

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN EN LA DOGMÁTICA HISPANOAMERICANA España, Argentina y Costa Rica como ejemplos de la influencia de la ciencia jurídica alemana en la ciencia jurídica extranjera

ALONSO SALAZAR

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

A. Introducción

Las concepciones dogmáticas alemanas de la teoría del error han sido asimiladas en España, Argentina y Costa Rica de distinta forma, lo cual es constatable en cada caso con la simple lectura de la normas jurídicas de cada país. Los aspectos fundamentales de la discusión dogmática, sin embargo, corresponden en los tres países citados, a la discusión que en tomo al tema ha tenido lugar en Alemania. Lo anterior no sorprende, pues los fundamentos dogmáticos de la teoría del error se encuentran precisamente en la dogmática alemana. En el presente análisis se parte como premisa metodológica de la norma legal respectiva para luego hacer un análisis teórico de la problemática.

B. Teoría española del error

1. Artículo 14 del Código Penal español

(1) *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*

(2) *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.*

(3) *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera venible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

2. *Fundamento y origen del precepto legal*

El art. 14 del Código Penal español tiene su origen en el art. 6 bis del Código penal de 1983¹. Sin embargo, el legislador modificó la redacción del artículo, fue sustituido el concepto de «*elemento esencial integrante de la infracción penal*» por el concepto de «*un hecho constitutivo de la infracción penal*». El legislador pretendió con eso eliminar algunas lagunas legales, como por ejemplo, el error sobre un hecho que califica la infracción penal, o sobre circunstancias agravantes².

Anteriormente no había en España ningún precepto penal que regulara el error³. La opinión mayoritaria⁴ diferenciaba tradicionalmente entre *error facti* (error de hecho) y *error iuris* (error de derecho). Dicha diferenciación se encuentra presente en la antigua jurisprudencia⁵.

¹ Introducido por la ley de reforma parcial del Código Penal español del 25 de junio de 1983, *vid.* MOYNA MÉNGUEZ/GÓMEZ GUILLAMÓN/LUZÓN CUESTA/ORTIZ ÚRCULO/TORRES-DULCE LINFANTE, *Código Penal*, 3.ª ed. 1998, pág. 47; RODRÍGUEZ MOURULLO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, pág. 65; VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia 1996, T. I, pág. 92 ss.; QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1996, pág. 346.

² *Vid.* VIVES ANTÓN, *op. cit.* [Np. 1], T. I, pág. 93; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 1], pág. 65.

³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 2.ª ed. 1996, pág. 292; QUINTERO OLIVARES, *op. cit.* [Np. 1], pág. 346. En Alemania, el tema también ha sido estudiado entre otros por STRIEN, *Einflüsse des deutschen Strafrechts auf die jüngere Strafrechtsreformbewegung in Spanien*, Diss. Köln 1991, MIR PUIG, «Hauptprobleme des dogmatischen Teil der spanischen Strafrechtsreform», en: *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium* 1986, págs. 21-45.

⁴ *Cfr.* MOYNA, *op. cit.* [Np. 1], pág. 14; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 4.ª ed. 1996, pág. 599.

⁵ La Judicatura española diferenciaba desde finales de los años sesenta —como lo hizo el Tribunal del Imperio alemán Reichsgericht— entre error de hecho y error de derecho. A partir de ello y con influencia de la dogmática alemana se desarrollaron el par de conceptos de error de tipo y error de prohibición. Acerca del desarrollo en la jurisprudencia alemana puede consultarse BAUMANN, *Strafrecht AT*, Lehrbuch, 8. Auflage, 1977, pág. 419 ss., y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, pág. 158 ss.; en la jurisprudencia española, GIMBERNAT ORDEIG, en: MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK, *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, B. VI, pág. 329; *cfr.* también STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 75.

El Tribunal Supremo español señaló la falta de una regulación específica y rechazó la diferenciación entre *error facti* y *error iuris*⁶. En los últimos años han sido reconocidas por el Tribunal Supremo⁷ las dos categorías de *error de tipo* (Tatbestandsirrtum) y *error de prohibición* (Verbotsirrtum), cuyo origen claramente se encuentra en la dogmática alemana⁸. Es claro que el legislador español se basó en la regulación alemana al establecer la normativa del error en España, se evidencia en la distinción fundamental entre error de tipo y de prohibición, la cual corresponde a la decisión del legislador alemán⁹.

3. Comparación entre el Art. 14 Código Penal español y los §§ 16 y 17 StGB

Mientras que en el derecho alemán el error de tipo y de prohibición se encuentran regulados en dos preceptos penales diferentes, el Código Penal español contiene ambos institutos en un único precepto penal, el cual se encuentra dividido en distintos incisos¹⁰. La opinión dominante sostiene que el art. 14 inciso 1 del Código Penal español contiene el error de tipo¹¹. De acuerdo con la jurisprudencia, el error de tipo se ubica en el plano de la descripción legal de la conducta típica (Tipicidad) en relación con el conocimiento del dolo, mientras el error de prohibición se ubica en el ámbito de la culpabilidad¹².

⁶ Cfr. SSTS 19-6-29, 7-3-44, 1-2-69 y 16-3-82. [STS, Sentencia del Tribunal Supremo (España)].

⁷ Cfr. SSTS 26-2; 24-10-81 y 25-11-87; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., 1996, pág. 252, con más referencias.

⁸ Cfr. § 16 StGB (*Irrtum über Tatumstände*) y § 17 StGB (*Verbotsirrtum* (StGB: Strafgesetzbuch, Código Penal alemán); también MOYNA, *op. cit.* [Np. 1], pág. 14.

⁹ STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 119. Cfr. la crítica de COBO/VIVES, *op. cit.* [Np. 4], pág. 599, quienes censuran la traducción al español de los términos alemanes y proponen la utilización de «error sobre el tipo» y «error sobre la prohibición».

¹⁰ Como ya ocurría con el art. 6 bis a) del CP de 1983, al respecto ver STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 89.

¹¹ MIR PUIG, *op. cit.* [Np. 7], pág. 253, Marginal 115; MUÑOZ CONDE, *op. cit.* [Np. 3], pág. 292; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 1], pág. 64 ss.; VIVES ANTÓN, *op. cit.* [Np. 11], T. I., pág. 94.

¹² Cfr. SSTS 12-12-91, 23-3-92, 709/94, 28.3. y 873/94; MOYNA, *op. cit.* [Np. 1], pág. 48. RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 1], pág. 64 ss., señala que al hablar de la norma de error sobre un hecho constitutivo del delito, para referirse al error de tipo, se dejan fuera los errores sobre elementos normativos del tipo con valoración jurídica, por ejemplo la ajenidad de la cosa, que no son errores de hecho sino de derecho.

3.1. Error de tipo

El art. 16 StGB regula el error sobre las circunstancias del hecho, esto es, la realización del tipo objetivo, sin que el autor tenga conciencia de ello, en tal caso no puede ser sancionado por el delito cometido a título de dolo, pero puede ser sancionado por la comisión culposa del mismo¹³. Dado que el ser humano sólo experimenta su representación del mundo y estructura sus deseos a partir de dicha representación, de esa forma el derecho penal tiene que basarse en ese conocimiento¹⁴ que el sujeto tiene de las circunstancias externas¹⁵. Con ese conocimiento, cuya falta elimina el dolo, se conforma el elemento intelectual del dolo¹⁶. En la literatura española como en la alemana se reconoce, que el conocimiento del autor es un elemento esencial de la imputabilidad¹⁷. Resulta problemático que el art. 14 del CP español *excluya la responsabilidad penal*, mientras que de acuerdo con el art. 16 StGB el autor *actúa sin dolo*. A pesar de que la teoría española del error se fundamenta en la alemana, existe una diferencia en cuanto a la formulación legal. La diferencia consiste en el hecho de que una acción no dolosa —en tanto tampoco se encuentre sancionada como culposa— elimina la tipicidad, mientras que la exclusión de la responsabilidad penal deja subyacente la tipicidad y es esencialmente en el ámbito de la culpabilidad, posteriormente a la afirmación de la antijuridicidad de la acción, donde juega su papel, pues subsiste la responsabilidad civil que tiene como fundamento tanto la tipicidad como la antijuridicidad de la acción¹⁸.

El problema indicado no es tratado por la dogmática española, lo cual puede ser una consecuencia de la influencia de la dogmática alemana, donde por las razones expuestas no existe. Los desarrollos dogmáticos alemanes relacionados con el error de tipo han sido adoptados por la dogmática española, a pesar de que en castellano no existe una palabra que pueda traducirse literalmente como *Tatbestand*¹⁹. *Tatbestand* debe entenderse como un estado que involucra tanto la Tipicidad (*Rechtsbeschreibung*) como las circunstancias del hecho (*Tatumstän-*

¹³ Cfr. CRAMER en: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 1997, § 16 Rdn. 4; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23. Aufl. 1999, § 16 Rdn. 3.

¹⁴ Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 8/5 ss.

¹⁵ TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49. Aufl. 1999, § 16 Rdn. 1.

¹⁶ ROXIN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1997, § 12 Rdn. 86.

¹⁷ STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 92.

¹⁸ Cfr. art. 118, inciso 2, CP español; también COBO/VIVES, *op. cit.* [Np. 4], pág. 610.

¹⁹ Concepto introducido por BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

de)²⁰. Tiedemann señala que el concepto «*Tatbestand*» —al contrario de una gran cantidad de interpretaciones erradas, las que sobre todo conforman la teoría del tipo— representa una categoría penal específica ante todo clara, la que no coincide con el concepto de tipo legal (*Gesetztatbestand*) ni con el concepto de *Tatbestand* en la teoría general del derecho (como suma de presupuestos jurídicos)²¹. El concepto de *Tatbestand* como parte de la teoría jurídico-penal puede definirse de la siguiente manera:

Tatbestand = objektiver Tatbestand + Vorsatz (tipo objetivo + dolo)

Así cuando se puede colegir la existencia del dolo, es posible entonces tratar de identificar los elementos subjetivos de la acción, que junto con el dolo permitan estructurar la intención del sujeto en su actuar (acción final deseada)²².

Si el error de tipo excluye el dolo, entonces no existe cuando en éste concurre una acción típica. Si el error de tipo únicamente excluye la responsabilidad penal —pero no la responsabilidad civil—, en ese caso entonces subyace una acción antijurídica. La antijuridicidad de la acción tiene significado no sólo desde el punto de vista del derecho penal, sino que constituye un ataque contra el sistema jurídico como un todo²³.

A pesar de la diferente formulación legal, la literatura española ha adoptado la teoría alemana del error, lo que significa que tanto en Alemania como en España se entiende que el error de tipo elimina el dolo²⁴. Algunos autores como por ejemplo Vives Antón²⁵ y Cobo del Rosal²⁶, sin mayores consideraciones dogmáticas, señalan que el error de

²⁰ En castellano se habla por lo general de *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*, que corresponde en alemán a «objektiven» und «subjektiven» Vertypung (*tipo*).

²¹ Cfr. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pág. 22 s., con más referencias. Sobre el concepto de *Tatbestand* como tal, JAKOBS, *op. cit.* [Np. 14], 6/46 ss.

²² NAUCKE, *Strafrecht: Eine Einführung*, 8. Aufl. 1998, § 7 Rdn. 137.

²³ Cfr. LACKNER/KÜHL, *op. cit.* [Np. 13], previo § 13 Rdn. 16. La denominación de antijurídico denota una contradicción entre la acción y la norma; LENCKNER en: *Schönke/Schröder, op. cit.* [Np. 13], previo §§ 13 ss. Rdn. 48 ss.; ROXIN, *op. cit.* [Np. 16], § 10 Rdn. 13 ss; TRÖNDLE/FISCHER, *op. cit.* [Np. 15], previo § 13 Rdn. 24.

²⁴ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed. 1998, pág. 133; MIR PUIG, *op. cit.* [Np. 7], pág. 104; MOYNA, *op. cit.* [Np. 1], pág. 48; MUÑOZ CONDE, *op. cit.* [Np. 3], pág. 292; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 1], pág. 67.

²⁵ VIVES ANTÓN, *op. cit.* [Np. 1], B. I., pág. 94.

²⁶ COBO/VIVES, *op. cit.* [Np. 4], pág. 610.

tipo excluye la responsabilidad penal. Rodríguez Mourullo²⁷ cree que eso es así porque no existe dolo. También la jurisprudencia acepta dicha posición²⁸. Por otra parte, Suárez González y Vives Antón²⁹ señalan que sólo el error inevitable puede excluir la responsabilidad penal, si el error es evitable, el autor es responsable.

El art. 14, inciso 2, del CP español trata el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, el cual impide la apreciación de dicho hecho o circunstancia³⁰. Al respecto no tiene importancia si el error es vencible o invencible³¹. El art. 16 del StGB regula solamente las consecuencias jurídicas de la falta de conocimiento de circunstancias del hecho (inciso 1) y la falsa creencia de que concurren circunstancias privilegiantes³² (inciso 2), pero no regula el caso contrario, es decir, cuando el autor no se percata de la existencia de circunstancias o carece de conocimiento en cuanto a la concurrencia de características descriptivas del tipo que privilegian el hecho³³. El art. 14 CP español no regula la falsa creencia de circunstancias privilegiantes³⁴.

3.2. Error de prohibición

El art. 14 inciso 3 CP español regula el error de prohibición (falta de conciencia de la antijuridicidad). El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal.

En primera instancia debe señalarse que la norma hace referencia a la *ilicitud del hecho*³⁵. No se trata entonces de un error sobre la antijuridicidad, pues igualmente excluye la responsabilidad criminal. La ilicitud, de acuerdo con la construcción de la teoría del delito que se es-

²⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 1], pág. 67.

²⁸ Cfr. SS 1-2-86, 28-4-88, 26-2 y 24-10-81, 12-12-91, 23-3-92, 709/94, 28-3 y 873/94.

²⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 2], pág. 348 ss., con más referencias; VIVES ANTÓN, *op. cit.* [Np. 4], pág. 631.

³⁰ Acerca de la discusión española sobre la reforma penal alemana de 1975 a este respecto, puede consultarse STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 97.

³¹ VIVES ANTÓN, *op. cit.* [Np. 1], T. I. pág. 95; MIR PUIG, *op. cit.* [Np. 7], pág. 255, marginal 122.

³² El autor cree que comete un hecho menos grave.

³³ CRAMER, *op. cit.* [Np. 13], § 16 Rdn. 6.

³⁴ Cfr. MIR PUIG, *op. cit.* [Np. 7], pág. 254, marginal 119 ss.

³⁵ Anteriormente el artículo hacía mención a la creencia errónea e invencible de actuar lícitamente, la cual excluía la responsabilidad criminal. Sobre la discusión de esta fórmula legal en Alemania cfr. STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 81.

estructura en tres niveles (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)³⁶, la cual se acepta en España, se refiere tanto a la tipicidad como a la antijuridicidad, el error sobre una causa de justificación y el error sobre una causa de exculpación son consecuentemente tratados de la misma forma. La acción permanece en el plano de la antijuridicidad, pero el autor realiza el hecho sin culpa. Adicionalmente, tanto en la literatura como en la jurisprudencia, no existe acuerdo en cuanto a si el legislador en el art. 14 CP se decidió por seguir la teoría del dolo o la teoría de la culpabilidad, sea ésta la teoría limitada o la teoría estricta de la culpabilidad³⁷.

Si el error es invencible (art. 14, inciso 2, CP español), debe obligatoriamente rebajarse la pena en uno o dos grados. Algunos autores opinan que el error de prohibición se encuentra regulado de acuerdo con la teoría de la culpabilidad, a pesar de que una reducción obligatoria de la pena no encaja dentro ésta³⁸. Por su parte, la jurisprudencia oscila entre ambas teorías³⁹.

3.3. Límite entre error de tipo y error de prohibición

3.3.1. *Error sobre la concurrencia de una causa de justificación*

Esta temática ha sido discutida tanto en Alemania⁴⁰ como en España⁴¹. Se trata del tratamiento que debe tener el error sobre la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho. Se discute, en ese caso, si dicho error debe verse como un error de tipo o un error de prohibición⁴², o bien si se trata de un error *sui generis*⁴³. La dogmática española diferencia entre el error de prohibición directo (que recae sobre la prohibición) y error indirecto (que recae sobre la concurrencia de

³⁶ Cfr. ROXIN, *op. cit.* [Np. 16], § 10 Rdn. 15.

³⁷ Situación que ha sido objeto de discusión también en Alemania, cfr. STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 76 y 105 ss. con más referencias.

³⁸ COBO/VIVES, *op. cit.* [Np. 4], pág. 611 con más referencias.

³⁹ Cfr. SSTS 15-3-86, 3-11-86 y 7-7-87.

⁴⁰ Cfr. BT-Drucks. V. 4095, pág. 9, STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 109 con más referencias.

⁴¹ CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid 1982, pág. 305.

⁴² Puede consultarse en Alemania STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 109, con referencias adicionales; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 1], pág. 68.

⁴³ Cfr. STS 26-5-87.

los presupuestos de una causa de justificación)⁴⁴. La diferenciación ha sido reconocida también por la jurisprudencia⁴⁵.

Para la opinión mayoritaria, tanto en la dogmática alemana como española, la teoría del dolo es difícilmente compatible con la regulación del error de prohibición⁴⁶. El legislador se inclinó en el Código Penal por la teoría de la culpabilidad⁴⁷. La jurisprudencia, por su parte, se mantuvo anteriormente entre la teoría limitada y la teoría estricta de la culpabilidad, y más recientemente se ha inclinado por la teoría estricta de la culpabilidad⁴⁸. En todo caso, y esto sí está claro, en España se rechaza la teoría de los elementos negativos del tipo⁴⁹.

3.3.2. *Error sobre la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad*

En la dogmática española esta temática ha recibido poca atención⁵⁰. Se trata ya sea por aplicación analógica de las reglas aplicables al error de tipo o al error de prohibición, donde la discusión aún se encuentra abierta. Así Bacigalupo sostiene que tanto la suposición equivocada de la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad, no reconocida por el ordenamiento jurídico, como el desconocimiento de los límites de una causa de exclusión de la culpabilidad, deben ser tratados como un error de prohibición, porque se trata de un error en cuanto a la antijuridicidad del hecho⁵¹. Por otra parte, Mir Puig, un representante de la teoría de los elementos negativos del ti-

⁴⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 1], pág. 68; MIR PUIG, *op. cit.* [Np. 7], pág. 558, marginal 18; COBO/VIVES, *op. cit.* [Np. 4], pág. 604; MUÑOZ CONDE, *op. cit.* [Np. 3], pág. 401; MOYNA, *op. cit.* [Np. 1], pág. 48.

⁴⁵ Cfr. SSTS 26-5-87, 20-1-92 y 22-4-94.

⁴⁶ En contra, COBO/VIVES, *op. cit.* [Np. 4], pág. 611; MIR PUIG, *op. cit.* [Np. 7], pág. 561, marginal 24 y pág. 567, marginal 44.

⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 1], pág. 68; CEREZO MIR, *op. cit.* [Np. 24], pág. 81; MUÑOZ CONDE, *op. cit.* [Np. 3], pág. 406; STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 109.

⁴⁸ CEREZO, *op. cit.* [Np. 24], pág. 81 con referencias adicionales.

⁴⁹ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal de 1980*, La Ley, n.º 76, 1981, T. I, pág. 922 s.; MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, 1989, pág. 40, y *op. cit.* [Np. 3], pág. 405 s.; ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, ADPCP 1981, pág. 763 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *El tratamiento del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal Español de 1980*, CPC n.º 15, 1981; COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Madrid 1987, pág. 194 ss. A favor, MIR PUIG, *op. cit.* [Np. 7], pág. 557 marginal 16 ss.

⁵⁰ Cfr. STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 118.

⁵¹ BACIGALUPO ZAPATER, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá 1984, pág. 138, eso de acuerdo con la formulación del anterior art. 6 bis a) CP español.

po, señala que tales constelaciones deben ser tratadas como un error de tipo⁵².

C. Teoría costarricense del error

1. Norma legal

El Código Penal costarricense⁵³ regula el error —como el StGB— en dos preceptos: el art. 34 contiene el denominado error de hecho y el art. 35 el error de derecho.

Art. 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 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.

Art. 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 79⁵⁴.

2. Fundamentos y antecedentes de los artículos 34 y 35 del Código Penal costarricense

Ambos artículos encuentran su antecedente en el Código Penal Tipo para América Latina⁵⁵. La diferenciación entre *error facti* y *error iuris*, seguida por el Código Penal costarricense, encontró reconocimiento a principios de los años 70 tanto en Latinoamérica como en España.

⁵² MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 2.^a edición, Barcelona, 1985, pág. 408. Cfr. STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 118 s. con más referencias.

⁵³ En vigencia desde 1971, Ley 4573 del año 1970.

⁵⁴ *Art. 79: En los casos de error no invencible a que se refiere el artículo 35 o en los de exceso no justificado del artículo 29, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el juez.*

⁵⁵ El hecho se evidencia en la exposición de motivos del Código Penal costarricense. Ley 4573, del 4 de mayo de 1970.

El Código General de 1841 reconoció el principio de «*ingnorantia non excusat*», Lib. I, Tít. I, Cap. II, Art. 6. En el Código Penal de 1880 existió sólo un precepto legal (art. 1), el cual contenía una disposición para la disminución de la pena, cuando el autor desconocía las circunstancias agravantes. El principio de «*ingnorantia non excusat*» fue también reconocido por los códigos de 1919 (art. 19) y 1924 (art. 5), a pesar de que al mismo tiempo fue aceptado el desconocimiento del autor como circunstancia atenuante o causa de exclusión de la culpabilidad, respectivamente. Lo mismo vale para el código de 1941 (art. 22).

3. Comparación entre los arts. 34, 35 del CP costarricense y los §§ 16, 17 StGB

3.1. Introducción

En la dogmática costarricense no existen muchas referencias bibliográficas sobre la teoría del error⁵⁶. Desde luego la jurisprudencia se ha ocupado de la problemática. La resolución de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 446-F-92⁵⁷ constituye el fundamento de la actual teoría del error en Costa Rica. Dicha resolución por una parte interpretó los preceptos penales citados y por otra parte admitió la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, hasta entonces no muy clara en Costa Rica.

3.2. Error de tipo

A pesar de que el Código Penal contiene dos preceptos, *error facti* (art. 34) y *error iuris* (art. 35)⁵⁸, señala dicha resolución que el legislador quiso seguir otro camino. Así procede la Sala de Casación en primera instancia a sentar las bases de la teoría del delito para una adecuada comprensión del tema.

⁵⁶ Como trabajo destacado en esta materia se puede citar CHIRINO/HOUED, «El tratamiento del error en la legislación penal y en la jurisprudencia costarricense», *Revista de Ciencias Penales*, Año 4, número 6, págs. 26-35.

⁵⁷ Del 25-9-92; cfr. también n.º 166 del 16-4-1993; n.º 344 del 9-9-1994; n.º 642 del 24-10-1996 y n.º 486 del 23-5-1997.

⁵⁸ Distinción que para la época se encontraba ya en revisión. Cfr. CHIRINO/HOUED, *op. cit.* [Np. 56], pág. 27.

3.2.1. *Dolo*

Bajo el concepto de «Culpa» (Sección V, Título 11 del Libro I del Código Penal) se encuentran reguladas distintas circunstancias, en donde no todas se relacionan directamente con la culpabilidad. El art. 31 define el dolo: *obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible*. El legislador quiso definir el dolo como *voluntad*. El dolo presupone el conocimiento, pues nadie puede querer algo que previamente no conoce. La acción es vista como «tipo objetivo». Adicionalmente, el dolo requiere no un conocimiento potencial sino más bien un conocimiento efectivo⁵⁹. Esa determinación es importante para la teoría del error, pues el dolo no presupone el conocimiento de la antijuridicidad. La antijuridicidad se presenta como el segundo estadio⁶⁰ en la teoría del delito⁶¹.

3.2.2. *Teoría estricta de la culpabilidad*

En relación al error de tipo la jurisprudencia costarricense ha reconocido la teoría estricta de la culpabilidad. El error sobre alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista excluye la responsabilidad penal⁶². A pesar de que el art. 34, párrafo 1, señala que el autor «*actúa sin culpa*», la jurisprudencia ha señalado que debe interpretarse que «*actúa sin dolo*»⁶³. La tipicidad requiere que el autor cumpla tanto los elementos objetivos como los elementos subjetivos del tipo. La mera concurrencia de los elementos objetivos del tipo no es suficiente para la afirmación de la tipicidad⁶⁴. Si el error es evitable, en ese caso el autor será sancionado a título de culpa, si existe un tipo culposo. Esa in-

⁵⁹ Vgl. BACIGALUPO, *op. cit.* [Np. 51], pág. 102 ss.; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires 1985, pág. 403 ss.

⁶⁰ Acerca de la construcción de la teoría del delito en dos estadios, antijuridicidad y culpabilidad (Unrecht und Schuld), cfr. ROXIN, *op. cit.* [Np. 16], § 10 Rdn. 16 con más referencias.

⁶¹ Cfr. ISSA EL KHOURY JACOB, «Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción de Hans Welzel», *Revista de Ciencias Jurídicas* RJC (52) 1985, pág. 84 ss.; DALL'ANESE, *El Dolo*, San José (Costa Rica), pág. 17 ss.

⁶² Cfr. Chirino/Houed, *op. cit.* [Np. 56], pág. 28.

⁶³ Éste es un claro ejemplo de creación del derecho por parte de la jurisprudencia, que en Alemania se denomina «*Richterrecht*».

⁶⁴ El punto de partida de esta interpretación se encuentra en la obra de WELZEL (traducida al castellano), *op. cit.* [Np. 5], § 22, pág. 164 ss.) y BAUMANN (*Derecho Penal, Conceptos fundamentales y Sistema*, Buenos Aires 1981, pág. 246 ss.), así como la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemán), BGH por sus siglas en alemán, de los años setenta.

terpretación jurisprudencial se acerca fuertemente al § 16 StGB, seguramente más que al art. 34 del Código Penal costarricense. Eso pone de manifiesto que la dogmática alemana, a través de la dogmática argentina, ha tenido influencia en la teoría costarricense del error. No obstante, la Sala de Casación ha señalado de manera explícita que el Código Penal costarricense contiene una normativa del error muy distinta a la argentina⁶⁵.

3.3. Error de prohibición

El tenor literal del art. 35 del Código Penal costarricense, párrafo primero, se diferencia del § 17 StGB en que el costarricense requiere que el autor suponga erróneamente que la acción no se encuentra penalmente prescrita. La norma alemana señala «que el autor en el momento de la realización del hecho no comprenda que actúa de manera antijurídica», quien cree actuar de manera ajustada a derecho, en todo caso, no supone la punibilidad de su acción.

Los efectos legales del error inevitable de prohibición son comparables con el § 17, párrafo 2, del StGB. La pena puede ser reducida por el juez, de acuerdo con lo estipulado en el art. 79. La diferencia con la norma alemana radica en que en Costa Rica esa es una facultad discrecional del juez, mientras que la norma alemana remite al § 49 StGB, el cual cuenta con reglas específicas para la reducción de la pena.

3.4. Límite entre el error de tipo y el error de prohibición

3.4.1. Error sobre la concurrencia de una causa de justificación

La clasificación del error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación, al igual que sucede en la dogmática alemana y española, ha sido objeto de tratamiento⁶⁶. Tanto la jurisprudencia costarricense como la española diferencian entre error directo (error sobre la existencia de una norma permisiva) y error indirecto (error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación)⁶⁷. La jurisprudencia costarricense ha decidido aceptar la teo-

⁶⁵ Cfr. CHIRINO/HOUED, *op. cit.* [Np. 56], pág. 31.

⁶⁶ Ver el apartado sobre España; acerca de la discusión en particular confrontar CEREZO, *op. cit.* [Np. 24], pág.305.

⁶⁷ Cfr. en España SSTs 26-5-87, 20-1-92 y 22-4-94.

ría de la culpabilidad⁶⁸. Resulta problemático que el legislador haya clasificado el error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación como «*error facti*» en el art. 34, párrafo segundo. La jurisprudencia sigue en este aspecto la teoría estricta de la culpabilidad, así el error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación excluye la culpa; ello presupone en tal supuesto el injusto penal —tipicidad objetiva y subjetiva, así como la antijuridicidad—, pero excluye la responsabilidad penal⁶⁹. La jurisprudencia costarricense ha resuelto el entuerto afirmando que en el art. 34, párrafo 2.º, del Código Penal no se trata de un «*error facti*», sino que dicho párrafo pertenece más bien al art. 35 del Código Penal (error de prohibición); de tal forma debe verse entonces como un error indirecto de prohibición (error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación).

3.4.2. *Error sobre una causa de exclusión de la culpabilidad*

El problema no ha sido discutido en la jurisprudencia costarricense, al contrario de lo que sucede en España, en donde se trata con aplicación analógica de la normas ya sea del error de tipo o del error de prohibición⁷⁰. Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia costarricense debería ver el error sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad como un error de prohibición⁷¹. Esta solución se plantea como consecuente con los requisitos exigidos para el análisis del juicio de reproche que provienen del artículo 42 del Código Penal, esto es, capacidad para comprender el carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión⁷².

⁶⁸ Cfr. en Alemania, sobre la discusión en España, STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 109; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* [Np. 1], pág. 68; CEREZO, *op. cit.* [Np. 24], pág. 81; MUÑOZ CONDE, *op. cit.* [Np. 3], pág. 406.

⁶⁹ La responsabilidad civil permanece al igual que en España, cfr. art. 104 y ss. del CP costarricense. La jurisprudencia costarricense ha fundado la responsabilidad civil en el art. 1045 Código Civil. cfr., entre otras, la Res. n.º 29-F del 14-5-1981; n.º 10-F del 21-1-1982; n.º 100-F del 8-10-1982; n.º 87-F del 6-8-1982; n.º 192 del 13-7-1992 y n.º 496 del 23-10-1992.

⁷⁰ Situación que ha sido objeto de estudio en Alemania, cfr. STRIEN, *op. cit.* [Np. 3], pág. 118.

⁷¹ Cfr. BACIGALUPO, *op. cit.* [Np. 51], pág. 138.

⁷² Cfr. CHIRINO/HOUED, *op. cit.* [Np. 56], BACIGALUPO, *op. cit.* [Np. 51], pág. 147.

D. Teoría argentina del error

1. Tenor literal del art. 34, inciso 1, del Código Penal argentino

En el Código Penal argentino no existe una norma penal que regule expresamente el error de tipo o el error de prohibición, como sucede en España y Costa Rica. La opinión mayoritaria encuentra los fundamentos de la teoría del error en el art. 34, inciso 1, del Código Penal. Este artículo, en lo que para nuestros efectos interesa, señala:

Art. 34: No son punibles 1) el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

1.1. Problemas de interpretación de la norma

El primer problema que debe aclararse es si la frase «no imputable» hace referencia tanto al «error» como a «ignorancia». Adicionalmente debe interpretarse, si «de hecho» solamente se refiere a «ignorancia» o también se refiere a «error». Finalmente, debe aclararse si el concepto «criminalidad» comprende tanto la tipicidad como la antijuridicidad o debe interpretarse como sinónimo de «antijuridicidad».

Una opinión minoritaria sigue una teoría unitaria del error⁷³, a pesar del abandono de la diferenciación entre *error facti* y *error iuris*⁷⁴. Entre esta teoría y la teoría estricta del dolo existe un paralelismo que consiste en el hecho de que en la teoría unitaria tanto el error de tipo como el error de prohibición, excluyen la responsabilidad penal⁷⁵. Creus sostiene que el art. 34, inc. 1, del Código Penal argentino contiene tanto el error de tipo como el error de prohibición, así como el error de punibilidad⁷⁶. Por el contrario, la opinión mayoritaria⁷⁷ señala que, de acuer-

⁷³ CREUS, *Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., Buenos Aires 1996, pág. 342.

⁷⁴ En contra, BRUZZONE, «Un regreso a la distinción “Error de Hecho” y “Error de Derecho”? A propósito del estado de la discusión nacional en el ámbito del error en el derecho penal», *Doctrinal Penal*, n.º 1992/A, Argentina, pág. 10 ss.

⁷⁵ Cfr. SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires 1991, pág. 162.

⁷⁶ CREUS, *op. cit.* [Np. 73], pág. 342.

⁷⁷ SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*. Buenos Aires 1990, pág. 1 ss.; el mismo., *op. cit.* [Np. 75], pág. 162 ss.; ÁLVAREZ, *Error y Teoría del Delito*, Secretaría Técnica de Postgrado y Servicios a Terceros. Universidad del Li-

do con el tenor literal del artículo en mención, se puede afirmar la teoría de la culpabilidad. Así el art. 34 inc. 1 contiene tanto el error de tipo como el error de prohibición, también se ha buscado el fundamento a la teoría del error tanto en el derecho civil como en el derecho constitucional. La discusión al respecto aún persiste. Es importante, para nuestros efectos, que la teoría argentina del error se funda sobre la base de que tanto el error de tipo como el error de prohibición se encuentran regulados en el art. 34 inc. 1 del Código Penal.

2. *Fundamentos y antecedentes del artículo 34 del Código Penal argentino*

El art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino fue introducido por el Proyecto de Código Penal de 1917 y se encuentra vigente desde la Ley 11.179, del 29-4-1922. Los antecedentes de la teoría del error en Argentina se remontan al *Proyecto-Tejedor*, del año 1881; la responsabilidad penal no se excluía por el error del autor en cuanto al tipo y cantidad de la pena (art. 4). Ese proyecto contenía también una causa de disminución de la pena, en caso de que el autor no pudiera comprender el carácter del hecho (art. 7)⁷⁸. El art. 148 reconoció entre las causas de exclusión de la pena, la creencia del autor de que la acción era lícita y no punible, en virtud de ignorancia insuperable no imputable⁷⁹.

Debe destacarse que la formulación del art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino, «*ya sea por... error o ignorancia de hecho no imputable*», tiene su origen en una sugerencia de González Roura. Él partió de la idea de que dicha locución hacía referencia al error sobre el desconocimiento de circunstancias de hecho, pero no al error de derecho⁸⁰. Se plantea aquí la interrogante de si los problemas de interpretación de la norma se originan precisamente en el hecho de que la opinión mayoritaria no quiere aceptar que el Código Penal argentino siguió la teoría del dolo, y que por consiguiente la teoría de la culpabilidad no es compatible con la norma jurídica.

total 1993, pág. 66 ss.; GARIBALDI/PITLEVNIK, *Error y Delito*, Buenos Aires 1995, pág. 95 ss.; *passim*, BACIGALUPO, *op. cit.* [Np. 51]; ZAFFARONI, *op. cit.* [Np. 59]; NIÑO, *Límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires 1980, pág. 158 ss.; HERRERA, *El Error en materia penal*, 2.^a ed., Buenos Aires 1991, pág. 124.

⁷⁸ Cfr. DE LA RÚA, *Código Penal Argentino, Parte General*, 2.^a ed. Buenos Aires 1997, pág. 487 s.

⁷⁹ Cfr. HERRERA, *op. cit.* [Np. 77], pág. 26 con más referencias.

⁸⁰ OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal. Parte General*, II, pág. 52. Citado por HERRERA, *op. cit.* [Np. 77], pág. 29.

3. Comparación entre el art. 34, inc. 1, del Código Penal argentino y §§ 16, 17 StGB

3.1. Introducción

Una comparación entre el art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino y los §§ 16, 17 StGB resulta muy complicada, en razón de las grandes diferencias normativas. Por una parte, la legislación argentina no regula expresamente ni el error de tipo ni el de prohibición. Por otro lado, la opinión dominante en Argentina —que sigue la teoría de la culpabilidad— ha adoptado los razonamientos de la teoría alemana del error. El resultado de todo ello es una mezcla de razonamientos dogmáticos que no son armónicos con el tenor literal de la ley.

En la dogmática argentina se puede separar entre la teoría unitaria y la teoría de la culpabilidad. Tal y como ya se adelantó, hoy en día una opinión minoritaria sigue la teoría unitaria que en alguna medida tiende a la teoría del dolo, la cual es significativo citar como ejemplo de la influencia que la dogmática alemana ha tenido sobre la argentina.

3.2. Error de tipo

El error de tipo es visto como un error sobre los elementos objetivos del tipo⁸¹. La anterior distinción entre *error facti* y *error iuris* ha sido abandonada en la dogmática argentina⁸². Acerca de las consecuencias domina en ambas teorías el mismo resultado, yerra el autor sobre una circunstancia perteneciente al tipo y ese error resulta invencible, entonces se excluye el dolo⁸³, la conducta en tal supuesto no es típica. La punibilidad a título culposo permanece y consecuentemente resulta la conducta típica, si existe norma que sancione la acción a título de culpa⁸⁴.

⁸¹ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires 1982, T. IV, pág. 184.

⁸² ZAFFARONI, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, pág. 184; NIÑO, *op. cit.* [Np. 77], pág. 160; HERRERA, *op. cit.* [Np. 77], pág. 91; ÁLVAREZ, *op. cit.* [Np. 77], pág. 28; GARIBALDI/PITILEVNIK, *op. cit.* [Np. 77], pág. 111; CREUS, *op. cit.* [Np. 77], pág. 338.

⁸³ ASÍ WELZEL y JESCHECK, citados por GARIBALDI/PITILEVNIK, *op. cit.* [Np. 77], pág. 111.

⁸⁴ Cfr. SANCINETTI, *op. cit.* [Np. 77], pág. 1 ss.; *op. cit.* [Np. 75], pág. 162 ss.; ÁLVAREZ, *op. cit.* [Np. 77], pág. 66 ss.; GARIBALDI/PITILEVNIK, *op. cit.* [Np. 77], pág. 95 ss.; *passim*, BACIGALUPO, *op. cit.* [Np. 51], ZAFFARONI, *op. cit.* [Np. 59]; NIÑO, *op. cit.* [Np. 77], pág. 158 ss.; y HERRERA, *op. cit.* [Np. 77], pág. 124 ss.

3.2.1. Teoría unitaria

De acuerdo con la teoría unitaria representada por Creus⁸⁵, el error de tipo invencible excluye la responsabilidad⁸⁶. Si el error es evitable, permanece la punibilidad culposa en caso de que la conducta se encuentre sancionada a tal título. La acción no es punible si el autor, en razón de su error o ignorancia no imputable, no haya podido comprender la criminalidad del acto. Bajo el concepto de «error [de] hecho», en el art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino se encuentran comprendidos: todos los elementos constitutivos de la infracción, aparte del propósito o intención del autor; causas de justificación y exculpación, y las circunstancias de punibilidad.

3.2.2. Teoría de la culpabilidad

La teoría de la culpabilidad conduce al mismo resultado que la teoría unitaria y que la teoría del dolo, esto es, exclusión de la punibilidad. Lo anterior, en tanto que el dolo es visto como un elemento constitutivo del tipo, quien actúa sujeto a error, lo hace sin dolo (desconoce una circunstancia perteneciente a la conducta típica); así lo regula también en Alemania el § 16 StGB.

Zaffaroni⁸⁷ ha esquematizado la teoría del error de tipo de la siguiente forma: a) el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible); b) cuando es vencible habrá tipicidad culposa si existe el respectivo tipo culposo; c) cuando es invencible elimina también la tipicidad culposa de la conducta.

3.3. Error de prohibición

Además de la discusión sobre la teoría unitaria y la teoría de la culpabilidad, existe en la dogmática argentina la discusión acerca de si el error de prohibición contiene también el error sobre la punibilidad

⁸⁵ CREUS, *op. cit.* [Np. 73], pág. 339 ss.

⁸⁶ La teoría estricta del dolo en Argentina fue seguida sobre todo por SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA; de acuerdo con dicha teoría, no existía el error de prohibición, *error iuris non excusat*; cfr. SANCINETTI, *op. cit.* [Np. 77], pág. 10.

⁸⁷ ZAFFARONI, *op. cit.* [Np. 81], T. III, pág. 340; de manera similar BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 90; SANCINETTI, *op. cit.* [Np. 77], pág. 3.

(Sancinetti) o no (Zaffaroni), esto es, si el error al subsumir⁸⁸ debe ser tratado como un error de prohibición. En esencia se trata del contenido que se quiera dar a la palabra «*criminalidad*» en el art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino. Se trata, pues, más que todo de un problema de interpretación de la ley.

3.3.1. *Teoría unitaria*

De acuerdo con la teoría unitaria, el error invencible de prohibición excluye la responsabilidad. Si el error es vencible, la conducta es sancionable como culposa, siempre y cuando exista un tipo culposo. La diferencia entre la teoría unitaria y la teoría del dolo consiste en que la teoría unitaria interpreta que «error de hecho» en el art. 34 inc. 1 encierra tanto el error de tipo como el error prohibición y también el error sobre la punibilidad; la teoría del dolo, por su parte, conduce al mismo resultado: no es punible la acción, sin embargo el dolo no es un elemento del tipo sino un elemento de culpa.

3.3.2. *Teoría de la culpabilidad*

La dogmática argentina adoptó el concepto final de la acción, entre otros por influencia de Armin Kaufmann, Welzel y las ideas de Baumann y Maurach, entre otros⁸⁹.

La opinión dominante acepta la teoría de la culpabilidad; sin embargo, los antecedentes del art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino juegan un papel importante. Hacer ahora un análisis completo de la problemática no es posible; sin embargo, han sido seleccionados dos autores que pertenecen y representan a unos de los más destacados en la dogmática argentina: Eugenio Raúl Zaffaroni, un reconocido representante del finalismo en América Latina, y Marcelo A. Sancinetti, uno de los más importantes dogmáticos argentinos actuales⁹⁰.

⁸⁸ Llamado por Zaffaroni *error de subsunción*.

⁸⁹ Cfr. CHIRINO/HOUED, *op. cit.* [Np. 56], pág. 29.

⁹⁰ De esta problemática se ocupa también BRUZZONE, «El Error sobre los elementos normativos del tipo: entre los criterios de racionalidad final y la coherencia dogmática». Separata de *Lecciones y Ensayos*, n.º 60/61, Universidad de Buenos Aires, Abeledo Perrot. CÓRDOBA, «Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación. ¿Error de tipo, de tipo permisivo o de prohibición?», *Lecciones y Ensayos*, pág. 33-49.

3.3.2.1. Eugenio Raúl Zaffaroni

De acuerdo con Zaffaroni⁹¹, el error de prohibición es el que impide la comprensión del carácter y entidad del injusto del acto solamente. Así, el error de prohibición se refiere sólo a la comprensión de la anti-juridicidad pero no al conocimiento de los elementos objetivos de la tipicidad. La diferencia entre el error de tipo y el error de prohibición consiste, pues, en que en el error de tipo, el autor cree que lo que hace es otra cosa, mientras que en el error de prohibición, sabe lo que hace, sin embargo no puede motivarse por falta de comprensión. Comprensión de la criminalidad significa que el autor debe abarcar con su acción los siguiente elementos:

a) Los elementos objetivos del tipo dados en la realidad, b) la anti-juridicidad como penalmente relevante; c) las circunstancias que hacen a la existencia de un cierto ámbito de autodeterminación para el sujeto.

Bajo a) se encuentra el error de tipo, bajo b) el error de prohibición y bajo c) el error sobre la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad. Comprensión de la criminalidad no significa conocimiento de la punibilidad, pues la punibilidad no es un requisito de la criminalidad, sino que más bien la criminalidad es un presupuesto de la punibilidad.

El error de prohibición impide sólo la comprensión del carácter y la entidad del hecho, pero no juega ningún papel en cuanto a la tipicidad del hecho. En este sentido tiene mayor similitud con una causa de exclusión de la culpabilidad, pues el error de prohibición no impide el conocimiento de la antijuridicidad, sino que limita el ámbito de acción del autor. El error sobre la punibilidad es irrelevante, el error al subsumir no juega ningún papel, entre tanto no es ningún error de prohibición. El error sobre la magnitud y el grado del injusto no excluye la culpa: el autor será en tal supuesto sancionado de acuerdo con su representación; ésta es la única hipótesis del error invencible de prohibición que no excluye la culpa. El límite de la culpa lo constituye la representación de autor. Zaffaroni⁹² esquematiza su teoría del error de la siguiente forma:

⁹¹ Cfr. ZAFFARONI, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, pág. 183 ss.

⁹² Cfr. ZAFFARONI, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, pág. 193.

El error de prohibición hace inexigible la comprensión

DEL CARÁCTER DEL INJUSTO		O DE LA ENTIDAD DEL INJUSTO	
<i>Por error directo (sobre la norma prohibitiva)</i>	<i>O por error indirecto (sobre el precepto permisivo)</i>	<i>Por desconoci- miento de la relevancia penal</i>	<i>O por desconocimiento de la magnitud o grado del injusto</i>
<ul style="list-style-type: none"> - afectando el conocimiento de su existencia o alcance - o afectando sólo la comprensión de la misma (error de comprensión) 	<ul style="list-style-type: none"> - por falsa suposición de una causa de justificación que la ley no admite o por error acerca del alcance de una reconocida - o por falsa suposición de una situación objetiva de justificación (justificación putativa) 	<ul style="list-style-type: none"> - por falsa suposición de atenuantes - por error de de subsunción 	
Siendo invencible produce inculpabilidad			Siendo invencible disminuye culpabilidad

3.3.2.2. Marcelo A. Sancinetti

Para efectos del presente análisis, se presenta primero la crítica de Sancinetti a la posición de Zaffaroni, luego la teoría de Zielinski⁹³ que, como se verá, influyó la posición de Sancinetti, y finalmente se analiza la posición del mismo Sancinetti.

3.3.2.2.1. Crítica de Sancinetti a Zaffaroni

De acuerdo con Sancinetti⁹⁴, Zaffaroni parte de que el autor comprende la entidad del hecho. Entidad significa para Zaffaroni que el autor no sólo debe comprender la antijuridicidad del hecho, sino que el hecho tiene una determinada entidad penal, es decir, deberá comprender la «criminalidad» del hecho⁹⁵. Si el autor cree que el hecho que realiza no es un delito, ya sea delito en sentido estricto o contravención⁹⁶, sino

⁹³ SANCINETTI tradujo al castellano el libro de ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973.

⁹⁴ Cfr. SANCINETTI, «Error, dolo y culpabilidad», en *NPP*, abril-septiembre de 1976, pág. 267 ss.; ZAFFARONI, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, pág. 188.

⁹⁵ Cfr. Armin KAUFMANN, «Actas», Buenos Aires 1973, citado por ZAFFARONI, *op. cit.* [Np. 81], T. IV, pág. 186.

⁹⁶ En el derecho alemán se distinguen de éstos por el monto de la pena mínima, que, de acuerdo con el § 12 StGB, es de un año.

que el hecho se presenta al autor como una simple falta administrativa, y el error resulta para el autor invencible, dicho error excluye la culpa; por tanto, el autor no puede comprender la criminalidad del hecho.

El error al subsumir no juega aquí ningún papel, pues la culpa se excluye en primera instancia por el error de prohibición y el autor no ha podido comprender que el hecho que realizó es un hecho punible. Para Sancinetti en este caso resulta falso clasificar el error como un error de prohibición, piensa que la prohibición no puede hacerse depender de la entidad del hecho, continúa señalando que el art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino reconoce el error de punibilidad; esto significa que quien reconoce la antijuridicidad del hecho, pero no la criminalidad, se encuentra en un error de punibilidad, el cual para Zaffaroni es irrelevante, pero que para Sancinetti, según se colige, debe recibir el tratamiento del error de prohibición. En este caso, resulta interesante que Sancinetti se basa en que el art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino debe tener las mismas consecuencias del § 17 StGB.

3.3.2.2.2. *Teoría de Diethart Zielinski*

Zielinski⁹⁷ parte de la base de que para la exclusión de la punibilidad no basta con creer erróneamente que se actúa amparado por una causa de justificación. Resulta importante constatar si el autor comprobó la existencia de las circunstancias que justificarían el hecho; en tal supuesto se excluye la responsabilidad, o el autor ha actuado con culpa, de tal forma que la responsabilidad culposa permanece. El error vencible sobre las circunstancias de una causa de justificación no excluye el dolo, pero sí la culpa, pues la voluntad del autor de actuar de acuerdo a derecho, excluye la antijuridicidad. Si el error es vencible, la responsabilidad culposa subsiste, pues el autor no verificó la concurrencia del estado de necesidad justificante. *Zielinski* llega en todo caso a las mismas consecuencias a las que han llegado la teoría de los elementos negativos del tipo, desde el punto de vista de la antijuridicidad, y la teoría limitada de la culpabilidad, desde el punto de vista de la culpabilidad.

3.3.2.2.3. *Posición de Sancinetti*

Sancinetti siguió anteriormente la teoría estricta de la culpabilidad, entretanto sigue ahora como Zielinski la teoría limitada de la culpabi-

⁹⁷ Ver SANCINETTI, *op. cit.* [Np. 77], pág. 14 ss.

lidad⁹⁸. Considera la solución a la que llega la teoría limitada de la culpabilidad como ventajosa, para él existe un *numerus clausus* para delitos culposos, cuando se trata de un error de tipo, sin embargo un *numerus apertus* cuando se trata de un error sobre las circunstancias constitutivas de una causa de justificación.

4. Resumen

La teoría argentina del error tiene muchas particularidades que no encuentran la dogmática española ni la costarricense. A pesar de que la dogmática argentina sigue ampliamente la dogmática alemana, existe una diferencia en el tenor literal de ambas legislaciones, al contrario de España y Costa Rica, las cuales se apoyan más a los §§ 16, 17 StGB. Es importante destacar que en ninguna otra parte en Latinoamérica se ha discutido más acerca de las concepciones causalistas y finalistas de la acción que en Argentina.

E. Resultado

Se puede desprender del presente estudio que la dogmática alemana ha tenido gran influencia sobre la dogmática extranjera. No obstante, los desarrollos dogmáticos son diferentes dependiendo del país que se trate. En España la influencia de la dogmática alemana se remonta hasta finales del siglo XIX, influencia que no sólo resulta evidente sino considerable. Tal hecho se observa hoy en día no como un fenómeno, sino más bien como algo normal en las relaciones jurídico-científicas germano-españolas.

En Costa Rica la situación es un tanto diferente, la influencia de la dogmática alemana se remonta hasta mediados de la década de los 70. Sin embargo, con la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal (que entró en vigencia el 1.º de enero de 1998) y el proyecto de Código Penal tiende a incrementarse de manera clara.

En la dogmática argentina, a pesar de que tiene un desarrollo propio, encuentra sus fundamentos en la dogmática alemana en muchos aspectos. Esa influencia se remonta a la década de los 40, luego de la publicación del Derecho Penal argentino, de Sebastián Soler, en 1940; aunque anteriormente se puede decir que existía ya una cierta influen-

⁹⁸ SANCINETTI, *op. cit.* [Np. 77], pág. 22.

cia alemana en la dogmática argentina, fue Soler quien abiertamente inició el proceso.

La teoría del error es sólo un ejemplo de la influencia de la dogmática alemana sobre el derecho hispanoamericano, que, como se apreció, cada uno de los países analizados ha desarrollado de manera distinta. En Latinoamérica se han inventado pocas teorías, lo cual no es de asombrarse, pues desde la época del colonialismo se importó un sistema jurídico de España y el proceso se ha repetido en otras oportunidades, con los nuevos descubrimientos y teorías.

Como corolario a las presente reflexiones surge una pregunta: ¿qué sucedió en España?, pues en principio la dogmática española fue la que influyó sobre la alemana; sin embargo, el proceso se invirtió hace más de cien años. Encontrar una respuesta a dicha pregunta nos es posible con este estudio, sin embargo; es claro que la dogmática alemana hoy en día no sólo es muy importante en el extranjero, sino que es objeto de estudio en muchos países. Si se pudiera entender cómo logró Alemania revertir el fenómeno indicado, sería posible desarrollar una propia dogmática en otros países, que al mismo tiempo esté acorde, no sólo con cada país y cada sistema jurídico, sino también con cada legislación, esto es, una DOGMÁTICA PROPIA.