge la doctrina mayoritaria en la actualidad respecto a la aceptación de los errores de tipo³³ y de prohibición³⁴, para descartar la concepción del error de hecho y de derecho³⁵; a su vez explica el error inverso o al revés en sus variantes, que es bueno resumir por su terminología poco común dentro de la doctrina nacional: en primer lugar, el error inverso de tipo que “(...) consiste en la creencia errónea de que concurre un elemento típico”³⁶, respecto del cual el autor considera que debe ser punible; en segundo lugar, el

³² Cfr. Ob. cit., pág. 78.

³³ Cfr. Ob. cit., pág. 96, entendido este autor el *error de tipo*, como “el desconocimiento de o la equivocación sobre la concurrencia en el hecho de aquellos elementos que pertenecen al tipo objetivo del delito”.

³⁴ Cfr. Ob. cit., pág. 103, en la que precisa estar refiriéndose en este acápite “a aquel que no es consecuencia lógica de un error de tipo, sino al que “he denominado inmediato o directo y que he calificado de “no razonable”, es decir, “el que se produce cuando el sujeto, pese a conocer todos los presupuestos positivos y negativos de la prohibición, que llevaría a un hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho a reconocer tal prohibición (la valoración negativa de la conducta); sin embargo, por circunstancias particulares suyas, desconoce tal prohibición”.

³⁵ Cfr. Ob. cit., págs. 156 y ss. Los cuales, como lo expone, fueron defendidos con diferentes matices por mucho tiempo por la jurisprudencia del RG (Reichsgericht) y el BGB (Bundesgerichtshof) alemanes, hasta el proferimiento de la sentencia del 18 de Marzo de 1952 que “al menos en apariencia, da un vuelco a la postra jurisprudencial”, al igual que lo hizo el TS (Tribunal Supremo) español, “con declaración expresa o sin ella, y hasta que en 1983 se introdujo en el CP 1944/73 el art. 6 bis a), concedió al error de Derecho extrapenal iguales efectos excluyentes del dolo que al error de hecho”, llegando a diferenciar el error de Derecho penal y el error de Derecho extrapenal. En el mismo sentido, muestra que autores como KINDHÄUSER retoman esta denominación (cfr. págs. 238 y ss.).

³⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 121.

error inverso de prohibición que, dice, “(...) consiste en la creencia errónea de que la conducta que se realiza está prohibida”³⁷ lo que genera la impunidad de la conducta. Y, en tercer lugar, el error inverso sobre causas de justificación o de atipicidad: “(...) si el error inverso recae sobre la (no) concurrencia de sus presupuestos objetivos, será un error de tipo inverso, mientras si recae sobre la (no) existencia o límites de la causa de justificación, será un error de prohibición (general o penal) inverso”³⁸.

A su vez, en relación con el conocimiento o no de la concurrencia típica, entiende que el error de prohibición, puede calificarse en razonable y no razonable, así: el primero, “(...) consecuente con el conocimiento erróneo de la concurrencia en la situación típica (...)”³⁹, mientras que el segundo es “(...) inconsecuente con el correcto conocimiento de la concurrencia de la situación típica (...)”⁴⁰.

Desde luego, resulta relevante para la comprensión de la posición del expositor el concepto de dolo del cual parte que se corresponde con el que, en palabras de LUZÓN PEÑA, se llama *dolo objetivamente malo*⁴¹ que “implica la exigencia de conocimiento de la concurrencia de todos los elementos, positivos y negativos, que fundamentan la específica prohibición y desvaloración jurídica de la conducta, independientemente de que el sujeto conozca la propia prohibición y desvaloración jurídica”⁴².

Este criterio, desde luego, está enmarcado en el corto pero muy sustancioso análisis que hace respecto de diferentes tendencias de la teoría del dolo⁴³ y de su contraria, es decir, la teoría de la culpabilidad –tanto estricta como restringida o limitada–, dejando claro que, como se enunció en el inicio, el autor asume la concepción restringida en el marco de la teoría de los elementos negativos del tipo también defendida por su maestro⁴⁴ y, obsérvese, en abierta discrepancia con la concepción de FAKHOURI GÓMEZ.

³⁷ Cfr. Ob. cit., pág. 121.

³⁸ Cfr. Ob. cit., pág. 121.

³⁹ Cfr. Ob. cit., pág. 102.

⁴⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 102.

⁴¹ Cfr. Ob. cit., pág. 111, que descarta el dolo subjetivamente malo.

⁴² Cfr. Ob. cit., pág. 229.

⁴³ Cfr. Ob. cit., págs. 108 y 109.

⁴⁴ Cfr. Ob. cit., págs. 112, 113 y 114.

Para finalizar, en el tercer y último capítulo, el texto estudia el *error sobre los elementos normativos del tipo* donde se recogen por el expositor hispano sus diversos avances sobre su posición en relación con los temas precedentes que le sirven como necesarias premisas para el tratamiento del asunto. Así, y profundizando sobre los que denomina *elementos de sentido*, procede a confrontarlos respecto al error, a cuyo efecto hace algunas precisiones respecto del objeto del elemento cognoscitivo del dolo, para, en ese orden, reiterar su concepción de *dolo objetivamente malo*, la cual le permite afirmar que “la propia prohibición y desvaloración jurídica no es objeto del conocimiento doloso”⁴⁵, pues “cuando el sujeto no conoce esos elementos desaparece, *con carácter general* (es decir, para el hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho), esa inmediata conexión entre conocimiento de la situación y conocimiento de la desvaloración jurídica, pues la representación (errónea) del sujeto supone situación no desvalorada por el Derecho”⁴⁶. Por ello, finalmente, concluye que “por regla general, el dolo objetivamente malo implica un conocimiento de la situación que llevaría, salvo en casos excepcionales, al hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho a reconocer su conducta como desvalorada y prohibida, sin que sea, sin embargo requisito para que haya dolo el efectivo reconocimiento de la situación como tal”⁴⁷. Y, siguiendo el mismo hilo argumentativo, analiza la discusión respecto del llamado *conocimiento del significado* seguido por el análisis diferenciado que se hace en la obra sobre el conocimiento doloso en los elementos valorativos⁴⁸.

También, obsérvese, es relevante la denominada por el autor “función de llamada de atención o de inhibición que cumple el conocimiento de los elementos típicos”⁴⁹. Por último, expone su posición respecto del error sobre los elementos de valoración del hecho y sobre las leyes penales en blanco, para afirmar en relación con los primeros que: “(...) el error sobre los presupuestos es un error de tipo excluyente del dolo, mientras que el error sobre la valoración misma no afecta al dolo típico, sino a la culpabilidad al tratarse de un error de prohibición”⁵⁰; y, frente al segundo, hace un interesante análisis en relación con las tres principales corrientes

⁴⁵ Cfr. Ob. cit., pág. 229.

⁴⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 230.

⁴⁷ Cfr. Ob. cit., pág. 231.

⁴⁸ Cfr. Ob. cit., pág. 315.

⁴⁹ Cfr. Ob. cit., pág. 230.

⁵⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 323.

doctrinarias actuales para, finalmente, plantear su postura en el sentido de que “Respecto de la cuestión de si en las leyes en blanco el dolo ha de abarcar, además de la concurrencia de los concretos elementos típicos descritos (total o parcialmente) por la concurrencia de los concretos elementos típicos descritos (total o parcialmente) por la norma de remisión o complemento, la propia existencia de ésta (o sea, la contrariedad de la conducta a esta norma), me inclino por una postura diferenciadora, según la cual dicha existencia sólo habrá de ser abarcada por el dolo cuanto más próximo resulte éste a un tipo de desobediencia, pero sin descartar que puedan ser otras las razones de la exigencia de conocimiento de la existencia de la norma para actuar con dolo”⁵¹.

Así las cosas, a manera de consideración final, debe resaltarse el interesante manejo que realiza el autor sobre el tema, lo cual le permite resumir con solvencia la discusión tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial, tratando las posiciones de autores como FAKHOURI GÓMEZ y su propuesta respecto de la teoría del dolo; BURKHARDT; KINDHÄUSER; BLEI; HERDEGEN; HERZBERG y su análisis a la antesala del tipo; HAFT y su distinción entre error relativo al objeto y al concepto; KUHLEN y el criterio de la estructura temporal de la normas; y PUPPE, con la referencia al conocimiento del sentido del tipo. Además del preciso manejo del pensamiento de cultores de la ciencia penal alemana como DARNSTÄDT, ARTHUR KAUFMANN, SCHLÜCHTHER, SUAY, DOPSLAFF, FRISCH, ROXIN y WELZEL, entre otros, lo cual condensa junto al tratamiento del RG (Reichsgericht) y el BGB (Bundesgerichtshof) alemanes junto con el del TS (Tribunal Supremo) español.

Todo esto, junto al completo tratamiento bibliográfico que realiza el autor, da muestra del exhaustivo trabajo investigativo que se pone a la mano de los estudiosos del derecho penal nacional, por lo cual este texto está llamado a convertirse en uno de los puntos de referencia para el estudio de la doctrina nacional frente al tema. Por último, si bien cabe lamentar algunos desafortunados yerros en la edición, debe decirse que ello no logra opacar tan importante contenido.

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ
Estudiante de Jurisprudencia
de la Universidad Colegio Mayor
Nuestra Señora del Rosario
Bogotá, quince de mayo de 2012.

⁵¹ Cfr. Ob. cit., págs. 327 y 328.