



Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

San José, 24 de septiembre de 2021  
Oficio.: FGR-889-2021

**Ref.: Respuesta al oficio CPEDH-29-2021**

**Señora  
Noemy Montero Guerrero  
Jefa de Área Comisiones Legislativas I  
Asamblea Legislativa  
S. O.**

Estimada señora:

Reciba un atento saludo. Le escribo con respecto a su oficio CPEDH-29-2021, remitido a esta Fiscalía General mediante correo electrónico de fecha 21 de septiembre de 2021, y en el cual se solicitó criterio con relación al proyecto de ley número: 22.581: “*Reforma de los artículos 34 y 35 del Código Penal, Ley 4573, de 15 de noviembre de 1970*”.

**I.- Antecedentes:**

1.- El presente proyecto de ley propone lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1- Modifíquese el artículo 34 del Código Penal, Ley 4573, de 15 de noviembre de 1970, para que se lea de la siguiente manera:*

*Error de tipo*

*ARTÍCULO 34- No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.*

*ARTÍCULO 2- Modifíquese el artículo 35 del Código Penal, Ley 4573, de 15 de noviembre de 1970, para que se lea de la siguiente manera:*

*Error de prohibición*

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

*ARTÍCULO 35- No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuera invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79.*

*Tampoco es culpable quien, al realizar la acción, supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.*

*Rige a partir de su publicación.”*

2.- Puntualmente, las variaciones entre el texto actual y el texto propuesto pueden observarse en el siguiente cuadro:

| <b>Textos propuestos en el proyecto de ley N° 22.581<br/>“Reforma de los artículos 34 y 35 del Código Penal, ley 4573, de 15 de noviembre de 1970”</b>  | <b>Textos actualmente contenidos en los artículos 34 y 35 del Código Penal, ley 4573, de 15 de noviembre de 1970</b>  |
|---|---|
| <p style="text-align: center;"><i><b>Error de tipo</b></i></p> <p><i>ARTÍCULO 34- No es culpable quien, al realizar el hecho, incurra en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.</i></p>  | <p style="text-align: center;"><i><b>Error de hecho</b></i></p> <p><i>ARTÍCULO 34.- No es culpable quien, al realizar el hecho, incurra en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.</i></p> |
| <p style="text-align: center;"><i><b>Error de prohibición</b></i></p> <p><i>ARTÍCULO 35. No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuera invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79.</i></p> <p><i>Tampoco es culpable quien, al realizar la acción, supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.</i></p> | <p style="text-align: center;"><i><b>Error de derecho</b></i></p> <p><i>ARTÍCULO 35.- No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79.</i></p>  |

## II.- Sobre el fondo:

Con la finalidad de realizar un abordaje integral y técnico del tema, se solicitó criterio a la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público, y a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones. Con base a ello, se realizan las siguientes consideraciones:

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

### **Modificación de las denominaciones “error de hecho” y “error de derecho”, y su respectiva sustitución por los *nomen iuris*: “error de tipo” y “error de prohibición”.**

Se estima que la modificación de las denominaciones “error de hecho” y “error de derecho”, y su sustitución respectiva por los *nomen iuris* de “*error de tipo*” y “*error de prohibición*”, resulta, al menos en tesis de principio, técnicamente acertada. De igual modo, esa modificación en la nomenclatura de los institutos jurídicos de interés, sería coherente con las ideas más modernas de la doctrina penal predominante en el foro nacional.

En efecto, se ha advertido que el Código Penal de 1970, recogió la distinción entre error de hecho y error de derecho que tenían vigencia en América Latina y España, a inicios de los años sesenta, a partir de la adopción del Código Penal Tipo para América Latina. Y la razón de esta distinción, fue tratar de separar el error de derecho del error de derecho penal, en tanto que este último, según el pensamiento que se seguía en ese momento, se consideraba que no excusaba al agente de su conducta (al respecto, ver resolución de la Sala de Casación Penal 00446-1992, del 25 de septiembre de 1992).

No obstante, lo cierto es que ese enfoque tradicional fue abandonado posteriormente, con el paso de los años, por las ciencias penales modernas. En primer término, se descubrió que la diferencia entre error de hecho y error de derecho era poco viable, porque refiriéndose el orden jurídico a elementos fácticos (transformando las cuestiones del acto en problemas jurídicos), no era posible desarrollar una apropiada distinción entre la falta de conocimiento del hecho y el error de derecho. En la práctica, no pocas veces un error de hecho determinaba un error acerca del derecho y en múltiples supuestos, el error de derecho determinaba un error acerca de los hechos.

También, se ha dicho que el error de tipo puede recaer en cualquiera de los elementos del tipo objetivo, no solo en aquellos que son descriptivos (por ejemplo, cuando el autor percibe equivocadamente con sus sentidos), sino también aquellos que son normativos (cuando el autor ha carecido de una valoración que no le permite comprender el significado de un elemento normativo, por ejemplo, el carácter de “autoridad competente” en el delito de desobediencia o de “resolución judicial o administrativa” en un delito de prevaricato).<sup>1</sup>

Esto ha llevado a señalar la inutilidad de la clasificación del error en error de hecho y error de derecho, en el tanto, actualmente se reconoce que el error de tipo (aquél que recae sobre los elementos del tipo objetivo), puede ser de hecho o de derecho, y que, igualmente, un error de prohibición puede provenir de un falso conocimiento o ignorancia del hecho que genera una situación que se cree justificada o sobre la norma que prohíbe la conducta. Incluso, se ha razonado que los llamados elementos fácticos del tipo no están desprovistos de una valoración jurídica, lo que llevó a afirmar a tratadistas como Giuseppe Maggiore, en Italia, que no era concebible un error de derecho que no se resolviera en última instancia, en uno de hecho.

---

<sup>1</sup> Ver ROJAS CHACON, Alberto) y SANCHEZ ROMERO, Cecilia. Teoría del Delito Aspectos teóricos y prácticos, Tomo I, Poder Judicial, Heredia, 2009, p. 163.

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

Por otro lado, se ha insistido que no hay una diferencia esencial exacta entre ambos tipos de error, porque la indicada separación es puramente artificial: "*(...) 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>2</sup>

Ante las fundadas críticas a la vieja bipartición entre “error de hecho” y “error de derecho”, y ante la imposibilidad de sustentar una distinción práctica y académica sostenible a partir de la causa del error; la doctrina penal dominante procedió a reformular sus planteamientos, mediante los aportes de la teoría de la culpabilidad, en la cual el criterio diferencial de los distintos tipos de error se trasladó en función del objeto afectado por este.

En ese sentido, actualmente se distingue entre los errores referidos a la consideración de un elemento particular del tipo penal (esto es, cuando el agente comete un delito bajo un error en la consideración de un elemento del tipo), respecto de aquellos casos en los que el error que motiva la realización del delito consiste en la idea errónea de que la acción del agente no es contraria al orden jurídico. Y en ese sentido, se vislumbra que mientras los errores referidos a los elementos del tipo penal afectan el dolo (cuando es invencible o inevitable), o bien dan lugar a una tipicidad culposa (cuando, por una parte, la ley señala una pena para la realización del delito bajo ese título y además cuando el error es vencible o evitable), los errores relacionados a la contrariedad de la acción con respecto al ordenamiento jurídico en realidad no afectan el dolo, sino más bien la culpabilidad o el reproche, ya sea eliminándolo (cuando el error era invencible o inevitable) o disminuyendo el grado de reproche o culpabilidad y con él la pena prevista para el hecho (cuando el error no era invencible o inevitable).

Es importante destacar, que 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, 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 aun 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, se aplica esta última, pero en caso de no existir, el hecho sería atípico.

A efecto de distinguir los errores relacionados al desconocimiento de los elementos integrantes del tipo, que afectaban el dolo, la doctrina moderna ha identificado los mismos bajo la nomenclatura de

---

<sup>2</sup> Ver CHIRINO SANCHEZ, Eric Alfredo) y HOUED VEGA, Mario. *El Tratamiento del Error en la legislación penal y la jurisprudencia costarricense*; en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales, Año 4, No. 6, diciembre de 1992, p 27 a 28.

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

**“errores de tipo”**. El error de tipo así visto se refiere a aquel que incide en los elementos que forman parte del tipo objetivo, los que pueden ser fácticos, valorativos y/o normativos.

Entre tanto, los errores relacionados a la contradicción de la acción con el ordenamiento jurídico fueron identificados como **“errores de prohibición”**. El error de prohibición es, entonces, aquel que comprende una situación que recae en la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico penal en su totalidad y desde la culpabilidad; es decir, es un error sobre la antijuridicidad del hecho que se ha llevado a cabo.

Este tipo de error consiste en que el sujeto activo cree falsamente que el hecho no está sujeto a pena. Esto 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. En estos supuestos, el error directo recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva, 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.

Ahora bien, en la doctrina penal moderna, la distinción clásica entre error de hecho y error de derecho, que pretendía hacer una diferencia entre lo fáctico y lo jurídico; fue reemplazada -como se ha indicado anteriormente- por los conceptos técnicos de error de tipo y error de prohibición, que expresan contenidos muy diferentes. Por ejemplo, se ha advertido que hay errores de derecho que son de tipo y errores de hecho que son de prohibición. Un ejemplo de una situación de hecho que es constitutiva de un error de prohibición, es el caso de una legítima defensa putativa. Y a su vez, existen otros casos donde una situación de derecho conforma un error de tipo, como por ejemplo cuando el autor desconoce los elementos normativos del tipo.

Consecuentemente, es totalmente acertado afirmar que el abandono legislativo de la vieja clasificación, ya superada entre errores de derecho y errores de hecho, de los que parte la actual redacción de los numerales 34 y 35 del Código Penal, se justifica ante los avances teóricos y prácticos que en forma posterior a la década de 1970 se han dado en las Ciencias Penales.

**En cuanto a la propuesta de redacción del artículo 34 del Código Penal que presenta el proyecto de ley: El error de tipo no incide en la culpabilidad, sino en el dolo y en la tipicidad.**

Se concuerda en la necesidad y conveniencia de estructurar y diferenciar el tratamiento del error, distinguiendo claramente el error de tipo del error de prohibición. También, como se verá más adelante, se comparte la iniciativa de la reforma propuesta en el sentido de que el tratamiento del error de tipo indirecto, actualmente comprendido en párrafo II del artículo 34 del Código Penal, sea tratado en la segunda parte del artículo 35 de ese cuerpo normativo, a la par del error de prohibición directo. En igual modo, también se considera correcto que el numeral 34 del Código Penal, se dedique a desarrollar el instituto jurídico del error de tipo, sin mezclarlo o confundirlo técnicamente con el tratamiento del error de prohibición indirecto.

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

No obstante, la redacción del artículo 34 del Código Penal, de acuerdo al texto propuesto en la reforma, resulta técnicamente incorrecta al señalar que “no es culpable, quien al realizar el hecho, incurre en un error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción”.

La razón por la que se califica como erróneo el planteamiento radica en que, como ya se adelantó, el **error de tipo no incide en la culpabilidad o en el reproche de la conducta del sujeto activo**. Cuando el autor desconoce alguno de los elementos integrantes del tipo objetivo de injusto, sean de naturaleza descriptiva o normativa, no se excluye de ninguna forma la culpabilidad o el reproche, sino que, lo que sucede en estos casos, es la exclusión del dolo (cuando es invencible o inevitable), o bien da lugar a una tipicidad culposa (cuando, por una parte, la ley señala una pena para la realización del delito bajo ese título y además cuando el error es vencible o evitable):

*“En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y al no haber ese querer no hay dolo y por ende la conducta es atípica. Lo anterior, porque si el dolo es querer la realización del tipo objetivo, si el sujeto no sabe que lo está realizando no puede existir ese querer. Los efectos del error de tipo dependen de si éste es evitable (o vencible) o inevitable (o invencible). El error invencible además de la tipicidad dolosa elimina también la posibilidad de la tipicidad culposa. El error vencible, si bien no da lugar a una tipicidad dolosa sí puede dar lugar a una tipicidad culposa (artículo 34 del Código Penal).”*  
(Sala de Casación Penal, resolución 00446-1992, del 25 de septiembre de 1992).

Sobre este tema, la Sala de Casación Penal, haciendo eco de la teoría de la culpabilidad, ha sido reiterativa en señalar que, a los efectos de plantear claramente la estructura del error en el Código Penal, es necesario hacer una integración armónica de los artículos 30 y 31, en relación con los artículos 34 y 35 del Código Penal. En ese sentido, se ha advertido que la tendencia correctamente concebida en lo que se refiere al conocimiento requerido en la voluntad realizadora del hecho tipificado (artículo 31 del Código Penal), es que el dolo requiere el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo, por lo que presupone que el autor haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico. Y ello, sobra decir, precisamente es lo que no sucede cuando existe un error de tipo.

También, conviene considerar que la doctrina costarricense ha tomado 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.

De esta manera, la redacción propuesta del artículo 34, mantiene el mismo problema planteado por la jurisprudencia de confundir el análisis del error de tipo dentro de la “culpabilidad”, ya que sigue señalando que “no es culpable...”, cuando el tema de fondo es de tipicidad, y lo correcto es indicar que “no es punible...”: “En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y, al no existir ese querer, no hay dolo y, por ende, la conducta

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

*es atípica. Lo anterior sucede porque si el dolo es querer la realización del tipo objetivo, si el sujeto no sabe que lo está realizando, no puede existir ese querer”<sup>3</sup>.*

Igual postura sostiene Castillo, en su obra: *El error de prohibición*, (2001, p.23):

*“Este artículo dice que no es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. Cuando este error de tipo existe se excluye el dolo, pues el dolo consiste en el conocimiento y voluntad del hecho tipificado (artículo 31 Cod.Penal.), es decir, del conocimiento y voluntad de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. Interpretando el artículo 34 Cód. Pen., a contrario, podemos establecer que el objeto de conocimiento del dolo son los elementos necesarios para que el delito exista según su descripción. Por consiguiente, el dolo es el conocimiento de la tipicidad del hecho. Cuando dice el artículo 34 del Código Penal que quien actúa en error de tipo no es culpable, lo que está indicando es que no actúa dolosamente.”*

De manera que, quien se encuentre en un error de tipo, en realidad actúa sin dolo, por lo que si el error es invencible excluye el dolo y, por ende, la tipicidad; y si es vencible y, existe una tipicidad culposa responde a dicho título. Es decir, el error de tipo es un error sobre la tipicidad del hecho.

Según Chacón y Sánchez (ibid): *“Los efectos del error de tipo dependen de si este es evitable (o vencible) o inevitable (o invencible). El **error vencible** sucede cuando si se **hubiera prestado la debida atención**, el resultado podría haberse evitado, o al menos, la persona se hubiera dado cuenta de que estaba en un error. El **error invencible** es aquel que **bajo ninguna circunstancia, es posible superar**, pues aunque la persona puso el mayor cuidado al accionar, aún no se hubiera podido dar cuenta que estaba en un error.”* (Lo destacado es propio del original).

En el caso del error de tipo, la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar, que “el error invencible, además de la tipicidad dolosa, elimina también la posibilidad de la tipicidad culposa. El error invencible, si bien no da lugar a una tipicidad dolosa, sí puede dar lugar a una tipicidad culposa (...)” (ibid). De ahí que sugerimos que se sustituya la redacción, quitando la frase “no es culpable”, por la frase “No comete delito quien...”.

La propuesta sería: “**ARTÍCULO 34- No comete delito quien**, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.”

En cambio, cuando se dice en el proyecto de ley contenido en el expediente N° 22.581: “*Reforma de los artículos 34 y 35 del Código Penal, ley 4573, de 15 de noviembre de 1970*”, que quien comete

---

<sup>3</sup> ROJAS CHACON, Alberto y SANCHEZ ROMERO, Cecilia. Teoría del Delito Aspectos teóricos y prácticos, Tomo I, Poder Judicial, Heredia, 2009, p. 165.

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

un hecho bajo un error de tipo “**no es culpable**”, pareciera que, en vez de tomarse como referencia la teoría de la culpabilidad -de la que se ha derivado correctamente la distinción entre el error de tipo y el error de prohibición-, más bien se recepta implícitamente una idea cercana a la denominada “Teoría del dolo”, que tanta fortuna tuvo entre los seguidores del causalismo en la primera mitad del siglo XX.

Es precisamente en la “Teoría del dolo”, donde se considera que el dolo es una característica de la culpabilidad, de manera que, en esa inteligencia serían elementos integrantes del dolo el conocer y querer los elementos descriptivos y normativos del tipo, así como también la conciencia del injusto penal, elementos que conformarían un *dolus malus*, entendido también como dolo con conciencia de la antijuridicidad.

El principal cuestionamiento que cabría hacer es que, esta “Teoría del dolo”, que ubica el dolo en la culpabilidad, no solo no es técnicamente coherente con el concepto de dolo avalorado referido en el artículo 31 del Código Penal, sino que tampoco sería coherente con la distinción entre el error de tipo y error de prohibición. Al respecto, se ha advertido que la “Teoría del dolo” conlleva a otorgar al error de prohibición un tratamiento igual al del error de tipo, ya que el dolo sería finalmente conceptualizado como una relación psíquica del autor con los elementos objetivos del hecho antijurídico y consecuentemente, la conciencia de la antijuridicidad resultaría ser un elemento del dolo equiparado con el conocimiento de las circunstancias del hecho.

En cambio, mucho mejor estructurada en el pensamiento jurídico penal es la ubicación del error de tipo dentro del dolo, de acuerdo al aporte que brinda la “Teoría de la culpabilidad”, la cual actualmente domina en nuestra cultura jurídica. En ésta, se reconoce la conciencia de la antijuridicidad (o del injusto penal) como un elemento independiente que integra la culpabilidad, trasladándose así el dolo al injusto penal y dando origen a un dolo natural, lo cual implica que ante el mismo supuesto arriba indicado -la inexistencia del conocimiento del injusto penal- la actuación siempre resultará dolosa.

El dolo así visto va a estar ubicado en la tipicidad, no en la culpabilidad, y está únicamente conformado por el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el elemento volitivo, que es sobre los que incide el error de tipo. En esta modalidad de error, obviamente el sujeto no conoce el supuesto de hecho que configura el injusto. Es por ello que, no va a ser relevante en ese nivel el conocimiento del injusto penal -que concierne más bien al error de prohibición-, sino hasta en la etapa de la culpabilidad. En cambio, en el error de prohibición, el sujeto conoce el supuesto de hecho que configura el injusto, pero desconoce que dicha actuación está prohibida o no permitida (error de prohibición directo); o también puede darse el caso de quien considera erróneamente que actúa bajo la permisón de una norma cuando en realidad no es así, constituyéndose este último supuesto en una justificación putativa (error de prohibición indirecto).

Por todo esto, a diferencia del texto propuesto para el artículo 34 del Código Penal en la reforma planteada, la doctrina actual prefiere referirse al error de tipo ubicando su análisis en la tipicidad, mientras que el error de prohibición se contempla ubicando su análisis en la culpabilidad, distinción



Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

que, aparte que ubica los problemas en su correcta fase de análisis, logra traer coherencia sobre la ubicación del análisis del dolo en el tipo.

**Respecto a la propuesta del artículo 35, el error de prohibición.**

Igualmente se ha discutido el tema sobre el error en la concurrencia de las circunstancias que justificarían el hecho. Como lo expone Castillo, el error de prohibición: “(...) es un error sobre la antijuridicidad del hecho; es decir, sobre la contradicción del comportamiento con el derecho o sobre carácter prohibido del hecho.” (op.cit, p.23). El error de prohibición excluye la culpabilidad, como expresamente lo propone reforma.

La propuesta del párrafo: “*Tampoco es culpable quien, al realizar la acción, supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título*” No resuelve el problema sobre la naturaleza de este tipo de error y, deja de lado la postura desarrollada por la jurisprudencia nacional.

Conforme lo ha desarrollado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, desde los años 90 hasta la fecha, se ha considerado que:

*“Cuando el Código Penal dice en el artículo 35 que el error invencible debe recaer sobre la situación o “hecho” que se realiza no está sujeta a pena, 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 N.; 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. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto. En esta nomenclatura, plenamente compatible con nuestro Código, el error directo recae sobre el conocimiento de la N. 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. Finalmente, estarían contenidos los aspectos del error de comprensión, tipo cualificado de error que afecta la comprensión de la antijuridicidad. Cuando es invencible siempre impide la comprensión de la antijuridicidad, pero también impide esta comprensión ya sea porque afecta el conocimiento; o, en otros casos, dicho conocimiento existe pero no puede exigirse la comprensión de la antijuridicidad. El error de comprensión 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. Desde este punto de vista, el error de comprensión es una forma de error invencible de prohibición” (Sala Tercera de la Corte Suprema, resolución 00446, del 25 de septiembre de 1992).*

Según Chacón y Sánchez (2009, p.333), el error de prohibición indirecto incluye: “c) Error sobre la concurrencia de circunstancias que, si se presentan, justificarían el hecho (v.gr.se lesiona a una

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

*persona que, en horas de la noche, en una calle oscura, frecuentada por asaltantes, hace ademán de sacar un pañuelo del bolsillo, lo que se interpreta como un gesto sospechoso de ataque, defensa putativa)". Por lo que el error de esta naturaleza, amerita al juzgador analizar si el mismo era vencible o invencible, y no si la conducta es dolosa o culposa, ya que, en ese supuesto, la conducta es típica, antijurídica, pero no culpable.*

Siguiendo a Chacón y Sánchez, conforme a la doctrina más moderna, lo correcto es establecer dentro de la norma, que si se está ante un error de prohibición (directo o indirecto) y este resulta vencible la pena puede ser disminuida, incluso por debajo del extremo menor previsto para el delito de que se trate. En razón de lo anterior, con el fin de dilucidar las discusiones dogmáticas y siguiendo la línea jurisprudencial, se propone una redacción distinta que contemple el error de prohibición directo y el indirecto, con la siguiente redacción:

*“ARTICULO 35.- “No es culpable quien, por error invencible cree que la conducta que realiza no está sujeta a pena o que está amparada en una causa de justificación. Si el error es vencible la pena a imponer puede ser disminuida incluso por debajo del extremo menor previsto para el delito que se trate. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.”*

Al respecto se estima que, en aras de la coherencia del sistema, tanto en el error de prohibición directo como indirecto, las reglas de punición deben ser similares. Si el error de prohibición (sea directo, sea indirecto) es invencible, el sujeto activo debe considerarse no reprochable. Pero si el error de prohibición (sea directo, sea indirecto), es vencible, la pena debe ser disminuida proporcionalmente, conforme al numeral 79 del Código Penal. Consecuentemente, no se considera técnicamente correcto que se exija para sancionar que exista en los casos de error de prohibición indirecto y vencible una tipicidad culposa, como se señala en el proyecto.

De acuerdo a la teoría estricta de la culpabilidad, que ha venido siendo sostenida por la mayoría de la doctrina de América Latina, se ha aceptado que el error de prohibición indirecto actúa en la creencia errónea de que el agente se encuentra amparado por una causa de justificación. En esa inteligencia, 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 y correlativamente con una reducción de la pena.

En otras palabras, al establecerse el conocimiento de la antijuridicidad como elemento autónomo de la culpabilidad, consecuentemente existe la posibilidad de aplicar reglas de graduación para el reproche, es por ello que ante un error vencible según sea el hecho más o menos grave, y además mayor o menor el grado de exigibilidad según las circunstancias personales del autor, así serán entonces los grados de reprochabilidad aplicables.

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

Por otra parte, si el error de prohibición resulta invencible entonces se excluye totalmente la culpabilidad, dejando subsistente el dolo (dolo natural), es decir, el análisis de la vencibilidad o no del error de prohibición -como el falso conocimiento del injusto penal-, se sitúa en la culpabilidad, lo cual como consecuencia genera que no haya afectación en el dolo natural con dicho error, salvo en el caso del error de tipo. Asimismo, según la teoría limitada de la culpabilidad, si un sujeto actúa bajo un error invencible, se le excluye del reproche o de la responsabilidad penal pero no así de la responsabilidad civil, y por otra parte, en caso de que el error sea vencible, el reproche del injusto penal se mantiene pero en forma atenuada.

Sin embargo, la redacción actual del artículo. 34 párrafo segundo del Código Penal, al igual que el proyecto de ley contenido en el expediente N° 22.581 “*Reforma de los artículos 34 y 35 del Código Penal, ley 4573, de 15 de noviembre de 1970*”, presentado en este caso, a diferencia de esta tendencia dogmática por lo demás coherente y simple, 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), que como ya se señaló, y como el mismo proyecto señala, se halla hartamente superado como concepto jurídico penal.

En consecuencia, si el sujeto pudo vencer la falsa suposición de justificantes empleando un deber de cuidado exigible según las circunstancias; de acuerdo al proyecto de ley, habría que aplicar la tipicidad culposa correlativa, en caso de que esta se halle disponible. Esta última propuesta, al parecer podría intentar conciliarse con 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. Sin embargo, esta solución tiene dos problemas fundamentales: 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. No debe olvidarse que, en los casos de error de prohibición indirecto se está en presencia de una conducta que es esencialmente dolosa, por existir en la psiquis del autor el conocimiento de los elementos que forman parte del tipo objetivo (los que pueden ser fácticos, valorativos y/o normativos). Igualmente, el autor en los casos de error de prohibición indirecto, ha previsto el curso causal y la producción del resultado típico. No actúa culposamente y consecuentemente, no puede ser lógicamente sancionado como autor de un delito culposo.

Al respecto, es claro que el error sobre las justificantes no elimina el dolo de la conducta del autor, ni siquiera elimina la antijuridicidad (porque la relación de contradicción con el ordenamiento jurídico permanece vigente), sino que incide en el reproche, es decir, el análisis de la culpabilidad que debe hacerse sobre la capacidad de comprensión de la antijuridicidad, problema que no tiene que ver para nada con el tipo objetivo ni subjetivo.

En igual sentido la resolución de la Sala de Casación Penal 00446-1992, del 25 de septiembre de 1992, plantea claramente que la falsa suposición de atenuantes o causas de justificación: “(...) no

Fiscalía General de la República  
San José  
Costa Rica

*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 (por ejemplo, aplicar un tipo culposo en caso de un error de prohibición indirecto que además es vencible), 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.

Lo anterior porque la creencia errónea en la existencia de una causa de justificación afecta el reproche del injusto y no la constitución del injusto. Lo que acontece en este supuesto de error de prohibición indirecto es que, como el sujeto que actúa considera, por una ignorancia que podía superar, que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación, el grado de reproche es menor, por lo que la pena, en consideración al menor grado de culpabilidad, debe disminuirse en forma proporcional y no aplicarse, en ningún caso, un tipo penal culposo.

Por ello, es necesario recalcar la necesidad de establecer el "concepto" de culpabilidad como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto. Asimismo, esta graduación se refiere a la medición judicial del reproche para los efectos de la fijación de la pena, lugar donde corresponde examinar esta problemática del error de prohibición, que se refiere a un problema de la punibilidad.

A tal efecto, puede decirse que el párrafo segundo del artículo 35 da la pauta cuando se refiere al error de derecho vencible e indica que en una hipótesis de este tipo de error "*...la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo a lo que establece el artículo 79*". Tal redacción pretendería no dejar duda sobre la intención del legislador de que los problemas de error de prohibición tuvieran como efecto reducciones del reproche, y en ningún caso consideraciones de tipicidad, reducciones estas 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.

Sin otro particular se despide atentamente,

**Warner Molina Ruiz**  
**Fiscal General a.i**  
**Fiscalía General de la República**