

El Dolo

Francisco Dall'Anese Ruiz



9 789977 130125

343.2
D144d2

Investigaciones Jurídicas, S.A.

343.2
DAGD
(1989)



Francisco Dall'Anese Ruiz

0000577

El Dolo

IUSA Investigaciones Jurídicas, S.A.



Indice

0000577

Introducción	7
I. Planteamiento del problema	11
II. Composición del dolo	17
A. El elemento volitivo del dolo en el Código Penal	18
B. El elemento cognitivo del dolo en el Código Penal	20
III. Consecuencia de la aplicación del error	23
Conclusiones	35
Bibliografía	37



343.2 D144d2

343.2
D149d

Dall'Anese Ruiz, Francisco
El Dolo / Francisco Dall'Anese Ruiz
--2. ed. -- San José, C.R.: IJSA, setiembre 1998.

40 p. ; 21 x 13 cm.

ISBN 9977-13-012-4

1. Dolo (Derecho Penal). I. Título.

Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Director: Lic. Eugenio Vargas Chavarría

Consejo Editorial:

Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada
Licda. Mercedes Solórzano Sáenz
Lic. Rolando Vega Robert
Licda. Andrea Hulbert Volio
Lic. Germán Cascante Castillo
Lic. David Alberto Fallas Redondo
Lic. Fabián Volio Echeverría
Lic. Víctor Rodríguez Rescia
Lic. Moisés Solano Mojica

Tel. 226-8320-226-6433 Fax: 226-4118
Apdo. 631-2010 Zapote
San José, Costa Rica

Introducción

Durante 1985, tuve la dicha de hacer el posgrado en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica. Gracias a la Corte Suprema de Justicia, que me otorgó una licencia con goce de salario para dedicar mi tiempo a estudiar, pude tener contacto con excelentes maestros e incomparables condiscípulos. Del grupo original de dieciséis, logramos terminar sólo diez; entre nosotros se definieron dos posiciones muy claras: quienes pusieron su acento en temas criminológicos, y los que pusimos los ojos con mayor interés en las teorías del delito y del proceso.

Por esta razón y porque estábamos en minoría, a modo de chiste un colega y yo fuimos llamados "*los dogmáticos*", sobre todo cuando tratamos —muchas veces— de señalar que en el Código Penal de Costa Rica el dolo está en el tipo. Inclusive ahora el amigo y colega dominicano Alexis Ortiz Read, suele cerrar sus cartas aseverando: "*recuerda que el dolo no está en el tipo*".

Ese simpático detalle personal por un lado, y la promesa hecha a mis alumnos de la Escuela Libre de Derecho por otro, me han motivado a resumir en esta corta exposición mis apuntes sobre el problema.

La preocupación por la teoría del delito no es incompatible con las inquietudes por temas criminológicos, los derechos humanos y otros; antes por el contrario, es integrante orgánico de un adecuado concepto de *debido proceso* como garantía fundamental del ciudadano ante el Estado. Que el estudio de la estructura del delito ha distraído la atención de jueces e investigadores, en desmedro del problema humano que se resuelve en el proceso penal, es cierto; pero abandonar la interpretación de la ley sustantiva, es soslayar una herramienta de primer orden en la realización de la garantía *nulla pena sine lege* en los casos concretos. Es muy claro que el derecho penal sustantivo es el mejor instrumento de control social, y una decisión penal despreocupada del principio de legalidad es tan peligrosa para el súbdito, como cualquier violación intencional de los derechos procesales del imputado; porque de ese modo, aunque el juicio sea formalmente bueno, podría ir a prisión un ciudadano sin incurrir en una conducta típica, antijurídica y culpable.

Alguien me ha señalado que el tema es superficial y superado. Pero no puede ser superfluo lo que las normas penales dicen, porque son éstas las que definen el orden social (teóricamente); y, no puede ser superado el derecho, cuando todavía está vigente. En otras palabras, señalar que el dolo está en el tipo no es por una decisión individual, sino porque allí lo ubica el ordenamiento según la interpretación aquí expuesta.

Bajo esta premisa, pretendo demostrar a través de la hermenéutica de los artículos 34, 35 y 79 del Código Penal, que tenemos un dolo natural en el tipo, y no un dolo malo en la culpabilidad, como hasta ahora se nos ha enseñado y como mayoritariamente ha sido resuelto.

En un afán de síntesis, sin abandonar por ello la profundidad, he dividido en tres partes la exposición. La primera explica en general la estructura del delito, la segunda la subestructura del dolo, y la tercera está dedicada a la operatividad del error. De esta forma sencilla creo comprobar la hipótesis propuesta.

La supresión de citas en el texto y la inclusión de las mismas posibles al pie de página, es acorde a la estructuración simple del escrito.

No espero con esto cambiar la opinión de mi amigo dominicano, pero sí facilitar a mis alumnos el padecimiento que ha de significarles mis lecciones.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

No es lo mismo la teoría de la acción que la teoría del tipo. En tanto aquella estudia la acción penal como conducta humana, esta se ocupa de la estructura del tipo penal proyectada a los otros elementos del delito: la antijuricidad y la culpabilidad¹; es decir de los componentes del tipo, y se varía de una posición a otra si un elemento pertenece a la tipicidad, a la antijuricidad o a la culpabilidad.

¹ Al hablar de la teoría del tipo, me refiero a la que parte de las elaboraciones de Beling en 1906, es decir al tipo de lo injusto. *"El concepto del tipo de lo injusto ha sido elaborado por la Ciencia penal alemana, a partir de Beling en relación con el antiguo artículo 59 del Código Penal alemán y está en función de la distinción entre la anti-juricidad y la culpabilidad como elementos del delito."*

Beling se aparta de la vieja concepción del tipo como conjunto de todos los elementos del delito. Para Beling, el tipo es una parte de la ley penal y a él pertenecen únicamente los elementos objetivos de la figura del delito que tienen que estar comprendidos por el dolo." CEREZO MIR: *Curso...*, pp. 372-373.

Antes de los trabajos de Beling, el tipo era la suma de la antijuricidad más la culpabilidad; pero a partir de las exposiciones del maestro alemán, la tipicidad es un elemento del delito junto a la antijuricidad y la culpabilidad.

Ahora bien, es a la teoría del tipo que arranca de las ideas de Beling, sin olvidar su desarrollo hasta lo que hoy en Costa Rica limitadamente conocemos. En otros términos, no dejo de lado los elementos normativos introducidos por Mayer al tipo, así como su concepto de tipo como indicio de antijuricidad; el concepto de Mezger de la tipicidad como

Sin embargo es común en la doctrina general, que se confundan la *teoría causalista* con la *teoría del tipo simple*, y la *teoría finalista* con la *teoría del tipo complejo*; ello por cuanto la mayoría de los finalistas ubican el dolo en el tipo, atendiendo a la *teoría del tipo complejo*, y la mayoría de los causalistas ubican el dolo en la culpabilidad siguiendo la *teoría del tipo simple*. Pero las teorías causalista y finalista, se refieren exclusivamente a la palabra *acción* de la definición de delito (acción típica, antijurídica y culpable); la primera define la acción como una causa que modifica el mundo material², y la segunda como la exteriorización de la voluntad a través de un acto final, independientemente de que produzca o no el resultado.

Dicho esto, queda claro que al tratar de demostrar en este ensayo que el Código Penal de Costa Rica (C.P.) incluye el dolo en el tipo, no estoy tomando partido por la teoría de la acción final, sino por la teoría del tipo complejo. Y para aclarar de una vez el punto, no sigo la teoría causalista tampoco, sino la teoría normativista; y

ratio essendi de la antijuricidad; las teorías de los elementos negativos del tipo penal (Kaufman); las teorías del tipo garantía y del tipo del delito (Roxin); etc. Es de justicia aclarar en este momento que la teoría del tipo de Beling, fue transplantada a Hispanoamérica por Jiménez de Asúa. (V. BACIGALUPO: *Tipo...*, p. 9).

En este sentido v. CEREZO MIR: *Curso...*, pp. 372-389; y JIMENEZ DE ASUA: *La ley...*, pp. 237-264.

² La siguiente cita de la mejor doctrina causalista ilustra esta afirmación: "Así aclarado el vocablo (el autor se refiere a la palabra acto), puede definirse el acto: manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda." JIMENEZ DE ASUA: *La ley...*, p. 210. En igual sentido RUIZ: *La estructura...*, pp. 19-61.

considero que sería absurdo comenzar ahora una discusión sobre la acción penal, que tuvo lugar por los años '50 y '60 en Europa sin resultado positivo.³

La doctrina jurídica es la hermenéutica que de la ley hacen los estudiosos, y constituye una herramienta indispensable para los operadores jurídicos en la cotidiana actividad de encontrar el contenido axiológico de la norma para la aplicación al caso concreto. Por ello, una toma de posición con respecto a la situación del dolo en la estructura del delito no puede ser caprichosa o axiomática, sino que debe ser el resultado del análisis y de la búsqueda de sentido de los fenómenos jurídicos. Esto es, que la inclusión del dolo en el tipo o en la culpabilidad, no podría obedecer al dicho de un tal autor por respetable que sea, sino al espíritu mismo del ordenamiento jurídico penal.⁴

En consecuencia, no voy a exponer algo que está dicho ya por los autores, sino a tratar de acreditar que el C.P. sigue la teoría del tipo complejo.

³ Algunos consideran que el triunfo en la discusión la obtuvieron los finalistas. Sobre esto, y sobre la diferencia entre causalismo y finalismo, ver BACIGALUPO: *"Lineamientos..."*, p. 20.

⁴ "...la teoría del delito trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del derecho penal, proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad.

"El grado de seguridad, sin embargo, no es absoluto. El jurista del derecho penal tiene que asumir que la teoría del delito no puede eliminar totalmente la inseguridad que está implícita en la tarea de trasladar al caso concreto lo dispuesto en general por el texto de la ley. La teoría del delito realiza, por lo tanto, una tarea de mediación entre el texto legal y el caso concreto."

BACIGALUPO: *"Lineamientos..."*, Editorial Juricentro, San José, 1985, p. 18.

Tampoco debe el lector creer que la ubicación del dolo arriba (en el tipo) o abajo (en la culpabilidad), es una discusión carente de sentido y consecuencia. Antes por el contrario, dependiendo de la resolución final del administrador de justicia, las pretensiones civiles —entre otros aspectos— se verán afectadas.

Con el cuadro comparativo entre las teorías del tipo simple y del tipo complejo, es posible visualizar el problema. Hay tres diferencias fundamentales:

- a. El tipo simple está compuesto de elementos que tienden a hacer una mera descripción del hecho punible; en tanto que el tipo complejo se subdivide en un tipo objetivo⁵ que contiene la descripción del hecho, y un tipo subjetivo⁶ que comprende al dolo o la culpa según sea el caso.⁷
- b. La culpabilidad de la teoría simple contiene al dolo, mientras la teoría compleja tiene una culpabilidad sin dolo.

⁵ Sobre el tipo objetivo v. CEREZO MIR: *Curso...*, pp.390-406.

⁶ Sobre el tipo subjetivo ver CEREZO MIR: *Curso...*, pp.407-450.

⁷ Al hablar aquí de "una mera descripción del hecho punible", no debe pensar el lector que dejo de lado los elementos propiamente descriptivos y los elementos normativos que integran esa descripción. "En los descriptivos se alude a objetos, seres y otros perceptibles por los sentidos (incluso elementos subjetivos susceptibles de percepción interna) y el contenido valorativo se reduce considerablemente llegando en algunas ocasiones casi a desaparecer... Los elementos normativos llevan implícito, en cambio, un juicio de valor o son sólo susceptibles de comprensión espiritual. El juicio de valor puede hallar expresión en la utilización de conceptos o la referencia a normas, del Derecho Penal o de otros sectores del ordenamiento jurídico, en la remisión a concepciones o normas de la Ética social realmente vigente en la sociedad o a los usos sociales en general." CEREZO MIR: *Curso...*, pp.402-403.

- c. La subestructura del dolo en la teoría del tipo simple, tiene un componente cognitivo dividido en el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuricidad⁸; a diferencia del dolo de la teoría del tipo complejo, que sólo abarca el conocimiento del hecho, pasando el conocimiento de la ilicitud a ser una parte (elemento independiente) de la culpabilidad.

Ahora bien, la operatividad general de la teoría del delito a ambos lados del esquema es similar, siendo la diferencia más acentuada la *teoría del error* como se verá posteriormente.

Por ahora es suficiente con indicar que rige la *regla-excepción*, que señala que toda conducta típica es siempre antijurídica (*regla*) salvo concurrencia de una causa de justificación (*excepción*). Con esto se configura el injusto que no es más que la acción típica y antijurídica, y en tal caso surgen las consecuencias civiles, en la medida en que la antijuricidad es ilicitud que tiene como efecto la indemnización en daños y perjuicios. Y si la conducta que se juzga además es culpable, hace sobrevenir el reproche que abre la posibilidad de imponer una pena.

⁸ En este sentido JIMENEZ DE ASUA: *La ley...*, pp.360-362.

II. COMPOSICIÓN DEL DOLO

Dentro de la estructura del delito, el dolo se constituye en una subestructura compuesta de dos elementos: cognición y volición.⁹ En esta primera división están totalmente de acuerdo los seguidores de las diferentes teorías, pero centran sus diferencias en el contenido propio del elemento cognoscitivo.¹⁰

La doctrina clásica acorde a la teoría del tipo simple, subdivide a su vez el primero de los ingredientes en dos: conocimiento del hecho y conocimiento de la antijuricidad.¹¹

De acuerdo a esta construcción el dolo puede ser definido como *saber y querer la realización del hecho típico y antijurídico*¹². No sólo hay una sobredeterminación

⁹ V. BACIGALUPO: *Tipo...*, pp.44-46; FERREIRA: *Teoría...*, pp.349.
¹⁰ Sobre ello ver DALL'ANESE RUIZ, FRANCISCO: "El delito imposible", en *Revista Judicial* N° 51, San José, diciembre de 1990, pp.99-100.
¹¹ Así RUIZ: *La estructura...*, p.131.

¹² "Si como consecuencia de cuanto dijimos, quisiéramos ensayar una definición del dolo, diríamos que existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere y ratifica." JIMENEZ DE ASUA: *La ley...*, p.365. En igual sentido RUIZ: *La estructura...*, p.131.

del resultado lesivo para el bien jurídico protegido, sino que además se desea la producción de ese resultado. Es decir, se trata de un *dolus malus* en la medida en que el sujeto sabe que su actuación es contraria a Derecho y pese a ello acepta el resultado.

Por el contrario, en el caso de la teoría del tipo complejo se habla de un *dolus naturalis*, pues contiene únicamente el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el elemento volitivo; es decir, desprovisto de todo conocimiento de que lo que se hace es ilícito, ya que este conocimiento queda formando parte de la culpabilidad como elemento independiente.¹³

Se ilustra lo anterior con el cuadro que aparece en la siguiente página.

Entendido esto, hay que localizar el conocimiento del hecho, el conocimiento de la antijuricidad y el elemento volitivo, en el C.P. Comenzaré por este último que no ofrece mayor dificultad.

A) El elemento volitivo del dolo en el Código Penal

Pareciera que el artículo 31 hace una definición de *dolo*, pero es lo cierto que solamente alude al elemento volitivo cuando reza: "Obra con dolo quien quiere la rea-

¹³ "El dolo es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Se distingue, por ello, un elemento intelectual y un elemento volitivo en el concepto dolo." CEREZO MIR: *Curso...*, p.425. V. FERREIRA: *Teoría...*, pp.343-344.

Teoría del tipo

		Tipo simple	Tipo complejo
INJUSTO	Tipicidad	Elementos subjetivos	Tipo subjetivo { dolo { conocimiento del hecho voluntad
	Antijuricidad	Elementos descriptivos Elementos normativos	Tipo objetivo { elementos subjetivos elementos normativos elementos descriptivos
Culpabilidad		Ausencia de justificación	Ausencia de justificación
		Imputabilidad Poder actuar a derecho Dolo { conocimiento { del hecho de la ilicitud voluntad Reproche	Imputabilidad Poder actuar a derecho Conocimiento de la ilicitud Reproche

lización del hecho tipificado así como quien la acepta, previéndola al menos como posible". Es importante hacer ver entonces que la voluntad requerida por el dolo es la de *querer y aceptar* el resultado, para la configuración del dolo directo; pero si la lesión o puesta en peligro es prevista por el agente como una posibilidad de alcanzar

el resultado, y a pesar de ello la quiere y acepta, se actúa con dolo eventual. Esta concepción del elemento volitivo es igual para los seguidores del tipo simple como para los del tipo complejo.

B) *El elemento cognitivo del dolo en el Código Penal*

La interpretación sistemática para la localización del elemento cognoscitivo del dolo, nos remite a los artículos 34 *ab initio* y 35 del C.P. Dichas normas disponen:

"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 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."

Obsérvese que interpretado a *contrario sensu* nos dice el texto transcrito que es culpable quien, al realizar el hecho conoce las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción. Hace una referencia a la *descripción típica*, esto es a los elementos objetivos del tipo penal¹⁴. De modo que el conocimiento del hecho

¹⁴ "El elemento intelectual consiste en la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo." CEREZO MIR: Curso..., p.426.

se establece en el artículo 34 *ab initio*, y el error de tipo es lo que va a excluirlo.

"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."¹⁵

Al buscar el sentido de la norma al igual que en el ejercicio anterior, sea a *contrario sensu*, es claro que nos dice que es culpable quien al momento del hecho sabe que es punible. Este es el conocimiento de la antijuricidad, que se excluye con el error de prohibición.

¹⁵ "Artículo 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."

III. CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL ERROR

La dinámica de la teoría del error¹⁶ —tal como quedará expuesto— es lo que nos revela que en el C.P., el dolo está ubicado en el tipo, y no en la culpabilidad, contrario

¹⁶ Siendo el propósito de este trabajo hacer una exposición esquemática y sencilla de la ubicación del dolo en la estructura del delito según el C.P., hacer un tratamiento prolijo del error implicaría complicar el desarrollo y aún correr el centro de gravedad de nuestro estudio a las *teorías del dolo y de la culpabilidad*. No obstante, la organicidad de la teoría del delito hace que los temas del dolo y el error sean inseparables, por lo que esta nota viene a suplir sólo en forma marginal la deficiencia que pudiera encontrarse en el texto principal. Este artículo tiene como objeto simplificar la explicación que responde a ¿por qué el dolo está en el tipo y no en la culpabilidad en el C.P. costarricense? Para ello he tomado como punto de partida la *teoría del tipo*, para contrastar las elaboraciones del *tipo simple* y del *tipo complejo*; sin embargo la misma demostración (que queda para otro artículo) bien pudo partir del *error* teniendo como base la *teoría limitada de la culpabilidad*. Quienes incluyen el conocimiento de la antijuricidad en el dolo junto con el conocimiento del tipo y el elemento volitivo, son seguidores de lo que se conoce como teoría del *dolo*, que concibe el componente psíquico del delito como un *dolus malus*. Esta teoría se subdivide a su vez así:

A) *Teoría estricta del dolo*: Sitúa el dolo en la culpabilidad, y el conocimiento del injusto es *actual*, por lo que este elemento es de carácter psicológico. El error de prohibición evitable se castiga a título de culpa, siempre que exista el tipo culposo correspondiente.

B) *Teoría limitada del dolo*: Incluye el dolo en la culpabilidad, y dentro de este el conocimiento de la ilicitud. Para castigar el error evitable cuando hay imprevisión culposa específica, se crea un tipo auxiliar de *culpa jurídica*; lo que conduce al absurdo de penar hurto culposo,

a lo que se ha venido enseñando en las aulas de las diferentes Escuelas y Facultades de Derecho del país. Este problema pedagógico se ha dado por la falta de preparación en punto al uso que debe darse a la doctrina como herramienta de interpretación, de manera que la gran mayoría opta por definirse como *causalista ofinalista* en el mejor de los casos ("prácticos" o "teóricos" en los peores), y al dar su propia interpretación de la normativa pretende que puede hacerse de acuerdo a su línea de pensamiento, cuando en realidad debe hacerse conforme a la *voluntas legis*. Esto es, que aunque al quien se

violación culposa, etc. Supone que es suficiente con que el conocimiento de la ilicitud sea *posible*, sin necesidad de que sea *actual*, y en tal caso se pronuncia por la sanción a título doloso para el error de prohibición evitable.

Los que hablan de un dolo natural sin conocimiento de la ilicitud, pertenecen a la teoría de la culpabilidad dividida así:

A) *Teoría estricta de la culpabilidad*: Ubica el dolo en la tipicidad, compuesto del conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el elemento volitivo; en tanto que la conciencia de antijuricidad queda en la culpabilidad. La conciencia de antijuricidad puede ser *potencial*, y no *actual*. Rige en ella el principio de responsabilidad que obliga a todo hombre a conocer el límite de la licitud, siempre que tal conocimiento sea posible. Atenúa facultativamente el Juez la pena, si el error es evitable, y exime de ella cuando el error es inevitable.

B) *Teoría limitada de la culpabilidad*: Sólo indico las diferencias con la anterior: El error evitable de una prohibición general conlleva la inculpação. No obstante, si el error está en el límite de un tipo permisivo o causa de justificación, o de una causa de exculpação, es error de prohibición y tiene como consecuencia la inculpação. Pero si el error supone la creencia evitable de que existe un hecho (inexistente en la realidad) que haría aplicable una justificante o exculpante, se sancionará si existe el tipo culposo específico. Desde la perspectiva del error esta es la teoría que sigue el C.P., en los artículos 34 y 35.

Sobre las teorías del dolo y la culpabilidad ver: LONDOÑO BERRIO: "El error en la moderna teoría del delito", TEMIS, Bogotá, 1982, pp.27-65; ROXIN: "Teoría del tipo penal", Depalma, Buenos Aires, 1979, pp.180-209; MUÑOZ CONDE: "Teoría del delito", TEMIS, Bogotá, 1984, pp.161-162.

defina como *causalista* p.e., no tiene otra posibilidad que reconocer que el ordenamiento jurídico penal contiene normas que imponen un castigo por el desvalor del acto y no del resultado v. gr. *la tentativa*¹⁷; o que a pesar de que el abogado ideológicamente siga el *finalismo*, no le quedará otra posibilidad que reconocer que nuestro C.P. contiene normas que imponen penas por la causación de resultados, tal el caso de las lesiones, que tienen una escala de aumento en la sanción según que el daño sea cada vez más severo¹⁸.

¹⁷ El tratamiento que nuestro C.P. da a la tentativa, tiene una tendencia finalista, compatible también con la teoría social de acción; en tanto permite sancionar la tentativa (acción sin resultado) con la misma pena que existe para el hecho consumado.

"Artículo 24.- Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes de la voluntad del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito; en tal caso se impondrá una medida de seguridad."

"Artículo 73.- El delito consumado tendrá la pena que la ley determine, fijada dentro de sus extremos, de acuerdo con el artículo 71.

La tentativa será reprimida con la pena prevista para el delito consumado disminuida o no a juicio del Juez.

No es punible la tentativa cuando se tratare de contravenciones."

¹⁸ "Artículo 123.- Se impondrá prisión de tres a diez años, si la lesión causare enfermedad mental o física que produzca incapacidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra, de la capacidad de engendrar o concebir."

"Artículo 124.- Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro."

"Artículo 125.- Se impondrá prisión de tres meses a un año o hasta cincuenta días multa, al que causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud, que determine una incapacidad para el trabajo inferior a un mes."

Dicho lo anterior, cabe ahora hacer la aclaración de que usamos en este trabajo las denominaciones *error de tipo* y *error de prohibición*, no por el hecho de dejar de lado las concepciones causalistas que utilizaron los términos *error de hecho* y *error de derecho*, sino por un cambio en la forma de ver el problema del *error*.

La antigua construcción de la teoría partía de la causa del error para la denominación: así, cuando el hecho era generador del desconocimiento se estaba en presencia de un *error de hecho*; y cuando el desconocimiento o conocimiento inexacto del derecho era la causa de un acto ilícito, se enfrentaba un *error de derecho*. Ahora el eje de la discusión se ha trasladado de la causa al objeto del error, de tal modo que si recae en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo hay un *error de tipo*; pero si recae sobre el conocimiento de la antijuricidad (de la ilicitud, de lo prohibido), lo que se produce es un *error de prohibición*¹⁹.

¹⁹ En un trabajo anterior hice la siguiente afirmación: "Es claro que en el caso del dolo de tipo el elemento intelectual está integrado únicamente por el conocimiento del tipo objetivo, en tanto que el dolo de culpabilidad está formado tanto del conocimiento del tipo objetivo como del conocimiento de la antijuricidad. El error invertido afecta el elemento intelectual del dolo, en lo que se refiere al conocimiento del tipo objetivo. Sin embargo, en el dolo de tipo el error afectaría la tipicidad, por lo que se denomina error de tipo al revés; mientras para el dolo de culpabilidad que sigue la vieja concepción, el error excluye la culpabilidad y se denomina error de hecho. Ello porque la teoría del tipo simple ubica el dolo en la culpabilidad." DALL'ANESE RUIZ: op. cit., p.100. Es menester adicionar ahora esa explicación que en razón de ser parca podría conducir a conclusiones ajenas al verdadero planteamiento teórico: el error de hecho no debe su denominación a la ubicación del dolo en la culpabilidad, sino a la causa de ese error, sea al desconocimiento del hecho que se realiza. LONDONO: op. cit., p.24

Siendo que el objeto del error (de tipo) podría ser el hecho constitutivo de la infracción penal, podría argumentarse que el nombre *error de hecho* debe mantenerse. Esto sería una verdad si el error recayera únicamente sobre elementos descriptivos, pero la realidad es que también comprende elementos normativos como "*cosa ajena*", "*documento público*", etc.; de modo que el error se dirige no sólo al hecho sino a todos los elementos configurativos del tipo penal.²⁰

Para facilitar la exposición, trabajaré sobre la base de los siguientes casos:

*Caso número 1: A ingresa a un lote vacío y en abandono, donde coloca una silueta para tiro al blanco, contra un barril metálico que con la boca hacia abajo se encuentra en medio de un basurero. Durante una hora y media dispara a la silueta, con un revólver calibre 38 especial, y después se retira a su casa. Unos días después, vecinos del lote vacío mencionado, encuentran—obligados por el olor fétido— el cadáver de E, un niño callejero, dentro del tonel. La autopsia reveló que había muerto por los tiros hechos por A.*²¹

²⁰ V. BACIGALUPO: *Tipo...*, pp.43-44.

²¹ Este caso está analizado en DALL'ANESE RUIZ: op. cit., p.100.

Caso número 2: I, ciudadano indígena de una de las reservas del país, es traído a la ciudad para que pueda estudiar. Habitado a tener relaciones sexuales con niñas de su tribu, desde que estas cumplen catorce años —lo que es permitido por la sagrada costumbre tradicional—, enamora a M quien es mujer honesta de catorce años y medio y con su consentimiento tiene un coito.

Caso número 3: L, un extranjero recién llegado a Costa Rica abre un supermercado, sin enterarse de que existe una Ley de Protección al Consumidor y un Decreto de Fijación de Precios, por lo que ofrece al público los diferentes artículos obteniendo utilidades por encima del margen autorizado.

En el *Caso número 1* es muy claro que A no tiene conocimiento de que, al disparar a la silueta, está haciendo blanco en el cuerpo del niño E; es decir que no sabe que está matando a una persona, o lo que es lo mismo no sabe que su acción llena los elementos objetivos del tipo del homicidio²².

²² "Artículo 111. Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de ocho a quince años."

Dentro de la teoría del tipo simple, la conducta sería típica porque el hecho cumple con la descripción del artículo 111 del C.P.²³; y además sería antijurídica, porque no hay causa de justificación que concorra. Con ello se configura el injusto (*acción típica y antijurídica*), sea el ilícito y a partir de este momento se ha generado la responsabilidad civil.

Ahora podemos entrar al análisis de culpabilidad: A es imputable y podía actuar conforme a derecho; entonces hay que establecer si concurre el componente psíquico: *dolo*. Este se configura por el elemento cognitivo, que contiene el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuricidad; y por el elemento volitivo, que consiste en querer y aceptar el resultado. Si de la simple lectura del caso se obtiene que A no sabía que se encontraba el niño E dentro del tonel, hay un error en el conocimiento del hecho, es decir un error de tipo que excluye el elemento cognitivo, con él el dolo y con el dolo la culpabilidad.

Esa es la dinámica del error según la vieja construcción, y así lo señala su doctrina: "*Si esa conciencia de la descripción típica y del deber de respetar la norma, en valoración profana, falta en la conducta del sujeto, el dolo no existe; si el error era vencible (como luego veremos), podrá imputársele a título de culpa; pero dolosamente jamás*".²⁴ Las expresiones del autor "*consciencia de la descripción típica*" y "*deber de respetar la norma*", corresponden —por su orden— a lo que aquí se

²³ Ver nota anterior.

²⁴ JIMENEZ DE ASUA: *La ley...*, p.397. Se suple el subrayado.

denomina conocimiento de los elementos objetivos del tipo y conocimiento de la antijuricidad; y si cualquiera de ellos falta (según la teoría clásica), ya por error de tipo, ya por error de prohibición, se excluye totalmente el dolo y con éste la culpabilidad.

Es de este modo la conducta típica y antijurídica pero no culpable —en otros términos la acción es ilícita pero no delictiva— da lugar a la imposición en sentencia de la responsabilidad civil, pero la absolución de responsabilidad penal. Sin embargo hay que destacar que si se considera que el error era vencible, es decir que antes de disparar A debió cuidarse de verificar el contenido del tonel, se excluye el dolo pero no la culpa, y podría ser condenado por homicidio culposo²⁵ así en lo civil como en lo penal.

Si hacemos el análisis desde la perspectiva de la teoría del tipo complejo ubicando el dolo en el tipo, formado éste por el conocimiento del hecho y la voluntad de realización del mismo, y desprovisto de toda referencia al conocimiento de la antijuricidad, la consecuencia es

²⁵ "Artículo 117.- Se le impondrá prisión de seis meses a ocho años al que por culpa matare a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados. En todo caso, al autor del homicidio culposo se le impondrá también inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un período de cinco a diez años. Si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de drogas enervantes, la cancelación de la licencia será por un período de diez a veinte años."

diferente. Partiendo de la consideración de que el error es invencible, el error de tipo excluye el elemento cognitivo del dolo, y con éste al dolo y al tipo²⁶; por lo que la conducta jamás llegará a ser típica y por consiguiente el injusto no se configurará jamás. Ello implica que debe sobrevenir la absolución tanto en lo penal cuanto en lo civil.

La diferencia con la teoría del tipo simple es palmaria, pues ya había señalado que bajo esta doctrina cabe responsabilidad civil y absolución en lo penal. Véase cómo el error de tipo en ambas teorías excluye el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y con ello el dolo; pero por la diferente ubicación del dolo, en la teoría del tipo complejo el error de tipo excluye el tipo, y en la teoría del tipo simple excluye la culpabilidad.

De acuerdo a la teoría del tipo simple, en el Caso número 2 se llenan los elementos de la descripción típica del estupro²⁷ y no concurre causal de justificación, por lo que se configura el injusto. Ahora bien, entrando a la culpabilidad es claro que I es imputable y pudo actuar conforme a derecho; pero al ingresar al campo del dolo, si bien conocía los componentes del hecho, no conocía de su antijuricidad. Al no ser conocedor de la ilicitud del hecho, hay un error de prohibición —invencible dada la situación— que excluye el dolo y con él la culpabilidad.

²⁶ "El error sobre un elemento del tipo excluye el dolo. Si el sujeto ignora o cree erróneamente que no concurre en su conducta un elemento del tipo, queda excluido el dolo." CEREZO MIR: Curso..., p.428.

²⁷ "Artículo 159.- Se impondrá prisión de uno a cuatro años, al que tuviere acceso carnal con mujer honesta aún con su consentimiento, mayor de doce años y menor de quince."

Desde la óptica del tipo complejo, la acción de I llena los requisitos del tipo objetivo (descripción típica), y es dolosa en tanto hay conocimiento del hecho y voluntad de realización. No concurre causa alguna de justificación por lo que se configura el ilícito. Ya en la culpabilidad, al igual que con la doctrina anterior, están presentes la imputabilidad y el poder actuar conforme a derecho; pero el conocimiento de la antijuricidad (extraño al dolo que está en el tipo), es excluido por un error de prohibición porque I no sabía que era ilícita la relación carnal consentida con mujer honesta mayor de doce y menor de quince años.

En este caso de error invencible de prohibición, la consecuencia para las dos teorías es la misma: el hecho es típico y antijurídico productor de responsabilidad civil, pero no culpable, lo que conlleva la absolución en lo penal.

Sin embargo, hay gran diferencia con lo que sucede en caso de error vencible de prohibición.

Para la resolución del Caso número 3, comenzaré por la aplicación de la teoría del tipo complejo, sobre la base del delito de especulación. L sabe que está ofreciendo artículos en venta al consumidor, ganando utilidades con un margen superior al treinta por ciento y además quiere y acepta hacerlo; con lo que se llena el tipo subjetivo (*dolus naturalis*). Tenga claro el lector en este momento, que, el hecho entonces es doloso. Como la conducta está descrita además, en los artículos 18.c y 19 de la Ley de Protección al Consumidor, se configura el tipo objetivo. No existe en el hecho causa de justificación alguna para la acción, por lo que concurre la antijuricidad y se ha configurado el injusto.

El sujeto es imputable y pudo haber actuado conforme a derecho. Pero su condición de extranjero le impide conocer la antijuricidad del hecho realizado, aunque de haber buscado la debida asesoría —elemental al abrir un supermercado— no habría incurrido en el error; esto es, se trata de un error de prohibición evitable, y por ser así (*no invencible*) es capaz de eliminar la conciencia de antijuricidad pero no el reproche, lo que hace que se imponga la pena del delito doloso atenuada²⁸. Esto es, se configura la culpabilidad, y el agente es castigado por el delito doloso (fue definido como doloso desde el análisis de la tipicidad) pero atenuando la pena.

Por otra parte, la resolución del caso interpretando la normativa penal de acuerdo a la teoría del tipo simple conduce a un contrasentido: La conducta es típica por estar descrita en los artículos 18.c y 19 de la Ley de Protección al Consumidor, y además antijurídica por no concurrir causa de justificación alguna. Por otra parte, el encartado es imputable y pudo actuar conforme a derecho. Entonces hay que establecer si concurre el dolo (*dolus malus*), compuesto de un elemento cognitivo, dividido en conocimiento del hecho y conocimiento de la antijuricidad; y el ingrediente volitivo (querer y aceptar el resultado). Si el conocimiento de la ilicitud es integrante esencial del elemento cognitivo del dolo, la operatividad de la teoría del delito lleva a que, la exclusión del conocimiento de la antijuricidad por el error de prohibición excluye el elemento cognitivo y con él totalmente el dolo; sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto por

²⁸ Ver art. 35 *in fine* del C.P.

el artículo 35 *in fine* del C.P. debe aplicarse en forma atenuada la pena de un delito doloso, y, si el dolo ya había sido excluido, es imposible.

Es inconstitucional (art. 39 Cons. Pol.) castigar a alguien imponiendo la pena de un delito doloso si el dolo está excluido. Sin embargo si al interpretar la ley con la teoría del tipo complejo, la conducta desde que es típica es dolosa, y es posible atenuar la pena del hecho doloso si no hay en la culpabilidad el conocimiento de que lo que se hace es contrario a Derecho.

Esto demuestra que el dolo debe ser determinado como un *dolus naturalis* a nivel del tipo, y al excluir el error de prohibición evitable la conciencia de antijuricidad a nivel de culpabilidad, es posible atenuar la pena y condenar al agente como autor del delito doloso. Esto es, que nuestro C.P. sigue la teoría del tipo complejo y no la del tipo simple.

Conclusiones

Después de un desarrollo tan corto, pareciera extraño la inclusión de un acápite de conclusiones. Sin embargo es posible hacer un esquema de las principales ideas:

1. La ubicación del dolo, ya en el tipo, ya en la culpabilidad, no es una definición que *a priori* pueda hacer el intérprete. En realidad la situación en el tipo o en la culpabilidad, es parte de lo que el hermeneuta debe concluir a través de la búsqueda de sentido de las normas. Es una posición de la ley.
2. El dolo de culpabilidad es un *dolus malus*, provisto de un elemento cognitivo integrado por el conocimiento del hecho y de la antijuricidad; y de un elemento volitivo que es el deseo y aceptación del resultado. El error de tipo y el error de prohibición, excluyen el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuricidad, respectivamente; y, al excluir cualquiera de estos componentes, se excluye el elemento cognitivo y el dolo. Si el error fuera vencible se castiga la producción del resultado, si la acción está prevista

a título culposo. Esto no es lo que sucede con nuestro Código Penal.

3. Por su parte el dolo de tipo es un *dolus naturalis*, integrado sólo por el conocimiento del hecho, excluible por el error de tipo y por el elemento volitivo; en tal caso el conocimiento de la antijuricidad es elemento integrante de la culpabilidad, que se excluye por el error de prohibición. Ahora bien, si tal error es vencible, se sanciona el hecho doloso pero atenuado. Tal el caso de nuestro Código Penal.
4. Ergo, en el ordenamiento penal costarricense el dolo está en el tipo y es un *dolus naturalis*.

Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique: *Lineamientos de la teoría del delito*, Juricentro, San José, 1985.
- BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*; TEMIS-ILANUD; Bogotá, 1984.
- BACIGALUPO, Enrique: *Tipo y error*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.
- BUSCH, Richard: *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, TEMIS, Bogotá, 1980.
- CASTILLO GONZALEZ, Francisco: *Derecho Penal Centroamericano, Parte General*; Universidad de Costa Rica; San José; s.f.
- CAVALLERO, Ricardo Juan: *El delito imposible*, Editorial Universidad, 1983.

- CEREZO MIR, José: *El concepto de acción finalista como fundamento del sistema de Derecho penal*, en *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 15-24.
- CEREZO MIR, José: *La conciencia de antijuricidad en el Código Penal español*, en *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, pp. 74-89.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal Español*, TECNOS, Madrid, 1984.
- CEREZO MIR, José: *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española*, en *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, pp. 198-204.
- CEREZO MIR, José: *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español*, en *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 25-38.
- CORDOBA RODA, Juan: *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*; BOSCH, Barcelona, 1962.
- DALL'ANESERUIZ, Francisco: *El delito imposible*, en *Revista Judicial* No. 52, pp. 97-106, San José, 1990.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA: *Derecho Penal Fundamental*, TEMIS, Bogotá, 1986.
- FERREIRA DELGADO, Francisco: *Teoría general del delito*, TEMIS, Bogotá, 1988.

- JIMENEZ DE ASUA, Luis: *La ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1979.
- LONDOÑO BERRIO, Hernando: *El error en la moderna teoría del delito*, TEMIS, Bogotá, 1982.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Teoría general del delito*, TEMIS, Bogotá, 1984.
- REYES ECHANDIA, Alfonso: *Culpabilidad*, TEMIS, Bogotá, 1988.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1979.
- RODRIGUEZMOURULLO, Gonzalo: *Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1978.
- RUIZ, Servio Tulio: *La estructura del delito*, TEMIS, Bogotá, 1979.
- SUAZO LAGOS, René: *Lecciones de Derecho Penal 1*, Tegucigalpa, 1989.
- WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.
- WESSELS, Johannes: *Derecho Penal, Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1979.