

# EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

Alfredo Chirino S.

Mario Houed V.

Letrado y Magistrado de la Sala de Casación Penal,  
Profesores de Derecho Penal, U.C.R.

## I. Introducción.

El problema del error y sus derivaciones ha constituido desde hace mucho tiempo uno de los aspectos que mayor controversia suele generar en el área del derecho penal- parte general-, no solo por los efectos que evidentemente repercuten en la determinación de los elementos estructurales del delito para obviar una eventual sanción, sino por la propia complejidad que el tema entraña. Con relación a lo primero cabe advertir que lo menos idóneo sería (dentro de una adecuada relación de política criminal y teoría del error) someter a privación de libertad a un sujeto que incurrió en un hecho punible a causa de ese fenómeno - sea éste por error de tipo o de prohibición, particularmente inevitables, según veremos -, pues se reconoce que aquélla no es necesaria en tales casos como retribución (prevención general) ni como resocialización o reeducación (prevención especial) si es que seguimos las líneas de los falsos dilemas planteados entre "seguridad jurídica" o "defensa social" que hemos examinado en otras oportunidades<sup>1</sup>. Ello es así porque quienes actúan motivados en el error, normalmente están integrados a la cultura de la sociedad en que conviven o por lo menos el conflicto que presentan no es del todo insuperable, además de que la intimidación a los individuos que en un futuro pudieran realizar sus actos en las mismas circunstancias, no obliga a que la amenaza consista- necesariamente - en que se les restrinja su libertad. En lo que se refiere a la naturaleza del error y su discutida complejidad, lógicamente constituye el producto de nuestra reflexión, pues no parece que las correspondientes leyes penales y en consecuencia la

jurisprudencia nacional, hayan seguido la orientación que la moderna teoría del delito ha desarrollado en los últimos años para superar la anticuada distinción entre error de hecho y error de derecho. Ese es el motivo que nos ha impulsado a materializar este breve estudio, teniendo como soporte un reciente fallo de la Sala de Casación Penal, donde precisamente se analizó dicho cuestionamiento.

## II. Error e Ignorancia.

Ciertamente cabe admitir que el error y la ignorancia son dos fenómenos que desde un punto de vista psicológico y aún filosófico pueden ser diferenciados; pero jurídico-penalmente, por tener los mismos efectos, esa distinción no tiene trascendencia.

De tal modo, pues, reconociendo que el error es el conocimiento falso acerca de algo, y que la ignorancia es la falta de conocimiento de algo<sup>2</sup> partiremos del supuesto que no hay razón válida para darles un tratamiento diferente. Antes bien, siendo que el error es el concepto que comúnmente se emplea en la legislación y en la doctrina, con un contenido amplio que abarca la ignorancia, así debe ser comprendido.

1. Sobre este tema puede verse la obra de Zaffaroni, E., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Sexta Edición, Ediar, Buenos Aires, Arg., 1988, ps. 49 y ss.

2. CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 32.

### III. Error de hecho y error de derecho:

En la Exposición de Motivos del Código Penal vigente (Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970 que empezó a regir un año después, en el mes de noviembre), se dice con relación al tema de nuestro interés, entre otras cosas, lo siguiente: "Adoptamos el texto recomendado por el Código Penal Tipo para Latinoamérica, en cuanto al error de derecho, que suscitó un largo debate de la comisión redactora del anteproyecto. Es claro que la causa de inculpabilidad prevista tiene su precisa limitación porque el error de derecho, para que tenga valor legal, debe ser invencible porque si no lo es, trae como consecuencia una simple atenuación de la pena. La expresión invencible debe interpretarse en el sentido de que si bien nadie puede alegar ignorancia de la ley, de acuerdo con el artículo 129 de la Constitución, ella misma expresa: "salvo en los casos en que la misma autorice" y el texto que sugerimos aplica la excepción apuntada. También es lógico que el error de derecho no puede versar sobre conceptos esenciales y básicos que la misma Constitución ampara, como lo son la vida, la libertad o la propiedad." Con anterioridad -en la misma exposición de motivos- la Comisión redactora afirma, al referirse al error de hecho, que se trata de una auténtica causa de inculpabilidad, en la que no existe dolo alguno, aunque contempla la posibilidad de que pueda provenir de culpa. Con sustento en las razones apuntadas, fueron incluidos el error de hecho y el error de derecho (artículos 34 y 35 del Código Penal, respectivamente) como causas de inculpabilidad, reacceptando la discutible distinción entre "error facti" y "error iuris" que ya inclusive en la época de la aprobación del Código mencionado, estaba siendo objeto de revisión. Debe reconocerse, sin embargo, que aún no se había perfilado en todos sus contornos la delimitación conceptual del problema del error (analizado desde la óptica de las características del tipo y del contenido de la prohibición) lo que inclusive hoy día no deja de ser motivo de polémica, en especial para quienes continúan ubicando el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.

#### A. El principio "Ignorantia iuris non excusa". Su carácter relativo.

Para diferenciar el error de hecho y el error de derecho, normalmente se tomaba como punto de partida la aplicación del principio, muchas veces contenido en las diversas legislaciones, que establece que nadie puede alegar ignorancia de la ley (contemplado en nuestra Carta Magna en el artículo 129, aunque deja

a salvo los casos que la misma ley autorice). Lo anterior obligó a hacer una distinción de las circunstancias que integran la ley penal, cuyo error o ignorancia podían o no conducir a una situación de inculpabilidad. Sin embargo, pese a que aún hoy día se cuestiona la naturaleza de dicho principio (si debe conceptualizarse como una presunción; si expresa el carácter obligatorio de la ley penal; o si - por el contrario - constituye una exigencia de carácter político, social o procesal)<sup>3</sup>, de él no puede más que admitirse su carácter relativo, para no incurrir en un excesivo formalismo que imponga condición de inexcusabilidad aún en casos extremos en que se olvida la más elemental realidad psicológica. En efecto, si la doctrina tradicionalmente ha señalado dos excepciones al principio de inexcusabilidad (una por razón de las personas y otra en atención al precepto violado), es porque en situaciones límite la obligación de conocer la ley no puede ir más allá de lo que es racionalmente aceptable, siendo atendible que se reconozca, además del desconocimiento sobre el hecho, el que puede producirse con relación a la norma (por ejemplo el extranjero que ignora que en nuestro país es ilícito fabricar licor aún para su propio consumo).

#### B. Deficiencias en el contenido de la separación tradicional del error.

La moderna doctrina afirma que son básicamente dos inconvenientes en los que incurre el criterio que para resolver la cuestión relativa a la eficacia excusante del error parte del distingo entre el desconocimiento de derecho y el del hecho, señalando su poca viabilidad y su inexacta diferencia esencial.

En primer término porque refiriéndose el orden jurídico a elementos fácticos (transformando las cuestiones del acto en problemas jurídicos) no es posible desarrollar una apropiada distinción entre la falta de conocimiento del hecho y el error de derecho. Así por ejemplo los llamados elementos fácticos del tipo no están desprovistos de una valoración jurídica<sup>4</sup>, lo que ha llevado a Maggiore<sup>5</sup> a afirmar que no se concibe un error de derecho que no se resuelva, en última instancia, en uno de hecho. En segundo lugar queda claro que la indicada separación es puramente artificial desde que hemos reconocido que entre una y otra clase de error no podemos señalar diferencia esencial alguna

3. Citado por: CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 32.

4. CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 32.

5. Citado por CORDOBA RODA, *op. cit.*, p. 32.

que permita delimitar conceptualmente ambas especies: "por ejemplo se puede tener cocaína sin autorización, ya sea por ignorar que la detención de esa droga está prohibida o por desconocer que esta sustancia es cocaína... en ambos casos se ignora que la materia poseída está sometida a una determinada reglamentación jurídica."<sup>6</sup> Tales cuestionamientos han originado que el criterio distintivo entre las clases de error se traslade de la causa del desconocimiento hacia el objeto afectado por éste, siendo que cuando se trate o refiera a un defecto en la consideración de un elemento particular del tipo penal (esto es que se incurre, al realizar el hecho, en un error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción) estaremos en presencia de un error de tipo que afecta el dolo (cuando es invencible o inevitable), dando lugar a tipicidad culposa si es vencible o evitable. Pero si el error se produce porque el sujeto cree que lo que hace no es contrario al orden jurídico, dará fundamento al denominado error de prohibición que cuando es inevitable eliminará la culpabilidad, y si es evitable podrá atenuar la pena prevista para el hecho.

#### IV. Significado del error sobre el tipo y sobre la prohibición.

El Voto 446-F del 25 de setiembre de 1992 comienza el camino de una nueva etapa de la jurisprudencia de casación reconduciendo los esfuerzos interpretativos hacia el problema de la acción, pero, esta vez analizándola desde una perspectiva de su relevancia típica.<sup>7</sup>

Es por ello, que la Sala de Casación ha tratado de dibujar los contornos del problema de la acción en el Código Penal tratando de deslindar las cuestiones que pertenecen al tipo, las dificultades que forman parte del análisis de la antijuridicidad y, en última instancia, dejando las bases fundamentales para la construcción de los elementos de la reprochabilidad a partir de los requisitos de la capacidad de culpabilidad definidos en el artículo 42 del Código Penal.

La Jurisprudencia de la Sala había venido intentando lograr esta integración de los diversos temas de la Parte General (al menos los más arduos) dejando algunas líneas aproximativas las que, sin embargo, han beneficiado más a la sistemática del dolo, que al planteamiento de la tipicidad culposa.<sup>8</sup>

Dentro de este amplio contexto de problemas jurídicos, todos ellos relacionados con la teoría estratificada del delito, resaltan en orden de importancia los problemas del error, los cuales, por sus características

tan singulares han sido mantenidos en cierto olvido por la jurisprudencia, hoy vuelven a un plano de primerísima importancia.

A primera vista podría pensarse que las dificultades del tema del error no tienen que ver con la aplicación cotidiana de la Ley Penal, sino que son solo supuestos dogmáticos en los que se contienen reglas interpretativas totalmente desligadas de la letra de la Ley y, por ende, inaplicables o, al menos, intransferibles al medio costarricense. No obstante, el Voto 446-F subraya la extraordinaria cercanía de la problemática del error para el trabajo habitual de la Administración de Justicia. Para comprobar este acerto, basta echar un vistazo a la evolución jurisprudencial generada a partir de finales de los años ochenta, donde fácilmente puede encontrarse el error y sus diversos matices legislativos como fenómenos de utilidad práctica extraordinaria.

La tesis seguida por la Sala se orienta hacia la construcción del andamiaje estructural del dolo como voluntad realizadora del tipo penal, voluntad, resulta claro, que presupone un conocimiento de lo que se quiere y una representación de los efectos concomitantes de la conducta. Tal apreciación se sustenta en la redacción actual de los artículos 18, 30 y 31 del Código Penal, los cuales unidos en su función definitoria del tipo subjetivo, tal y como lo dice la sentencia en comentario, "... establecen una relación inescindible entre el hecho tipificado (denominado en doctrina tipo objetivo) y el aspecto intencional del mismo (dolo, culpa o preterintención)."

Lo que se expone a continuación no es más que un plan inicial para la discusión de la teoría del error

6. *Ibid.*, p. 33.

7. Este enfoque, por supuesto, no descarta la relevancia de la acción a nivel pre-típico, esto es, como un examen anterior a la tipicidad donde se verifica la existencia de los elementos de voluntad y conocimiento en la acción que luego será confrontada con los datos de la tipicidad legal. Estaría involucrada en esta averiguación la problemática de la fuerza física irresistible (que afecta la voluntad) y la ignorancia invencible (que afecta la previsibilidad y por ende el conocimiento), así como los problemas derivados de psicopatologías que descarten la acción en algunos de sus elementos conativos o cognitivos. El planteamiento de estos problemas, sin embargo, deberá quedar solamente planteado para su discusión en un trabajo futuro.

8. Esta ausencia de un criterio definitorio de la tipicidad culposa quizá deba esperar una oportunidad de análisis en un caso donde se deslinda la problemática del conocimiento efectivo del peligro de la acción prevista por el autor. En todo caso, y esto es lo más probable, la definición jurisprudencial que se haga de este problema jurídico terminará de estructurar el tema de la "intención" en el Código Penal con los consecuentes beneficios para el trabajo judicial.

en el derecho penal costarricense. Y no puede ser de otro modo, ya que los problemas que acarrea dicha teoría obligarían a ocupar mucho más espacio que el que tenemos disponible en esta Revista. Sin embargo, pretendemos caracterizar la complejidad de los aspectos básicos que se ponen de manifiesto en nuestra Ley Penal con el fin de despertar el interés de los juristas costarricenses sobre este tema.

### A. El error de tipo vencible e invencible.

La doctrina costarricense ha empezado a tomar partido por una definición del dolo avalorado, es decir, sin ninguna consideración sobre la antijuridicidad. Este punto de vista ha obligado a estructurar la dinámica de la interpretación de la Ley Penal a través de una serie de consideraciones sobre los elementos volitivos y cognoscitivos de la acción.

Aún cuando no se acepte que el punto de partida del análisis penal lo sea la relevancia de la acción (tesis que cada vez tiene menos adeptos en doctrina), casi todos los autores sostienen que una acción incompleta, es decir, que le falte el conocimiento o la voluntad no puede ser configurativa de un tipo penal.

Trayendo esta comprobación al área de acción de la tipicidad penal, no existirá dolo<sup>9</sup>, ni tampoco culpa<sup>10</sup>, si no hay congruencia en los elementos objetivos y subjetivos que forman parte de cada uno de estos tipos penales. Así, el aspecto conativo (de la voluntad) en el tipo doloso o culposo, debe guardar plena concordancia y coherencia con lo conocido por el autor (aspecto del conocimiento). Si falta alguno de estos niveles de análisis, ahora dentro del contexto de la tipicidad, la conclusión lógica es que no existirá dolo o la culpa correspondiente, y por ende no podrá concluirse que aquella acción se adecue al tipo penal.

Es así que un error que radique sobre los elementos que están establecidos para que el tipo penal exista, "según su descripción", acarree, indefectiblemente una ausencia de dolo. El autor debe actuar con un conocimiento efectivo, actual o actualizable, de los elementos del tipo objetivo; si este conocimiento falta o se encuentra afectado no puede haber dolo, que es otro requisito para que el delito exista según su descripción.

La vencibilidad o invencibilidad del error alude a la puesta en ejercicio del deber de cuidado para superar las condiciones que inducen ese error. De esta manera, entonces, si el autor tiene algún problema para comprender alguno de los elementos del tipo objetivo (la ajenidad de la cosa en el hurto, la inmediatez del cumplimiento de la orden en el delito de desobediencia a la autoridad, etc.) y aún empleando todo el deber de

cuidado que le es exigible dicho error aún permanece, estamos en presencia de un error invencible de tipo que acarrea, como resultado, que desaparezca el dolo y la culpa que pueda acarrear el hecho realizado. En sentido contrario, si el autor, empleando todo el deber de cuidado, hubiera podido superar el falso conocimiento o ignorancia de los elementos del tipo objetivo; entonces, si existe tipicidad culposa paralela<sup>11</sup>, se aplica esta última, de no existir, el hecho quedaría atípico totalmente.<sup>12</sup>

#### A.1 El error sobre las causas de justificación:

Nuestro artículo 34, segundo párrafo, tiene el mismo inconveniente de otras legislaciones, orientadas en postulados que ubican el dolo con un conocimiento de la antijuridicidad, ofreciendo la misma solución del error de tipo para el error sobre la concurrencia de una causa de justificación.

La mayor parte de la doctrina latinoamericana, quizá siguiendo la sistemática propuesta por Welzel, Maurach, Kaufman y Hirsh, ha optado por aceptar un error de prohibición indirecto cuando el sujeto actúa en la creencia errónea que se encuentra en una causa de justificación. Este postulado, propio de una teoría estricta de la culpabilidad, establece que el dolo no desaparece si el sujeto cree erróneamente que actuó con una causa de justificación, ya que el injusto está completo, esto es, la conducta es típica y antijurídica, pero, si el error es invencible, lo que desaparece es el reproche que ha de hacerse al sujeto. Evidentemente, y siempre dentro de esta propuesta, si el error es vencible (aplicando el deber de cuidado exigible al sujeto) se ha de imponer un reproche menor. Así la respuesta dada al problema tiene consecuencia directa en la graduación del reproche.

9. Sobre los componentes del tipo doloso puede ser consultado DALL'ANESE RUIZ (Francisco), *El Dolo*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., pp. 17-21.

10. D'ALESSIO (Andrés José), *Función del Error en la Culpa*, en: *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 6, número 24, octubre-diciembre, 1983, pp. 699-706.

11. Tal y como ocurre con el homicidio culposo en relación con el doloso.

12. Sería el caso de los daños, tipo penal que solo puede ser cometido por dolo ya que no están penalmente incriminados los daños culposos. Si existe un error de tipo en el delito de daños, y este es vencible, la conducta sería penalmente atípica ya que no existe la tipicidad culposa paralela que permitiría formar el injusto con ella.

Nuestro Código, a diferencia de esta tendencia dogmática, insiste en plantear la solución a los problemas de justificación putativa desde el punto de vista del error de hecho (artículo 34 del Código Penal. En consecuencia, si el sujeto pudo vencer la falsa suposición de justificantes empleando un deber de cuidado exigible según las circunstancias, habría que aplicar la tipicidad culposa correlativa. Esta última propuesta proviene de la teoría limitada de la culpabilidad que pone el mayor interés en el disvalor de la acción, ya que el sujeto quiere obrar conforme a derecho pero con un falso conocimiento o ignorancia sobre el tipo permisivo.<sup>13</sup>

Esta solución legislativa tiene dos problemas, primero no toma como un hecho revelador que el examen de las causas de justificación siempre se realiza ex-post facto, es decir, posteriormente al ejercicio de la causa de justificación y, en un segundo lugar, que cuando un sujeto actúa bajo una causa de justificación efectivamente está realizando una conducta dolosa. Siendo así la respuesta legislativa de nuestro Código parece orientarse en dirección opuesta a la teoría estricta de la culpabilidad.

El Voto 446-F, tantas veces citado, plantea claramente que la falsa suposición de atenuantes o causas de justificación "...no elimina el aspecto volitivo y de conocimiento de la acción del autor, ya que éste desea y conoce que realiza el hecho típico, su falso conocimiento e ignorancia consiste en suponer que tiene una causa de justificación que en realidad no existe." Concluyendo que aplicar las reglas del artículo 34 sería desaplicar para el caso concreto, las consecuencias previstas en el artículo 31 del Código Penal, ya que este último artículo plantea y clarifica la función del dolo avalorado sin ninguna relación con la antijuridicidad y sí con el tipo penal. La creencia errónea en la existencia de una causa de justificación afecta el reproche del injusto y no la constitución del injusto.

#### B. El error de prohibición directo e indirecto:

La definición del error de derecho que contiene el numeral 35 del Código Penal establece que el falso conocimiento o ignorancia debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, según el Voto que comentamos esto "...quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su

actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está." La jurisprudencia está aceptando la existencia de los tres supuestos los cuales, dicho sea de paso, ofrecen serios problemas interpretativos en otros sistemas legislativos como el argentino, donde, por ejemplo, un solo artículo contempla, unidos, fenómenos distintos que nada tienen que ver con el error y que obligan a difíciles ejercicios interpretativos.

Es de destacar que la jurisprudencia ha optado por la nomenclatura moderna del error sobre la prohibición indicando que "...el error directo recae sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (el "No quitarás el terreno a otro ciudadano", norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo), mientras que el error indirecto, viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga, y los problemas de justificación putativa..." Esta escogencia conceptual viene a resolver situaciones sumamente arduas que la estructura del Código no necesariamente está complicando sino más bien facilitando al intérprete.

#### C. El error de comprensión.

La Sala de Casación, incluso, abrió la puerta al error de comprensión, al cual define como un "..., tipo cualificado de error que afecta la comprensión de la antijuridicidad." Indudablemente este tipo de error tiene consecuencias en la reprochabilidad y obliga a una reducción del reproche cuando es vencible, y cuando es invencible a una desaparición de ese reproche.

El error de comprensión, tal y como lo postula este criterio, funciona en aquellos casos donde el sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero, a pesar de eso, no le es exigible la internalización de ese conocimiento.

La clasificación de este error, indudablemente, acarrea la aceptación del criterio de los redactores del Código los cuales tomaron en cuenta la posibilidad de un error de derecho producto de una cultura diferente o de la "rusticidad" del autor.<sup>14</sup>

Así, el planteamiento de la Sala obliga a aceptar que el legislador quiso ubicar el error de derecho como

13. Sobre el tema puede ser consultado BACIGALUPO (Enrique), Sistema del Error sobre la Antijuridicidad en el Código Penal, en: Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires, enero abril 1972, pp. 45-72.

14. Exposición de Motivos del Código Penal, Artículo 35.

un problema de culpabilidad, pues, la "...consecuencia sistemática es que la pena debe atenuarse de acuerdo al artículo 79. Tal redacción no deja duda sobre la intención del legislador de que los problemas del mal llamado "error de derecho" tuvieran como efecto reducciones del reproche, reducciones que resultan plenamente compatibles con la fundamentación de la culpabilidad en aspectos de comprensión del carácter ilícito del hecho y de la capacidad de determinación conforme a tal comprensión que contiene el artículo 42 del Código Penal..."

#### D. El error de prohibición sobre las circunstancias objetivas del estado de necesidad exculpante y las otras causas de exclusión del reproche:

El tema del estado de necesidad exculpante ha empezado a figurar como estructura legislativa que ofrece singulares dificultades de interpretación, no solo por su ubicación en el Código Penal (junto con la coacción y las amenazas) sino por el grave yerro de utilizar el Código Argentino para explicar las consecuencias del mismo cuando tiene una regulación distinta en aquél país.

Es así como los problemas del miedo insuperable ya han empezado a ser vistos como "circunstancias reductoras" del umbral mínimo de autodeterminación del sujeto, antes que meros problemas de vis compulsiva. El cambio no ha dejado de tener consecuencias inmediatas, ya que si el miedo insuperable (tal y como ha sido entendido por la jurisprudencia de Tribunales y jueces) tiene una tal entidad y actúa sobre el autor, no será un problema de "capacidad de autodeterminarse" sino propiamente una circunstancia a ser valorada como una fuente de error de prohibición sobre las circunstancias que hacen nacer para el caso concreto un estado de necesidad exculpante.

No deja de tener interés la discusión sobre este tipo de error toda vez que aún no se ha entendido en nuestro medio que la naturaleza jurídica genérica para todas las causas de exclusión del reproche no es otra más que la de ser supuestos distintos de la inexigibilidad de otra conducta. Cuando el autor no puede deslindar, por problemas de comprensión de la norma, que el hecho está sujeto a pena, o que concurre una permisión que en realidad no existe, en esencia, está actuando bajo la hipótesis de una exclusión del reproche por inexigibilidad de otra conducta. Como hemos dicho, el reproche jurídico penal no es puramente subjetivo (en cuanto a la relación entre el autor y su acto) sino que tiene un componente objetivo que se concentra en la comprobación de que el autor debe sufrir una

pena porque pudiéndose motivar en la norma para actuar distinto no lo hace.

El terreno del error de prohibición empieza a ser visualizado como una herramienta definitoria de los límites del reproche jurídico penal y, en consecuencia, como un ámbito enorme que requiere delimitación, cosa que ha comprendido bien la jurisprudencia costarricense. Sin embargo, esta actitud no descarta la posibilidad de incluir el error sobre las circunstancias objetivas que excluyen el reproche (en cualquiera de sus causales) como un error de prohibición indirecto, así acarrearía un problema de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto.<sup>15</sup>

Esta solución es plenamente consecuente con los requisitos exigidos para el análisis del juicio de reproche que provienen del artículo 42 del Código Penal, esto es, la capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión. Y es consecuente desde que el error sobre las causas de exclusión del reproche indudablemente afecta el nivel de comprensión y así puede ser motivado el error tanto por circunstancias que han de medirse en cada caso particular, en el caso concreto y para el individuo que ha actuado.

Por el momento, sirva la reflexión anterior para alertar sobre la existencia de esta posibilidad legal a fin de que sea utilizada para enfocar no solo los problemas provenientes del miedo insuperable como también aquellos provenientes de psicopatologías de la más variada índole, las cuales, en nuestro medio, siguen sin ser bien comprendidas, quizá por brindar demasiada atención a los problemas de imputabilidad tal y como vienen planteados en las pericias médico-psiquiátricas.<sup>16</sup>

#### V. Evolución Jurisprudencial de la Casación:

La Sala de Casación Penal ha venido estableciendo, poco a poco, los contornos definitorios de la teoría del error en el derecho penal costarricense. Esta labor ha sido verificada a partir de la interpretación de los elementos del tipo objetivo de desobediencia a la autoridad (artículo 305 del Código Penal). Este tipo penal,

15. Ver en este sentido: BACIGALUPO (Enrique). Manual de Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Temis-ILANUD, 1984, p. 147.

16. Las cuales, en muy pocos casos, establecen el nivel de comprensión o de umbral mínimo de acuerdo al injusto que se está reprochando. Ha de ponerse especial interés en el estudio de estos informes a fin de proponer una valoración judicial que sea más consecuente con el sistema seguido por el Código sobre la imputabilidad penal.

por sus características, ha obligado a deslindar el área de acción del error de tipo y de prohibición, pero sin postergar la discusión fundamental sobre el problema del tipo penal y de la reprochabilidad, temas anejos y que le dan sustento al marco global de la tesis que ha venido siendo mantenida por la Sala y que recientemente ha producido un planteamiento globalizante que pretende orientar la interpretación de la Ley Penal conforme a los límites del principio de legalidad constitucional.

Dicha Sala ha definido el problema del error de tipo como un análisis de circunstancias que pertenecen al tipo objetivo pero que requieren una cierta claridad al momento del examen judicial. Así se ha entendido que el autor no puede alegar desconocimiento de los elementos del tipo objetivo cuando la ley que prescribe el deber de actuar (la orden legal) es clara y taxativa. El Voto No. 174-F de las nueve horas treinta minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra O.R.F. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública, se orienta por este cauce, pero deja planteado el problema del análisis judicial de los casos de "error de hecho" como problemas referidos a los elementos del tipo objetivo, esto es, los requisitos necesarios para que el delito exista según su descripción. En el caso del delito de desobediencia a la autoridad, que fue el tipo aplicado en la especie, la orden provenía de una Ley, misma que integraba la norma antepuesta al tipo y cuya tipicidad penal debía ser conocida a nivel de los elementos cognativos del dolo.

En esta misma línea se orienta el Voto 197-F de las nueve horas del diez de mayo de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra Y.L.M. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. Aquí se vuelve a retomar el problema de los elementos que integran el aspecto cognativo del dolo, concretamente de las circunstancias que componen el tipo penal y que se conocen a nivel de tipo subjetivo. En el cuadro fáctico demostrado por el Tribunal de Mérito, el falso conocimiento o ignorancia no se dan ya que la autora conocía con claridad estos componentes del ilícito de desobediencia, y actúa con pleno deseo de realizar el tipo, conciente de las consecuencias de la infracción de la norma. Un detalle que quedó sin analizar en este caso lo fue si el consejo legal del abogado puede entenderse como una apertura de las posibilidades de error sobre la necesaria ejecución y obediencia de una orden, sobre todo cuando el mismo profesional ha dicho a su cliente que no deje entrar a nadie a llevarse los objetos a ser embargados; sin embargo, este detalle quedó de lado al no probarse fehacientemente esta circunstancia del consejo legal, la cual pudo variar el problema de fondo sobre la vencibilidad del error, sobre todo si se toma en cuenta que la mujer

pudo haber creído falsamente que su actuar no estaba sujeto a pena porque incluso su consejero legal le había indicado que evitara la entrada de cualquier persona. Esta última circunstancia apartaría la problemática del error de tipo (sobre las circunstancias que deben conocerse del tipo legal a nivel de tipo subjetivo) y se convertiría en un error de prohibición directo.

El tercer fallo, también de interés dentro de este contexto, lo es el voto No. 609-F de las once horas veinticinco minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra R.M.M por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. En este voto se observó un caso en donde "lo que se incumplió no fue una orden, sino una obligación civil". El tribunal de conformidad con el cuadro fáctico contenido en el fallo, estableció que el Juzgado Penal de Osa dictó sentencia absolutoria a favor del encartado por el delito de hurto simple cometido en daño del Banco Nacional de Costa Rica. Sin embargo, ordenó al encartado la restitución del tractor en el estado en que lo recibió, a su legítimo propietario. Ahora bien, el problema radicaba en el alcance que da el juzgador a quo, a la restitución ordenada en la sentencia del Juzgado Penal. En este caso se aprecia que no se está en presencia del delito contemplado en el numeral 305 del Código Penal, pues no obstante que se hace referencia a la entrega, se observa que se trata más bien de un aspecto eminentemente civil y no penal, fijado en sentencia, ya que lo que se incumplió por parte del encartado, fue su obligación de restituir el bien al Banco Nacional de Costa Rica según se dispuso de acuerdo con el artículo 398 del Código de Procedimientos Penales. Dicho pronunciamiento en consecuencia, no constituía una orden, sino más bien una disposición de carácter declarativo sobre la existencia de la obligación de restituir el tractor al legítimo propietario, circunstancia a efectuarse a través de la vía civil. Resulta evidente que aquí ni siquiera se llega al análisis de la tipicidad legal (análisis de la adecuación al tipo descrito en la Ley Penal) toda vez que la conducta resulta no prohibida por la Norma Penal, la cual deja por fuera de la problemática penal aquellos aspectos puramente civiles, es decir, cuestiones que pertenecen a supuestos de hecho de otras normas tuteladas de manera distinta en otras zonas del Ordenamiento Jurídico. Si el análisis de tipicidad legal no se realiza, entonces la problemática del error de tipo no tiene incidencia en el análisis del caso.

El voto número 11-F, de las nueve horas con veinte minutos del diez enero de mil novecientos noventa y dos, causa seguida contra J.H.M.Z. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública, la Sala vuelve a interpretar la ausencia de error de tipo

cuando, a sabiendas, el autor desobedece la orden emanada de la autoridad competente para emitirla. La Sala quiso subrayar que la orden debe emanar de Autoridad Pública y que la acción debe realizarse luego de haber sido notificada personalmente a quien debe obedecer, ya que estos son aspectos señalados por el tipo objetivo del 305 del Código Penal. En este caso queda de lado la problemática del error, concretamente del error de tipo, ya que se dan los elementos necesarios, dentro del cuadro fáctico demostrado, para tener claridad que el autor efectivamente conocía las circunstancias necesarias para que el tipo objetivo y subjetivo existiera según su descripción, cumpliéndose todos los requisitos para tener afirmada, correctamente, la tipicidad penal.

En cuando a la conducta omisiva productora de una tipicidad dolosa de desobediencia a la autoridad, destaca lo planteado por el voto 118-F de las ocho horas treinta y cinco minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra de T.V.A. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. En la casación por el fondo, se tuvo como aspecto medular la orden impartida en sentencia recaída en juicio ordinario que se tramitó en un Juzgado Civil y que concluyó con sentencia que quedó firme el 24 de noviembre de 1986. La acusada no acató sin justificación alguna la orden clara y terminante de la autoridad competente de quitar las canoas. La Sala dijo, en esa oportunidad, que "...basta con la conducta negativa e injustificada de V.A. a cumplir la orden contenida en dicha sentencia, para que se configure el ilícito de desobediencia". Este fallo señala entonces, en primer lugar, la omisión de cumplir la orden como el componente descriptivo de la acción contemplada en el artículo 305 (conducta negativa), agrega, el aspecto de que no haya justificación en no cumplir la orden, en otras palabras, que la antijuridicidad de la conducta puede desaparecer cuando existe un tipo permisivo (causa de justificación) que deje el injusto incompleto, análisis que debe hacerse en el estrato correspondiente de la antijuridicidad. Este último aspecto podría también estar implicando para el caso concreto la posibilidad de errores que recaigan sobre la comprensión de la antijuridicidad, errores característicos del análisis de la reprochabilidad, es decir, que queda abierta la puerta para la existencia de errores de prohibición indirectos (sobre la falsa suposición de permisos que en realidad la Ley no concede). Por supuesto, por ser este último un análisis que pertenece a la reprochabilidad, concretamente al análisis de la comprensión del carácter ilícito del hecho (primer análisis exigido por el estudio de la reprochabilidad), ya deja por fuera cualquier problemática relacionada con la tipicidad, este análisis sobre la reprochabilidad viene a fundar el

reproche del injusto al autor cuando el mismo es posible cumpliéndose los requisitos de que el autor haya podido comprender el carácter ilícito del hecho y haya podido adecuar su conducta a esa comprensión (segunda fase de análisis de la reprochabilidad).

La Sala de Casación Penal, esta vez en un caso por hurto, deslindó, producto de esta evolución jurisprudencial, y como un primer intento definitorio, los ámbitos del error de tipo y de prohibición, aprovechando, al efecto, una mala interpretación judicial de un problema de extraordinaria importancia. Este voto, el 503-F, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra C.P.P., por el delito de Hurto Simple, cometido en perjuicio de G.Ch.S., la Sala sostuvo que el alcance del artículo 31 del Código Penal es el que su propio texto indica: querer el hecho tipificado y que en el expediente quedó demostrado que la voluntad de la encartada se manifiesta únicamente para hacer abandono del hogar conyugal. Resulta importante subrayar que este fallo vuelve a establecer la necesidad de un análisis por estratos, fases o niveles a fin de indagar la existencia de un injusto reprochable. Plantea claramente que el análisis del dolo debe realizarse una vez que se ha detectado que hay una acción relevante para el Derecho Penal y, luego, puede establecerse si el conocimiento de lo que se realizaba no es reprochable por cuanto no se tenía comprensión de que el hecho no estaba sujeto a pena, análisis que se realiza en el juicio de culpabilidad. Este aporte resulta de gran utilidad ya que destierra de una vez por todas la creencia muy extendida en nuestro medio de que el dolo tiene un valor de antijuridicidad (dolo malo), para proceder a eliminarle cualquier contenido valorativo y obligar al juzgador a indagar, incluso antes del estudio del error, la existencia de la tipicidad penal con todos sus elementos.<sup>17</sup>

Es así como llegamos al Voto Número 446-F del 25 de setiembre de 1992, donde la Sala, partiendo del problema del dolo en el Código Penal, ensaya un mar-

17. Sobre el tema de las herramientas necesarias para el análisis judicial por estratos y las consecuencias prácticas de su uso, puede ser consultados varios textos, cada uno desde su punto de partida particular ubican los problemas en los diversos niveles de la teoría del delito y ofrecen consejos útiles para realizar el trabajo interpretativo de la Ley Penal. Además discuten y analizan las malas prácticas judiciales y proponen caminos alternativos para la solución de conflictos sociales sometidos a la Administración de Justicia Penal. Entre otros pueden ser consultados: BACIGALUPO (Enrique), *La Técnica de Resolución de Casos Penales*, Madrid, COLEX, 1988 e ISSA EL KHOURY JACOB (Henry) y CHIRINO SANCHEZ (Eric Alfredo), *Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal*, San José, Costa Rica, ILANUD, 1991.

co interpretativo de los requisitos del conocimiento exigidos por el Derecho Penal costarricense. Este esfuerzo no solo resulta esencial para delimitar el ámbito de acción del error de tipo, sino que también explora con amplitud los problemas jurídicos intermedios de la tipicidad para concluir con los requisitos necesarios del juicio de reproche.<sup>18</sup>

El examen que se realiza en esta sentencia de los problemas del dolo, delimitando las áreas de análisis del tipo y del reproche representa un aporte esencial para el desarrollo de un punto de vista basado en la más reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre los alcances del principio de culpabilidad<sup>19</sup> y sobre los requisitos del análisis típico.<sup>20</sup>

Resulta de obligada referencia la cada vez más fuerte presencia del artículo 39 de la Constitución Política como límite máximo de interpretación del tipo penal y de los alcances de las condiciones objetivas de punibilidad, lo que ha llevado a tomar conciencia de la necesidad de reconducir los esfuerzos del análisis judicial a un rescate del derecho penal de acto, poniendo especial énfasis en la indagación del dolo como una voluntad realizadora del tipo ajena a cualquier criterio valorativo de antijuridicidad observando, dentro de

este esquema constitucional, al tipo como una herramienta de indagación del bien jurídico y de la norma antepuesta a éste. Aspecto este último que obliga, en última instancia, a entender la norma como una herramienta para entender los alcances de la protección del Bien Jurídico y no como un dispositivo amplificador de la criminalización de las conductas vía interpretación judicial, conducta esta última contradictoria con los fines del derecho penal delineados por nuestra Carta Magna.

Era necesario que se plantearan los puntos básicos de la interpretación judicial del tipo a fin de entenderlo no como un mero instrumento legal que propicia el conocimiento de la incriminación, sino como una herramienta compleja que obliga al intérprete a encontrar en su estructura los aspectos que contribuyen a desarrollar y a perfilar los fines últimos y legitimantes de la actividad jurisdiccional en esta materia.

El tema de la reprochabilidad y sus elementos constitutivos también tiene su lugar en esta resolución, planteando una discusión de lege data que había sido definida parcialmente y que en este fallo trasciende la mera problemática del error de la prohibición para convertirse en el panorama genérico del tratamiento

18. En este Voto, la Sala procede a definir con claridad los aspectos a tomar en cuenta para dilucidar un conflicto donde se establece la posibilidad fáctica de examinar un error de tipo, el ejercicio interpretativo que se enuncia en la sentencia resulta sumamente ejemplificativo y para esos efectos se procede a transcribir el Considerando IV del mismo, donde resultan destacables el manejo de la problemática puramente procesal civil que se encuentra como base de todo el fenómeno planteado, así como el análisis de la vencibilidad del error: "...IV. El error de tipo que se produjo en la especie: Sin embargo, resulta evidente que en el Voto No. 300-C-91 (folios 70 a 74 frente) del Tribunal Superior de Puntarenas se giró una orden de derribo que debía obedecerse por las razones indicadas en el mismo fallo, no siendo atendible ninguna suspensión de esa orden, ya que el Ordenamiento Jurídico (el vigente en esa época y el posterior Código Procesal Civil) no contempla, expresamente, esa posibilidad. Los acusados actuaron creyendo en un plazo de cumplimiento que su propio abogado (conocedor de la Legislación Civil y Procesal Civil) creyó que existía. De ahí que lo que se produce en la especie sea claramente que los acusados supusieron, falsamente por supuesto, que contaban con un plazo para cumplir la orden, plazo dentro del cual se tramitaría el juicio ordinario donde se discutiría el fondo del asunto, y dentro del cual no se les podría obligar a ejecutar la orden del Tribunal. Por esta misma razón, el error recae sobre las circunstancias que hacen que el delito exista según su descripción, en efecto, obsérvese que el tipo penal del 305 exige un dolo de "desobediencia de una orden impartida por un funcionario". Este dolo requiere una voluntad de desobecer conociendo que la orden es de inmediato cumplimiento (como ya lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala y quedó consignado en el análisis correspondiente de este fallo) y, además, conociendo que la orden emana de "funcio-

nario público" competente ("en el ejercicio de sus funciones"). Como se puede ver, el error de tipo en el que incurrieron los acusados lo fue sobre el "inmediato" cumplimiento de la orden, creyendo falsamente que tenían un plazo para cumplir, cuando éste en realidad no existía. Por existir este error sobre una de las circunstancias que debían conocerse a nivel del dolo (tipo subjetivo) resulta que se cumplen los requisitos que se han analizado para que se dé un error de tipo. Ahora bien, cabe destacar que esta Sala considera que el error es de carácter invencible, ya que los acusados cumplieron con todo el deber de cuidado que les era exigible, esto es que tomaran consejo de un profesional en derecho que les indicara sobre los pasos a seguir en relación con las consecuencias jurídicas de la orden emanada del Tribunal Superior de Puntarenas. Siendo así no se les puede exigir que superaran un falso conocimiento o ignorancia que el mismo profesional en derecho estaba propiciando al creer, de modo erróneo, que el ordenamiento jurídico establece una posibilidad de suspensión de la orden que en realidad no existe. En consecuencia, se dan los presupuestos necesarios para la existencia de un error de tipo invencible (artículo 34 del Código Penal), y el juzgador a quo dejó de aplicar, en este caso lo dispuesto por el artículo 34 del Código Penal, por lo que procede declarar con lugar el recurso de casación interpuesto por el fondo. Se casa la sentencia impugnada y en aplicación del derecho sustantivo, se declara atípica la conducta de V.L.M. y de J.B.S..."

19. Sala Constitucional, Voto 88-92, Acción de Inconstitucionalidad.

20. Sala Constitucional, Voto 461-91, Recurso de Habeas Corpus interpuesto por F.C.G. a favor de L.B.O. contra el Juez Sexto de Instrucción.

del reproche en Costa Rica.

Este fallo, indudablemente, causará un cambio trascendental en la forma de comprender el problema del conocimiento en el Código, fenómeno que manifiesta sus relaciones con el conjunto de problemas de la estructura de la acción y del injusto. La forma en que vaya a ser interpretado el elemento subjetivo del tipo penal, a partir de ahora, indicará la madurez que manifiesta la dogmática penal en nuestro medio, y, por supuesto, obligará a realizar estudios profundos sobre el acomodo de este nuevo planteamiento en las instituciones de la Parte General del Código.

Quedan otros temas sin plantear en este trabajo como lo son el análisis de los problemas del error de subsunción, el error sobre la punibilidad y los problemas de la medición de la pena que establece esta jurisprudencia, sin embargo, esperamos que las investigaciones que se motiven en la lectura de este fallo reciente hagan un aporte en este sentido y en las consecuencias prácticas de los postulados sobre los que se asienta, aportes que indefectiblemente contribuirán al desarrollo de una dogmática penal consecuente con los fines constitucionales que informan el trabajo de interpretación de la Ley Penal.

Como reflexión final habría que agregar que otros fines no dichos de esta resolución podrían estar

vinculados con una redefinición de las relaciones entre el Juez Penal y la Constitución, observando a esta última como un instrumento poderoso para "racionalizar" el ejercicio del ius puniendi del Estado y para brindar "efectividad" a la sentencia como respuesta al conflicto social planteado. Sin embargo, estos fines no dichos parecen estar presentes en todo lo que se hace actualmente en materia penal, donde ya comienza a vislumbrarse una preocupación por resolver las incongruencias de una acción exagerada del Sistema de Justicia Penal en todos los ámbitos de la vida de convivencia, volviendo los ojos a la propuesta del Derecho Penal como última ratio del Estado.

Esta última consecuencia del fallo debe ser vista en el panorama de los "vientos del cambio" que empiezan a soplar en nuestro país y que parecen reconducir la reflexión penal no tanto a un minimalismo penal sino más bien hacia una "racionalización" del ejercicio del derecho a castigar en aquellos ámbitos que sean realmente prioritarios para el proyecto social costarricense. Sea esta una discusión de la criminología o de la dogmática no interesa, debe ser una pregunta de todos los costarricenses de cara a la construcción de un derecho penal realizador de los fines que informan nuestro Estado de Derecho.