



JORGE
PÉREZ LÓPEZ

EL ERROR EN EL DERECHO PENAL

UN ENFOQUE LEGISLATIVO,
DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

EL AUTOR

JORGE PÉREZ LÓPEZ

- Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con maestría en Ciencias Penales por la misma universidad.
- Profesor universitario de las asignaturas de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal Internacional y Humanitario y Derecho de Ejecución Penal.
- Diplomado en docencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Coautor de los libros *Criminología. De la concepción positivista a la perspectiva crítica*, *Estudios críticos de Derecho Penal peruano*, *Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal*, *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*, *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso penal*, *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*, *La aplicación del principio del non bis in idem en el proceso penal*, y *Las causales eximentes de responsabilidad penal*.
- Colaborador permanente de *Gaceta Jurídica* y de *Gaceta Penal & Procesal Penal*.
- Expositor en diferentes eventos académicos nacionales e internacionales en temas de su especialidad.



EL ERROR EN EL DERECHO PENAL

JORGE
PÉREZ LÓPEZ

EL ERROR EN EL DERECHO PENAL

UN ENFOQUE LEGISLATIVO,
DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

GACETA
JURIDICA

Av. Angamos Oeste 526-Miraflores
☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA JURIDICA

EL ERROR EN EL DERECHO PENAL

PRIMERA EDICIÓN
MARZO 2016
3,540 ejemplares

© *Jorge Pérez López*
© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2016-03320

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-612-311-328-5

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221600271

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Lucy Morillo Olivera

GACETA JURIDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERU
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

A mi madre, Amelia, a quien
amo con todo mi corazón.

INTRODUCCIÓN

La atribución de responsabilidad por la realización de una gran mayoría de comportamientos penalmente prohibidos, requiere que el sujeto conozca las características objetivas de su hecho. Por el contrario, el conocimiento insuficiente o el error podrían constituirse en causas de exención de responsabilidad, salvo en aquellos casos excepcionales en los que se prevea expresamente el castigo de las conductas realizadas sin dicho conocimiento, como sucede en los delitos imprudentes.

El error, desde un punto de vista jurídico-penal, podría considerarse como un defecto de la conciencia, una falta de concordancia entre la realidad y la representación, capaz de eliminar la comprensión de la criminalidad del acto, debido a que impediría al sujeto saber lo que hace. Determinar la configuración de un error, es decir, pronunciarse acerca de su existencia en algún campo de la actividad humana, supone dos circunstancias básicas, a saber: un juicio comparativo, que señala la discordancia entre la hipótesis verificada y la reputada correcta o relevante y; la falta de finalidad en el agente de configuración de la hipótesis verificada.

A los fines de su consideración jurídica, el tratamiento de la ignorancia va involucrado en el del error, aunque sean nociones distintas. Ignorancia es carecer de conocimiento sobre una cosa o situación; en el error se tiene conocimiento, pero es equivocado, no corresponde a la realidad. Ignorar es no saber, errar es conocer mal. Para los fines penales, ambas posibilidades se equiparan.

La trascendencia penal del comportamiento dependerá del tipo de error que se produzca, esto es, de los datos que ignore o no conozca correctamente el sujeto. El principio de responsabilidad subjetiva se enuncia de la siguiente manera: no hay pena (o medida de seguridad) sin dolo o imprudencia, mientras que el error de tipo (con independencia de la definición concreta del dolo y de la imprudencia) es una causa de exclusión del dolo y, cuando es invencible, también de la imprudencia. Por su parte, el principio de culpabilidad supone que no hay pena sin culpabilidad, y además la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad del sujeto, mientras que el error de prohibición es una causa de exclusión o atenuación de la culpabilidad. El Código

Penal peruano ha reconocido estos dos supuestos de error, así como otros como el error de comprensión culturalmente condicionado, que como veremos, no necesariamente podría considerarse como tal.

Cualquier tratamiento del error implica una determinada concepción en torno a la tipicidad y la antijuridicidad y su exclusión, las causas de justificación, así como sobre la existencia o no de elementos subjetivos en las causas de justificación y, en caso de existir, su caracterización como requisitos esenciales o inesenciales.

En los últimos años, el tratamiento del error en Derecho Penal ha sido materia de diversas teorías científico-doctrinarias que, buscando respuestas a diversos problemas verificados en la práctica forense, convirtieron este tema en uno de los más atractivos en el campo de la parte general.

Dicho lo anterior, el presente trabajo de investigación se encuentra dividido en seis capítulos: En el primer capítulo, estudiaremos la teoría general del error, por lo que comenzaremos tratando los aspectos generales de esta figura jurídica, cuya debida delimitación es de gran utilidad práctica y teórica, a efectos de realizar un análisis sistemático de los tipos de error previstos en nuestra legislación penal, y de aquellos no previstos, pero aceptados por la doctrina moderna.

En el capítulo segundo, abordaremos el error sobre el conocimiento de los elementos del tipo, comúnmente conocido como error de tipo, el que se encuentra consagrado en el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal y que corresponde a un aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

En el capítulo tercero, estudiaremos los casos especiales de error, denominados también errores accidentales o no esenciales porque dejan intacta la culpabilidad, estos son: El *aberratio ictus*, el *error in persona vel in objecto* y el *dolus generalis*.

En el capítulo cuarto, nos ocuparemos del error en la conciencia de la antijuridicidad, es decir, al error de prohibición, que se encuentra consagrado en el segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal.

En el capítulo quinto, nos ocuparemos del denominado error de comprensión culturalmente condicionado y de la conciencia disidente, también llamada objeción de conciencia, figuras jurídicas reguladas en el artículo 15 del Código Penal, el que diferencia estas dos modalidades: concurre el primer supuesto cuando el sujeto por su cultura comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, o cuando su capacidad de comprensión se encuentra

disminuida; mientras que el segundo supuesto, cuando el sujeto por su costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida.

El capítulo sexto, que es el último del libro, tratará de los casos de error de tipo al revés y error de prohibición al revés, es decir, de la figura denominada tentativa inidónea o delito imposible, la que se encuentra consagrada en el artículo 17 del Código Penal, así como del delito putativo o imaginario. La primera consistiría en la creencia errónea por parte del sujeto de que concurren los hechos constitutivos de la infracción penal, mientras que el segundo, en la creencia errónea de que un hecho justificado o penalmente irrelevante está prohibido por el Derecho Penal.

Para finalizar, como apéndice del presente libro, encontraremos un grupo de jurisprudencias, las que han sido escogidas y exhibidas con la finalidad de evidenciar el tratamiento del error en materia penal por diferentes órganos jurisdiccionales en la práctica jurídica.

Espero que la obra que tiene en sus manos sea valiosa para el desempeño de su actividad, sea en la magistratura, en la defensa, en la investigación jurídica, o simplemente en el estudio de la parte general del Derecho Penal.

Lima, febrero de 2016

Jorge PÉREZ LÓPEZ

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DEL ERROR

En el ámbito científico, Thomas Samuel Kuhn nos enseña que la ciencia es “una sucesión de periodos de tradiciones eslabonados por rupturas acumulativas”⁽¹⁾. Con lo señalado, dicho autor quiere expresar que en algún momento comenzarán a surgir interrogantes (a lo que llama “anomalías”) que no podrían ser contestadas por el paradigma vigente, produciéndose una crisis que generaría la creación de un nuevo paradigma alternativo. Este proceso de transición de un paradigma a otro implica una reconstrucción de las premisas y métodos empleados por el anterior, denominándose a este proceso “revolución científica”. El nuevo paradigma resuelve las anomalías que el anterior no podía solucionar⁽²⁾. De lo mencionado podríamos concluir que científicamente no existiría una absoluta verdad.

El filósofo Edgar Morin comparte estas apreciaciones realizadas por Kuhn al esbozar que: “todo conocimiento conlleva el riesgo del error y la ilusión (...) un conocimiento no es el espejo de las cosas o del mundo exterior (...) los paradigmas que controlan la ciencia pueden desarrollar ilusiones y ninguna teoría científica está inmunizada para siempre contra el error”⁽³⁾. De esta posición podemos vislumbrar que el conocimiento o saber científico posee errores o insuficiencias producto del paradigma o marco conceptual que se emplee y que ninguno de ellos es infalible ni se encuentra exento de ser refutado. Por lo tanto, la realidad no sería asequible a la razón humana, a lo sumo a través de las construcciones conceptuales lo que podríamos intentar es aproximarnos a ella; jamás dichas categorizaciones y marcos teóricos nos garantizarán ser fieles representaciones de la realidad en sí, sobre todo si existen posibilidades de incurrir en uno o más errores.

-
- (1) KUHN, Thomas Samuel. *La estructura de las revoluciones científicas*. FCE, México, 1971, p. 15.
 - (2) Vide. SUEIRO, Carlos Christian y BIRRIEL, Bibiana. “La teoría del error y sus limitaciones frente a la administrativización del Derecho Penal”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 82, Normas legales, Lima, diciembre 2007, p. 225.
 - (3) MORIN, Edgar. *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Nueva Visión, Buenos Aires, 2001, pp. 19-21.

El Diccionario de la Real Academia Española señala que el error proviene etimológicamente de la palabra latina *-ōris* y su significado es concepto equivocado o juicio falso, acción desacertada o equivocada, cosa hecha erradamente⁽⁴⁾. El error, desde un punto de vista jurídico-penal, constituiría un defecto de la conciencia en sus diversas variantes, el mismo que tendría que ser regulado por el Derecho para conocer cuáles serían relevantes en la teoría de la imputación; por ejemplo, debe distinguirse cuando el error proviene del conocimiento de los elementos del tipo o en la conciencia de la antijuricidad.

I. DEFINICIÓN DE ERROR

Error significa falta de concordancia entre la realidad y la representación del sujeto. Raúl Peña Cabrera, citando a Paul Logoz, indicaba que “comete un error quien no ve la realidad tal como es: la realidad y la forma como el sujeto se la representa, no concuerdan; o bien, sin representarse positivamente cualquier cosa que no existe, el sujeto ignora tal o cual circunstancia que sí existe”⁽⁵⁾. El concepto de error tiene directa referencia con el de conocimiento; ambos estarían en contraposición. No puede existir una auténtica conducta voluntaria y libre si el autor obra desconociendo el sentido de su actuación; es decir, cuando el sujeto desconoce o yerra sobre las circunstancias fácticas que rodean su comportamiento o respecto al significado o alcances de su conducta, es claro que la voluntad se encuentra viciada⁽⁶⁾. Luego, si en el contenido de la conciencia existe un desconocimiento del objeto se puede encontrar el error. El sujeto observa la realidad y se hace una representación de ella, con base en los órganos de los sentidos. De allí que solo se puede llegar a conocer el fenómeno, pero no la cosa en sí. Pero más allá de esta exacta idea del conocimiento, el error significa entonces un sinsentido de esta posibilidad de conocimiento de los objetos en general⁽⁷⁾.

En materia penal, el concepto de “error” comprende también el de **ignorancia**, aunque sean nociones distintas. Esta última consiste en carecer totalmente de conocimiento sobre una cosa o situación; en el error se tiene conocimiento, pero es equivocado, no corresponde a la realidad. Ignorar es no saber, errar es conocer mal. Para el estudio de la ciencia penal carece de importancia jurídica la diferencia entre estos dos conceptos, “el error se equipara a la

(4) Ver: <<http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=F9u23n7qgDXX2oOimN8b>>.

(5) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal*. Volumen I. 3ª edición, Sagitario, Lima, 1987, p. 247.

(6) Vide. DONNA, Edgardo Alberto. “Teoría general del error”. En: *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Libro homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 223-224.

(7) *Ibidem*, p. 226.

ignorancia”⁽⁸⁾ (porque en lo que atañe a la exclusión del elemento intelectual del dolo, la falta de noción equivale a la noción falsa). Francesco Carrara, inspirándose en la psicología definió al error como un estado positivo de falso conocimiento⁽⁹⁾. Para Fiedrich K. Von Savigny —explica Carlos Fontán Balestra— “el error es siempre una forma de la ignorancia puesto que el error existe como consecuencia de ignorar alguna cosa”⁽¹⁰⁾. Asimismo, Karl Binding señaló que “todo conocimiento falso supone, precisamente, un no conocimiento, en tanto que todo lo no conocido es un conocimiento erróneo”⁽¹¹⁾.

II. ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. TEORÍA DE LA UNIFICACIÓN

Desde el Derecho Romano se distinguía tradicionalmente entre el error de hecho y el error de Derecho, distinción que fuera acogida por no pocas legislaciones. El **error de hecho**, recaía sobre las circunstancias materiales del delito, o sea sobre sus elementos fácticos —aunque también podría recaer sobre elementos jurídicos—, y el **error de Derecho**, recaía sobre el conocimiento de la ley, sobre la calificación o regulación jurídico-penal de los mencionados elementos fácticos. Siguiendo a Savigny se dice que el primero recaía sobre una regla de derecho, es decir sobre el derecho objetivo, en tanto que el segundo versaría sobre hechos jurídicos; es decir, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica⁽¹²⁾.

Ricardo Núñez se refiere al **error de hecho** como “aquel que cae sobre los elementos configurativos del delito”⁽¹³⁾. Hay casos en los que el contenido del conocimiento del autor queda en una etapa anterior a la de la posible representación del acontecer causal, porque ignora que con su acción causará el resultado; en esa situación, el autor no está en relación psicológica con el orden jurídico, pues su error no recae sobre una circunstancia, que al ser apreciada equivocadamente, modifica para él la naturaleza jurídica de los hechos, sino que, en el momento de obrar, ignora que encadena la serie causal. Este sería el más puro error de hecho imaginable. En el caso de quien juega con un arma que supone descargada, de la que sale un disparo, o en el de la mujer que creyendo poner azúcar en el café de su marido, pone veneno; tanto el

(8) Fragozo citado por PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 247.

(9) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal*. Sudamericana, Buenos Aires, 1981, p. 391.

(10) Citado en FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 349.

(11) Ídem.

(12) Vide, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., p. 392.

(13) NÚÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Marcos Lerner, Córdoba, 1981, p. 231.

que juega con el arma como la mujer que cree poner el azúcar no saben que están realizando la causa que ha de producir el resultado y, consecuentemente, no pueden haber querido realizarla. En otras palabras, no puede hablarse de error sobre la naturaleza jurídica del hecho por parte de quien no ha podido siquiera pensar en él, puesto que ignora que realiza la causa que producirá el ilícito penal. Su conocer, su previsión, se detiene en una etapa anterior a la que decide la culpabilidad: queda en la etapa del conocimiento de la causa. No es, pues, un error sobre los hechos o circunstancias que dan al acto el carácter de delictuoso o ilícito lo que decide al autor a obrar, sino el desconocimiento de la existencia de la causa desencadenante⁽¹⁴⁾.

El error de Derecho recaería sobre elementos jurídicos⁽¹⁵⁾, o mejor dicho, sobre la existencia de la prohibición de una norma⁽¹⁶⁾. Se refiere al desconocimiento de lo ilícito (ilícito penal) o, si se quiere, al desconocimiento de la criminalidad del acto. "La exclusión terminante del error de Derecho en la ley penal suscita en la doctrina algunas dudas y dificultades porque, en general, comporta una excepción al principio *nulla poena sine culpa*"⁽¹⁷⁾. Si la culpabilidad se funda en una actitud psíquica del sujeto, no podrá negarse la relevancia del error, cualquiera sea su naturaleza, por causa del cual el individuo actúe sin tener conciencia de la criminalidad del acto, que es, como afirma Sebastián Soler, lo que da contenido a la culpabilidad. No obstante, la más elemental inteligencia bastará para informar al sujeto más rústico de la ilicitud de sus acciones: nadie que sea hombre normal podrá decir que no sabe que está prohibido matar al padre o robar⁽¹⁸⁾.

Es importante recalcar que el principio *ignorantia vel error iuris non excusat* (es decir: la ignorancia o el error de Derecho, no excusan) proviene del Derecho Romano, ya que en aquel ordenamiento jurídico las leyes se enseñaban a todos, y de allí partía la premisa de que las leyes se presumían conocidas por todos los ciudadanos romanos. Nuestro ordenamiento jurídico también adopta dicho principio, por lo que las leyes con posterioridad a ser publicadas y desde el día que ellas establezcan, son consideradas obligatorias, por lo cual se presumen que son conocidas por todos los habitantes de la nación. Es por esta cuestión que no es posible alegar desconocimiento de la ley para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades.

(14) Vide. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 351.

(15) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 337.

(16) NÚÑEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 233.

(17) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo II, Tea, Buenos Aires, 1983, p. 68.

(18) *Ibidem*, p. 69.

En la clasificación del error de hecho y de derecho, que aparentemente era clara, se produjo una crisis cuando se detectaron los elementos normativos del tipo, particularmente los de naturaleza jurídica, como es el caso de la “ajenidad” de la especie sustraída en el delito hurto, o la calidad de “funcionario público” en materia de malversación, que hicieron imposible establecer una separación tajante entre circunstancias de hecho y de derecho en materia penal, lo que movió a los causalistas valorativos⁽¹⁹⁾ a distinguir en el error aquel que recae sobre la ley penal de aquel que recae en leyes no penales que se vinculan con el tipo, aceptándose que el error que recaía en estas últimas podía asimilarse en sus consecuencias al error de hecho. El que se apodera de una especie porque cree que es suya (tomar la maleta equivocada en el aeropuerto) incurre en un error de hecho, aunque exista relación con el derecho de dominio, lo que permite superar el problema del error en relación a los elementos normativos del tipo⁽²⁰⁾.

Es perfectamente visible una corriente doctrinal que se opone a la separación entre error de hecho y error de Derecho. Karl Binding señalaba que con el enfoque del derecho, solo interesaba el error que verse sobre un hecho de trascendencia jurídica; el error sobre los hechos de la vida que no tengan significación para el derecho, jurídicamente no tendrían importancia alguna. Así ocurre, por ejemplo, ante el convencimiento de alguien que cree que el sol gira alrededor de la tierra. Esta tesis, llamada *teoría de la unificación*, no identifica en realidad el error de hecho y el de derecho, no los sitúa en un mismo plano, lo que hace es destacar las características del único error con relevancia jurídica: el que recae sobre un hecho con significado jurídico⁽²¹⁾.

(19) El causalismo valorativo mantuvo el concepto de acción causal, solo que la causalidad pasa a ser causalidad valorada y, por tanto, también el delito: a) La tipicidad era descriptiva y al mismo tiempo valorativa (del proceso causal) y pertenece al ámbito objetivo, pero por excepción puede contener elementos subjetivos (dado que ciertos tipos legales no podían ser entendidos sin ellos); por ejemplo, el tipo legal del hurto no puede ser entendido sin el elemento subjetivo “ánimo de lucro”, pues en caso contrario al ámbito de aplicación del tipo se extendería a todo tipo de supuestos en los que el autor simplemente cogiera una cosa. b) La antijuricidad es valorativa y objetiva, y solo por excepción contiene algún elemento subjetivo (el conocimiento) en algunas causas de justificación. En suma, el injusto es objetivo y perteneciente al mundo del valor. c) Si la culpabilidad era solo subjetiva para el causalismo naturalista, con el causalismo valorativo pasa a ser antes que nada valorativa, pues es entendida como un reproche al autor. Pero también es subjetiva, ya que el sujeto tenía capacidad para actuar de otra manera. Con ello, entonces, dolo y culpa pasan a ser solo elementos de la culpabilidad y la imputabilidad o capacidad de culpabilidad pasa a integrarse como otro elemento dentro de ella. Del mismo modo también se incluye como elemento por algunos la exigibilidad de la conducta como valoración de las circunstancias en que actuó la persona. En definitiva, el delito tiene un ámbito de carácter objetivo valorativo (el injusto) y otro de carácter subjetivo valorativo (la culpabilidad), luego la característica común es la pertenencia al mundo del valor (en el sentido de las ciencias valorativas).

(20) Vide. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 351.

(21) *Ibidem*, p. 350.

Es evidente que un error con relevancia para el derecho solo puede estribar en un hecho de trascendencia jurídica. Aquello que no existe en la vida del derecho no tiene importancia alguna en esta cuestión y es, por tanto, indiferente para el orden jurídico que en el espíritu del hombre se dé una representación correcta o equivocada. Si se designarán tales hechos –prosigue Binding– con el calificativo de hechos desnudos, se deducirá lógicamente este postulado: El error sobre los hechos desnudos es un error que jurídicamente no tiene importancia alguna. Ahora bien, hechos jurídicamente significativos son, ante todo, los preceptos jurídicos de todo género, ya de carácter general como de excepción las normas y preceptos de orden jurídico, las disposiciones afirmativas y negativas, así como toda clase de derechos y obligaciones en todas sus características y partes integrantes, el error sobre la existencia de un precepto jurídico, sobre la vida de un hombre, sobre la derogación de una regla del derecho, sobre la existencia de un delito, sobre la punibilidad del mismo, etc., no son más que errores sobre los hechos jurídicamente relevantes. La expresión “error jurídicamente relevante” fue usada por Binding para caracterizar todo lo que en el orden jurídico es error. De lo dicho se deduce que el mencionado maestro alemán determinó la imposibilidad de sostener dogmáticamente la división del error jurídicamente relevante, en error de hecho y error de Derecho, puesto que todo error jurídicamente relevante sobre hechos desnudos no puede ser tomado en consideración⁽²²⁾.

A comienzos del siglo XX Finger, señaló –inspirado en Binding– lo siguiente: “Si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el Derecho y comportarse en consonancia con este, y que el Derecho no puede requerir sino que todos obren conforme con los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cual sea el elemento en que el error se funde”⁽²³⁾.

A la clasificación que distingue entre error de hecho y de derecho se le critica su excesiva atención a la fuente u origen del error y su correspondiente desinterés por la ubicación sistemática que ocupan los elementos afectados dentro del edificio conceptual de la teoría del delito; mientras que se destaca la precisión que al respecto conllevan las categorías error de tipo y de prohibición, al fijar su mirada en el objeto del error⁽²⁴⁾.

En realidad, la distinción entre error de Derecho y de hecho es casi impracticable; en definitiva, todos los elementos del tipo son objeto de

(22) Binding citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., pp. 394-395.

(23) *Ibidem*, p. 393.

(24) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “El error de tipo en el Código Penal peruano”. En: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_10.pdf>.

valoración jurídica y podrían importar error de Derecho. El tipo normalmente tiene elementos de hecho y de derecho (los normativos), que deben ser tratados en igual forma en cuanto a sus repercusiones⁽²⁵⁾.

Posteriormente, se distinguió el error de hecho en el sentido señalado, el error sobre una ley distinta de la penal que le sirve de fundamento a esta (error de Derecho extrapenal) y el error sobre la existencia de la ley penal (error de Derecho Penal). Modernamente, el error de hecho y el error de Derecho extrapenal pasaron a configurar el error sobre un elemento objetivo del tipo, sea fáctico (antiguo error de hecho) o normativo (antiguo error de Derecho extrapenal). Frente al error de tipo se distinguió el error sobre la prohibición penal del hecho. En la primera etapa (error de hecho y error de Derecho en sentido amplio) solo se excusaba el primero. En la segunda (error de hecho, error de Derecho extrapenal y error de Derecho Penal), producían ese efecto los dos primeros. En la tercera (error sobre el tipo y error de prohibición) se excusa el primero y respecto del segundo se admite cada vez más su eficacia exculpatoria⁽²⁶⁾. Franz Von Liszt señalaba que “no tiene ninguna importancia para el valor jurídico del error, que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto por la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción entre error de hecho y error de Derecho no encuentra fundamento en la ley. Y es completamente erróneo distinguir además, dentro del error de Derecho, el error referente a las reglas del Derecho Penal, del acto relativo a otras reglas jurídicas; y colocar este último —es decir, el error de Derecho extrapenal— en el mismo plano que el error de hecho (...) Esta distinción fracasa ya que, puesto que no hay conceptos jurídico-penales, el Derecho Penal, como derecho protector, toma más bien sus conceptos de las restantes ramas jurídicas”⁽²⁷⁾.

En la actualidad, como se puede entrever de lo anteriormente indicado, se ha vuelto a realizar una distinción del error en dos clases de acuerdo a la dogmática penal: el error de tipo figura en la sección destinada al tipo de lo injusto en los delitos dolosos (error sobre las circunstancias típicas); y el error de prohibición, en la culpabilidad (error sobre la naturaleza antijurídica de la acción).

(25) Vide. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 93.

(26) NÚÑEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 190.

(27) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., pp. 393-394.

III. ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Numerosos autores modernos proponen el reemplazo de la distinción clásica en error de hecho y de derecho por la de error de tipo (*tatbestandsirrtum*) y error de prohibición (*verbotsirrtum*). Las diferencias entre estas dos formas y las tradicionales –error de hecho y de derecho– no siempre resultan muy claras. Debe aceptarse, sin embargo, que el error de prohibición reduce su ámbito con respecto al error de Derecho, en tanto que el error de tipo lo amplía en relación con el error de hecho.

El **error de tipo** es el que recae sobre los elementos objetivos del tipo, sean descriptivos o normativos; el desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de esos elementos excluye el dolo y, por lo tanto, el tipo puede quedar excluido. Este tipo de error alcanza la equivocada suposición de que no concurre “un elemento del hecho” (*tatumstand*). Claus Roxin, cuando se refiere al error de tipo, afirma que este se enfoca en el elemento intelectual del dolo y agrega: “ya sabemos que es suficiente para el conocimiento la representación de que el propio actuar conduciría posiblemente a la realización de un tipo. El conocimiento solo falta, por tanto, cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento de tipo. Así pues, quien por ejemplo, no se da cuenta de que el supuesto espantapájaros sobre el que dispara es una persona, no actúa con dolo”, y agrega, “por otro lado, el error de tipo no presupone ninguna falsa suposición, sino que basta con la falta de la correcta representación”⁽²⁸⁾. Este autor también afirma que hay que distinguir entre circunstancias descriptivas y normativas del hecho; y añade, cuando se refiere al dolo y su aspecto cognoscitivo: “conocimiento significa percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las normativas”⁽²⁹⁾. Asimismo, señala que teniendo en cuenta el hecho de que muy raramente existen elementos puramente descriptivos y puramente normativos, ambas formas de conocimiento son ciertamente necesarias en la mayoría de las circunstancias del hecho, puesto que sus elementos descriptivos deben ser percibidos sensorialmente y sus contenidos normativos deben ser comprendidos.

Otto Trieffterer enseñaba que el conocimiento en el dolo no era otra cosa que la imagen refleja del tipo objetivo, y ahora en la culpabilidad la cuestión es el conocimiento de la prohibición, distinta cuestión a la del dolo, con lo cual se habla de un error por parte del sujeto de tipo y un error de

(28) Roxin citado por DONNA, Edgardo Alberto. “Teoría general del error”. En: *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Libro homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 228.

(29) Ídem.

prohibición. El concepto dado de error comprende todas estas categorías, de modo que cada una de ellas responda a su vez a distintas formas de fallas de la conciencia y que tengan su estructura propia que debe necesariamente reflejarse en el Derecho⁽³⁰⁾. Joachim Hrushcka, comentando la teoría del dolo y de la culpabilidad, observa: “la diferencia, resaltada por la teoría del dolo y la culpabilidad, entre dolo y conciencia de la antijuricidad requiere mayor atención, a saber: la distinción entre la representación de un hecho y de circunstancias que son relevantes para el juicio de antijuricidad, y el propio juicio de antijuricidad”. Denominó “representación de un hecho y de circunstancias que son relevantes para el juicio de antijuricidad” al juicio (en el sentido lógico de la palabra “juicio”) sobre la existencia de un hecho y de circunstancias que convierten el hecho en antijurídico. Por el contrario, denominó “juicio de antijuricidad” al juicio sobre si el hecho, bajo las circunstancias que han sido determinadas, es antijurídico en virtud del sistema de reglas de conducta que se presupone aplicable. Dicho autor señala que todo juez, de hecho toda persona, que se ocupa de un caso y efectúa un juicio, hace esta diferenciación. Todo juzgador determina; en **primer lugar**, una situación fáctica, de la cual se derivará que el hecho en cuestión es antijurídico, para entonces, emitir expresamente en el razonamiento, en **segundo lugar**, el propio juicio de antijuricidad. El primer juicio **constata y describe hechos de la realidad, el segundo es un juicio sobre la valoración de los hechos**⁽³¹⁾.

Roxin inmediatamente se hace cargo del segundo error que el Derecho Penal estudia y hace suyo. El **error de prohibición** concierne a la situación en que el sujeto conoce todas las circunstancias del hecho y actúa por tanto dolosamente. No obstante, considera permitido (es decir, no antijurídico) su hecho. Quien, por ejemplo, graba la llamada telefónica de otro en una cinta magnetofónica sin consultar al interlocutor (artículo 154 del Código Penal) actúa dolosamente, en ese caso el sujeto cree que su comportamiento está permitido, se trata de un error de prohibición, que deja intacto el dolo y que únicamente en caso de ser invencible excluye la culpabilidad y con ello la punibilidad, pero que en otro caso conduce solo a una atenuación facultativa de la pena⁽³²⁾. El supuesto más característico del error de prohibición es la creencia equivocada de que el hecho no está prohibido, sea porque el autor no conoce la norma jurídica o la conoce mal. Debe señalarse que no cualquier error de prohibición excluye la culpabilidad, ni entre los autores que sostienen la concepción finalista de la acción ni entre los causalistas que admiten su aptitud exculpatoria. Para que la ignorancia o el error de prohibición operen como

(30) *Ibidem*, p. 227.

(31) *Ibidem*, p. 228.

(32) *Ibidem*, pp. 228-229.

causa de impunidad no tiene que haber sido exigible al autor, de acuerdo con sus pautas (personales, culturales, sociales) el conocimiento de la antijuridicidad de su acción⁽³³⁾.

El error de prohibición es el que recae sobre la licitud de la actividad desarrollada, es ignorar que se obra en forma contraria a derecho, es no saber que se está contraviniendo el ordenamiento jurídico. Este tipo de error, por recaer sobre la licitud o ilicitud del acto, repercute en la culpabilidad, pues quien tiene un equivocado concepto respecto de la licitud de su actuar, carece de conciencia de la antijuridicidad, que es un elemento de la culpabilidad.

Wolfgang Frisch analiza el tema partiendo del injusto de decisión, indica que habrá errores que hacen a la representación del hecho, circunstancias que se hallan en el ámbito del tipo, que harán desaparecer el injusto doloso. Por otra parte, existe un error sobre la prohibición de la conducta, la suposición errónea de normas permisivas o la suposición de causas de exclusión de culpabilidad. "Estos errores no afectan al injusto de decisión y no son, por tanto, causa de exclusión del injusto, ni siquiera en el sentido, el único que aquí interesa, de causas que excluyen el específico injusto doloso. Quien así actúa se decide, en el sentido específico tomado en cuenta en los delitos dolosos, según modelos de conducta que difieren de las pautas de decisión que el ordenamiento jurídico quiere preservar mediante la punición de las normas dolosas de comportamiento. Su creencia de estar obrando de manera prohibida o de poder actuar así excepcionalmente o la suposición errónea de una situación exculpante puede afectar como mucho a la facultad del Estado de exigirle una responsabilidad por su defectuosa decisión, de hacerle responsable de su quebrantamiento de la norma y la lesión de su vigencia, que al mismo iría vinculada (en caso de faltar la conminación), o de reprocharle su injusta decisión; en pocas palabras: tales errores pueden conducir como máximo a una exclusión de la culpabilidad"⁽³⁴⁾.

Desde una perspectiva finalista, Enrique Bacigalupo cita como supuestos de error de prohibición a los siguientes⁽³⁵⁾:

- a) El error sobre la existencia de la norma abstracta.
- b) El error sobre la existencia de una causa de justificación.
- c) El error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

(33) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., pp. 353-354.

(34) DONNA, Edgardo Alberto. Ob. cit., p. 228.

(35) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 354.

- d) El error sobre los límites de la necesidad (el autor obra en la creencia de que su acción era necesaria para la defensa de un bien jurídico, pero objetivamente no lo era: cree, ante un ataque, que era necesario matar al agresor, pero hubiera bastado con lesionarlo, por ejemplo).

Por su parte, según Eugenio Raúl Zaffaroni, los siguientes serían los supuestos de error de prohibición⁽³⁶⁾:

- a) El error de prohibición directo: no se comprende en forma exigible la norma prohibitiva.
- b) Se supone que hay un precepto permisivo (causa de justificación) que no existe.
- c) El error de prohibición indirecto: se supone que hay instancias de hecho que, de existir, justificarían la conducta —eximentes putativas—.

Este último autor también señala que cualquiera sea su clase, el error de prohibición tiene por efecto la exclusión de la culpabilidad del agente cuando es invencible, o su disminución en caso contrario. Añade luego que la diferencia esencial entre el error de tipo y el de prohibición radica en que en el primero el sujeto no sabe lo que hace, o sea que no realiza una conducta finalista típica (no hay congruencia entre el tipo objetivo y el subjetivo), en tanto que en el error de prohibición sabe qué es lo que está haciendo, pero no puede motivarse de acuerdo a la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión⁽³⁷⁾.

Para concluir, Zaffaroni expresa que “[l]a clasificación del error en error de Derecho y error de hecho (*error juris* y *error facti*) está desprestigiada (...) el error de tipo no es lo mismo que el error de hecho, el error de prohibición tampoco es igual al error de Derecho”⁽³⁸⁾.

IV. EL ERROR SEGÚN SU EXTENSIÓN Y SIGNIFICADO JURÍDICO: EL ERROR ESENCIAL Y EL ACCIDENTAL

Según su extensión y significado jurídico, se distingue el error en esencial y accidental:

(36) Ídem.

(37) *Ibidem*, pp. 354-355.

(38) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 545.

1. El error esencial

El error es esencial cuando impide al autor comprender la naturaleza criminal del acto que realiza. Esto solo ocurre cuando el error recae sobre un “elemento” de la figura delictiva. Esta falsa apreciación tiene el efecto de cambiar, en la mente del autor, la valoración jurídico penal de los hechos, y con ello impedirle comprender la criminalidad del acto. En los casos en que existen figuras agravadas, el error, para ser esencial, debe recaer sobre un elemento de la figura básica, pues en el caso de que verse sobre una circunstancia de las que cualifican, lo que el autor aprecia sin error es un delito. El error esencial es inculpable por lo que elimina el dolo y la culpa.

2. El error accidental

El error accidental se denomina también no esencial y deja intacta la culpabilidad. Tres son las especies de error accidental dignas de consideración. En el *aberratio ictus*, el resultado producido no es el mismo que se perseguía, sin embargo, es idéntico en su significación jurídica. Este es el supuesto de quien, queriendo matar a Juan, que es su enemigo, por su mala puntería mata a Pedro, que no lo es. En el *error in persona* el error versa sobre el objeto mismo. En la hipótesis que nos ocupa, por ejemplo, el autor hace fuego sobre una persona distinta, suponiendo que es aquella a la que se quiere herir. Error en los medios empleados o *dolus generalis*, cuando son distintos de los propuestos, pero idénticos para causar el mismo resultado. Así, por ejemplo, alguien, creyendo muerta a su víctima que solo estaba desvanecida a consecuencia de los golpes sufridos, la arroja al mar, y le produce la muerte por ahogamiento. En este caso el medio empleado es idóneo para causar la muerte. El error accidental en nada modifica la culpabilidad, se encuentra el que podemos llamar **error de adecuación**, el que, no obstante no recaer sobre un elemento de la figura básica, tiene consecuencias jurídicas. Los efectos de este error no recaen sobre la naturaleza de la culpabilidad, sino sobre su contenido de conocimiento y, consecuentemente, sobre la adecuación. Puede decirse que este error es “esencial” para la adecuación a la figura agravada. El error que recae sobre una circunstancia de agravación, deja ver sin error, lo mismo que el error accidental, un hecho delictuoso; pero mientras en el segundo caso el hecho querido y el realizado tienen para la ley el mismo disvalor, en el primero el hecho producido es más grave que el abarcado por el dolo⁽³⁹⁾.

(39) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., pp. 356-357.

V. EL ERROR EVITABLE Y EL ERROR INEVITABLE

Según cual haya sido la actitud del sujeto ante los hechos sobre los cuales ha recaído su error, este se podría distinguir en error evitable o culpable y error inevitable o inculpable⁽⁴⁰⁾.

1. El error evitable o culpable

El error evitable o culpable (culposo), como su denominación lo indica, es el error que se puede evitar cuando se procede con la debida diligencia. Nace, pues, de las mismas fuentes que la culpa: la imprudencia y la negligencia. Se comprende entonces fácilmente que tal error no puede dejar subsistente la culpabilidad dolosa. La consecuencia de esta forma de error es eliminar el dolo, quedando subsistente la responsabilidad y la pena del delito culposo, si el hecho está descrito en la ley bajo esa forma de culpabilidad.

2. El error inevitable o inculpable

El error es inevitable o inculpable cuando se ha incurrido en él no obstante haber puesto en la acción la normal diligencia requerida por la naturaleza de los hechos. Puede decirse que las denominaciones error evitable y error inevitable se corresponden con las de error culpable y error inculpable, puesto que, exigida la normal diligencia para todos los casos, si en tal actitud subjetiva el error se puede evitar, es salvable; si aun así se incurre en él, es insalvable. La condición de evitabilidad o de inevitabilidad del error no puede ser absoluta, sino que está en relación con la exigibilidad de prever, que es característica de la culpa.

VI. LAS CAUSAS PUTATIVAS DE EXCLUSIÓN DE PENA

Dentro de la teoría del error es donde deben estudiarse las **causas putativas de exclusión de pena**. Se trata del caso en que un sujeto cree actuar de modo legítimo, suponiéndose, por error con relación a los presupuestos fácticos, protegido por una causa de justificación. El caso más común es el de la defensa putativa: un individuo, creyéndose ilegítimamente agredido, reacciona con la convicción de que obra en legítima defensa. La doctrina suele llamar a estas eximentes "causas de justificación putativas". Fontán Balestra prefiere no emplear esa denominación, porque el carácter objetivo de las causas de justificación, que hacen desaparecer el delito por no existir antijuridicidad, no se da en estas eximentes fundamentadas en los efectos del error. Cabe señalar que este es uno de los supuestos que los autores finalistas citan como

(40) *Ibidem*, p. 358.

error de prohibición. En estos casos, la mente del sujeto recorre un camino más largo que en los casos comunes de error. Observa, sin error, que es un hecho con todas las características de una acción típica, pero, además, aprecia con error circunstancias que le hacen creer que el hecho es considerado lícito. Habrá que atenerse, pues, a las normas generales que se han dado para el error.

VII. TEORÍAS RESPECTO AL ERROR

Las principales teorías que nos explican el tratamiento del error en el Derecho Penal son las siguientes:

1. Teoría del dolo estricta

Esta teoría del error tiene la matriz dogmática de la escuela causalista del delito, su fundamento se da en la conciencia actual del ilícito como componente del dolo. Fue defendida en su tiempo por Binding y adaptada por otros autores tales como Johannes Nagler y Edmund Mezger. En esta teoría, los tres primeros estratos analíticos del delito, es decir, la acción, la tipicidad y la antijuricidad, conocidas como injustas, eran de carácter eminentemente objetivo, mientras que solo el cuarto estrato conocido como culpabilidad psicológica, daba lugar a un análisis subjetivo. Esta culpabilidad psicológica era el estrato conceptual en el cual se producía el análisis cognoscitivo y volitivo del sujeto, con lo cual era el lugar de tratamiento por excelencia del dolo y la culpa⁽⁴¹⁾.

Como mencionan Reinhart Maurach y Heinz Zipf, “no basta con la culpabilidad del querer en el sentido usual, sino que se precisa, concretamente, “la culpabilidad del querer maligno”⁽⁴²⁾. En consecuencia, conforme a esta concepción, el dolo desaparece en todos aquellos casos en que el autor procede sin la necesaria conciencia del ilícito. Es decir, que los efectos de este error “no solo operan en el caso del genuino error de tipo, sino además en todos aquellos en que el autor no tenía conciencia de realizar un ilícito, supuestos como la errónea concurrencia de una causal de justificación o de exclusión de responsabilidad por el hecho o cuando haya ignorado una prohibición

(41) Vide. SUEIRO, Carlos Christian; BIRRIEL, Bibiana. “La teoría del error y sus limitaciones frente a la administrativización del Derecho Penal. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 82, diciembre 2007, Normas Legales, Lima, p. 227.

(42) MAURACH, Reinhart; ZIPE, Heinz. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Teoría General del Derecho penal y estructura del hecho punible*. Trad. a la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 647.

general”⁽⁴³⁾. El error de prohibición está en un pie de igualdad con el error de tipo y exhibiría sus mismos efectos.

Esta teoría se ha visto subsumida en un sin número de críticas como el hecho de que se ha visto obligada a trabajar con ficciones y a abrir lagunas, y que en sus resultados conduce a una injusticia material. Marcelo A. Sancinetti atribuye la problemática de la vaguedad del discurso y la del manejo de abstracciones conceptuales en esta teoría, al aducir que es muy difícil que en el caso en concreto, “uno (...) pudiera calificar como indudable un error; los estrechos límites que existen en una causa penal para la apreciación de las circunstancias de hecho, conducirán a admitir casi siempre una conciencia insegura o, sino, algo menos definido, como que el autor del hecho habría tenido al menos una oscura conciencia sobre la posibilidad de que un observador objetivo impartiera un juicio de ilicitud sobre el hecho que quería cometer. Posiblemente estos estados de conciencia terminen siempre, en los hechos, presumidos por los jueces más que demostrados por los fiscales. Los límites de condiciones de punibilidad que establecen los juristas son, en gran parte, hipótesis no verificables. Cualquier sospecha –por menor que esta sea–, sobre la posibilidad de la ilicitud conduciría a un partidario de la teoría del dolo a la punición”⁽⁴⁴⁾.

2. Teoría limitada o restringida del dolo

Esta teoría también de origen **causalista**, encuentra su génesis en el proyecto Franz Gürtner de 1936⁽⁴⁵⁾ y las considerables modificaciones efectuadas por Arthur Kaufmann. Se fundamenta en la **conciencia potencial del ilícito como componente del dolo**.

Como mencionan Maurach y Zipf, esta teoría solo “se contenta con la simple potencialidad de la conciencia del ilícito sin exigir una presencia efectiva, psicológica de este”⁽⁴⁶⁾. Sancinetti alude que “la impunidad por falta de dolo ya no sería invocable si el supuesto error fuera incompatible con una sana intuición sobre lo justo y lo injusto, es decir, en una palabra, una solución para colmar el vacío de punibilidad que uno no estuviera dispuesto a

(43) Ídem.

(44) SANCINETTI, Marcelo A. “Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino”. Ponencia presentada por el autor II Congreso Universitario Nacional y I Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. 15, 16, 17 y 18 de noviembre de 1989. Argentina. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pp. 8-9.

(45) En la Alemania nazi.

(46) MAURACH, Reinhart y ZIPEF, Heinz. Ob. cit., p. 649.

admitir". En conclusión, un partidario de la teoría del dolo siempre podría evitar la impunidad de la siguiente manera⁽⁴⁷⁾:

- 1) Negando el error y afirmando una conciencia incierta suficiente para el dolo eventual, o
- 2) Recurriendo a la teoría limitada del dolo.

En pocas palabras, la teoría del dolo evitaría la impunidad penando el dolo eventual o acogiendo su modalidad limitada o restringida⁽⁴⁸⁾.

Esta teoría deja traslucir su alto nivel de vaguedad y ambigüedad al poder adecuar su estructura conceptual a una mera intuición subjetiva, al poder argumentar bajo una estructura pseudo-lógica la impunidad o criminalización cuando alguna de estas apareciera como la solución adecuada o correcta cuando estas parecieran ser a nivel ético-social, moral o axiomático⁽⁴⁹⁾.

3. Teoría estricta de la culpabilidad

La teoría de la culpabilidad estricta, es preponderantemente de corte **finalista**⁽⁵⁰⁾ con lo cual tiene sus orígenes con el advenimiento de ese modelo dogmático cuyo mentor no es otro que el doctrinario Hans Welzel. Su fundamento radica en la **conciencia potencial de la ilicitud como componente de la culpabilidad**.

(47) SANCINETTI, Marcelo A. Ob. cit., pp. 10-11.

(48) Ídem.

(49) SUEIRO, Carlos Christian y BIRRIEL, Bibiana. Ob. cit., p. 228.

(50) La teoría finalista fue desarrollada por Hans Welzel. La revisión crítica al positivismo se agudizaría con esta teoría que atacaría a la piedra angular del sistema, el concepto mismo de acción, sobre los años treinta. Sus primeros principios fundamentales son que el delito es acción, pero no causal sino final, lo que significa que el actuar humano se determina desde el fin perseguido por el autor sobre la base de su experiencia causal. Con este planteamiento la categoría de la causalidad queda integrada no sumada como en el causalismo valorativo dentro de la tipicidad. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de sus fines. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermina finalmente. Si no se toma en cuenta la finalidad del sujeto, dice la teoría comentada, la acción perdería su principal característica, convirtiéndose en un mero proceso causal. Acción es actividad final humana, no causación de resultados, la causalidad es ciega, la finalidad es vidente. La finalidad consiste en una sobredeterminación de la causalidad por la voluntad, es decir, en la dirección consciente del curso causal hacia una meta u objetivo previamente propuesto por la voluntad. El hombre se propone fines y, gracias a su previo conocimiento de las leyes naturales, puede anticipar el curso y los resultados de su actividad, dentro de ciertos límites.

La teoría del delito, nacida bajo la escuela finalista, es conocida como teoría compleja dado que sus cuatro estratos: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se ven cada uno de ellos subdivididos en un aspecto objetivo y subjetivo: ello ha facultado a la elaboración de lo que hoy conocemos como error de tipo y error de prohibición; de allí que los errores de tipo sean tratados en el estrato de la tipicidad dentro de su aspecto subjetivo, mientras que los errores de prohibición sean constados en el estrato de la culpabilidad también a nivel subjetivo⁽⁵¹⁾.

La teoría en estudio trata la conciencia de la ilicitud, no como componente del dolo, sino exclusivamente como elemento de la culpabilidad separada de aquel. El dolo pertenece al tipo, en cuanto parte subjetiva de este y en cuanto a factor de dirección de la acción⁽⁵²⁾. A diferencia de la regulación unitaria que proponía la llamada teoría del dolo —tanto estricta como limitada—, respecto del tratamiento del error, la teoría de la culpabilidad estricta trata la temática distinguiendo, como hemos indicado en el párrafo anterior, entre dos tipos de errores, a saber: por un lado, el error de tipo, el cual puede ser invencible o vencible; en el primer caso elimina el dolo y la culpa, mientras que en el segundo elimina el dolo y deja subsistente —en el caso de estar previsto— el tipo culposo; por otro lado, el error de prohibición que también se clasifica como vencible o invencible, arroja otros efectos, ya que el error de prohibición invencible, por encontrarse situado en la culpabilidad y hacer referencia a la comprensión del injusto o antijuridicidad, elimina la culpabilidad o reprochabilidad, mientras que el error de prohibición vencible solo la atenúa⁽⁵³⁾.

Como lo entendía Welzel —mentor de la teoría estricta de la culpabilidad—, un error sobre los presupuestos de las causas de justificación tenía que conducir a los efectos del error de prohibición⁽⁵⁴⁾.

4. Teoría limitada o restringida de la culpabilidad

La teoría restringida de la culpabilidad, también dentro de la órbita finalista, se alzó como otra versión frente a la teoría de la culpabilidad estricta. Su fundamento radica en la conciencia potencial de la ilicitud entre el dolo y la culpabilidad, entendiéndose que los errores como presupuestos de una causa de justificación tendrían que ser tratados con los efectos de un error de tipo. La teoría limitada o restringida de la culpabilidad es sostenida de

(51) *Ibidem*, pp. 228-229.

(52) MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Ob. cit.*, p. 650.

(53) SUEIRO, Carlos Christian y BIRRIEL, Bibiana. *Ob. cit.*, p. 229.

(54) WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. 11ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 232.

manera preponderante en la literatura jurídica aunque bajo distintas formas y con fundamentos discrepantes, a ella se adhieren Robert Von Hippel, Hellmuth Von Weber, Richard Lange, Friedrich Schaffstein, Karl Engisch, Roxín, Johannes Wessels, Hans-Joachim Rudolphi, entre otros. Para esta solución hay tres caminos posibles, como lo aludía Sancinetti⁽⁵⁵⁾:

4.1. Partir de la teoría de los elementos negativos del tipo (finalismo monista)

La teoría de los elementos negativos del tipo, si bien parte de la escuela dogmática finalista, nace bajo una concepción monista (tipicidad) de los imperativos, a diferencia del finalismo tradicional que parte de una concepción dualista (tipicidad-antijuridicidad). Esta teoría entiende que el "injusto consta de dos partes: la positiva equivalente al tipo en sentido tradicional y la negativa concebida como exigencia de que no concorra causa de justificación. La suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación supone un error de tipo negativo, y por lo tanto, relativo al tipo total de injusto (tipo positivo más tipo negativo), pero ello solo en lo atinente a errores sobre la situación fáctica (presupuestos objetivos de la justificante). El error de prohibición indirecto o de permiso es siempre un error de Derecho y debe tratarse en la culpabilidad"⁽⁵⁶⁾.

4.2. Teoría del tratamiento analógico (funcionalismo sistémico)

La aceptación actual de la teoría de la culpabilidad limitada obedece, más bien, a la opinión de decidir el sistema de la teoría del error, utilizando un criterio puramente conceptualista para resolver una cuestión meramente político-criminal. Para esta teoría, el error de prohibición sobre presupuestos justificantes debe ser tratado como si fuera un error de tipo, dado que propugna una analogía *in bonam partem*⁽⁵⁷⁾. Con lo cual produce las mismas consecuencias que la teoría de la culpabilidad restringida o limitada.

(55) Citado por SUEIRO, Carlos Christian; BIRRIEL, Bibiana. Ob. cit., pp. 229-231.

(56) FREELAND LÓPEZ LECUBE, Alejandro. "Problemas de la legítima defensa: errores y excesos". *Jurisprudencia Argentina*. T. II, Comentario al fallo, causa "Piperno", 1995 p. 283.

(57) El principio de prohibición de analogía se encuentra encajado en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal de la siguiente manera: "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde". Asimismo, el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional: "El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos". Esta norma rectora es la consecuencia del principio *nullum crimen nulla poena, sine lege stricta*. Supone que el juez no puede asumir función de legislador, se constituye como una garantía de la administración de justicia. Como la ley solamente puede crear delitos y penas, entonces la analogía, la costumbre, la doctrina y los principios generales del Derecho no están autorizados para elaborarlos. En un Estado Democrático de Derecho se prohíbe la creación, mediante la analogía,

4.3. La teoría del injusto personal (posfinalismo o subjetivismo monista)

Esta teoría se funda en un criterio estrictamente subjetivista. Su creador, Diethart Zielinski, parte de la concepción de que la voluntad de realización del tipo ya fundamenta la realización del tipo doloso, aunque el autor —solo por un grosero error— haya creído que concurrían las circunstancias del tipo; así también entiende que la voluntad de actuar sobre la base de presupuestos de una causa de justificación tiene que hacer operar el supuesto permisivo, ello debido a la fuerza de representación que posee la norma. Así, norma prohibitiva y norma permisiva se comportan como fenómenos paralelos, su operatividad depende siempre de aquella representación que ha tenido el autor acerca de lo que sucede⁽⁵⁸⁾. En síntesis, “el error sobre presupuestos de causa de justificación no excluye el dolo pero sí excluye su ilicitud, porque la voluntad de actuar sobre la base de circunstancias justificantes excluye la antijuridicidad del dolo (justificación). Esta conclusión es idéntica sea el error evitable o inevitable. Pero si es evitable reaparecerá el ilícito no doloso, sino de la imprudencia por haber infringido el deber de examen”⁽⁵⁹⁾.

5. El juicio de evitabilidad del error

En su trabajo, Maximiliano Rusconi busca demostrar cómo conceptos acuñados por la dogmática solo encuentran contenido material bajo preceptos normativos de índole político criminal. Un claro ejemplo de ello queda establecido cuando hace referencia al juicio de evitabilidad del error.

Según el mencionado autor, “la evitabilidad es solo una forma resumida y poco precisa de referirse a un conjunto de casos en los cuales a pesar de que el sujeto activo cometió un error de prohibición, este error “debe imputarse a la cuenta del autor”, es decir, aquí también se trata no ya de encontrar datos ontológicos, sino de ofrecer un sistema (o subsistema) normativo político criminal de imputación, por consiguiente, “el problema reside más en la

de un Derecho Penal paralelo o alternativo al creado por el legislador. La analogía perjudicial para el inculpaado (*analogía in malam partem*) que es la que extiende los efectos de la punibilidad es la prohibida. Mientras que la analogía favorable (*analogía in bonam partem*) es aceptada a través de la interpretación, ya que en el Derecho Penal siempre se aplica lo que más favorece al reo; por ejemplo: una interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes de la pena o causales personales de exclusión de punibilidad.

(58) Vide. SUEIRO, Carlos Christian y BIRRIEL, Bibiana. Ob. cit., p. 230.

(59) SANCINETTI, Marcelo A. Ob. cit., p. 16.

definición de los criterios político criminales para reprobar un error, que en discutir cuando se da la evitabilidad como algo tangible⁽⁶⁰⁾.

Es así que una elaboración puramente dogmática como el juicio de evitabilidad del error lleva a interrogantes político-criminales tales como si existe un **deber general de información**, lo cual ha sido respondido en forma negativa por gran parte de la doctrina.

Bacigalupo entiende que “debe rechazarse la posibilidad de definir la evitabilidad del error mediante la infracción de un deber de informarse (...) el incumplimiento de tal deber no tiene por qué determinar la evitabilidad del error, pues no es posible concluir en forma totalmente segura que si el autor le hubiera dado cumplimiento hubiera alcanzado el conocimiento correcto de la relación entre acto y orden jurídico⁽⁶¹⁾”.

La existencia de un deber general de información no ha sido el único intento político criminal por llenar de contenido a la categoría dogmática del juicio de evitabilidad del error. También se ha aludido a la tesis del **esfuerzo de conciencia** y la **afectación del principio básico de ética social**. En cuanto al primero, nadie puede asegurar que las valoraciones del autor coincidan con las del legislador. Frente a esta crítica se corrigió la tesis exigiéndole al autor que aún en contra de su convicción afirme aquellas representaciones valorativas de su entorno. Pero ello no resulta suficiente, ya que como expresa Rusconi “las representaciones valorativas del entorno no se logran con una reflexión interna de conciencia sino ejerciendo las actividades que permiten aumentar el nivel de información sobre la valoración social de la conducta⁽⁶²⁾”.

Frente al fracaso de este criterio, la doctrina comenzó a considerar como presupuesto válido para distinguir cuando un error es evitable o no, el recurrir a la afectación de normas ético-sociales fundamentales. Esta tesis, ha resultado muy limitada y por sobre todo deja entrever un sin número de falencias como alude Rusconi: “en primer lugar, solo es posible acudir a las normas de ética social elementales, justamente, en aquellas situaciones en las cuales se superponen perfectamente derecho y moral (...) nace para solucionar del peor modo, solo un pequeño grupo de casos llamados de derecho penal convencional⁽⁶³⁾”.

(60) RUSCONI, Maximiliano Adolfo. “Política criminal y error de prohibición”. En: *Revista Guatemalteca de Ciencias Penales Justicia Penal y Sociedad*. N° 6, Año 4, Managua, 1997, p. 73.

(61) BACIGALUPO, Enrique. “El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición”. En: *Revista de Derecho Privado*. Tomo V, Vol. I, Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal 1983. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 1985, p. 83.

(62) RUSCONI, Maximiliano Adolfo. Ob. cit., p. 78.

(63) *Ibidem*, p. 81.

La teoría del error se ve altamente limitada frente a una legislación que tiende a recurrir a la presunción del dolo o al criterio de responsabilidad objetiva. De poca relevancia práctica resultará debatir si se adhiere a una **teoría de la culpabilidad estricta** en donde los errores sobre las causa de justificación son tratados como legítimos errores de prohibición o a una **teoría de la culpabilidad limitada o restringida** en donde los errores sobre la justificante son vistos como errores de tipo, frente a una legislación que aduciendo interdisciplinariedad con otras ramas del derecho y un alto grado de complejidad no concibe el tratamiento de error alguno que aducir⁽⁶⁴⁾.

Una certera solución a la teoría del error no puede verse limitada a una discusión intrasistemática dentro de las diversas escuelas dogmáticas, sino que la cuestión reside en definitiva en qué postura político-criminal desea adoptarse.

La adopción de un modelo filosófico-epistemológico positivista implicará a nivel de la **teoría de la pena** (penología), la adopción de teorías absolutas (teoría retributiva y teoría de la expiación)⁽⁶⁵⁾ o relativas (teoría de la prevención especial positiva y negativa y prevención general positiva y negativa)⁽⁶⁶⁾; a nivel **criminológico**, la instauración de una escuela clásica positiva o sociológica; y a nivel **dogmático**, el advenimiento de un modelo causalista, funcionalista o posfinalista, lo que implica, como consecuencia, la adopción de la teoría del dolo estricta y limitada (causalismo) o la teoría de la culpabilidad limitada o restringida (posfinalismo-funcionalismo)⁽⁶⁷⁾.

Mientras, que la adopción de un modelo filosófico-epistemológico no positivista implicará a nivel de la **teoría de la pena**, la adopción de un

(64) SUEIRO, Carlos Christian; BIRRIEL, Bibiana. Ob. cit., p. 235.

(65) Las teorías absolutas atienden solo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la **retribución**, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena.

(66) Las teorías relativas atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general: a) **Las teorías de la prevención general**, ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de los delitos. Su principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, que consideraba la pena como una "coacción psicológica" que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos. La prevención general considera que la pena serviría para intimidar a todos los individuos con la finalidad que no cometan delitos. Se trataría de una prevención que no actúa frente al delincuente sino frente a la colectividad. b) **Las teorías de la prevención especial**, ven al fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. Su principal representante fue otro gran penalista alemán Von Liszt, quien consideró al delincuente como el objeto central del Derecho Penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento.

(67) *Ibidem*, p. 231.

modelo agnóstico minimalista⁽⁶⁸⁾ o abolicionista⁽⁶⁹⁾; a nivel **criminológico**, la inserción en una escuela de la de criminología crítica⁽⁷⁰⁾, control social, teoría del conflicto o realismo de izquierda y de derecha, lo cual desembocará a nivel **dogmático** en una escuela finalista respetuosa de los límites óntico-ontológico de sus construcciones conceptuales, lo que deviene a nivel de la teoría del error en hacerse tributario de la teoría estricta de la culpabilidad⁽⁷¹⁾.

Sin embargo, más allá de poder efectuar esta sistematización —como ya hemos aludido—, en ningún caso esta nos ofrecerá una solución final a la discusión sobre las teorías del error. Solo podrá encontrar una solución tentativa y relativa dentro de las políticas de Estado y netamente dentro de la política criminal.

VIII. LA IGNORANCIA DELIBERADA

El sujeto que prefiere mantenerse en el desconocimiento para no ser implicado en la realización de un delito, pese a sospechar que puede favorecer conductas ilícitas de terceros, se mantiene **voluntariamente** en un estado de ignorancia; por ejemplo: el testaferro profesional que, a cambio de una retribución, acepta figurar como administrador formal de cientos de sociedades de las que no le importa lo más mínimo la actividad real o quiénes son sus verdaderos gestores; o el sujeto que, para evitarse problemas, da instrucciones a sus

(68) El minimalismo o Derecho Penal mínimo es una orientación “reduccionista” elaborada por el exponente de la escuela penal de Frankfurt, Winfried Hassemer. De acuerdo a la corriente mencionada, dignos de ser considerados bienes jurídicos serían solo un reducidísimo círculo de bienes individuales, como la vida, la salud, la libertad personal, el honor, la propiedad y el patrimonio; solo estos tendrían las condiciones para el desarrollo de la persona humana —serían “bienes en sentido personalístico”—, y solo su ofensa causaría víctimas de carne y hueso. En 1985, Luigi Ferrajoli publica el artículo *Il Diritto penale minimo*, donde traza las líneas maestras de su personal construcción. Derecho Penal mínimo y garantismo son, en el pensamiento de Ferrajoli, las dos caras de una misma moneda, reflejan no solo el mayor grado de tutela de las libertades individuales ante el arbitrio punitivo, sino también un ideal de racionalidad y certeza que excluye del Derecho Penal toda responsabilidad de límites inciertos e indeterminados. El Derecho Penal mínimo se opone al Derecho Penal máximo, cuya certeza consiste en que ningún culpable de delito escape a su pena, aun a riesgo de arrastrar, en esta búsqueda implacable, a los inocentes.

(69) El abolicionismo efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo. Desde los años 70 se plantea la eliminación total del control penal por el criminólogo holandés Louk Hulsman, bosquejo seguido también por los estudiosos noruegos Thomas Mathiesen y Nils Christie, así como por la profesora francesa Jacqueline Bernat de Celis, Heinz Steinert y Herman Bianchi de Holanda, entre otros. Los abolicionistas proponen abolir las cárceles y el Derecho Penal y sustituir dichos instrumentos con intervenciones comunitarias e institucionales alternativas. Consideran que en una sociedad con profundas desigualdades en las relaciones de poder, el sistema penal contribuiría solo a reforzarlas; por el contrario, dichas desigualdades podrían disminuir si se recurriera sobre todo a prácticas informales y comunitarias de autogestión y resolución de los conflictos y problemas sociales.

(70) Crítica al Derecho Penal.

(71) Ídem.

empleados de que rechacen la entrega de cualquier tipo de notificación futura que pueda provenir de la administración; o, por fin, de quien recibe una importante cantidad de dinero a cambio de transportar una maleta a otra ciudad y prefiere no preguntar exactamente qué es lo que se aloja en el interior.

En el Derecho Penal moderno la atribución de responsabilidad por la realización de una gran mayoría de comportamientos penalmente prohibidos, requiere que el sujeto sea conocedor de aquellas características objetivas de su hecho que lo convierten en penalmente típico. Dicho a la inversa, el conocimiento insuficiente o el error son causas de exención de responsabilidad, salvo en aquellos casos excepcionales en los que se prevé expresamente el castigo de las conductas realizadas sin dicho conocimiento, como sucede en los delitos imprudentes⁽⁷²⁾.

Supuestos en los que una persona renuncia deliberadamente a conocer (o a conocer mejor) determinadas circunstancias de su conducta, suele reconducirse a aquella modalidad de dolo denominada “dolo eventual”⁽⁷³⁾ pues, pese a su renuncia a conocer, en tales casos el sujeto cuenta ya con un conocimiento básico suficiente para atribuirle tal forma de dolo; así, por ejemplo, en el caso de que una persona reciba una importante cantidad de dinero a cambio de transportar una maleta a otro país, bastará con que el acusado haya sido consciente de la posibilidad de estar transportando droga para entender que ha obrado dolosamente, aun cuando no haya llegado a cerciorarse plenamente de todas las características concretas de la sustancia ilícita (naturaleza, peso y pureza) que constituye el objeto del delito⁽⁷⁴⁾.

El amplio alcance del dolo como modalidad de imputación subjetiva, que abarca desde los casos de auténtica intención hasta aquellos supuestos en los que el sujeto simplemente se representa el riesgo de realización típica, permite evitar que la gran mayoría de tales supuestos permanezca impune; sin embargo, la inclusión de los supuestos de mera representación de la posibilidad en el concepto de dolo plantea dos grandes problemas: en primer lugar, el que se cobijen bajo un mismo título de imputación subjetiva —y, en principio, se castiguen con la misma pena— supuestos muy distintos desde el punto de vista del grado de implicación subjetiva del sujeto en el hecho: así, para

(72) RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “La doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”. En: *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Libro homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 380.

(73) El dolo eventual, también denominado condicionado se produce cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad. Ejemplo: la persona que le tira una flecha a un sujeto que tiene una manzana sobre la cabeza; si lo hiere o mata habrá actuado con dolo eventual.

(74) *Ibidem*, pp. 383-384.

el planteamiento dominante parece resultar igual de grave el comportamiento de quien transportara droga, siendo perfectamente consciente de ello que el de quien se plantea como posible tal circunstancia, del mismo modo que se trata igual a quien mata o hiere a otro con intención de hacerlo que a quien realiza un comportamiento peligroso para la integridad o vida ajenas siendo consciente del riesgo, pero sin desear el resultado lesivo. Y, como segundo problema, no queda clara la solución que se propone para aquellos supuestos en los que, de manera intencionada, el sujeto haya evitado adquirir incluso aquellos conocimientos mínimos que requiere el dolo eventual, es decir, los supuestos que pueden denominarse como de "ignorancia deliberada *stricto sensu*"; aunque tales casos no sean tan frecuentes como los de quien albergando sospechas iniciales (suficientes para el dolo eventual) prefiere no profundizar en ellas, no puede de ningún modo descartarse que se presenten en la práctica; por ejemplo: el testaferro que aceptase figurar como administrador formal de cientos de sociedades de las que nada conoce si mucho tiempo más tarde sabe que una de ellas ha sido empleada por su administrador para cometer un delito de comisión muy poco frecuente⁽⁷⁵⁾.

El planteamiento mayoritario considera que la falta de conocimiento —siquiera eventual— de la concurrencia en un determinado comportamiento de los elementos de una figura delictiva impide considerar el hecho como doloso, lo que lleva a la impunidad o, cuando la ley lo permita, a castigar la conducta como imprudente. Sin embargo, en casos como los expuestos, en los que el sujeto ha decidido permanecer en la ignorancia, tal conclusión parece insatisfactoria y no deja de resultar extraño afirmar que, quien ha evitado conocer está en una situación de error o ha actuado de manera negligente.

Cabe plantearse cuál debe ser el tratamiento de los casos de representación del riesgo en los que no concurre intención de menoscabar el interés protegido. Tanto en los casos de mero conocimiento como de desconocimiento se advierte una indiferencia hacia el valor lesionado; en el primer supuesto porque el sujeto no desiste de sus planes pese a ser consciente de que estos entrañan un riesgo de lesión; y en el segundo porque el interés lesionado importa tan poco al sujeto que este, ni tan siquiera se da cuenta de que lo pone en peligro. Con todo, entre ambas situaciones existe una distinción que radica en el hecho de que mientras en el caso del conocimiento la indiferencia tiene como referente concreto el objeto de protección, en el caso de desconocimiento tal indiferencia se manifiesta, de manera más difusa, respecto a todos

(75) *Ibidem*, pp. 384-385.

aquellos intereses susceptibles de ser lesionados. Esta sutil diferencia puede explicar que se traten de manera distinta el dolo eventual y la imprudencia⁽⁷⁶⁾.

Los casos de ignorancia deliberada *stricto sensu* parecen situarse en una situación intermedia, especialmente cuando el sujeto ha partido de la sospecha inicial de que podía lesionar algún interés indeterminado, pero tal sospecha no ha resultado ser para él un motivo suficiente para confirmar la existencia de tal riesgo y, llegado el caso, evitar la conducta lesiva. Por otra parte, a efectos de valorar en estos casos la necesidad de sanción parece indispensable tener en cuenta también las razones que han llevado al sujeto a no querer profundizar en sus sospechas. En tal sentido conviene diferenciar entre los casos de **ignorancia deliberada atribuible a debilidad mental** de aquellos casos en los que el individuo ha buscado beneficiarse de su estado de ignorancia para eludir responsabilidades.

David Luban⁽⁷⁷⁾ diferencia entre dos modelos de ignorantes deliberados: por un lado, el que puede ser visto como un **avestruz**, esto es, como un débil moral que trata de negarse a sí mismo el hecho de que se enfrenta a un dilema de naturaleza también moral, en cuyo caso su actitud parece menos grave que la actuación con conocimiento cierto sobre los datos relevantes de la propia conducta; y, por otro lado, el sujeto que merece ser equiparado a un astuto **zorro**, es decir, alguien que ha optado decididamente por llevar a cabo una conducta ilícita y que ha buscado la propia ignorancia solo como una excusa para protegerse frente a posibles declaraciones de culpabilidad. En este caso, sostiene Luban, la ignorancia podría considerarse incluso como más grave que el mero conocimiento, pues añade a la conciencia un elemento de cálculo obstinado que la hace más culpable.

En estos últimos supuestos se aprecia una necesidad de pena superior a la de los casos normales de negligencia por dos grandes razones. En **primer lugar**, porque desde un punto de vista expresivo no solo cabe valorar el desconocimiento, sino los motivos que han llevado a él: no en vano, un observador medio nunca diría que quien ha querido mantenerse en la ignorancia se encuentra en una situación de error, máxime si partía de la sospecha inicial de que su comportamiento podía lesionar algún interés —ciertamente no concretado— colectivo o de otro sujeto. Y, en **segundo término**, porque si semejantes casos quedan en la impunidad, la pena estará dejando de cumplir su

(76) *Ibidem*, pp. 394-395.

(77) *Ibidem*, p. 395.

función de provocar el fracaso del delincuente en situaciones en las que, sin embargo, este habrá alcanzado su propósito criminal⁽⁷⁸⁾.

Sin embargo, es importante señalar que el criterio de la “ignorancia deliberada” no sería compatible con la garantía constitucional de la presunción de la inocencia, ni con las exigencias del principio de culpabilidad con rango constitucional, ya que existe el riesgo de que esta fórmula pueda ser utilizada para eludir la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual o para invertir la carga de la prueba, creando así una presunción del dolo y no dando cabida a la aplicación del *in dubio pro reo*⁽⁷⁹⁾.

La ignorancia deliberada es una actitud subjetiva que sirve para burlar el sistema punitivo, pero no equivale al dolo eventual. Exigiendo que el interviniente tenga un conocimiento y tome conciencia, por la inferencia de una serie de indicios, de que puede estar incluido dentro de una trama delictiva si actúa, sería suficiente para firmar el dolo eventual o la imprudencia, sin necesidad de que fijemos un nivel de concreción que exija que tenga que saber en qué delito preciso está colaborando o quiénes conforman la red delictiva en la que el sujeto se inserta. En consecuencia, hay que reevaluar el nivel de conocimiento que se debe exigir para firmar el dolo en esos casos concretos que presentan unas características distintas a la delincuencia tradicional. Y en cuanto al elemento volitivo en el dolo eventual no es necesario tampoco que el favorecedor tenga que querer y desear que el autor cometa un delito en concreto, sino que habrá voluntad, porque no puede excluir su aceptación, desde el momento que decide actuar conociendo que hay grandes probabilidades de que esté facilitando el hecho delictivo de otro⁽⁸⁰⁾.

La ignorancia deliberada nace de un deber de diligencia o de cuidado, desde el momento en que el sujeto es consciente de que puede estar favoreciendo el hecho delictivo de un tercero. Este deber de diligencia consiste en cerciorarse de que su conducta no favorece ningún tipo de conducta de tercero: el ciudadano, en la sociedad del riesgo y globalizada, tiene un deber de diligencia intensificado ante la existencia de determinados indicios⁽⁸¹⁾.

En tales circunstancias parece imponerse una evolución hacia un sistema que acoja un mayor número de modalidades de imputación subjetiva que

(78) *Ibidem*, p. 395-396.

(79) RODO CAÑADILLAS, Raquel. “Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada”. En: *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Libro homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 432.

(80) *Ibidem*, pp. 435-436.

(81) *Ibidem*, pp. 436-437.

permitan captar adecuadamente las peculiaridades de cada caso y otorgar un tratamiento más proporcionado en las consecuencias.

IX. LA PREVISIÓN DE LA CAUSALIDAD Y DEL RESULTADO

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni señala qué nexo causal y resultado físico deben ser previstos por el autor. Indica que lo que el dolo requiere no es un conocimiento efectivo de la manera en que los hechos se han desarrollado, porque sería lógicamente imposible, ya que ese conocimiento puede ser posterior al resultado. Exige una previsión del nexo causal y del resultado, que para el autor siempre serán acontecimientos futuros, que pueden preverse mas no conocerse, por mucha que sea la certeza de la previsión y aunque haya una absoluta confirmación a posteriori (sé que las piedras caen hacia abajo, pero, lo más que puedo afirmar acerca de la que ahora tienes en la mano es que muy probablemente, si la dejase, caería hacia abajo)⁽⁸²⁾. El mencionado autor señala que “la previsión de la causalidad es humanamente imposible exigirla en todos sus detalles, por lo que nos debemos conformar con su previsión en líneas generales, o sea, con una previsión que haya sido suficiente para otorgar al autor la dirección final del acontecer externo, de lo que se ve privado cuando este sigue un curso por entero diferente o separado del previsto, aunque desemboque en el mismo resultado”. Zaffaroni continúa indicando que la imposibilidad humana de previsión absoluta se funda en dos circunstancias obvias⁽⁸³⁾:

- a) La primera es que la ciencia no tiene la posibilidad de prever todos los resultados y procesos causales.
- b) La segunda es que el común de las personas ni siquiera posee ese conocimiento científico.

Respecto del conocimiento científico de la causalidad, le basta también al tipo aquí una “apreciación paralela en la consciencia del profano en ciencias causales” o “causal-explicativas”. Sosteniendo aquí que es importante la “teoría de la adecuación”, que era una de las que limitaba la causalidad prescindiendo del dolo. A este respecto formula una aclaración: Si bien por cierto no puede negarse que la teoría de la adecuación puede ser útil prefiere llamar a lo que el dolo requiere en general “apreciación paralela del profano”, denotando con ello la previsión con base en el conocimiento que de la

(82) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 325.

(83) Ídem.

causalidad tiene el común de la gente. Lo prefiere así, porque esa limitación no es objetiva, toda vez que acompaña al dolo, y la medida del conocimiento de la causalidad la dará el dolo mismo en cada caso. Por sobre ese conocimiento paralelo cualquier conocimiento es mayor o puede ser relevante, pero por debajo de él no habrá dolo, siempre y cuando el desconocimiento de la causalidad sea tal que le haga perder a la conducta su finalidad típica elegida y programada⁽⁸⁴⁾.

Zaffaroni también enseña que “el conocimiento de la causalidad puede tenerlo el autor en menor medida que el común de la gente (puede creer que la electricidad es un espíritu maligno, en tanto que el común de la gente sabe que es una forma de energía), y sin embargo comportarse dolosamente (electrocutar a alguien, porque sabe que el espíritu que ‘vive en los cables’ mata). Inversamente, puede tener un conocimiento mayor que el común de la gente y no comportarse dolosamente (haber previsto la causalidad y haber rechazado la imaginaria producción del resultado, culpa consciente). Finalmente, puede que la conducta particular demuestre que hubo un conocimiento superior al del común y que precisamente por ese conocimiento la conducta es dolosa (el médico que lesiona a un sujeto –lesión leve– pero que sabe que a causa de la disposición física del sujeto esa lesión le causará a los meses una seria complicación –lesión grave o gravísima– o la muerte). Las variantes que pueda tener el desarrollo de la causalidad, que no alteren la programación general que del acontecer físico haya hecho el sujeto, no eliminan el dolo. Es típica la conducta del que mata a un sujeto con un arma blanca, tanto si el sujeto muere porque la herida le interesó el músculo cardíaco, como si muere a las pocas horas por una hemorragia interna o por una complicación de la enfermedad. No será típica en lugar, si sometido el paciente a una intervención quirúrgica, el médico anestesista yerra y le inyecta una dosis de aire en las venas, causándole la muerte. Esta circunstancia no puede ser alcanzada por las variables del programador. Por supuesto, la conducta será atípica de homicidio, sin perjuicio de que sea típica de lesiones o de tentativa de homicidio, y en otros casos en que la previsión de la causalidad es errada, de la posible tipicidad culposa de la conducta”⁽⁸⁵⁾.

En muchos de los supuestos mencionados, Zaffaroni indica que se suele hablar de “interrupción” o “ruptura” de la cadena o curso causal. Este autor entiende que “estas expresiones son equívocas –e incluso totalmente incorrectas– porque en casos en que la causalidad va más allá o por otro sendero que lo programado por el dolo, lo que se interrumpe no es la causalidad sino el

(84) *Ibidem*, pp. 325-326.

(85) *Ibidem*, p. 326.

dolo, esto es, su previsión correcta. La causalidad no se quiebra porque yo la prevea o deje de preverla, ella continúa y desemboca en un resultado, que a su vez será causa de otro, y así al infinito. Lo que necesariamente tiene que interrumpirse en algún momento es mi previsión de ese acontecer”. En cuanto a la expresión “desviación del curso causal”, este autor señala que resulta más o menos clara si se toma en cuenta que “desviación” es un concepto relativo (siempre que “algo” se desvía es con referencia a otro “algo”), y por ende de lo que el curso causal se desvía es de la forma en que habría sido programado por el autor. Si la desviación es tal que no puede considerarse dentro de las variables programáticas aceptadas, la conducta restará atípica (del tipo doloso al menos). El mencionado autor culmina indicando que la previsión del resultado es lógicamente necesaria para la configuración del dolo, pero no basta por sí si no se acompaña de una previsión de la causalidad que no se aparte sustancialmente –esto es, que pueda considerarse incluida– en la programación de la causación de ese resultado por parte del autor⁽⁸⁶⁾.

(86) *Ibidem*, pp. 326-327.

CAPÍTULO II

EL ERROR SOBRE EL CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO: EL ERROR DE TIPO

La doctrina ha denominado error de tipo al error o falta de representación que recae sobre algún elemento configurador del tipo penal objetivo (verbi-gracia, en el artículo 185 del Código Penal el tipo objetivo del delito de hurto se configura con los elementos: el que se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra; en el artículo 106 del Código Penal el tipo objetivo del delito de homicidio se configura con el elemento: el que mata a otro; en el artículo 173 del Código Penal el tipo objetivo de la violación sexual de menor se configura con los elementos: el que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de 14 años de edad)⁽⁸⁷⁾. Este error parte del principio de que el dolo requiere del conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo; si se carece del conocimiento de uno o de todos esos elementos al realizar la acción objetivamente típica, el dolo quedaría excluido.

El dolo está integrado por dos elementos: el conocimiento y la voluntad de concretar el tipo. El conocimiento se refiere a los elementos del tipo objetivo, a saber, la acción que en realidad se está realizando y sus modalidades, el resultado que se alcanzará con la misma, el nexo causal existente entre ese resultado y la actividad desarrollada, y las condiciones de la autoría. Es en este conocimiento donde el sujeto incurre en error y ello tiene repercusión o puede tenerla en el tipo al excluir el dolo. Si el sujeto ignora o tiene un falso concepto acerca de lo que hizo, de cómo se iba a desarrollar su actividad o de sus consecuencias, no podría darse el dolo⁽⁸⁸⁾.

(87) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. "Error de tipo - Error de prohibición". En: AA.VV. *Código Penal comentado*. Tomo I. José Luis Castillo Alva (Coord.). Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 467.

(88) Vide. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., pp. 93-94.

En el hecho, el sujeto que incurre en un error de esta clase no quiere realizar el tipo que en la materialidad concreta, por ello no obra con el dolo exigido por la figura penal. En otros términos, el sujeto, al realizar la acción, “ignora o cree erróneamente que no concurre en su conducta un elemento del tipo”; por consiguiente, no puede haber dolo, sin perjuicio de que subsista la culpa si por su imprudencia o negligencia incurre en este error. Existe también el denominado error al revés, que se da cuando el sujeto quiere realizar un acto típico y por error realiza uno de menor gravedad o uno atípico: se da en la tentativa y en el delito frustrado, por ejemplo, donde por una equivocada apreciación de los hechos el delincuente que quiere cometer un delito, fracasa; no obstante, debe responder por su tentativa (Juan, enojado con su socio, con el objetivo de lesionarlo le dispara un balazo, pero no apunta bien y no lo hiere; comete delito frustrado de lesiones punibles). Esta es una situación inversa a la del error de tipo, donde el sujeto no pretende cometer un delito y por error comete uno, o cuando queriendo cometer uno de menor gravedad, incurre en uno de mayor gravedad (quería provocar el aborto de la embarazada, pero maniobra equivocadamente y causa su muerte)⁽⁸⁹⁾.

El error de tipo se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal peruano de la siguiente manera:

“El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley”.

I. DEFINICIÓN DEL ERROR DE TIPO

El error de tipo recae sobre alguno de los elementos necesarios para que un comportamiento sea penalmente relevante, para que pueda subsumirse en alguna infracción penal. Puede ser que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico, que existe objetivamente (falta de representación), o lo comprenda de manera diferente de lo que es en la realidad (representación falsa)⁽⁹⁰⁾. El sujeto ignora que en su conducta concurren todos o alguno de los elementos que definen un tipo penal.

(89) Ídem.

(90) Vide. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Trad. de Miguel Olmedo Cardenote, Comares, Granada, 2002, p. 329. Vide. también BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*. Tomo I (Derecho Penal. Parte general). Ara, Lima, 2004, p. 645.

El error puede recaer sobre cualquiera de los elementos descriptivos o normativos del tipo objetivo. Si el agente ha percibido equivocadamente un elemento típico, el error recaerá sobre los elementos descriptivos, pero si el agente careció de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recaerá sobre los elementos normativos⁽⁹¹⁾. Se trata, en consecuencia, de una condición que concierne al aspecto cognitivo del dolo: la conciencia. El agente no comprende, en el contexto social y jurídico en el que se encuentra, el sentido material de su comportamiento; de esta manera, desconoce que su conducta se adecúa a un tipo legal⁽⁹²⁾. En efecto, en el error de tipo el agente obra sin conocer el sentido social del comportamiento que está realizando (por ejemplo, en el caso del hurto el sujeto puede tener una representación incorrecta sobre la ajenidad del bien que sustrae del lugar donde se encuentra, puede pensar que es de su propiedad; en el caso del homicidio el sujeto puede creer que dispara sobre un animal cuando en realidad lo hace sobre una persona, dándole muerte; en el caso de la violación sexual de menor puede pensar que la persona con la que se tiene acceso carnal tiene más de 14 años de edad)⁽⁹³⁾.

II. EL ERROR DE TIPO EN LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS DEL DELITO

El elemento intelectual del dolo debe abarcar todas las circunstancias que integran la descripción del delito, aunque únicamente en sus rasgos esenciales, pues es imposible para el hombre común conocer todos los detalles de la realidad, basta con saber que se dispara contra una persona y que ella va a morir a consecuencia de dicho disparo, pero no los procesos físicos y biológicos que el disparo causa para conducir a la muerte del herido; o en otro ejemplo, para cometer la violación sexual de menor tipificado en el artículo 173 del Código Penal, basta con saber que se accede carnalmente a una niña notoriamente impúber, no la fecha de nacimiento de esta. También, cuando la ley agrega circunstancias para atenuar o agravar la pena de un delito (como es el caso del parentesco, que transforma el homicidio simple del artículo 106 en parricidio del artículo 107 del Código Penal⁽⁹⁴⁾), es necesario el conocimiento de dichas circunstancias para afirmar la tipicidad del delito así calificado,

(91) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, 2006, p. 361.

(92) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2005, p. 468.

(93) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., p. 467.

(94) Artículo 106 del Código Penal.- El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

aplicándose el mismo principio anterior: para cometer un parricidio basta saber que se mata a quien se conoce como el padre, por ejemplo, no los procesos fisiológicos que determinaron su paternidad. En definitiva, como en la comunicación social el significado de las cosas está también determinado por el contexto en que ellas existen o suceden, no se puede hablar de dolo si el sujeto no entiende el significado de su acto en la vida social. En otras palabras, para obrar con dolo debe el sujeto conocer el significado de su hecho en el “mundo de la vida”, pero no es suficiente un saber potencial para satisfacer la exigencia intelectual del dolo, es necesario traspasar efectivamente “el umbral de la conciencia”. Por cierto, esto no significa que se requiera una conciencia enteramente “despierta” en todos los detalles, basta una conciencia “atenuada” e imprecisa. Tampoco es indispensable, para la existencia de dolo, un proceso mental enteramente claro (“estar pensando en ello”) respecto de todas las circunstancias en que el hecho tiene lugar; el que comete un delito no está necesariamente pensando mientras actúa: “soy casado”, “soy funcionario público”, etc., por eso la doctrina habla de una conciencia “compartida” o, tal vez mejor, de un “saber que acompaña” a la conciencia de la acción⁽⁹⁵⁾.

1. El error en los elementos descriptivos del delito

Los elementos descriptivos del delito son aquellos que el sujeto puede percibir y comprender a través de los sentidos, en ellos es suficiente una constatación fáctica, expresan una realidad naturalística aprehensible: la afirmación del dolo necesita la simple percepción sensorial del elemento en cuestión (verbigracia, el “otro” en el delito de homicidio; el “fuego” en el homicidio calificado; la concurrencia de “dos o más personas” en el delito de robo agravado; el concepto “mujer” al cual se refieren los tipos de aborto; el “bien mueble” en los delitos de hurto, etc.). Son identificados a través del lenguaje común o mediante las terminologías jurídicas sin necesidad de recurrir a otras valoraciones para su comprensión⁽⁹⁶⁾. Un elemento es “descriptivo” cuando se puede percibir sensorialmente, es decir, ver y tocar.

Artículo 107 del Código Penal.- El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

(95) POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 257-258.

(96) Vide. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 314.

La determinación del error sobre un elemento descriptivo del tipo legal objetivo es de fácil constatación por la índole del mismo juicio de apreciación entre lo que representa el agente (disparar sobre una persona, utilizar un veneno) y lo que sucede en la realidad (disparar sobre un animal, emplear una sustancia inocua). Resulta más complicado hacerlo respecto a los elementos normativos, en la medida en que estos ya implican un juicio de valoración⁽⁹⁷⁾, como veremos más adelante.

No es posible establecer un límite firme entre los elementos descriptivos y normativos de los tipos penales. Muchas veces se superponen y es preciso fijar la preponderancia; por ejemplo: en el concepto "muerte" (art. 111 del Código Penal), debemos tener en consideración la "muerte clínica", que constituye el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas (de conformidad con el artículo 3 de la Ley N° 28189⁽⁹⁸⁾, Ley general de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos⁽⁹⁹⁾). Otro ejemplo, en el concepto de "documento" en los delitos contra la fe pública, los signos escritos y el papel son elementos descriptivos; en cambio, la determinación de hechos jurídicamente relevantes para la prueba, es un elemento normativo, solamente entendible de manera espiritual. De acuerdo con Luzón Peña, "[e]n muchos elementos que tienen un contenido descriptivo, pero también una parte de contenido normativo, atendiendo al peso respectivo de cada una habrá que hablar de elementos predominantemente descriptivos o predominantemente normativos"⁽¹⁰⁰⁾.

2. El error en los elementos normativos del delito

En el caso de los elementos normativos del delito predominan las valoraciones que no solo son perceptibles por los sentidos. Para la aprehensión y comprensión de estos elementos se debe realizar un juicio o proceso valorativo que alude a determinadas realidades derivadas, ya sea de una valoración jurídica proveniente de otras ramas del Derecho, o de una valoración ético-social. La simple percepción sensorial no es suficiente, sino que, en tanto se trata de elementos que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, para que el sujeto pueda tener la conciencia de lo que hace —imprescindible para afirmar su actuar doloso— se necesita la comprensión intelectual

(97) Vide. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 470-471.

(98) Artículo 3 de la Ley N° 28189.- El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas de acuerdo a los protocolos que establezca el reglamento y bajo responsabilidad del médico que lo certifica.

(99) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 315.

(100) LUZÓN PENA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Universitas, Madrid, 1999, p. 352.

del elemento en cuestión (verbigracia, la calidad de “funcionario o servidor público” en los delitos contra la administración pública, la condición de “casado” en el delito de bigamia, el “bien” en los delitos contra el patrimonio, el “documento” en los delitos contra la fe pública, el “apropiarse” en los delitos contra el patrimonio, la “información privilegiada” en el delito de uso abusivo de información privilegiada del artículo 151-A del Código Penal, las “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas” en el delito de tráfico ilícito de drogas, etc.)⁽¹⁰¹⁾.

La existencia de estas características normativas puede disminuir la función de garantía del tipo introduciendo cierta indeterminación o imprecisión. La utilización abusiva de estos elementos durante la tipificación puede trasgredir la seguridad jurídica. Por ello, la valoración debe ser objetiva, es decir, realizada siguiendo los patrones vigentes y no conforme al entendimiento peculiar del intérprete⁽¹⁰²⁾. El juicio de valor que se ejercita deberá tomar en cuenta las circunstancias de la realidad social, el lugar o las personas afectadas⁽¹⁰³⁾.

En los elementos normativos se ha dado un error de tipo cuando al autor le falta el entendimiento espiritual necesario para comprenderlos. De ello resulta que un error de tipo no es necesariamente un error sobre los hechos, este error también puede consistir —en caso de elementos normativos— en un error de Derecho⁽¹⁰⁴⁾.

En tanto los elementos normativos pueden encontrarse referidos a una realidad determinada por una norma jurídica o por una norma social, la doctrina los clasifica en **elementos normativos jurídicos o de valoración jurídica** (verbigracia, la “posesión” en el delito de usurpación, la “minoría de edad” del rehén como circunstancia agravante del delito de extorsión, la “resolución” en el delito de prevaricato, la condición de “destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo” como elemento del delito de usurpación de funciones) y los **elementos normativos sociales** (verbigracia, los “actos análogos” en el delito de violación de la libertad sexual, el elemento “prostitución” en el delito de rufianismo, el elemento “honor o reputación” en el delito de difamación)⁽¹⁰⁵⁾.

(101) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., p. 470.

(102) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 315.

(103) Ídem.

(104) Vide. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito). Trad. de la 2ª edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, 1997, p. 197.

(105) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., pp. 470-471.

2.1. Los elementos normativos de valoración jurídica

Los elementos normativos de valoración jurídica presentan una cierta particularidad en cuanto a su conocimiento, nociones como “funcionario o servidor público” (art. 425 del Código Penal), “matrimonio” (art. 139 del Código Penal), “depositario judicial” (art. 190, segundo párrafo del Código Penal), “bienes embargados” (art. 197, numeral 4, del Código Penal), pueden solo en parte ser percibidas por los sentidos, en lo esencial son solo comprensibles intelectualmente. Como dice Welzel; “(...) para el dolo de la falsificación documentaria no es suficiente que el hechor haya advertido las propiedades perceptibles por los sentidos de un documento, sino que tiene que haber estado, además, consciente de su importancia probatoria”⁽¹⁰⁶⁾. Si lo que está ante los ojos del hechor hubiera sido correctamente interpretado desde el punto de vista jurídico, solo los juristas más avezados podrían actuar con dolo. De ahí que Binding considera suficiente que la subsunción por el hechor haya sido efectuada “como un profano”⁽¹⁰⁷⁾, pues no se necesitará consultar un diccionario para saber, aproximadamente, lo que es un “funcionario público en el ejercicio de sus funciones”, o una “apropiación indebida”, o lo que son “bienes inmuebles”, etc. Lo único que se exige por el sistema penal —escribe Bockelmann— es que el hechor, sobre la base de una valoración semejante a la que hace un juez al aplicar la ley, pero en su caso en la esfera de un profano, “en el mundo de la vida”, pueda contestar a la pregunta acerca de si el respectivo elemento de la descripción típica se halla presente⁽¹⁰⁸⁾.

Para afirmar la presencia de dolo respecto de los elementos normativos de naturaleza jurídica del tipo objetivo, no se requiere poseer las especiales condiciones de apreciación que solo tendría un especialista o una persona versada en derecho, sino que es suficiente la apreciación de los hechos que pudiera hacer el sujeto de acuerdo a los conocimientos que le resulten impropios al hombre medio⁽¹⁰⁹⁾.

2.2. Los elementos normativos de valoración social (empírico-cultural o ético-sociales)

En los elementos normativos de valoración social (empírico-culturales o ético-sociales) el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa, ajustando dicha valoración al término medio de la sociedad;

(106) Citado por POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 258.

(107) Ídem.

(108) Ibídem, pp. 258-259.

(109) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., p. 471.

por ejemplo: el elemento “exhibiciones obscenas” presente en el delito previsto en el artículo 183 del Código Penal. Roxin sostiene que hay casos en los que el contenido del sentido social no puede ser entendido sin una determinada calificación jurídica⁽¹¹⁰⁾, por ejemplo, en nuestra legislación, el tipo penal de apología del delito contenido en el artículo 316 del Código Penal cuando prescribe: “el que, públicamente, hace apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe”. Para determinar si se ha incurrido en este delito se tiene que hacer una calificación jurídica correcta, ya que de faltar esta no se podría afirmar que la persona ha accedido al contenido de sentido social de su comportamiento, razón por la cual el dolo se encontraría ausente.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL ERROR DE TIPO

El error de tipo, como recae sobre los elementos objetivos o las circunstancias del mismo (sujeto activo, sujeto pasivo, acción, resultado, nexo causal), se alza como el aspecto negativo del elemento cognitivo del dolo, y por ello repercute en el tipo, pudiendo excluirlo, de allí que sea considerado como causal de atipicidad. Este tipo de error constituye la contrapartida negativa del aspecto intelectual del dolo, es un caso de ausencia o negación del mismo.

En tanto error que afecta el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, los que son necesarios para que exista dolo, encuentra su ubicación sistemática dentro del elemento del delito conocido como tipicidad, puesto que su consecuencia, ya sea en su forma vencible o en su forma invencible, impide afirmar la tipicidad subjetiva dolosa del hecho materia de enjuiciamiento⁽¹¹¹⁾. Para la subsistencia del dolo el autor debe obrar con conocimiento de los elementos del tipo objetivo, pero si falta el conocimiento, falta también la voluntad de realización del tipo y, por ende, el dolo sería excluido.

En efecto, para actuar dolosamente, el sujeto debe saber que está realizando el hecho típico, esto es, conocer los elementos del tipo; quien desconoce las circunstancias concretas y el objeto de su acción “actúa involuntariamente”, esto es, sin dolo: A) dispara contra lo que cree es una pieza de caza mayor y mata a otro cazador disfrazado al efecto. En este caso, A) no actúa dolosamente, ya que un elemento de la descripción típica del delito de homicidio (art. 106 del Código Penal) es que se mate a otro, esto es, a una persona, y sobre ese elemento el autor padece un error. Sin embargo, esto no significa que en todos los casos quien actúa en error de tipo será impune, pues si el

(110) Citado por ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., p. 472.

(111) *Ibíd.*, p. 466.

resultado era previsible y evitable —y bastaba para ello con “abrir un poco más los ojos”— el carácter vencible de este error permite la imputación del resultado a título culposo⁽¹¹²⁾.

El error de tipo no es imputable al autor cuando no proviene de la propia culpa y hay ausencia de dolo. Es imputable si el autor cae en él por propia culpa, aquí desaparece el dolo y queda subsistente la posibilidad de la adecuación típica en la figura culposa si está prevista en la ley.

La doctrina es unánime en expresar que no puede existir dolo si el sujeto no conoce qué tipo de comportamiento está realizando. El error de tipo hace que el sujeto desconozca el significado social del comportamiento que está desarrollando, por lo que su concurrencia elimina la posibilidad de afirmar la presencia del dolo. “El dolo se excluye cuando el autor ha obrado con un error sobre los elementos del tipo objetivo, es decir, sobre la concurrencia de circunstancias y elementos que permiten conocer la existencia de un peligro concreto de realización del tipo. Si el autor ignora que detrás de una mata, sobre la que dispara con el propósito de probar el funcionamiento del revólver, hay un vagabundo durmiendo y lo mata, no habrá obrado con dolo de homicidio, y eventualmente solo podrá ser responsabilizado por homicidio imprudente”⁽¹¹³⁾.

IV. EFECTOS DEL ERROR DE TIPO: ERROR DE TIPO INVENCIBLE O INEVITABLE Y VENCIBLE O EVITABLE

Como hemos señalado anteriormente, incurre en error de tipo quien desconoce o tiene un falso concepto acerca de los elementos del tipo penal; sin embargo, es evidente que la ley en sus descripciones típicas solo abarca algunos aspectos de la realidad que considera relevantes para configurar un delito, solo esos aspectos, elevados a la calidad de elementos del tipo penal, interesan a la hora de juzgar acerca de si se actuó con error o sin él. De allí que se suele hablar de **error esencial** y **error accidental o irrelevante** para distinguir aquel que, referido a uno de los elementos del tipo penal, permite afirmar la exclusión del dolo (cree que dispara contra un ciervo, pero mata a un hombre) del que recae sobre otra circunstancia concurrente en el hecho, pero que la ley no ha considerado en la descripción típica, y que por tanto no permite excluir el dolo⁽¹¹⁴⁾ (un sujeto cree que mata a José, porque lo engaña con su mujer, pero en realidad el amante es Martín; el artículo 106 del Código Penal no se

(112) POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 256.

(113) BACIGALUPO, Enrique. *Principios del Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Akal/Iure, Madrid, 1997, p. 232.

(114) POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 261.

refiere a matar a otro por una razón determinada, sino simplemente a matar a otro, siéndole completamente indiferente el motivo del actor). El error de tipo esencial recae sobre los elementos del tipo, sobre aquellos que fundamentan su existencia; cuando recae sobre otras circunstancias se califica de error no esencial y por lo tanto intrascendente para los efectos penales.

Es importante señalar que la exclusión del dolo en los casos de error de tipo relevante no significa necesariamente la impunidad del autor; en el caso del que yerra en su objeto de caza puede el hechor ser responsable de un cuasidelito de homicidio, si la presencia del infortunado cazador era previsible y, por tanto, evitable herirlo. De ahí que se distinga, en cuanto a sus efectos, entre **error de tipo vencible (evitable)** e **invencible (inevitable)**. El primero excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa (que puede conducir a la incriminación en los casos excepcionales en que la culpa es punible); el segundo excluye el dolo y la culpa, y por tanto, la culpabilidad del autor y el delito, al faltar su carácter culpable⁽¹¹⁵⁾.

En resumen, hemos señalado que el error de tipo afecta al dolo, por lo que su estudio se produce en la tipicidad, en concreto, en el tipo subjetivo. La regla general es que el error sobre algún elemento esencial del tipo trae como consecuencia la exclusión del dolo, pero no siempre de la culpa que puede quedar subsistente. Para poder determinar cuándo sucede una u otra cosa, debe distinguirse si el error era vencible o invencible. El error es vencible cuando el sujeto estaba en condiciones de evitarlo si hubiese empleado el cuidado debido, o sea cuando le era posible preverlo y no lo hizo. En esta hipótesis, si bien el dolo queda excluido, no lo queda la culpa; por consiguiente, el hecho constituirá un cuasidelito cuando la culpa es punible, y tendrá que responder el sujeto en tal calidad. Incurre en error invencible la persona que no estaba en condición de evitarlo, cuando estaba fuera de su posibilidad de previsión. En este caso no responde ni de dolo ni de culpa, quedan ambos excluidos. La distinción entre evitable e inevitable, en definitiva, se vincula con la posibilidad de evitación del error de parte del sujeto. Los señalados son los efectos generales del error de tipo, pero corresponde analizar algunas circunstancias especiales que se plantean⁽¹¹⁶⁾:

1. Error de tipo invencible o inevitable

El error de tipo invencible ocurre cuando el agente, habiendo observado el cuidado debido, no pudo salir del error en que se encontraba, originando

(115) *Ibidem*, p. 262.

(116) FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Ob. cit.*, pp. 94-95.

el resultado. En este caso, la conducta debe ser atípica, pues el agente ha actuado de manera diligente y con el debido cuidado; descartándose, con ello, tanto una imputación dolosa como imprudente⁽¹¹⁷⁾. Este tipo de error incide sobre un elemento esencial del tipo, su presencia en el conocimiento del autor es imprescindible para que pueda configurarse la realización típica de un delito.

Para apreciar el carácter inevitable del error resulta conveniente recurrir a los criterios utilizados para determinar si se da o no un delito culposo. Lo decisivo es, en consecuencia, comprobar si el agente tomó, para evitar el error, las precauciones necesarias de acuerdo a las circunstancias personales y materiales en que actuó⁽¹¹⁸⁾.

Como hemos señalado con anterioridad, la calificación del error como vencible o invencible dependerá de si hemos actuado o no con el cuidado debido. Aplicando el pensamiento de la adecuación diremos que un error es vencible cuando un observador objetivo, colocado en el momento de la acción y con los conocimientos especiales del autor, hubiera apreciado correctamente la realidad y, por tanto, hubiera podido evitar el error. Cuando la conclusión es que un observador objetivo no se hubiera percatado del error, este será invencible⁽¹¹⁹⁾. La vencibilidad del error se valora, pues, desde una perspectiva *ex ante*.

El error invencible excluye la responsabilidad penal, es decir, el sujeto no responde penalmente. Sí, por el contrario, el error es vencible, el referido determina que “la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. Es decir, si el cazador dispara contra algo que se mueve entre los matorrales pensando que es un jabalí, pero resulta ser una persona agazapada a la cual le causa la muerte, la consecuencia jurídica dependerá de si calificamos este error de vencible o invencible, para lo cual tendremos que atender a las circunstancias concretas del caso. Si calificamos el error de invencible, el sujeto no responderá por homicidio, ni a título doloso ni a título imprudente. Si calificamos el error como vencible, el sujeto responderá por homicidio imprudente⁽¹²⁰⁾.

(117) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 2002, p. 295.

(118) Vide. Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 23 de mayo de 1996. Expediente N° 217-92- Lima. Asimismo, Recurso de Nulidad Ayacucho, N° 3753, del 5 de marzo de 1998.

(119) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. *Derecho Penal. Introducción. Teoría jurídica del delito* (Materiales para su docencia y aprendizaje). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p. 141.

(120) *Ibidem*, p. 142.

Respecto al error de tipo invencible es importante señalar que el Pleno Jurisdiccional realizado en Arequipa en 1997 acordó que “la ausencia de dolo o de otros elementos subjetivos distintos del dolo es una causa para declarar fundada una excepción de naturaleza de acción” (Acuerdo Plenario N° 6-97, primer acuerdo). Este acuerdo se fundamenta en el sentido que “conforme al artículo 14 del Código Penal, el error de tipo invencible, sea que recaiga sobre los elementos descriptivos y normativos del tipo penal, excluye el dolo, por lo que debe ampararse la excepción de naturaleza de acción basada en estas consideraciones” (tercer considerando).

2. Error de tipo vencible o evitable

El error de tipo vencible ocurre, como ya hemos indicado, cuando el agente pudo haber salido del error en el que se encontraba y pudo evitar el resultado observando el cuidado debido que las circunstancias le exigen para poder evitar cualquier tipo de resultado. En estos casos, solo se sanciona si existe un equivalente tipo imprudente, ya que este error va a excluir el dolo, pero no la imprudencia en la que procedió el autor, es decir, no se puede hablar de la ausencia de responsabilidad penal por el solo hecho de excluirse el dolo, ya que queda pendiente la ausencia del cuidado debido que le era exigible al agente. Será necesario comprobar si hay un tipo penal que sancione la realización imprudente de la conducta⁽¹²¹⁾, de no ser así el agente quedaría impune.

El cuidado exigido o la diligencia debida, se determina en función a la capacidad individual de las circunstancias concretas de la acción (capacidades y conocimientos individuales del autor)⁽¹²²⁾, por ejemplo: el caso de una enfermera que aplica una inyección a un paciente causándole la muerte por tratarse de una sustancia a la que este era alérgico; estaremos ante un error de tipo vencible en caso de que se tratase de una alergia a la penicilina, puesto que respecto de esta sustancia la enfermera conoce que hay personas en quienes su administración provoca reacciones alérgicas, por lo que de acuerdo al cuidado debido se deben realizar previamente pruebas dirigidas a descartar dicha posibilidad; por el contrario, el error de tipo será invencible cuando se trate de una sustancia que no representaba riesgo, pero respecto de la cual raramente el paciente era alérgico⁽¹²³⁾.

(121) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 363.

(122) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*. Rodhas, Lima, 2004, p. 185.

(123) Vide. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., p. 481.

En síntesis, de acuerdo al primer párrafo del artículo 14 del Código Penal, el error de tipo vencible excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa cuando se hallare prevista en la ley. Esto es debido a que si el sujeto no actuó con la diligencia debida, está comportándose de una manera imprudente, por tanto, debe ser sancionado de manera culposa. Si el error es vencible o evitable —referido a una circunstancia del hecho típico—, no hay dolo pero subsiste la imputación a título de culpa por la negligencia en la evitación y se reputara el acto como culposo, si está prevista la figura en la ley penal como tal.

V. SUPUESTOS QUE QUEDAN FUERA DEL CONTENIDO DEL ERROR DE TIPO

Quedan fuera del contenido del error de tipo aquellos supuestos que importan error o falta de representación de las **condiciones objetivas de punibilidad** (como la necesidad de que el hecho haya causado algún perjuicio como condición para que se pueda reprimir el delito de publicación indebida de correspondencia epistolar o telegráfica no destinada a la publicidad previsto en el artículo 164 del Código Penal), las **excusas absolutorias** (como la cláusula contenida en el artículo 208 del Código Penal⁽¹²⁴⁾, o la cláusula contenida en el artículo 406 del mismo cuerpo de leyes que establece que “están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404 y 405 del Código Penal si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta”⁽¹²⁵⁾), y los **condicionamientos para la perseguibilidad del hecho** (como la no concurrencia de las

(124) Artículo 208 del Código Penal.- No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

(125) Artículo 404 del Código Penal.- El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333; 346 al 350, en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) o en el Decreto Ley N° 25475 (establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Artículo 405 del Código Penal.- El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

causales de extinción de la acción penal previstas en los artículos 78 y 79 del Código Penal⁽¹²⁶⁾, pues para que surtan efectos jurídicos no necesitan encontrarse abarcados por el conocimiento del sujeto⁽¹²⁷⁾.

En efecto, la ley hace depender la imposición de la pena de que se presenten (sin importar que sea durante el hecho o más tarde) algunas condiciones (no solo resultados, sino también otras circunstancias) objetivas externas al suceso típico, que no requieren ser abarcadas por el conocimiento del sujeto, las que se denominan **condiciones objetivas de punibilidad**; por ejemplo, en el delito de concertación financiera consagrado en el artículo 244 del Código Penal: la necesidad de que la institución incurra en situación de insolvencia como consecuencia de la aprobación de créditos u otros financiamientos por encima de los límites legales a favor de personas vinculadas a accionistas de la propia institución. Estas condiciones objetivas constituyen presupuestos para la imposición de la pena, pues en caso de que no concurrieren resulta imposible imponer la sanción jurídico-criminal, no obstante la comisión del delito⁽¹²⁸⁾.

En otras ocasiones la ley prevé ciertas circunstancias cuya concurrencia en el supuesto global materia de enjuiciamiento impide la imposición de una pena, no obstante la existencia de un delito, circunstancias que se conocen como **excusas absolutorias**. Estas circunstancias pueden presentarse o encontrarse en la realidad fáctica en el tiempo en que tiene lugar el hecho criminal o producirse con posterioridad a la consumación del delito. En el primer caso la doctrina habla de **excusas absolutorias preexistentes a la comisión del delito**, las que funcionan excluyendo de antemano la posibilidad de imponer una pena (ejemplo, artículo 208 del Código Penal que declara

Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo o los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Artículo 406 del Código Penal.- Están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404 y 405 si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.

(126) Artículo 78 del Código Penal.- La acción penal se extingue:

1. Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia.
2. Por autoridad de cosa juzgada.
3. En los casos que solo proceda la acción privada, esta se extingue, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción.

Artículo 79 del Código Penal.- Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito.

(127) *Ibidem*, pp. 468-469.

(128) *Ibidem*, p. 469.

que no son reprimibles los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños que se causen los parientes a que se refieren los tres numerales del artículo en mención). En el segundo caso, se habla de **excusas absolutorias posteriores o sobrevenidas a la comisión del delito**, y funcionan suprimiendo la punibilidad del hecho criminal (por ejemplo, el pago por parte del agente del monto total del cheque dentro del tercer día hábil previsto para los delitos de libramiento indebido en el último párrafo del artículo 215 del Código Penal)⁽¹²⁹⁾.

VI. EL ERROR DE TIPO EN LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Un problema arduo y muy discutido es el referente a las denominadas leyes penales en blanco (*blankettstrafgesetzen*), cuando la norma sancionadora es complementada mediante otras normas legales extrapenales. El error de tipo, en estos casos, solo existe cuando el desconocimiento o la ignorancia se refieren a elementos descriptivos o normativos contenidos en la norma integradora⁽¹³⁰⁾.

Para las leyes penales en blanco debe puntualizarse como criterio determinante el que el sujeto haya estado en capacidad de comprender el significado social del hecho, requisito indispensable para afirmar la presencia del dolo. En ese sentido, en caso de que el error que incide sobre el contenido de la norma extrapenal condicione la posibilidad de conocer lo que se está haciendo nos encontraremos ante un error de tipo. Esto ocurre, por ejemplo, en el literal a. del artículo 2 de la Ley N° 28008 (Ley de los delitos aduaneros) en el que se prohíbe penalmente “extraer, consumir, utilizar o disponer de las mercancías de la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas o por la leyes especiales sin haberse autorizado legalmente su retiro por la Administración Aduanera”, puesto que para poder apreciar que se está ante mercancías de la zona primaria necesariamente se tiene que recurrir al contenido de la Ley General de Aduanas o las leyes especiales que para el efecto se promulguen, en caso contrario no podrá asumirse que el sujeto conocía lo que estaba realizando⁽¹³¹⁾.

El dolo se erige como límite del ejercicio del poder punitivo —excluyendo del ámbito penal toda forma de responsabilidad objetiva o *versari in re illicita*—, por lo que “no pueden imputarse subjetivamente elementos objetivos que funden un mayor injusto cuando sean desconocidos por el agente”⁽¹³²⁾.

(129) Ídem.

(130) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 470.

(131) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., p. 474.

(132) *Ibidem*, p. 477.

VII. EL ERROR EN LA AGRAVACIÓN Y ATENUACIÓN DE LA CONDUCTA

El error también puede recaer sobre uno de los elementos que agravan o atenúan la pena. En los casos en que el error (sea vencible o invencible) recaiga sobre las **circunstancias agravantes**, su falta de representación o representación falsa por parte del agente, quien solamente ejecuta los elementos del tipo básico, permite establecer solo la imputación de este tipo⁽¹³³⁾. En los casos en que el error recae sobre la **circunstancias atenuantes**, si el agente actuó con ignorancia o falta de representación de estos elementos, la imputación subjetiva no puede modificar la imputación objetiva, por lo tanto se imputará al agente por el tipo atenuado; pero si se actúa con representación falsa de estos elementos, la imputación será del tipo básico, ya que el dolo ha comprendido todos los elementos del tipo base y aunque el agente haya supuesto la presencia de circunstancias atenuantes, esto no surtirá efectos que alteren la tipificación básica⁽¹³⁴⁾.

1. Error en la agravación de la conducta

En caso de que el error recaiga sobre un elemento que en la descripción legal de la conducta concurre para generar la agravación del tipo penal básico (supuestos en los que la doctrina habla de “**error sobre elementos accidentales**”), dicha falencia en la representación hará que no se pueda atribuir responsabilidad dolosa por el tipo penal agravado, pero subsistirá la responsabilidad dolosa por el tipo legal básico, por ejemplo: el error sobre la calidad de casa habitada (en tanto el sujeto pensase que se trataba de un inmueble abandonado) del lugar en que se materializa el delito de hurto, supuesto en que no se podrá atribuir al agente la realización del tipo penal de hurto agravado (conforme a lo prescrito en el inciso 1 del artículo 189 del Código Penal), pero sí la realización del hurto simple previsto en el artículo 185 del Código sustantivo⁽¹³⁵⁾.

La no agravación de la pena cuando el agente, por error, no tiene conciencia de la circunstancia agravante (el sujeto que cree que una mujer embarazada consiente que se le practique el aborto, por ejemplo), se basa

(133) *Ibíd.*, p. 480.

(134) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 516. Asimismo, vide. REANO PESCHIERA, José Leandro. “El error de tipo en el Código Penal peruano”. En: *Anuario de Derecho penal 2003*. Monografía dedicada a los “Aspectos Fundamentales en la parte general del Código Penal peruano”, Lima, 2003, p. 212.

(135) Vide. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. *Ob. cit.*, pp. 474-475.

en la idea, admitida en el mismo artículo 14 *in initio* del Código Penal, de que el delincuente debe ser declarado responsable de lo que haya sabido y querido cometer. En el caso planteado, quien al interrumpir un embarazo de una mujer supone equivocadamente que la madre consiente, debe ser reprimido por aborto consentido⁽¹³⁶⁾ (reprimido con menos severidad que el aborto no consentido⁽¹³⁷⁾).

La doctrina no reporta problemas en los casos en que se trata de una incorrecta representación de carácter invencible, en estos casos el autor ponderará de conformidad con la sanción que se ha previsto para la fórmula básica. Pero, no ocurre lo mismo cuando el error que recae sobre dichas circunstancias tiene el carácter de vencible⁽¹³⁸⁾.

2. Error en la atenuación de la conducta

No ha contemplado nuestro Código Penal solución expresa para los supuestos en los que el error incide en un elemento objetivo de lo injusto que da lugar al tipo atenuando de la conducta inicialmente prohibida; por ejemplo: en el homicidio piadoso⁽¹³⁹⁾ el agente, desconociendo la calidad de enfermo incurable de la víctima, ha dado muerte a quien le solicitaba de manera expresa y consciente que acabe con su propia vida para poner fin a sus intolerables dolores⁽¹⁴⁰⁾.

En los casos de falsa suposición de una circunstancia atenuante el tipo penal atribuido tiene que ser necesariamente el de la fórmula básica del delito (por haberse perfeccionado tanto la tipicidad objetiva como subjetiva), nos encontraríamos ante un supuesto en que se están atribuyendo subjetivamente circunstancias no conocidas por el agente, por lo que recaerían en una responsabilidad meramente objetiva. Esto queda en evidencia cuando se repara en que de haberse representado el sujeto el real significado social de su actuación, lo más seguro es que no se hubiese comportado como lo hizo; así, por

(136) Artículo 115 del Código Penal.- El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

(137) Artículo 116 del Código Penal.- El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

(138) *Ibíd.*, p. 480.

(139) Artículo 112 del Código Penal.- El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

(140) *Ibíd.*, p. 475.

ejemplo, en el caso del homicidio a petición es muy probable que en caso de que el agente hubiese conocido que la enfermedad tenía cura no hubiese dado muerte a quien se lo solicitaba⁽¹⁴¹⁾.

El error sobre una circunstancia atenuante tiene la misma estructura que la **tentativa inidónea**, también llamado **delito imposible** (figura que se encuentra consagrada en el artículo 17 del Código Penal⁽¹⁴²⁾): resulta “imposible” cometer el comportamiento típico básico porque se da, en realidad, el hecho que fundamenta la atenuación.

Si el agente actúa desconociendo una circunstancia atenuante realmente existente; por ejemplo, cuando la madre está de acuerdo con el aborto, pero el delincuente ignora ese hecho. El error de tipo debe influir a favor del sujeto activo. En consecuencia, debe aplicársele la pena menos severa porque así se excluye la hipótesis agravada que le desfavorece. Lo que se confirma con la no represión de la tentativa inidónea o imposible, que es un **error al revés**. Además, admitir el criterio opuesto supondría una violación de la regla por la cual la imputación objetiva solo existe respecto a lo que efectivamente el agente ha efectuado⁽¹⁴³⁾.

El “error de tipo al revés” ocurre cuando la incorrecta representación del sujeto hace que suponga una circunstancia (un elemento del tipo penal objetivo) de su actuación que en realidad no existe, suceso que puede ocurrir tanto cuando el error en la representación hace que se tengan por presentes circunstancias que generan su agravación (verbigracia, cuando los sujetos del delito de hurto creen haber ingresado en una casa habitada y resulta que, manteniendo algunos muebles en su interior, la misma se encontraba abandonada desde hace mucho tiempo), del mismo modo que cuando recaiga en circunstancias que generan su atenuación (verbigracia, en el ejemplo del homicidio piadoso, cuando el sujeto piensa que está matando a un enfermo incurable cuando en realidad el mal que padecía el enfermo tenía cura). Conforme al entendimiento de la doctrina nos encontraremos ante problemas que encuentran su tratamiento dentro del acápite reservado a la tentativa delictiva⁽¹⁴⁴⁾.

(141) *Ibidem*, p. 479.

(142) Artículo 17 del Código Penal.- No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.

(143) HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, pp. 473-474.

(144) Vide. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. *Ob. cit.*, p. 478.

CAPÍTULO III

CASOS ESPECIALES DE ERROR (ACCIDENTALES)

Tres son los tipos de errores accidentales o no esenciales: el *aberratio ictus*, en el que el agente quiere producir un resultado determinado pero en el momento preciso en que procede a ejecutar su acción, yerra y produce un resultado diferente (se denomina también error en el golpe); el *error in persona vel in objecto*, como su propio nombre lo indica, constituye un error sobre el objeto material del delito que puede ser una persona (la víctima) o un bien; y el *dolus generalis*, que consiste en la realización de dos actos, creyendo el autor que en el primero de ellos se llegó a consumar el ilícito penal; sin embargo, este recién se consuma con la segunda acción realizada. Estos errores, a diferencia del error de tipo, si tienen consecuencias jurídicas, dejan intacta la culpabilidad, y se encuentran en lo que podríamos llamar error de adecuación, al no recaer sobre la naturaleza de la culpabilidad sino sobre su contenido de conocimiento. A continuación, procederemos a explicar en qué consisten cada uno de los errores mencionados.

I. *ERROR IN PERSONAM VEL IN OBJECTO* (EL ERROR SOBRE EL OBJETO DE LA ACCIÓN)

El error *in personam vel in objecto* es el error de tipo sobre el objeto de la acción (sobre la identidad de la persona u objeto material del delito). Se refiere a la equivocación en torno al objeto hacia el cual se dirige el comportamiento del sujeto activo, es decir, la actividad del sujeto se dirige a un objeto determinado pero previamente este puede ser confundido por otro. Como ejemplos se pueden citar los siguientes: El cliente de un abogado que al perder su caso, destruye el vehículo que se encuentra frente a su oficina, asumiendo que era de propiedad de este cuando en realidad era de otra persona. Un sujeto es contratado para robar un Picasso, pero se confunde y sustrae un Miró. Un trabajador es inducido por su patrón, a matar de un disparo a un carpintero, el trabajador en la oscuridad de la noche tomó erróneamente por el carpintero a un estudiante de 17 años y lo mató de un disparo. José había

intentado con dos compinches un robo, los tres portaban armas de fuego y habían acordado que incluso se dispararía sobre las personas si se corría el peligro de detención de uno de los intervinientes; al retirarse, José percibió a una persona detrás de él, la tomó por un perseguidor y disparó sobre ella con intención de matarla: El supuesto perseguidor era sin embargo uno de sus dos compinches, el que resultó herido.

En principio resulta irrelevante la equivocación, es decir da lo mismo que se prive de la vida a X) en lugar de a Y), salvo que se trate de un supuesto en el cual el sujeto tenga cierta relación con X) y eso dé lugar a la concreción de un tipo distinto como podría ser el homicidio con relación al parentesco (como el parricidio o el infanticidio, por ejemplo), caso del cual podríamos hablar de una tentativa de homicidio en contra de Y), y un homicidio con relación al parentesco culposo en contra de Y)⁽¹⁴⁵⁾.

Si el autor yerra —en relación con el objeto concreto que ha incluido acertadamente en una determinada clase, definida típicamente— sobre ulteriores individualizaciones no relevantes para el tipo en cuestión, tal error (*error in personam vel in objecto*) no impide la imputación como hecho doloso consumado, al igual que tampoco cualquier otro error sobre la significación subjetiva del hecho, típicamente irrelevante (error en el motivo⁽¹⁴⁶⁾). Estos errores son irrelevantes porque no afectan a elementos de los que dependa la realización del tipo⁽¹⁴⁷⁾.

En los demás supuestos, la cuestión ha adquirido nueva orientación. Bacigalupo señala que “tradicionalmente, la excesiva extensión del nexo causal, determinado a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones, encontró sus límites en el dolo (al menos, por lo general). La causalidad material entre un puñetazo y el resultado muerte ocurrido como consecuencia del incendio del hospital en que se practicaba a la víctima una sencilla curación, no ofrecía dificultad alguna para afirmar la causalidad desde el punto de vista de la *conditio sine qua non*. Sin embargo, la responsabilidad dolosa se limitaba a las lesiones causadas por el puñetazo, pues el resultado de muerte representaba una desviación de la causalidad ocurrida con relación a la pensada por el autor se debía comprobar según el criterio de la

(145) Vide. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*. UNAM. México, 2004, p. 110.

(146) Ejemplos de error en el motivo: El autor propina una paliza a un niño, hijo de su vecino, suponiendo erróneamente que este le ha roto el cristal de la ventana; se trataría de la comisión de lesiones dolosas consumadas (con la circunstancia agravante consistente en la minoría de edad del agraviado).

(147) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 367.

causalidad adecuada. Por tanto, el dolo alcanzaba a los resultados producidos dentro del marco de lo previsible según la experiencia vital general”⁽¹⁴⁸⁾.

Este esquema sufre modificaciones, o por lo menos puede sufrirlas si se parte de la teoría de imputación objetiva, que –como se sabe– reemplaza el criterio de causalidad por el de la atribución del resultado a la acción en función de criterios de selección normativos. En otras palabras: de las relaciones causales solo se admiten como relevantes para la tipicidad aquellas que son compatibles con la naturaleza de lo injusto (personal) y los fines del Derecho Penal. La imputación objetiva, en consecuencia, requiere la verificación de que el resultado sea la realización del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción; el problema de la desviación esencial del curso del suceso, por lo tanto, tendrá lugar ya en el tipo objetivo y se debería resolver en el momento de establecer la imputación objetiva⁽¹⁴⁹⁾.

1. Definición del *error in personam vel in objecto*

El *error in personam vel in objecto* es el que recae sobre el objeto de la acción, sobre las características, la identidad o circunstancias del objeto material del delito. Se entiende tradicionalmente una confusión del objeto del hecho.

El *error in personam vel in objecto* se configura cuando la acción incide sobre el objeto al que precisamente se orientaba, pero este detenta identidades o características distintas. Si el objeto del delito es una persona y el sujeto confunde su identidad el error es denominado *error in personam*. Aunque la representación subjetiva del autor sea otra, el riesgo dolosamente creado y el bien jurídico afectado no pueden individualizarse de modo distinto. Al respecto señala Stratenwerth, “el desarrollo del suceso se corresponde totalmente con el esperado”; en efecto, el autor dirige su acción sobre una persona u objeto y alcanza la manera en la que quiere hacerlo. El error sobre la identidad es irrelevante porque, por ejemplo, la identidad de la víctima no es, por regla, elemento del tipo, como sería el caso de que A) quiere matar a B), pero por diversas circunstancias mata a C) y no a B).

El autor confunde el objeto que quiere dañar o poner en peligro con otro, este error se presenta con relación a la calidad del objeto del delito o la identidad de la persona. Es el caso, por ejemplo, del agente que quiere matar al perro de su vecino (daños) y causa la muerte del hijo menor de este que se encontraba jugando en el recinto reservado al animal. Como no tiene

(148) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ara, Lima, 2004, p. 319.

(149) *Ibidem*, pp. 319-320.

conciencia de disparar contra una persona (objeto del delito de homicidio) no puede serle aplicado el artículo 106 del Código Penal (homicidio simple), pero sí el artículo 111 del mencionado cuerpo de leyes, que reprime el homicidio culposo por no haberse tomado las precauciones necesarias para verificar sobre lo que realmente disparaba (culpa inconsciente). Existiendo además un concurso ideal con el delito de daños en grado de tentativa⁽¹⁵⁰⁾.

La opinión hoy dominante se apresura a afirmar que el error en la persona de quien actúa de modo inmediato es irrelevante, que por tanto en los casos mencionados *supra* del trabajador que es inducido por su patrón para matar a un carpintero y de José que dispara contra su compinche pensando que era perseguido (suponiendo que este hubiera muerto), por ejemplo, deberían ser castigados por homicidio doloso consumado. La fundamentación de este resultado es sin embargo menos unánime. La popular tesis de que solo es necesario que el dolo abarque las circunstancias del hecho en la cualidad propia de su especie (el sujeto quería matar a una persona y mató a una persona; actuó por tanto dolosamente) no es sostenible, pues la muerte de una persona es abarcada por el saber y el querer del sujeto, sin que se haya de proceder a una imputación dolosa, ha de verse ahí una individualización de la representación del sujeto en un objeto concreto de la acción, que fundamenta una imputación dolosa. Roxin indica que “aplicando el criterio de la realización del plan, se llega a la solución de que el plan del sujeto –sin perjuicio de su representación desviada de la identidad– se ha realizado ya, según parámetros normativos, cuando quien actúa alcanza a la víctima concreta a la que había apuntado. Se ha de considerar por tanto decisivo para la valoración jurídica únicamente el conocimiento del sujeto de la situación del objeto en el momento del hecho e irrelevante según parámetros objetivos su representación errónea de la identidad de la víctima”⁽¹⁵¹⁾.

Jakobs sostiene que “si el autor no conoce que podría resultar afectado otro objeto, responderá por el ataque intentado al objeto al que apuntaba, y a lo sumo además por la lesión imprudente del objeto alcanzado, pero no por consumación dolosa, ni siquiera cuando ambos pertenecen a la misma clase; y ello por el siguiente motivo: Mediante el ataque al objeto al que apunta el autor crea un riesgo también para objetos que se encuentran en el ámbito de dispersión del medio comisivo; pero este riesgo no lo conoce (y no tiene por qué ser no permitido, sí, por ejemplo, cuando en el ámbito de la dispersión *ex ante* no puede encontrarse nadie). La realización del riesgo de desvío tampoco es una mera variante del transcurrir del riesgo conocido, pues el riesgo

(150) Vide. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 480.

(151) Vide. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 504.

de desvío depende en cada caso de elementos situacionales diversos, es decir, no se le puede determinar en su clase y medida a partir del riesgo advertido. En concreto: si alguien apunta al lado derecho de una persona, el que le alcance en el lado izquierdo no constituye un desvío que impida la comisión dolosa, pues esta posibilidad está dada conjuntamente por el hecho de disparar a una persona; el que junto a la persona esté otra, o un objeto que pueda romperse, etc., no está determinado por el hecho de que se dispare a un sujeto, es decir, constituye mero azar en relación con el peligro advertido⁽¹⁵²⁾; por ejemplo: El autor, atacado en la oscuridad por un compañero de vivienda se defiende con un bastón acertando, en lugar de al atacante, a la mujer que se encontraba inadvertidamente detrás de este, y que pretendía apaciguarlo.

Cuando el autor identifica el objeto atacado solo por medio de su posición con el curso causal, continúa Jakobs “aun cuando se imagine que puede designar el objeto definido acertadamente mediante ulteriores elementos identificativos (‘este será X’, o similar), la situación es confusa y aún está por aclarar en sus supuestos extremos. Por ejemplo: El autor instala tras un puente una bomba con un dispositivo de inducción y un contador, de modo que el segundo vehículo que pase desencadenará la explosión; el autor supone que el segundo vehículo (él mismo pasa primero) lo va a conducir un miembro del gobierno, pero llega antes un agricultor con su tractor. El autor le envía aguardiente envenenado a su amigo, estando subjetivamente seguro de que solo este va a consumir la bebida; sin embargo, el destinatario regala la botella, y quien la recibe muere. El autor envenena la comida situada en el lugar de la mesa donde todos los días come una autoridad, pero precisamente el día elegido para el hecho este cambia de sitio con otra persona. El autor iba a marcar el número de teléfono de la víctima a la que deseaba injuriar, pero se confunde al marcar y tan pronto como descuelgan el teléfono comienza a soltar injurias. El autor manipula una carta-trampa preparada en el lugar de trabajo de su superior, para que se sospeche de él, pero en su lugar abre la carta la secretaria, que cae bajo sospecha⁽¹⁵³⁾.”

En supuestos de esta índole, el autor ha individualizado a la víctima por circunstancias que son dependientes del curso causal (miembro del gobierno, amigo, autoridad, persona a la que injuriar, superior); sin embargo, solo llega a esta suposición porque cree, erróneamente, a partir de la víctima ya individualizada acertadamente por su posición en el curso causal (el segundo que pase por el puente, el que beba el aguardiente, el que se siente en el sitio de la autoridad, el que descuelgue el teléfono, el que abra la carta-trampa), que se

(152) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 365.

(153) Ibidem, p. 366.

tratará de otra persona individualizable también de otro modo. Sin embargo, esto último es una individualización adicional irrelevante tipificante; naturalmente, si el riesgo advertido por el autor en una intensidad relevante para la decisión existe solo para una víctima individualizada, la individualización fundamenta el conocimiento del riesgo, con la consecuencia de que el riesgo advertido no puede realizarse en otra víctima; por ejemplo: un hombre envenena la bebida somnífica que le pone a su mujer todas las noches en su mesita (si está ausente la mujer, su conducta no es peligrosa *ex ante* y por tanto no imputable objetivamente); un ladrón se bebe el veneno, si el autor sabe que la posición en el curso causal la puede asumir la víctima o bien otra, se da dolo alternativo⁽¹⁵⁴⁾.

2. Naturaleza jurídica

Se ha de admitir que el *error in personam vel in objecto* estructuralmente “es una clase de error en el curso causal”. Si se tomara por base la representación del sujeto acerca de la identidad, concurre desde todo punto de vista una desviación del curso causal respecto de ella, cuando se alcanza “al que no es” o “lo que no es”. La misma solo deja de producirse cuando exclusivamente la individualización según la situación del objeto en el momento del hecho se convierte en la base de la apreciación de que el sujeto ha alcanzado lo que quería. Ello presupone sin embargo una valoración previa, de modo que la irrelevancia del *error in personam vel in objecto* no es algo necesario desde el punto de vista lógico o categórico, sino resultado de la interpretación teleológica, que también podría resultar de otra manera. Si no se considerara objetivamente decisiva la representación del sujeto sobre la situación del objeto de la acción en el momento del hecho, sino su representación sobre la identidad personal de la víctima, resultaría que en un *error in personam* el plan habría fracasado y solo habría de apreciarse una punición por tentativa. No en vano Von Liszt consideró hasta el final relevantes tanto el *error in personam* como la *aberratio ictus*⁽¹⁵⁵⁾ “cuando la previsión del verdadero curso habría apartado al sujeto de la comisión del hecho”⁽¹⁵⁶⁾. En el caso en que A) quiere matar a su enemigo a muerte E), pero en la oscuridad toma por E) a su propio hijo F)

(154) *Ibidem*, pp. 366-367.

(155) A diferencia del error en el objeto que supone una confusión del objeto de la acción por otro, en el *aberratio ictus* el sujeto yerra la dirección del ataque. Ejemplo: el que quiere matar a otro y contra él apunta su arma, pero apunta mal o el aparato de puntería del arma es defectuoso, de tal manera que mata a un tercero que se encontraba cercano. El yerro se produce pues en la ejecución. En: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. cit.*, p. 365.

(156) Citado por ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 505.

y lo mata, el mismo consideraba “errónea” la apreciación de un delito consumado doloso⁽¹⁵⁷⁾.

No obstante, Roxin indica que “en los casos clásicos de *error in personam*, hay que admitir con la opinión absolutamente dominante su irrelevancia para quien actúa de modo inmediato. Pues, cuando el sujeto ve ante sí a una persona concreta y la mata a tiros exactamente de la manera planeada, el apreciar que el mismo solo ha intentado el homicidio planeado y que no lo ha consumado además contradeciría el contenido del significado social del suceso, del que las construcciones jurídicas tampoco se deben desligar sin necesidad. El fijarse en el objeto percibido sensorialmente y al que se apunta pasa a primer plano en la imputación dolosa de manera tan evidente que otros criterios (como la identidad u otras propiedades de la víctima) pasan a segundo término como irrelevantes. Además tampoco hay, aparte de la individualización de la situación del objeto en el momento del hecho, otro criterio de concreción que resulte convincente. Pues el atender a la identidad personal del objeto (lo que es difícilmente realizable por lo demás cuando se trata de cosas) solo desplazaría el problema. Si por ejemplo A) quiere matar a su rival y dispara sobre X), al que erróneamente toma por tal, la individualización se extendería a la identidad personal de la víctima; pero dado que la verdadera intención del sujeto se refería a matar a tiros a un rival, todavía se podría considerar relevante su error. Pero esto subjetivizaría la valoración jurídica en una medida peligrosa para la seguridad jurídica y la igualdad de trato. La vinculación de la imputación dolosa a la situación del objeto de la acción en el momento del hecho resulta por tanto normativamente adecuada en el caso normal que tradicionalmente se maneja, de modo que hay que darle la razón a la opinión unánime”⁽¹⁵⁸⁾. No resulta en cambio tan evidente la vinculación de la valoración jurídica a la representación del sujeto del lugar del hecho cuando aquel ya no percibe visualmente el objeto. Ejemplo: A) fija bajo el coche de B) un artefacto que explota al arrancar el coche. A) quiere matar de este modo a B). Contra lo que esperaba A), no viaja con el coche B), sino su chofer C); este halla la muerte en la explosión⁽¹⁵⁹⁾.

Si se parte de la individualización según el lugar y el momento del hecho, hay que apreciar aquí también un *error in personam* irrelevante: A) quería hacer volar por los aires al ocupante del coche y así sucedió también. Por otro lado el caso se aproxima más a la *aberratio ictus*, porque aun después del comienzo de la tentativa (la colocación de la bomba) el suceso externo se ha “torcido”.

(157) *Ibidem*, pp. 504-505.

(158) *Ibidem*, p. 505.

(159) *Ibidem*, p. 506.

Para la valoración jurídica es lógico por tanto abandonar el punto de conexión de la percepción del objeto en el lugar del hecho, que, por falta de base visual, solo puede ser una "representación intelectual de la identidad" y apreciar solo una tentativa junto a un homicidio imprudente. Ello puede tener lugar bien apreciando un *error in personam* relevante en tales casos, o bien mediante la interpretación de tal supuesto de hecho como *aberratio ictus*. A) pesar de ello es preferible seguir manteniendo aquí también la imputación del resultado al dolo y apreciar por tanto un *error in personam* irrelevante y un hecho consumado. Porque el que C), que está sentado en el coche, muera porque A) le lance una bomba creyendo que se trata de B), o, por el contrario, porque A haya fijado la bomba al automóvil suponiendo que B) y no C) montaría en el coche, es una diferencia tan sutil que no comporta aún un enjuiciamiento jurídico diferente⁽¹⁶⁰⁾. En cambio, el *error in personam* adquiere relevancia, en contra de la posición dominante, allí donde la lesión del bien jurídico no consiste en un menoscabo material del objeto de la acción, sino que está únicamente en la esfera ideal. Ejemplo: A) llama por teléfono a B) para injuriarle. Debido a que se equivoca al marcar o porque coge el teléfono otra persona, C) descolga el auricular y ha de escuchar las injurias pronunciadas por A).

Respecto a lo indicado, Hurtado Pozo refiere que tratándose de los delitos contra el honor, la persona (objeto del delito) no sufre un menoscabo material directo como en el caso, por ejemplo, de homicidio o lesiones corporales. Señala que sería considerar el nivel de la realización del tipo penal si, en el caso de los delitos contra el honor, la noción de resultado es o no la misma que la admitida en relación con los ataques contra bienes jurídicos materiales. La injuria quedaría consumada solo cuando la víctima recepciona y comprende las afirmaciones, alegaciones o gestos realizados por el agente. De modo que un tercero cualquiera no podría sentirse afectado por ese ataque muy personalizado. El agente solo sería responsable de una tentativa de injuria. Esta solución también puede ser fundamentada afirmándose que, de acuerdo a esos criterios normativos, el plan del agente no ha sido materializado y que, por lo tanto, no pueden serle imputados los efectos de la acción a título de dolo⁽¹⁶¹⁾.

Se discute vivamente la cuestión de si el *error in personam* que es irrelevante para quien actúa de modo inmediato tampoco posee influencia en el enjuiciamiento jurídico de los sujetos de atrás (autores mediatos, coautores, inductores y cómplices). Hace por tanto irrelevante el *error in personam* no solo para el autor inmediato, sino para todos los intervinientes en el hecho.

(160) Ídem.

(161) Vide. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 481-482.

Sin embargo, con una opinión creciente en la doctrina, también en los sujetos de atrás se ha de considerar decisiva para su plan la representación del autor mediato o coautor, del inductor o cómplice sobre la identidad; pues en cuanto el acuerdo entre distintos intervinientes se refiere a personas concretas, el plan de quien no es el ejecutor inmediato, que a menudo no conoce o solo conoce de manera imprecisa el lugar y el momento de la acción, solo se puede concretar con ayuda de sus representaciones acerca de la identidad. Los pormenores más concretos se habrán de examinar en conexión con la teoría de la autoría y la participación⁽¹⁶²⁾.

Bacigalupo indica que los casos de *error in personam* no constituyen casos de error sobre el desarrollo del suceso y, por tanto, no deberían tratarse como tales, pues en ellos no hay desviación alguna. Una desviación del desarrollo del suceso presupone que el objeto alcanzado por la acción no sea aquel sobre el que se dirige la misma. Esto no es lo que ocurre en el *error in personam*, que, como es sabido, solo es un error sobre la identidad (sobre el nombre) del sujeto pasivo⁽¹⁶³⁾.

3. Efectos

Los efectos de este tipo de error dependen del “valor típico” de los objetos, esto es, si reciben idéntica protección penal o, por el contrario, se protegen en distintos tipos penales. En realidad se trata de decidir si el error es relevante o no. Se pueden distinguir dos situaciones:

- a) La valoración o calificación jurídico-penal no cambia; y
- b) El resultado puede ser menos o más grave que lo que pretendía el agente.

3.1. Equivalencia típica de objetos

En principio, es irrelevante el error (no excluye el dolo) si la cualidad de la persona o del objeto sobre los que recae la conducta no hacen cambiar la valoración jurídica del hecho respecto al que se trata de cometer; por lo que se condena por el correspondiente delito doloso. No habría error si el agente solo se equivoca en la equiparación de los objetos del hecho que son del mismo valor. Esto solo nos llevaría a un error de motivación antes que un error de tipo⁽¹⁶⁴⁾. Ejemplo: quien en la semioscuridad lesiona a una persona por otra

(162) ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 507-508.

(163) BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 319.

(164) Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 333. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 417.

(error en la persona); el que sustrae una cartera creyendo que contiene dinero pero en realidad contiene algunas joyas (error en el objeto)⁽¹⁶⁵⁾. En otras palabras, lo importante es que los objetos sean típicamente equivalentes u homogéneos, pues da lo mismo que A) se apodere del automóvil de B) que creía propiedad de C), o que mate a D) en lugar de a Z). Si se considera que, al no haber causado la muerte de la persona escogida como víctima, el plan de acción decidido por el agente no ha sido ejecutado, debería concluirse que solo ha cometido una tentativa respecto a ella y, tal vez, un homicidio culposo con relación a la persona muerta. Lo más acertado es considerar superfluo este error porque el objetivo que se representa el agente es privar de la vida a una persona, comportamiento prohibido sin tener en cuenta la identidad concreta de la víctima. Esta argumentación es válida aun cuando la sustitución (por ejemplo, debida al azar) de la víctima escogida por un tercero se produzca sin que el agente que desencadena los hechos se encuentre presente. Así, la muerte causada a la mujer de la víctima prevista mediante una bomba colocada en su automóvil, debido a que fue ella la que lo utilizó en lugar de su marido como lo esperaba el asesino⁽¹⁶⁶⁾.

Si el error incide en la persona del sujeto pasivo, como él no integra el tipo no tiene trascendencia; así, si el delincuente pretende sustraer el automóvil de Pedro, pero por error se apodera del de Juan, que tiene las mismas características que el otro, responde a título de dolo por la sustracción del vehículo, ya que se apropió de un automóvil ajeno.

La situación puede variar cuando la persona es el objeto material de la acción, como sucede con delitos como el homicidio, las lesiones o la violación, donde la actividad delictiva tiene necesariamente que recaer físicamente sobre la corporeidad de la víctima, de manera directa. Aquí debe distinguirse si el objeto de la acción es o no intercambiable, sin que el tipo penal varíe. En principio, rige la misma regla antes indicada, el error es inessential: si el autor quería lesionar a Pedro, pero lesiona a Juan al confundirlo con aquel, en definitiva se ha lesionado a un hombre y eso es lo que sanciona el tipo delito de lesiones. De modo que cuando los objetos sobre los que recae la acción descrita por el tipo son intercambiables, los errores carecen de interés en cuanto a sus consecuencias. Pero el problema se suscita cuando conforme al tipo dicha intercambiabilidad no es posible, como acontece con algunos delitos especiales; v. gr., el individuo que queriendo matar a su padre, mata a un tercero al confundirlo con aquel. Aquí se plantea la interrogante de si hay delito doloso de parricidio o de homicidio, o se trata de un concurso entre un delito de

(165) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 364-365.

(166) Vide. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 481.

homicidio culposo –la muerte de Juan– y una tentativa dolosa de parricidio. Puede suceder que el sujeto queriendo matar a su padre, por error lo confunde con su madre, aquí el error es irrelevante, pues se trata de dos personas que para los efectos del tipo aparecen como intercambiables, reúnen las mismas condiciones de calificación: el autor deberá responder por parricidio. Se puede dar una hipótesis distinta si se está ante una confusión de objetos de diversa naturaleza. El autor confunde a su enemigo con un maniquí que a la distancia se le asemeja y le dispara dañándolo; aquí hay una tentativa inidónea de delito de lesiones al enemigo, en concurso con daños al maniquí, no punible.

En resumen, se considera que el error es irrelevante si la persona o el objeto sobre los que recae la acción no implican el variar la valoración jurídica del hecho respecto al que se creía cometer. En el ejemplo del sujeto que dispara contra su enemigo, pero resulta que se confunde y mata a otra persona, el dolo se da por la conciencia y voluntad de matar a una persona, no interesa que sea su amigo o enemigo, por lo tanto, el error en este caso sería irrelevante.

3.2. No equivalencia típica de objetos

Es relevante de manera indiscutida el *error in obiecto* cuando los dos objetos confundidos no equivalen típicamente entre sí. Si A) mata a tiros a una persona a la que ha tomado por un espantapájaros, se trata entonces de una tentativa de daños en unidad de hecho (concurso ideal) con homicidio imprudente; ello se deriva de la teoría del error y no es un problema de imputación al dolo. Lo mismo rige cuando el sujeto da como castigo unos azotes en la oscuridad a consecuencia de una confusión al niño del vecino en lugar de a su propio hijo. Aquí concurre un error sobre los presupuestos de una causa de justificación (del derecho de corrección); el padre puede castigar (corregir) al hijo propio, pero no a los niños ajenos. Si con la opinión dominante se trata tal error como excluyente del dolo, entonces solo se pueden apreciar en este caso por tanto, con independencia de las reglas de la imputación dolosa, unas lesiones imprudentes causadas al niño ajeno⁽¹⁶⁷⁾.

Resumiendo, se considera que el error es relevante cuando el resultado es considerado más grave o menos grave del pretendido, a causa del error.

i) Resultado más grave que el pretendido

Esto se da cuando no hay identidad entre el objeto o persona que se quería dañar y el dañado; siendo el objeto o persona dañado de

(167) Vide. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 508.

mayor valor. En este caso, el error es relevante y, por tanto, excluye el dolo del tipo realizado. Ejemplo: una persona le dispara a lo que parece un ciervo entre los matorrales, pero, en realidad, era una persona, por lo que el error hace desaparecer el dolo de homicidio. Otro ejemplo puede darse cuando una persona hurta un bien –artículo 185 del Código Penal– sin saber que dicho bien tiene un valor histórico –artículo 230 del Código Penal–, la confusión se debió a un error sobre el objeto⁽¹⁶⁸⁾.

Si el sujeto cree conocer la cualidad del objeto o de la persona que daría lugar a la aplicación del tipo penal más grave, se le castigará por el tipo menos grave, pues el dolo abarca sus elementos, pero también por una tentativa del tipo más grave, pues el dolo abarca las circunstancias del tipo más grave, aunque no se dan objetivamente. Habría un concurso ideal de delitos⁽¹⁶⁹⁾. Por ejemplo: quien dispara a matar a un extraño y por confusión sobre su identidad mata a su padre (artículo 106 en relación al artículo 107 del Código Penal). Aquí, el error excluye el dolo de parricidio (error de tipo) y se mantiene subsistente el dolo de homicidio, ya que debido al error el resultado es considerado más grave del pretendido.

Cuando los objetos son heterogéneos (se quiere matar al perro del vecino, pero se mata al vecino) el error dará lugar a un concurso entre el delito que el sujeto quería realizar (daños en grado de tentativa, si el perro no muere, o de consumación, si el perro también muere) y el resultado imprudentemente realizado (la muerte del vecino)⁽¹⁷⁰⁾. Solución distinta tiene la situación a que alude Cury⁽¹⁷¹⁾, de aquel que en la oscuridad confunde a Rosa, una mujer mayor de edad, con la cual acordó tener relaciones sexuales, con Margarita, una menor de doce años, que sin decir nada consciente en la vinculación carnal: el error excluye el dolo de violación (se comete violación cuando se yace con una menor de 14 años aunque consentida), en atención a que el error recayó en el objeto de la acción –la mujer–, el sujeto creyó estar con Rosa. No sucede lo mismo si

(168) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Santa Rosa, Lima, 2000, p. 166.

(169) Vide. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; MARTIN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 145.

(170) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 314-315.

(171) Citado por GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 97.

queriendo violar a Rosa, la confunde con Juana y la viola; aquí el error en cuanto a la persona no excluye el dolo, quería violar a una mujer y la violó. La diferencia, en todos estos casos, radica en el error que recae en el objeto de la acción: en el primero el sujeto cree tener una vinculación atípica, y por error en cuanto al objeto, incurre en una típica, lo que margina el dolo; en el segundo tiene el propósito de realizar una acción típica, solo incurre en error en cuanto al objeto sobre el que recae la acción, que es de carácter inesencial.

La norma general es, entonces, que el error en cuanto a la persona del sujeto pasivo es irrelevante para los efectos del tipo, a menos que dicho error afecte a uno de sus elementos, como pasa cuando el sujeto pasivo es al mismo tiempo el objeto material de la acción, y además se exige una condición especial de calificación para ser sujeto pasivo (parentesco, minoridad de edad, ser funcionario público, etc.)⁽¹⁷²⁾.

ii) Resultado menos grave que el pretendido

Puede darse que el resultado producido sobre el objeto o persona sea más leve que aquel que inicialmente se quería. En este caso, el agente responde por el tipo correspondiente al resultado más leve. Por ejemplo A) quiere matar a su padre, se confunde y mata a un tercero; A) solo responde de homicidio simple⁽¹⁷³⁾. Si el sujeto desconoce la cualidad del objeto o de la persona que determina la protección especial, se castigará por el tipo menos grave que sí está abarcado por el dolo. Villavicencio Terreros considera que este supuesto debe resolverse con las reglas del concurso ideal: tentativa inidónea de parricidio y homicidio doloso⁽¹⁷⁴⁾. De manera genérica, en estos casos, solo el error es relevante cuando se trata de diferentes objetos o son los mismos objetos pero con diferente valoración o protección jurídico-penal⁽¹⁷⁵⁾; ya que debido al error el resultado es menos grave del pretendido.

(172) *Ibidem*, pp. 97-98.

(173) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Ob. cit.*, p. 166.

(174) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. cit.*, p. 365. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 9ª edición, B de F, Buenos Aires - Montevideo, 2004, p. 277. Vide. CASTILLO ALVA, José Luis. *El homicidio. Figuras fundamentales*. Gaceta jurídica, Lima, 2000, p. 134 –resuelve como homicidio simple–).

(175) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. cit.*, p. 365.

3.3. Tercer supuesto de error en persona

Aun cabría pensar en un tercer supuesto de error en la persona o en el objeto, es decir, cuando el Código Penal concede relevancia a la identidad (por ejemplo: No es lo mismo matar a un extraño que matar a un ascendiente), pero esa relevancia se refleja no a través de la creación de un nuevo tipo penal, sino a través de la aplicación de una agravante genérica o un tipo cualificado (ejemplo: El hurto se agrava si el objeto sustraído tiene valor artístico, histórico, cultural o científico⁽¹⁷⁶⁾). El error en estos supuestos recaería sobre un elemento accidental de la descripción penal, por lo que habría que aplicar las reglas del artículo 14 del Código Penal⁽¹⁷⁷⁾.

II. *ABERRATIO ICTUS* (ERROR EN EL GOLPE)

El *aberratio ictus* se realiza cuando el sujeto dirige su accionar a un objeto determinado pero por desviación de su actividad recae en otro distinto. Más que de un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto⁽¹⁷⁸⁾. Por ejemplo: A) quiere matar de un disparo a B), pero en vez de a B) alcanza mortalmente a C), que se encontraba a su lado.

A pesar de que se considera a estos casos como “errores en la ejecución, en el golpe”, en realidad el *aberratio ictus* no es propiamente un supuesto de error, ya que el sujeto conoce la realidad, por lo que no se le podría aplicar las reglas del artículo 14 del Código Penal. En estos casos se produce un “fallo en la ejecución”, de tal manera que en el resultado se realiza un riesgo que no es el creado dolosamente por el sujeto activo. La doctrina mayoritaria sostiene que este “fallo en la ejecución” ha de tener reflejo en la calificación jurídica, puesto que el sujeto ha creado dolosamente un riesgo que no se ha realizado en el resultado, sino que en el resultado se ha realizado otro riesgo (creado de forma imprudente o fortuita)⁽¹⁷⁹⁾.

El *aberratio ictus* no debe confundirse con el *error in personae*; en este último el sujeto confunde a una persona con otra, mientras que en el

(176) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 145.

(177) Artículo 14 del Código Penal.- El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

(178) PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Ob. cit., pp.110-111.

(179) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., pp. 145-146.

aberratio ictus no se incurre en error en cuanto a la víctima —aun en el caso de que sea objeto de la acción—; aquí se dirige la actividad precisamente en contra de una víctima escogida, pero al desviarse la dirección del ataque contra la misma se llega a lesionar a otra persona distinta. Asimismo, la diferencia del *aberratio ictus* con el *error vel in objecto* (que supone una confusión del objeto de la acción por otro), radica en que en el *aberratio ictus* el sujeto yerra la dirección del ataque⁽¹⁸⁰⁾; por ejemplo: Una persona quiere dañar el vehículo automotor de un enemigo lanzándole una piedra a su parabrisas, pero lo hace mal, de tal manera que al lanzar la piedra daña el automóvil de un tercero que se encontraba estacionado junto a su objetivo. El yerro se produce pues en la etapa de ejecución.

1. Definición del *aberratio ictus*

El *aberratio ictus* (frase latina que etimológicamente significa desviación de la trayectoria o del golpe) se refiere al caso en el que, a consecuencia de una desviación del curso causal, el resultado tiene lugar en un objeto de la acción diferente a aquel que el sujeto quería alcanzar. El sujeto dirige su acción contra un **objeto determinado, perfectamente identificado**, pero por un fallo en la ejecución de la acción termina lesionando otro objeto no incluido en el dolo del autor.

La calificación de los supuestos de *aberratio ictus* variará dependiendo de si el riesgo que se haya realizado en el resultado puede imputarse o no a título imprudente y también de si existe o no equivalencia típica entre el objeto cuya lesión se perseguía.

2. Naturaleza jurídica del *aberratio ictus*

Para Roxin, el *aberratio ictus* “no es una figura jurídica autónoma, sino solo un caso especial de desviación del curso causal y hay que tratarla conforme a las reglas de esta; ciertamente con el distinto resultado de que una desviación ordinaria del curso causal que se halle dentro de lo actuado es irrelevante para el dolo en la mayoría de los casos, mientras que, a la inversa, la *aberratio ictus* excluye la mayoría de las veces la imputación del resultado al dolo”⁽¹⁸¹⁾.

De conformidad con el criterio del **plan del hecho**, para Roxin el *aberratio ictus* no excluirá la imputación al dolo, cuando según el plan del hecho,

(180) Vide. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 365.

(181) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 495.

la identidad de la víctima carece de relevancia⁽¹⁸²⁾. Se entiende que el plan de hecho también comprende una valoración objetiva, específicamente al objeto material de la acción elegido por el agente, por lo que estará frustrado el hecho cuando no se llega a alcanzar este⁽¹⁸³⁾. En otro sentido, Herzberg exige que se prevea el curso causal dañoso, aunque sea de forma de co-consciencia, es decir, sin darse un cálculo completamente consciente de la posibilidad del mismo⁽¹⁸⁴⁾. Basta con comprobar que el agente fue co-consciente del resultado a producirse, para descartar una desviación relevante (*aberratio ictus*) y sancionarse a título doloso. “En cualquier caso, el ámbito de la co-consciencia es menor que el de lo objetivamente previsible según la experiencia de la vida; habrá casos en que un curso causal previsible objetivamente no sea abarcado por la co-consciencia, con lo que quedará excluida la pena del delito doloso consumado”⁽¹⁸⁵⁾.

El *aberratio ictus* constituye entonces una **desviación del curso causal**: El delito se realiza en un objeto diferente al que el autor tuvo como meta de su acción. Por ejemplo, Pedro dispara contra Juan, pero este desvía el proyectil, el mismo que mata a Rosa. El agente tiene consciencia y voluntad de matar a una persona, pero el resultado difiere, del que el agente se representó. Otro ejemplo: El agente dispara su revólver sobre una persona sin alcanzarla y el proyectil rebota contra un muro causando así la muerte de un peatón. La modificación del resultado sale del marco de la relación de causalidad previsto por el sujeto activo. Respecto al resultado muerte no se da el dolo. Solo debe considerarse tentativa respecto a la primera persona y, según las circunstancias, homicidio culposo en cuanto a la segunda⁽¹⁸⁶⁾.

Se sostiene, por una parte de la doctrina, que en los casos de *aberratio ictus* debería distinguirse según que el resultado realmente producido sea igual al querido o más grave que este (en su caso, menos grave). Tal distinción no parece acertada, pues en los casos en los que el autor produce un resultado de diferente gravedad no se presentan los problemas propios de los del *aberratio ictus*. En tales supuestos estamos, en realidad, ante un **error sobre una circunstancia modificadora de la punibilidad** (agravante o atenuante) para el que deben regir las reglas generales referentes a tales circunstancias⁽¹⁸⁷⁾.

(182) *Ibidem*, pp. 494-495.

(183) *Ibidem*, p. 494.

(184) Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios de Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2000, p. 62.

(185) ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 494.

(186) HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, p. 477.

(187) BACIGALUPO, Enrique. *Ob. cit.*, p. 321.

3. Teorías sobre el tratamiento del *aberratio ictus*

La discusión tradicional sobre el tratamiento de este grupo de casos se mueve entre los polos de la **teoría de la concreción o concretización** y la **teoría de la equivalencia o igualdad**⁽¹⁸⁸⁾:

3.1. La teoría de la concreción o concretización

Según la **teoría de la concreción o concretización** (*Konkretisierungstheorie*), que es la posición dominante en la literatura científica, el dolo presupone su concreción a un determinado objeto; si a consecuencia de la desviación se alcanza otro objeto (en el ejemplo señalado en la parte introductoria: C), entonces falta el dolo en relación con este. Solo puede apreciarse por tanto una tentativa de homicidio respecto de B) y además en su caso un homicidio imprudente respecto de C). Se considera que el dolo supone la realización del resultado sobre el objeto de un delito determinado y este se produce sobre otro suceso.

3.2. La teoría de la equivalencia o igualdad

En cambio, los defensores de la **teoría de la equivalencia**, también denominada **teoría de la igualdad** (*Gleichwertigkeitstheorie*), sostienen una opinión diferente, pues parten de que el dolo solo ha de abarcar el resultado típico en los elementos determinantes de su especie: A) ha querido matar a una persona B y ha matado realmente a una persona C). La desviación del curso causal no tiene influencia en el dolo, debido a la equivalencia típica de los objetos, de modo que se puede apreciar un homicidio consumado. El dolo comprende el resultado típico solo en sus aspectos generales. De modo que, en el ejemplo señalado, el cambio del resultado no tiene ningún efecto respecto a este; el agente quería causar la muerte de una persona y ha producido la muerte de otra (resultado de igual valor que el querido y no realizado). El autor sería responsable, por lo tanto, de homicidio doloso. Este último criterio sería, sin embargo, inconveniente en la medida en que contradice la situación real considerada y no tiene en cuenta que el segundo resultado ocasionalmente producido no era querido por el agente⁽¹⁸⁹⁾.

4. Efectos del *aberratio ictus*

En lo referente a los casos de *aberratio ictus* existe acuerdo en considerar que el autor proyecta una acción sobre un objeto determinado, pero a causa

(188) ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 492-493.

(189) HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 477-478.

de una deficiente realización de la misma, esta recae sobre otro objeto de la misma especie.

La solución de este tipo de casos depende de si el autor ha tenido o no un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, debe imputársele a título de dolo. En este sentido, resulta sin duda suficiente para el dolo del autor su conocimiento de la posibilidad del resultado proveniente de su experiencia: debiendo preferirse, en consecuencia, de acuerdo a lo señalado por Bacigalupo, la posición que defiende la sanción con la pena del delito doloso⁽¹⁹⁰⁾. Sin embargo, contra esta solución se objeta que el autor no tuvo, en tales supuestos, “una voluntad general de matar a alguien”.

Para entrar a desarrollar las teorías mencionadas con anterioridad (teoría de la concreción y de la equivalencia) tenemos que separar tres casos especiales de *aberratio ictus*, a los que se puede dar una solución unánime independientemente de la polémica entre opiniones⁽¹⁹¹⁾:

4.1. Equivalencia típica de objetos

El *aberratio ictus* no supone la confusión del objeto, sino que solo se yerra la dirección del ataque, a causa de la deficiente realización de la misma, esta recae sobre otro objeto de la misma especie. Surge cuando el autor queriendo producir un resultado determinado ocasiona con su acción un resultado distinto del que quería alcanzar. Aquí, encontramos la diferencia con el *error in persona vel in objecto*, pues en este el resultado se produce en el mismo objeto, aunque la identidad sea distinta; mientras que en el *aberratio ictus* el resultado se produce en otro objeto; por ejemplo: Si alguien dispara sobre Luis y por mala puntería o por un movimiento inesperado el proyectil da muerte a Marco. Como se advierte, más que un error hay una desviación material del curso causal previsto, que determina en definitiva una disconformidad entre lo representado y lo acaecido.

Es discutido el tratamiento que merece la *aberratio ictus* cuando el resultado causado y el que se buscaba alcanzar tienen la misma significación jurídica; por ejemplo: El que quiere matar a Juan pero por el *aberratio ictus* mata a Pedro. La doctrina está dividida en cuanto a la punibilidad de estas situaciones; sin embargo, las soluciones se han planteado en dos sentidos:

(190) *Ibidem*, pp. 320-321.

(191) ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, pp. 493-494.

i) Primera solución

Esta posición considera que tratándose de resultados típicos equivalentes, el error es irrelevante y estima la concurrencia de un delito doloso consumado (dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable)⁽¹⁹²⁾, por lo que en el caso planteado líneas arriba se habría cometido un homicidio consumado (solución similar al *error in persona vel in objecto*) de acuerdo a la teoría de la semejanza, equivalencia o igualdad⁽¹⁹³⁾. Jescheck y Weigend objetan que esta tesis “olvida el dato de que no basta con [que] el dolo vaya referido de forma abstracta a una clase determinada de objeto material, sino que el autor debe haberse propuesto atacar a un objeto concreto”⁽¹⁹⁴⁾. Por su parte, Wessels considera que esta posición “atribuye al autor un dolo homicida general, cuando, en realidad, pensaba en un objeto de ataque completamente determinado y había efectuado una individualización del objeto que no debe ser desatendida, por lo menos en el ámbito de los bienes jurídicos eminentemente personales. No indica nada el que no sea necesario que el dolo sea individualizado y que pueda bastar un dolo homicida general, si el autor ha hecho una individualización del objeto y ha tenido una voluntad homicida especial”⁽¹⁹⁵⁾. Para Stratenwerth, en esta posición “el supuesto de *aberratio ictus* se trataría como si fuera un mero error sobre el curso causal, lo que, en realidad, no es”⁽¹⁹⁶⁾.

Esta solución, a juicio de Muñoz Conde, tiene el inconveniente de que es injusta cuando además de la tercera persona alcanzada por el disparo o golpe también resulta alcanzada la persona a la que se pretendía herir, y, desde luego, no puede aplicarse tampoco cuando se trata de resultados heterogéneos; por ejemplo; se pretende matar a una persona y se mata al valioso caballo que esta montaba. En estos casos, la solución del concurso es la única capaz de abarcar el desvalor perfectamente diferenciable de los distintos resultados⁽¹⁹⁷⁾, como veremos a continuación.

(192) Vide. BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 320.

(193) Vide. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. Trad. a la 6ª edición alemana de Conrado A. Finzi; Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 107.

(194) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 336.

(195) WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte general*. Trad. a la 6ª edición alemana de Conrado A. Finzi. De Palma, Buenos Aires, 1980, pp. 76-77.

(196) STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte general I. el hecho punible*. Trad. de la 2ª edición alemana (1976) de Gladis Romero. Edersa, Madrid, 1982, p. 104.

(197) MUÑOZ CONDE, Franciso y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 315.

ii) Segunda solución

Esta posición es la mayoritaria en la doctrina; estima que el error es **relevante** pese a la igualdad de bienes jurídicos, por lo que ha de sancionarse el peligro respecto al objeto perseguido y la lesión respecto al alcanzado. Es decir, siguiendo con el ejemplo referido, habrá un concurso ideal entre la tentativa de homicidio y el delito de homicidio imprudente (siempre que el resultado fuera objetivamente previsible)⁽¹⁹⁸⁾ de acuerdo a la teoría de la concreción⁽¹⁹⁹⁾. Mir Puig enseña que la solución depende de considerar al bien jurídico como valor abstracto, en suma se ha conseguido lesionar ese valor aunque objeto material distinto; pero, si se considera a un bien jurídico un objeto empírico dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, no será relevante el error sobre las características no típicas como la identidad de la víctima a la que se dirige el ataque, a sabiendas de que no se alcance el objeto empírico atacado, porque, así la agresión dolosa no se habrá dirigido a este bien jurídico, siendo coherente, pues, apreciar un concurso entre homicidio doloso tentado con homicidio imprudente consumado⁽²⁰⁰⁾. En nuestro país, Villavicencio defiende esta posición⁽²⁰¹⁾.

Cuando los objetos equivalen típicamente, pero respecto de aquel al que se dirige la acción concurre una causa de justificación, que no existe en relación con el alcanzado; por ejemplo: A) quiere defenderse mediante un bastonazo frente a un agresor y alcanza, debido a un error en el golpe, a su esposa B), que no intervenía en el asunto. Aquí también la teoría de la equivalencia ha de reconocer que frente al agresor concurre una tentativa de lesiones justificada, mientras que además hay que examinar si en relación con la esposa pueden apreciarse unas lesiones imprudentes.

(198) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 146.

(199) Cfr. STRATENWERTH, Günther. Ob. cit., pp. 186-187; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., pp. 335-336; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 365; MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., pp. 279-280.

(200) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., pp. 279-280.

(201) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 366.

4.2. No equivalencia típica de objetos

Cuando el resultado originado y el que se buscaba tienen distinta significación (más o menos grave), o no son típicamente equivalentes, el error, de manera indiscutida, siempre será relevante; por ejemplo: Si A) apunta a un jarrón muy valioso y en lugar de a este alcanza mortalmente a B), que está al lado, evidentemente solo hay que apreciar una tentativa de daños y, en su caso, un homicidio imprudente. Otro ejemplo: debido a los defectos del sistema de dirección del arma usada, al que se mata no es a un vecino sino a su padre y viceversa. También en estos casos Villavicencio cree que deben aplicarse las reglas del concurso ideal⁽²⁰²⁾. Peña Cabrera considera que se presenta concurso ideal entre tentativa de homicidio y homicidio culposo⁽²⁰³⁾. Para Salinas Siccha existe delito de homicidio doloso, atribuyéndose tentativa acabada de homicidio⁽²⁰⁴⁾, en virtud a las reglas de la comisión culposa de homicidio, en concurso con tentativa de homicidio simple.

En estos casos, la opinión dominante, como hemos indicado con anterioridad, señala que siempre se apreciaría un concurso ideal de delitos⁽²⁰⁵⁾:

- Si el autor dirige su acción a realizar el tipo más grave: tentativa del delito más grave en concurso ideal con el delito menos grave imprudente.
- Si el autor dirige su acción a realizar el tipo menos grave: tentativa del delito menos grave en concurso ideal con el delito más grave imprudente. Si no existe la modalidad imprudente, se sancionará con el tipo básico imprudente.

De estas soluciones se apartan muy pocos autores, quienes estiman que la desviación del desarrollo de los hechos está dentro del marco de la causalidad adecuada. Frente a este punto de vista se propone distinguir los casos de *aberratio ictus* de los de dolo alternativo, según que el resultado se haya producido sobre un segundo objeto que el autor no tenía a la vista (*aberratio ictus* = tentativa y delito imprudente) o que el resultado haya tenido lugar en un objeto que también tenía a la vista. En este último caso se debe admitir el llamado dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable⁽²⁰⁶⁾.

(202) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 367.

(203) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 1997, p. 374.

(204) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Curso de Derecho penal. Parte Especial I*. Palestra, Lima, 1998, p. 38.

(205) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 146.

(206) BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 320.

En el caso de que alguien, al verse asaltado por la noche, se defiende con un golpe de bastón, alcanzando a un tercero, mas no al agresor que intentaba detenerlo: El autor queda impune porque la tentativa de lesión al agresor se encuentra cubierta por la legítima defensa, mientras que las lesiones producidas al tercero también quedarían impunes por encontrarse en una situación de inculpabilidad, que sería el miedo insuperable.

4.3. Tercer supuesto

Un *aberratio ictus* excluye además, según todas las opiniones, la pena del delito consumado cuando la posibilidad de la desviación del curso causal fue abarcada por el dolo eventual del sujeto. Así sucede por ejemplo, cuando A), al apuntar a B), ve a C), que está al lado, percibe la posibilidad de alcanzarle, pero pese a ello dispara y alcanza en efecto mortalmente a C). Entonces también la teoría de la concreción ha de admitir un homicidio consumado de C, porque el sujeto actuó al respecto con *dolus eventualis*. Ha de admitir un dolo alternativo, en virtud del cual, junto al homicidio consumado de C habría que apreciar además una tentativa de homicidio de B). Para la teoría de la equivalencia en tal caso es consecuente castigar solo por homicidio consumado. La alternativa, base en los demás casos de la pugna entre teorías, entre tentativa e imprudencia o consumación no se da de todos modos en esta constelación.

Como objeto de la polémica restan por tanto solo los casos en que la desviación afecta a un objeto protegido de igual modo típico y jurídico penalmente, y se mantiene dentro de lo previsible según la experiencia general de la vida, pero sin embargo no es abarcada por el *dolus eventualis* del sujeto. De la teoría del "plan del hecho" desarrollada en general para las desviaciones del curso causal se deriva para esta constelación una solución que discurre entre la teoría de la concreción y la de la equivalencia, pero que en el resultado al que llega está más próximo a la teoría de la concreción. Por regla general el plan del hecho está tan ligado, también en una valoración objetiva, al objeto de la acción elegido por el sujeto, que ha de considerarse fracasado el hecho cuando no se alcanza a aquel. Si A) quiere matar de un disparo en una pelea de taberna a su amigo B), pero en vez de a este alcanza a su propio hijo C), el plan se ha frustrado, no solo según el juicio subjetivo de A), sino también según parámetros objetivos. Ello sigue siendo válido también cuando el disparo no alcanza precisamente al propio hijo, sino a un tercero desconocido. Concorre en efecto entonces, respecto de la víctima muerta, una realización de un peligro y con ella una realización del tipo objetivo, que puede constituir la base de una condena por homicidio imprudente; pero la imputación del resultado al dolo no es posible por falta de realización del plan, de modo que

en esa medida el resultado pretendido solo puede motivar la punición por una tentativa⁽²⁰⁷⁾.

Otra cosa sucede sin embargo cuando alguien, por ejemplo para organizar un tumulto, quiere matar de un disparo a un manifestante cualquiera y alcanza mortalmente a uno distinto de aquel al que había apuntado. Porque aquí, pese a la desviación del curso causal, sigue concurriendo una realización del plan del hecho según un juicio objetivo (y a menudo también según el criterio del propio sujeto). Lo mismo rige cuando v. gr. un joven lanza bolas de nieve por travesura a los transeúntes y la bola no da a la víctima a la que ha apuntado, sino en la cara de un peatón que iba detrás de esta. De tales ejemplos se puede extraer la regla general de que la *aberratio ictus* no excluye la imputación al dolo cuando, según el plan del hecho, la identidad de la víctima carece de relevancia; la respuesta a la pregunta de si el sujeto también habría actuado si hubiera contado con la desviación puede constituir un indicio al respecto. Se puede decir por tanto: hay que darle la razón a la teoría de la concreción en la medida en que el plan del hecho presuponga un objeto concretado; si ello no es así, rige la teoría de la equivalencia⁽²⁰⁸⁾.

También Hillenkamp ha propuesto una solución que discurre entre la teoría de la concreción y la de la equivalencia. Según su teoría, llamada por él "teoría de la equivalencia material", la *aberratio ictus* carecería de trascendencia para la imputación dolosa cuando "la individualidad del objeto de la agresión carece de trascendencia para la realización típica de que se trate y para el injusto". Tal carencia de trascendencia se produciría en todos los tipos que protegen total o prioritariamente bienes jurídicos patrimoniales, mientras que cuando el tipo sirve total o prioritariamente a la protección de bienes jurídicos altamente personales, la *aberratio ictus* excluiría la equivalencia y con ella la imputación dolosa. Es en efecto correcto que el plan del hecho requiere más un objeto de la acción individualizado en el caso de los bienes jurídicos altamente personales que en el de los patrimoniales; para el plan del hecho de quien quiere desahogar su cólera en el mobiliario de una vivienda ajena, la mayoría de las veces es objetivamente indiferente el que destruya un objeto u otro. Pero también en el caso de bienes jurídicos altamente personales puede carecer de trascendencia, aunque sea solo excepcionalmente, la individualidad del objeto del hecho. Por otro lado, también cuando se trata de cosas el objeto concreto de la acción puede ser decisivo para el éxito del plan del hecho: a quien quiere destruir el valioso jarrón de A) y en vez de al mismo alcanza el

(207) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 494.

(208) Ibídem, pp. 494-495.

paraguas de B, que no estaba implicado en absoluto, se le debería castigar solo por tentativa de daños⁽²⁰⁹⁾.

Puppe ha intentado recientemente, en el sentido de la teoría de la equivalencia, deducir la irrelevancia de la *aberratio ictus* previsible de la comparación con los casos de confusión del objeto de la acción (*error in obiecto*), que es irrelevante según la opinión dominante. La misma demuestra que el *error in obiecto* es, en relación con la individualidad del objeto, un error sobre el curso causal, y opina que, si este es irrelevante, la *aberratio ictus* no debería tratarse de modo distinto. Solo que de la similitud estructural del error no se deduce que la valoración jurídica haya de ser la misma. Por el contrario, la teoría del plan del hecho permite precisamente comprender que incluso los casos clásicos de *aberratio ictus* son susceptibles de tratamiento diferenciado, aunque la desviación, como yerro o desacierto (no alcance) del objeto al que se dirige la acción, siempre presente la misma estructura ontológica⁽²¹⁰⁾.

El *aberratio ictus* ha de excluir también la pena del delito consumado, según todas las teorías, cuando conduce a un curso causal que cae ya fuera de lo adecuado. Si A) dispara sobre B), la bala no da a B), golpea en una pared, rebota y tras repetidos choques en otros objetos mata de manera totalmente imprevisible a un transeúnte a la vuelta de la esquina de la calle, desde un principio solo se puede castigar a A), también según la teoría de la equivalencia, por tentativa de homicidio. Pues si las desviaciones imprevisibles del curso causal impiden la imputación al tipo objetivo, incluso cuando el objeto al que se dirige la acción resulta finalmente alcanzado, con más razón ha de ser así cuando la desviación conduce por añadidura a la lesión de otro objeto.

Si el autor quería lesionar a Francisco y le dispara, pero Diego en defensa de este, que está a su lado, se atraviesa en la dirección y recibe el impacto, el acto voluntario por el cual Diego se hace herir para impedir que el proyectil lesione a su amigo no puede atribuirse a quien dispara. La lesión de Diego no es susceptible de atribución objetiva a la acción de disparar, el autor responderá únicamente de lesiones frustradas a Francisco⁽²¹¹⁾. Conforme al criterio de la imputación objetiva, en el juicio de experiencia existe la posibilidad de que el peligro creado por la acción realizada lesione un bien jurídico de otro titular, salvo casos excepcionales⁽²¹²⁾.

(209) *Ibidem*, p. 495.

(210) *Ibidem*, pp. 495-496.

(211) *Ibidem*, p. 98.

(212) *Ídem*.

III. EL *DOLUS GENERALIS* Y LA CONSUMACIÓN ANTICIPADA

Con el inexacto concepto de *dolus generalis* se designa desde hace mucho tiempo en el Derecho Penal a diversos sucesos realizados en dos actos, en los que el sujeto cree haber producido el resultado en la primera parte de su acción, cuando en realidad el resultado solo tiene lugar en la segunda parte de la misma, la que según la representación del sujeto solo debería servir para encubrir el hecho ya consumado anteriormente⁽²¹³⁾. Ejemplo: El autor ha atravesado una arteria importante y un órgano vital de la víctima al apuñalarla con dolo homicida; la víctima cae de modo que se abre la arteria; no obstante, el autor esconde enseguida bajo un montón de madera lo que él supone ya un cadáver, de modo que la arteria se le estrangula y la víctima perece pero no por la hemorragia, sino por el peso de la madera.

El problema en este caso consiste en si ha de apreciarse un hecho doloso consumado o debe enjuiciarse el primer acto parcial como solo una tentativa de homicidio, a la que a lo sumo se puede añadir un homicidio imprudente mediante la segunda parte de la acción.

Roxin, respecto a este tema, señala que en la actualidad se reconoce que la apreciación de un hecho doloso consumado no puede, en cualquier caso, fundamentarse en un “dolo general” (*dolus generalis*), según el cual en casos de ese tipo “concorre un decurso unitario de la acción (homicidio encubierto), que también en la segunda parte es aún abarcado por el dolo de asesinar”. Continúa el mencionado autor señalando que es imposible “extender el dolo original de matar a acciones posteriores, en las que ya no existía”⁽²¹⁴⁾.

Vemos que con el concepto superado en la historia del Derecho de un “dolo general”, la expresión *dolus generalis* se utiliza en la actualidad ya solo por razones de tradición para la caracterización de un grupo de casos, pero no para su enjuiciamiento jurídico⁽²¹⁵⁾.

Es importante indicar que no nos encontraríamos frente a un caso de error ni de *dolus generalis* (desviación del curso causal) cuando el autor, tras un resultado ya supuesto, actúa dolosamente sobre la víctima —por ejemplo, para mayor seguridad—, como es el caso del autor que dispara una vez más a la cabeza de la víctima, que yace en el suelo a causa de disparos anteriores, a la que por estos mismos supone muerta, a fin de descartar cualquier posibilidad

(213) Vide. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 498.

(214) *Ibidem*, p. 499.

(215) *Ídem*.

de que sobreviva. Si solo el último disparo mata a la víctima, estaremos frente a un hecho doloso consumado. Jakobs enseña que el *dolus generalis* se trata más bien de supuestos en los que el autor cree que ya ha condicionado suficientemente el resultado, siendo así que solo lo realiza mediante acciones posteriores, no percibidas como relevantes para el resultado⁽²¹⁶⁾.

Otro grupo de casos muy similar a la constelación del *dolus generalis*, a menudo incluso agregado sin más a este, es aquel en que el sujeto entra durante la ejecución del hecho en un estado de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad en el que produce el resultado. El sujeto golpea, por ejemplo, a la víctima con el martillo con intención de matar de una manera que no resulta al principio mortal y entra por ello en un delirio a la vista de la sangre excluyente de la imputabilidad, en el que produce la muerte mediante ulteriores golpes; o ya al sacar el cuchillo con el que quiere apuñalar a la víctima cae en una "amnesia pasional" y la mata en este estado mediante varias cuchilladas. Tales casos se distinguen de la situación "clásica" del *dolus generalis* solo en que el sujeto actúa en la segunda parte de la acción no sin dolo, sino sin culpabilidad⁽²¹⁷⁾. La doctrina dominante observa acertadamente aquí solo una desviación inesencial del curso causal y castigan por delito consumado el accionar del autor. Pues el advenimiento de la inimputabilidad no escapa en tales casos la mayoría de las veces a la experiencia de la vida (cuando excepcionalmente sí escape, cabrá solo plantear una tentativa) y no modifica tampoco el hecho de que el sujeto realiza su plan. Su estado de consciencia en el estadio final de la ejecución es irrelevante para la valoración jurídica si el resultado se corresponde con el proyecto original del sujeto. No obstante, también aquí debe exigirse que el sujeto sea aún imputable al comienzo de la tentativa. Si alguien toma la decisión de matar y ya en la fase preparatoria entra en un "estado epiléptico", en el que a continuación comete el hecho, no ha poseído durante el estadio de ejecución en ningún momento un dolo culpable y no puede ser castigado, pues falta una realización responsable del plan⁽²¹⁸⁾.

1. Definición de *dolus generalis*

Estamos ante la figura del *dolus generalis* cuando un suceso se lleva a cabo en dos actos y el autor juzga equivocadamente el curso de la acción al creer

(216) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzales de Murillo, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 363.

(217) Vide. ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 502-503.

(218) *Ibidem*, p. 503.

haber logrado el resultado querido mediante el primer acto, en tanto que el resultado solo se ha producido con el segundo acto realizado para ocultar el hecho. En este caso, el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior. El delito se consuma de forma distinta a como cree el autor, pero este es el que, en todo caso, lo consuma, es decir, el que aporta también la última y definitiva causa⁽²¹⁹⁾.

Se habla de un dolo general, indica Bramont-Arias Torres, porque abarca al hecho total, y no solo a la acción inicial con la que el agente creyó haber consumado el delito, por lo que el dolo se mantendría intacto, siendo irrelevante, en este caso, el error sobre el curso causal. Por ejemplo, José dispara sobre Luis, para darle muerte, pero por una desviación del curso causal yerra y solo lo hiere; creyendo que Luis ha fallecido, José decide ocultar su delito y arroja al río el cuerpo inanimado de su víctima; Luis muere por asfixia a causa de la inmersión. Según la teoría del *dolus generalis*, ambos actos constituyen un suceso unitario, en cuya segunda parte existe todavía el dolo homicida. Desde este punto de vista, se da un hecho doloso consumado⁽²²⁰⁾. Sin embargo, existe una posición doctrinaria mayoritaria que propone una forma diferente de solución de casos como el señalado, como veremos más adelante.

En conclusión, diremos que en el *dolus generalis* existe una diferencia entre el desarrollo de los hechos y el imaginado por el agente debido a que en el momento en que se produce el resultado, este no tiene una idea correcta de lo que sucede⁽²²¹⁾. El autor cree haber consumado ya el delito que quería consumir, cuando en realidad ello no ha ocurrido todavía; la consumación tiene lugar posteriormente, cuando el autor realiza una nueva acción.

2. Naturaleza jurídica del *dolus generalis*

Un amplio sector doctrinal argumenta que la naturaleza jurídica del *dolus generalis* es la de un supuesto particular de error sobre el curso causal⁽²²²⁾, pues el resultado es el perseguido inicialmente por el sujeto, pero se ha producido por otra vía, a través de un curso causal diferente al que el sujeto activo había imaginado. El agente yerra sobre cuál de los diversos actos de un contexto de acción causa el resultado perseguido. En este hecho se ejecutan a la vez dos actos cuya importancia lo estima erróneamente el autor, pero en

(219) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 168.

(220) Ibídem, p. 169.

(221) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 479.

(222) Vide. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 146.

realidad dicho resultado se logra con el segundo acto, que había sido pensado para ocultar el delito.

Estamos refiriéndonos de un resultado injusto que se produce mediante una secuela de actos que, mirados desde el plan del sujeto, pretendían objetivos distintos; solo el primero tenía como fin consumarlo, los posteriores no. Sucede en el conocido ejemplo del individuo que pretende matar a otro estrangulándolo, y cuando cree haberlo logrado, con la intención de simular un suicidio, lo cuelga de una viga con una cuerda, y es esta acción la que en verdad provoca su muerte, pues la primera no lo había conseguido. En otros términos, la muerte del sujeto se concreta con la actividad posterior, no obstante que el autor creyó haberla alcanzado con la primera y el colgamiento era un simple acto de ocultación.

3. Planteamientos de solución a los casos de *dolus generalis*

En la doctrina se ensayan diversas formas de solucionar los casos que se encuentran dentro del denominado *dolus generalis*; procedemos a señalar las principales:

3.1. Propuesta de los partidarios del *dolus generalis*

Como ya hemos señalado anteriormente, los partidarios del *dolus generalis* (un dolo cuya amplitud permitiría abarcar todo el suceso) suponen en estos casos la existencia de un único delito consumado doloso. Para este sector de la doctrina el error es inesencial; se considera la presencia de un solo comportamiento doloso y el segundo resultado está comprendido sin más en el dolo inicial.

Hurtado Pozo enseña que si bien es cierto que el dolo debe existir en el momento del acto, también es aceptable afirmar que este no necesita existir durante todo el desarrollo del suceso, sino en el momento en que el agente desencadena el proceso causal. El primer acto es propio para causar el resultado (muerte en los ejemplos dados) y esto basta para que sea imputable subjetivamente a nivel del dolo, en la medida en que el resultado se presenta también como realización del plan del autor⁽²²³⁾.

Uno de los adeptos a la propuesta del *dolus generalis* es Muñoz Conde, quien indica que en estos casos el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad la consumación se produce por un hecho posterior (el sujeto, tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia de que la ha

(223) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 480.

matado, la tira por un precipicio para ocultar su delito, siendo entonces cuando la víctima, que solo estaba desvanecida, muere realmente a consecuencia del golpe en la caída). Dicho autor señala los siguiente: “[e]n la práctica, parece más justo apreciar, sin embargo, un solo delito consumado doloso: el sujeto quería matar a la persona y lo ha conseguido”⁽²²⁴⁾.

Schroeder pretende apreciar un hecho consumado solo cuando la primera acción ya habría conducido a la muerte por sí sola: “Por tanto si la víctima estaba ya mortalmente herida, la aceleración de la muerte (...) no puede excluir el dolo; si por el contrario la primera acción no era idónea en concreto para producir el resultado, entonces falta el dolo en el hecho”⁽²²⁵⁾.

Respecto a lo mencionado, Roxin refiere que idónea en concreto para producir el resultado lo es cualquier acción que pone en marcha un curso causal adecuado; solo puede ser decisivo el dato de si un curso causal previsible sigue estando dentro del plan del hecho⁽²²⁶⁾. El mismo autor indica que la apreciación de que en los casos de *dolus generalis* concurre una desviación inesencial del curso causal es por tanto también correcta en caso de previsibilidad del curso causal solo cuando la acción del sujeto está guiada por el ánimo o intención de matar. Incluso entonces debe hacerse aún una pequeña restricción: debe tratarse de un ánimo o intención de matar no revisado. Si A) quiere matar a B), pero se arrepiente cuando ve a la víctima inconsciente tendida ante sí, abandona desde entonces su intención e intenta devolver a la víctima el conocimiento, toma erróneamente por infructuosos estos esfuerzos y en vista de ello entierra resignado a la víctima y solo entonces la mata, él mismo ha renunciado al plan de asesinato en el estadio de la tentativa, de modo que la posterior causación de la muerte ya no puede contemplarse como realización del plan original, ya no vigente en absoluto, de matar y por tanto no puede ser ya tampoco imputada al dolo⁽²²⁷⁾.

3.2. Posición mayoritaria

En la doctrina, la posición mayoritaria considera que se debe apreciar una tentativa en el primer tramo (porque el autor dirige su acción a lograr el resultado que no se produce por razones ajenas a él), mientras que en el segundo tramo se responsabiliza al autor por delito culposo (ya que produce la muerte sin saberlo, y esta era evitable si hubiera observado el cuidado exigido frente al bien jurídico); la tentativa de homicidio y el homicidio

(224) Vide. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 316.

(225) Citado por ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 501-502.

(226) Ídem.

(227) Ibídem, p. 500.

imprudente concurrirían materialmente (en concurso real). Bacigalupo señala que esta solución es la preferible, ya que en el momento de producir el resultado el autor no dirige a él su acción y no sabe de la realización del tipo⁽²²⁸⁾.

Desde la posición de Roxin, la apreciación de que la decisión entre consumación o tentativa depende de si la determinación de realizar la segunda acción fue tomada de antemano o solo a raíz del primer acto: “Solo cuando la resolución de deshacerse de la víctima se toma después de la supuesta muerte hay tentativa de homicidio en concurso real con homicidio imprudente”. Quien actúa en el primer acto con ánimo o intención de matar la mayoría de las veces planeará de antemano también el segundo acto, ya que ha de deshacerse del cadáver; en cambio, quien solo posee dolo eventual respecto de un homicidio en el primer acto y tiene la esperanza de que la víctima sobreviva no se preocupará aún por regla general de lo que habrá de hacer con el cadáver en caso de muerte de la víctima. Pero ambos principios basados en la experiencia son refutables en el caso concreto, y por tanto induce a error atender al momento de la decisión de deshacerse del cadáver; pues ni la previsibilidad del segundo acto depende en general de si ya estaba planeado en el momento del primer acto, ni el segundo acto se presenta como realización del peligro creado por el primer acto únicamente cuando estaba planeado de antemano⁽²²⁹⁾.

Para Roxin resultaría precipitada la conclusión de que la desviación es siempre inesencial; pues se pasa a menudo por alto que el concreto curso causal puede estar en tales casos fuera de lo previsible, de modo que entonces ya no se realiza el tipo objetivo. Si por ejemplo alguien carga a la víctima tomada por muerta en su automóvil para enterrarla en un lugar apartado y la víctima del atentado mortal, en verdad solo está inconsciente, perdiendo la vida en un accidente de tránsito de camino al lugar de la inhumación, se podrá apreciar solo una tentativa por el carácter “extravagante (aventurero)” del curso causal⁽²³⁰⁾.

El mencionado autor alemán señala también que hay que rechazar la concepción que pretende apreciar en la constelación del *dolus generalis* sin excepción solo una tentativa y, en su caso, un hecho imprudente. La misma se apoya sobre todo en la apreciación de que el dolo ha de “darse en el momento del hecho” y falta por tanto en el verdadero acto de matar: “Se le supone al sujeto en este caso por tanto un dolo ya extinguido”. Esto es incorrecto

(228) Vide. BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 322.

(229) Vide. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 501.

(230) Ibídem, p. 499.

para Roxin, pues para él no es necesario que el dolo concorra durante todo el suceso, sino solo en el momento en que el sujeto abandona el control del curso causal. En el *dolus generalis* se imputa al sujeto la muerte de la víctima como consecuencia adecuada de su primera acción abarcada por el dolo; y eso basta también para la imputación al dolo, en cuanto que el resultado se sigue presentando como realización del plan del sujeto⁽²³¹⁾.

Para la imputación al dolo habrá además que diferenciar entre si quien actúa se propuso la muerte de la víctima o si solo se conformó con ella con agrado o a la fuerza como consecuencia accesoria. Si A) se propone matar a B) y lo entierra estando este inconsciente y creyéndolo muerto, de modo que muere por esta segunda acción, se habrá de contemplar el suceso, en una valoración objetiva, pese a la desviación del curso causal, como realización del plan del sujeto: A) quería matar a B) y además lo ha conseguido. Es verdad que la muerte se ha producido en concreto de manera algo distinta a la pensada; pero para la realización del plan de matar eso es exactamente igual de irrelevante que otras desviaciones del curso causal. La valoración varía sin embargo cuando por ejemplo: A) quiere violar a la mujer B), la estrangula para vencer su resistencia y solo se conforma de mala gana con *dolus eventualis* con la muerte de la mujer, en cuya evitación tiene esperanzas. Si en tal situación el sujeto toma erróneamente por muerta a la mujer inconsciente, quizá realiza incluso intentos de reanimación aparentemente infructuosos y entonces la entierra con efecto letal, eso ya no es, no solo desde el punto de vista del sujeto, sino tampoco según parámetros objetivos, la realización del plan del hecho, sino una desgracia lamentable: el plan del hecho incluía el homicidio de B) solo en tanto fuera necesario para el éxito de la violación; por lo demás el mismo estaba dirigido a la evitación de la muerte⁽²³²⁾.

3.3. Otras propuestas

Dejando de lado aspectos relativos al dolo, algunos autores pretenden solucionar el problema del *dolus generalis* por medio de los principios de la imputación objetiva, pues el resultado posterior quedaría en la posibilidad de ser atribuido objetivamente a la actividad del sujeto, que conlleva como inherente a ella peligros de esa naturaleza, aunque no hayan sido aprehendidos por su dolo⁽²³³⁾.

(231) *Ibidem*, pp. 499-500.

(232) *Ídem*.

(233) Vide. GARRIDO MONTT, Mario. *Ob. cit.*, p. 99.

Otra vía de solución es la de negar la imputación objetiva del resultado de muerte a la acción inicial dolosa, y esta constituye un homicidio frustrado (en tentativa acabada), de manera que el resultado se imputa objetivamente a la segunda acción pero en la que no hay dolo (error de tipo vencible), en consecuencia, se trataría de un homicidio frustrado en concurso real con un homicidio imprudente⁽²³⁴⁾. El resultado no es imputable a título doloso cuando el riesgo del primer acto queda desplazado por un nuevo riesgo creado a través del segundo acto: El riesgo creado dolosamente no se realiza, y el riesgo realizado no se crea dolosamente⁽²³⁵⁾.

Respecto a la solución a las situaciones de *dolus generalis*, Villavicencio hace una diferenciación entre dos niveles⁽²³⁶⁾:

- a) El sujeto desde el principio tiene la intención de cometer el segundo acto (luego de matarlo, sumergir el cadáver). En este caso se trata de un delito de homicidio consumado.
- b) El segundo acto no estaba planeado desde el principio, sino que el agente decidió realizarlo después de concluido el primer acto (con posterioridad a la presunta muerte, decide sumergir al cadáver y este muere ahogado). Se considera que en este caso se presentaría un concurso real entre tentativa de homicidio doloso y homicidio culposo⁽²³⁷⁾.

El autor puede encontrarse, según su representación, aun en el estadio de la tentativa inacabada, pero haber ya condicionado suficientemente el resultado (consumación prematura), y puede pensar que ya ha determinado el resultado, siendo así que solo lo determina después mediante un hacer incidental (el llamado *dolus generalis*).

4. La consumación anticipada

También hay que tratar conforme a las reglas de la desviación del curso causal el caso inverso cercano al del *dolus generalis* en que el sujeto produce ya el resultado con un primer acto fundamentador de una tentativa, aunque este resultado debería, según la representación del sujeto, producirse solo mediante un segundo acto. Como ejemplos podemos citar los siguientes casos:

(234) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Ob. cit., p. 435. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998, p. 382 (quien señala que se da una desviación en el proceso causal excluyéndose así la imputación objetiva).

(235) Vide. JAKOBS, Günther. Ob. cit., pp. 363-364.

(236) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 367.

(237) Ídem.

- Quien actúa quiere aturdir a golpes a la víctima antes de matarla, pero la mata ya así.
- Al apuntar con el revólver se escapa ya el disparo mortal que el sujeto quería disparar inmediatamente después.
- La víctima de un linchamiento que se opone a su ejecución pierde la vida en la riña que se produce por ello.
- La enfermera X) quiere matar al inválido Z), poniéndolo previamente en estado de inconsciencia, para lo cual le aplica una inyección con un fuerte somnífero; Z) muere a consecuencia de un *shock* que le produce el somnífero y antes de que X) lo estrangule como pensaba.

Las situaciones señaladas con anterioridad son denominadas “consumación anticipada” por la doctrina. Estas circunstancias se dan cuando la desviación entre el desarrollo producido y el pensado por el autor consiste en que el resultado se produce antes del momento en que el autor planeaba producirlo.

La doctrina dominante acepta que, si está iniciada la tentativa, se puede imputar a título doloso la consumación producida siempre que el curso causal solo difiera inesencialmente (de modo adecuado). Esta posición aprecia una desviación inesencial del curso causal y por tanto un resultado consumado, pues lo acontecido sigue presentándose, en una valoración objetiva, como realización del plan del hecho, lo cual no resultaría acertado, desde la percepción de Jakobs, quien enseña que en los supuestos indicados, el autor no conoce las condiciones del resultado, de modo que no se realiza ningún riesgo que él conozca⁽²³⁸⁾.

Como vemos, existe una posición contraria a la dominante, que cree que solo se puede admitir una tentativa, en concurso real en su caso con la producción imprudente del resultado, propuesta que se apoya sobre todo en el argumento de que, de otro modo, se cortaría prematuramente al sujeto la posibilidad de desistimiento. Sin embargo, si cualquier fracaso prematuro corta la posibilidad de desistimiento, con más razón ha de poder hacerlo la producción del resultado. Ahora bien, es siempre presupuesto de la pena por delito consumado el que el resultado sea provocado por una acción de tentativa.

En síntesis, existen dos posiciones acerca de cómo solucionar los casos de consumación anticipada: por una parte se sostiene que si el resultado ha sido

(238) Vide. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 362.

producido por una acción que, por lo menos, constituye comienzo de ejecución de la acción típica; se debe apreciar una desviación no esencial del desarrollo del suceso. En contra se sostiene, como ya hemos señalado, que “el autor no conoce de esos casos ni siquiera las condiciones del resultado, por lo que realiza un riesgo que no le es conocido”. Para Bacigalupo, la primera posición merece preferencia, porque una vez que el autor puso en acción su voluntad de realizar el tipo, la consumación ocurrida antes de lo previsto es, por regla general, irrelevante, inclusive para el propio autor⁽²³⁹⁾.

No se tratará de un error cuando el autor conozca el ocasionamiento prematuro y –por ejemplo, para mejor asegurar el resultado– planea otras acciones apropiadas para producir el resultado; por ejemplo: quien, en un incendio, tiene preparada gasolina para el caso de que la mecha encendida no baste, comete el incendio con dolo cuando la mecha ya incendia el objeto. Más bien, la consumación anticipada se trata de supuestos en los que el autor supone que no ha hecho lo suficiente para efectuar el resultado, pero objetivamente si lo ha hecho; por ejemplo: El autor quiere arrojar a la víctima, a la que ha narcotizado, ante un tren que transita; sin embargo, ya la narcotización tiene un efecto mortal.

En la solución de los casos en los que el autor pierde la imputabilidad cuando comienza la ejecución de la tentativa, se debe tener en cuenta que una tentativa comenzada con culpabilidad junto con una tentativa acabada no culpable no dan lugar conjuntamente a un hecho consumado imputable. Cuestión distinta es si se produjese un arrebatado determinado de modo imputable mediante el hecho o anteriores estadios del plan (por ejemplo, un “delirio homicida” que invade al autor mientras está matando)⁽²⁴⁰⁾.

Cuando ya un acto preparatorio produce el resultado (al limpiar la escopeta se escapa el disparo mortal planeado para más tarde), solo cabe plantear un homicidio imprudente, porque falta un dolo jurídico penalmente relevante, que ha de concurrir como mínimo al principio de la acción ejecutiva⁽²⁴¹⁾.

(239) BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 321.

(240) JAKOBS, Günther. Ob. cit., pp. 362-363.

(241) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 502.

CAPÍTULO IV

EL ERROR EN LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD: EL ERROR DE PROHIBICIÓN

Si bien, de manera general, es exigible el cumplimiento de las leyes por el solo hecho de su vigencia, debe valorarse que por la misma estructura del Estado y el ordenamiento jurídico, así como por las desigualdades personales y sociales no todas las personas tienen el mismo acceso al conocimiento de las normas jurídicas, más aún si es sabido que la abundancia y frondosidad de las mismas hace que ni siquiera los juristas más doctos lleguen a conocerlas todas y a delimitar sus contenidos por lo que mal se haría en imponer una exigencia sobrehumana al ciudadano común⁽²⁴²⁾. No todos los ciudadanos podrían reconocer la validez fáctica de la norma en virtud de los diversos matices que puede presentar un determinado sistema social, sean estos culturales, religiosos, educacionales, etc., lo que impide una uniforme comprensión del ordenamiento jurídico.

Cuando la norma no es conocida por el destinatario no puede influir en su comportamiento, por ende, es inútil como norma de determinación. La sociedad no valora de modo idéntico e igual la comisión de un delito en la plenitud de las facultades psíquicas y valorativas acerca de la validez o alcance de una norma jurídica o del tipo objetivo, que la ejecución de una conducta en la que se incurre en un error, que es el conocimiento deficiente de la verdad, es decir, una desviación del juicio. “El Derecho no se ocupa de toda clase de error, sino de aquel que recae en la voluntad de una persona, siempre que repercute en el mundo social. El error que interesa no es el error en abstracto o como concepto de la filosofía, sino aquella defectuosa aprehensión de la realidad que incide en la ejecución de una conducta que es o termina siendo relevante para el ordenamiento jurídico”⁽²⁴³⁾. De común, cuando se encarga

(242) Vide. CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 520.

(243) *Ibidem*, p. 517.

del error en Derecho Penal, la doctrina se ocupa de los errores de tipo y de prohibición, de errores en los que existe falta de representación de elementos –como la tipicidad objetiva y la antijuricidad– que fundan la delictuosidad del hecho, pero lo cierto es que en Derecho Penal también se pueden presentar errores trascendentes no abarcados por las categorías en mención⁽²⁴⁴⁾.

El presente artículo se enfocará en el error de prohibición, que es aquel en el que el sujeto obra creyendo actuar lícitamente perjudicando un bien jurídico tutelado. El error de prohibición es una creencia equivocada de actuar lícito que puede provenir o de la ignorancia de que el comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico, o del pensamiento de que ampara una eximente por justificación que realmente no se da, o porque dándose, se le otorga una amplitud tal que supone el haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva o, finalmente, porque uno se imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho. Dicha figura jurídica se encuentra consagrada en el segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal peruano de la siguiente manera:

“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

La determinación de si el agente tuvo, en el momento de actuar, la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento constituye una de las condiciones de la culpabilidad.

I. DEFINICIÓN DE ERROR DE PROHIBICIÓN

La culpabilidad requiere la comprensión potencial de la antijuricidad con relevancia penal, lo que demanda que el autor tenga la posibilidad de comprender la naturaleza y entidad del carácter injusto de su acto. Cuando por cualquier error invencible al autor no pueda exigírsele la comprensión de que su injusto tenía entidad penal, por más que comprendiera su simple antijuricidad, no habrá culpabilidad. Así, quien cree que su injusto es contravencional cuando es penal, mediando un invencible error al respecto, no será culpable, porque no habrá podido comprender la “criminalidad”⁽²⁴⁵⁾.

La “comprensión de la criminalidad” presupone el conocimiento de: 1) los elementos del tipo objetivo dados en la realidad; 2) la antijuricidad

(244) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., p. 463.

(245) Armin Kaufmann citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T. IV. Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 186.

como penalmente relevante; y 3) las circunstancias que hacen a la existencia de un cierto ámbito de autodeterminación para el sujeto. El error acerca de la segunda es el error de prohibición⁽²⁴⁶⁾.

La doctrina utiliza la denominación “error de prohibición” para referirse a los supuestos en los que el sujeto ha tenido una incorrecta representación sobre la contrariedad con el Derecho del comportamiento que ha realizado. Nos encontramos ante casos en que la persona cree que su comportamiento es plenamente lícito (v. gr. en el caso del artículo 185 del CP, el sujeto puede creer que, frente al incumplimiento de las obligaciones crediticias por parte del deudor, está habilitado por la ley para concurrir a su domicilio para sustraer sus bienes y apoderarse de los mismos en forma de pago; en el caso del artículo 106 del CP, el sujeto puede creer que sufre un ataque inminente contra su vida, cuando realmente no es así, reaccionando y dando muerte al supuesto agresor, ataque que de haberse realmente presentado le habría dado el amparo de la legítima defensa; en el caso del artículo 173 del CP, el agente puede pensar que la prohibición para tener relaciones sexuales con una menor de catorce años no rige en caso de que se trate de la menor que durante buen tiempo ha sido su enamorada y con la que ha decidido convivir⁽²⁴⁷⁾).

En el error de prohibición se obra cumplimentando los elementos objetivos de un determinado tipo penal, del mismo modo que conociendo el sentido social del hecho en que se está participando, esto es, se cumplimenta también el tipo penal subjetivo (v. gr. en el caso del artículo 185 del CP, a pesar de considerar que ante el incumplimiento del deudor está autorizado por el Derecho, el sujeto conoce que mediante sustracción se está apoderando de bienes muebles ajenos y lo hace con la intención de obtener provecho; en el caso del artículo 106 del CP, a pesar de creer que está siendo agredido y, por tanto, está obrando amparado en la legítima defensa, el sujeto conoce perfectamente que mata a otro; finalmente, en el caso del artículo 173 del CP, a pesar de estar convencido de que por su calidad de convivientes no rige la prohibición de acceso carnal, el agente sabe que tiene relaciones sexuales con una persona menor de catorce años); en esta clase de error nos encontramos efectivamente ante un comportamiento ilícito, contrario al Derecho, lo que sucede es que el sujeto no se representa dicha contrariedad⁽²⁴⁸⁾.

Como vemos, el error de prohibición supone un error sobre la antijuricidad del hecho que no elimina la naturaleza dolosa de la conducta, a la cual

(246) *Ibidem*, p. 184.

(247) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. *Ob. cit.*, pp. 481-482.

(248) *Ibidem*, p. 482.

la deja intacta. Se presenta cuando falta el conocimiento (o su posibilidad) de la ilicitud del hecho. “Aquí el autor sabe lo que hace típicamente, pero cree erróneamente que está permitido”, es decir, el error de prohibición no afecta para nada la tipicidad. Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree obrar lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho⁽²⁴⁹⁾, este juicio no se extiende sobre lo fáctico (elementos que lo hacen típico) sino sobre su carácter antijurídico: acá el autor sabe lo que hace y lo que quiere, mas no conoce de su prohibición –*error iuris nocet*–, ignorancia que extiende su representación sobre el tratamiento que le da el Derecho Penal al hecho –sobre su valoración jurídico penal–; se produce entonces una ceguera ante los principios mínimos de convivencia social, los cuales son recepcionados por todos los ciudadanos por los diversos medios de comunicación social existentes: la cultura, el Derecho consuetudinario, la religión, la familia, el grupo, etc⁽²⁵⁰⁾.

Roxin señala que concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho de injusto, no sabe que su actuación no está permitida. Por ejemplo, quien graba una cinta magnetofónica, sin que lo sepa su interlocutor, la conversación telefónica que está manteniendo; no le pasa por la cabeza la idea de que esto puede estar prohibido. O alguien organiza para fines de beneficencia una lotería pública; no sospecha que necesita una autorización legal para ello⁽²⁵¹⁾.

La diferencia entre el error de tipo y el de prohibición finca en que en el primero, el sujeto “cree que hace otra cosa”, en tanto que en el segundo, “sabe lo que hace”, pero no puede motivarse de acuerdo con la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión.

II. OBJETO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

El error debe concernir al carácter prohibido del “hecho constitutivo de la infracción penal”. De ahí se sigue que el agente debe tener pleno conocimiento del hecho. La cuestión que se plantea cuando se hace referencia al objeto del error de prohibición es la valoración que realiza el agente respecto a la conformidad de su comportamiento (hecho conocido de manera correcta) con el ordenamiento jurídico⁽²⁵²⁾.

(249) Muñoz Conde citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*. Rodhas, Lima, 2004, p. 334.

(250) *Ibidem*, p. 334.

(251) ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 861.

(252) HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, p. 660.

El delincuente por convicción actúa, con conciencia del carácter ilícito de sus actos. Esto se denomina “conciencia de la antijuricidad”⁽²⁵³⁾, la que existe cuando el sujeto reconoce como injusto la lesión específica del bien jurídico abarcada por el tipo aplicable⁽²⁵⁴⁾. Por error el agente puede considerar que su manera de actuar, en la situación concreta, es permitida, al menos tolerada por el orden jurídico (por ejemplo, el obrero que considera que su derecho a la huelga comprende impedir que trabajen sus colegas que se oponen a paralizar el trabajo)⁽²⁵⁵⁾. Hay que ser, sin embargo, cuidadoso a la hora de admitir el error de prohibición en el caso concreto, pues la situación jurídica rara vez está tan clara como para que alguien pueda estar seguro de la nulidad de una ley. La mayoría de las veces el caso es discutible, de modo que el sujeto considera entonces dudosa la validez de la ley y solo posible o probable su invalidez. No existe en tal caso un simple error de prohibición sino una “conciencia eventual de la antijuricidad”, que precisa de un tratamiento aparte.

III. FORMAS DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

Como hemos visto, el error de prohibición es el que afecta la comprensión del injusto, en su carácter o en su entidad. La antijuricidad es un desvalor que no solo se “conoce”, sino que también se “comprende”, como toda valoración. Las formas del error de prohibición son las siguientes:

1. Error de prohibición directo

Será directo el error de prohibición si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede suceder, incluso, que tenga un conocimiento completo de la norma pero que, por razones ulteriores, no la crea vigente. Recae sobre la “representación” de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva. Este error puede reconocer distintas modalidades, pero todas tienen la misma consecuencia. Una de ellas es cuando el autor conoce la norma, pero desconoce que su conducta choca con ella, por efecto de un error en la interpretación de la norma. Otra de las formas es el llamado error de validez, en

(253) El objeto de la conciencia de la antijuricidad significa que “el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido sino prohibido”, para la conciencia de la antijuricidad no basta la conciencia de la dañosidad social o de la contrariedad a la moral de la propia conducta; tampoco es necesaria la conciencia de la punibilidad. Pues, dado que ni mucho menos todas las acciones disvaliosas están prohibidas. No obstante, la conciencia de la dañosidad social o del carácter de cualquier otro modo disvalioso de la propia conducta es un indicio de la vencibilidad de un error de prohibición y en casos extremos puede conducir a la negación de cualquier atenuación de la culpabilidad (ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 866).

(254) *Ibidem*, p. 869.

(255) Vide. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 662.

que el sujeto conoce la norma, pero cree que no es válida, porque choca contra otra norma de superior jerarquía⁽²⁵⁶⁾, por ejemplo.

El llamado error directo de prohibición afecta siempre la comprensión de la norma prohibitiva, sea por desconocimiento de su existencia de su validez o de su alcance. No se agota con los casos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la misma, sino que también abarca el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión⁽²⁵⁷⁾. Este tipo de error de prohibición se da cuando el autor desconoce que una norma legal prohíbe el acto, la cree derogada o la interpreta de modo que considera que su comportamiento es permitido. Por ejemplo, el sujeto que mantiene relaciones sexuales consentidas con una menor de 13 años de edad, ignorando que la ley reprime todo acto sexual con menores de 14 años. Poco importa que el autor haya o no reflexionado sobre la conformidad de su acto con el ordenamiento jurídico. Se equivoca tanto quien duda sobre la licitud de su acto antes de ejecutarlo, como quien nunca se planteó la cuestión⁽²⁵⁸⁾. En sociedades pluriculturales, los miembros de ciertas minorías, aun pudiendo en principio conocer el carácter ilícito de un acto, no piensan siquiera en esto cuando dicho acto es conforme a los estándares de comportamiento del grupo social al que pertenecen.

Nos encontraremos ante un caso de error de prohibición directo en los supuestos en los que el conocimiento deficiente recae sobre el sentido sustancial (mandatos o prohibiciones) de la norma jurídico-penal. En estos supuestos el sujeto incurre en error sobre la existencia o vigencia de la específica norma que impone una prohibición o mandato penal o sobre su contenido (sobre el real sentido de lo que se manda o prohíbe). Para ejemplificar cada uno de estos supuestos puede mencionarse: el caso del árabe que desconoce la prohibición de que las personas casadas contraigan un nuevo matrimonio (desconoce la existencia de la norma que prohíbe la bigamia); el caso de quien cree que se ha derogado el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, previsto en el artículo 366 del CP, debido a que malentendió cuando se informó de la derogatoria del delito de desacato (desconocimiento de la vigencia de la norma prohibitiva); el caso de quien, consultando con su abogado sobre el sentido de un determinado tipo penal, obtiene una información incorrecta que le hace pensar que el comportamiento

(256) Vide. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 190.

(257) *Ibidem*, pp. 190-191.

(258) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 662.

que está por realizar no se encuentra comprendido por ningún tipo penal (desconocimiento del real sentido de lo que se manda o prohíbe)⁽²⁵⁹⁾.

Como vemos, este error de prohibición tiene varias modalidades⁽²⁶⁰⁾: la primera de ellas se produce por desconocimiento de la existencia de la norma prohibitiva, lo que se conoce como **error de prohibición abstracto**⁽²⁶¹⁾, en el que el sujeto “pese a conocer todos los elementos fundamentales de su conducta típica y antijurídica, desconoce, sin embargo, estar obrando antijurídicamente”⁽²⁶²⁾. También se presenta esta clase de error “cuando le falta la conciencia de la antijuricidad sin que hubiese reflexionado nunca sobre la posibilidad”⁽²⁶³⁾. Otra modalidad es cuando aun conociendo la norma, por un error en su interpretación, se desconoce que la conducta no es jurídicamente admisible, lo que algunos conocen como **error de subsunción**⁽²⁶⁴⁾; y finalmente, en el caso –menos frecuente– que se conoce la norma, pero se cree que no es válida porque colisiona con otra norma de mayor jerarquía (**error de validez**⁽²⁶⁵⁾) y se opta por acatar negando la anterior. Sin embargo, “el error de prohibición directo no se agota con los casos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la norma, sino que también abarca el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina únicamente la falta de comprensión”⁽²⁶⁶⁾. A este supuesto se le denomina **error de comprensión**⁽²⁶⁷⁾.

(259) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., pp. 482-483.

(260) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 618.

(261) MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Ob. cit., p. 674.

(262) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Ob. cit., p. 484.

(263) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 871.

(264) Un error de subsunción es un error de interpretación. El sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta. Tal error puede ser un error de tipo o un error de prohibición o incluso solo un error irrelevante de punibilidad, según que oculte al sujeto el contenido de significado social de un elemento o solo de prohibición específica del tipo o solo la punibilidad de su actuación. Un error de subsunción se produce principalmente en supuestos de conceptos normativos complicados, en los que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta.

(265) Una forma de error de prohibición es el error de validez; en él el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula, por ejemplo, porque al órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental o contra el principio de determinación. Se ha de juzgar este caso como un error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico.

(266) Vide. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SKOLAR, Alejandro. Ob. cit., p. 704.

(267) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 618.

2. Error de prohibición indirecto

En el error de prohibición indirecto, el autor conoce la contradicción de su comportamiento con las normas jurídicas, pero supone erróneamente la presencia de una causa de justificación que no existe o le otorga una extensión distinta de la que tiene. Por esto también se le denomina **error sobre la permisión** (*erlaubnisirrtum*)⁽²⁶⁸⁾. Por ejemplo: el sujeto que cree que está permitido matar a alguien gravemente enfermo y que se encuentra desahuciado; o el caso de la joven violada que cree que es lícito abortar⁽²⁶⁹⁾. Los supuestos del error de prohibición indirecto pueden ser⁽²⁷⁰⁾: **Primero**, el autor supone erróneamente la existencia de una causa de justificación que la ley no reconoce. Aquí se incluye al error sobre los límites de la causa de justificación, es decir, el autor desconoce los límites jurídicos de una causa reconocida de justificación y extiende estos límites más allá de lo previsto por esta, alejándose de las consideraciones del legislador (**falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo**). **Segundo**, el autor cree erróneamente que se dan los presupuestos típicos de una causa de justificación, es decir “cree actuar en una situación objetiva de justificación que no existe” (**falsa creencia en la existencia de una tipicidad permisiva objetiva o “justificación putativa”**)⁽²⁷¹⁾.

Como vemos, el error indirecto de prohibición consiste en la falsa creencia de que existe una tipicidad permisiva en el caso concreto. De allí que también se haya llamado al error directo “error abstracto de prohibición” y al indirecto “error concreto de prohibición”, por suponer la “retirada” de la norma en el caso concreto. El error indirecto es el que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación⁽²⁷²⁾. Así, puede ser que el sujeto crea que una costumbre deviene un permiso legal⁽²⁷³⁾. Otra variante del error indirecto de prohibición tiene lugar cuando el autor cree actuar en una situación objetiva de justificación que no existe. Aquí el error recae sobre los aspectos objetivos de la tipicidad permisiva. El sujeto cree actuar para salvar un bien mayor, pero resulta que el bien mayor no corría peligro alguno. A diferencia del supuesto anterior, aquí el sujeto sabe que hay un precepto que le permite defenderse legítimamente y su creencia a este respecto es correcta, solo que se representa una situación objetiva que encuadraría en el mismo, pero que solo

(268) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 663.

(269) PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 485.

(270) Vide. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SKOLAR, Alejandro. Ob. cit., p. 207. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 401.

(271) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 191.

(272) Ídem.

(273) *Ibidem*, p. 206.

existe en su imaginación. Piénsese en el sujeto que retiene la cosa porque cree que el cheque es un instrumento de crédito en lugar de considerarlo un medio de pago⁽²⁷⁴⁾. No es más que una variante de cualquiera de las mencionadas formas del error indirecto de prohibición, el que recae sobre los límites de la tipicidad permisiva, es decir, cuando el sujeto excede por error el límite de lo permitido. Así, por ejemplo, el que continúa golpeando al que le agredió cuando la agresión ya ha cesado. El yerro que le determina a eso puede consistir en que cree que tiene derecho a hacerlo o en que no ha podido conocer el cese de la agresión. En el primer caso, se trata de una variante de la falsa suposición de una justificación no reconocida por la ley; en el segundo, tampoco pasa de ser una variante de la falsa suposición de una situación de justificación que no existe, es decir, un supuesto más de justificación putativa⁽²⁷⁵⁾.

Otros ejemplos de error de prohibición indirecto serían los siguientes: puede que el sujeto crea que, frente al incumplimiento de las obligaciones crediticias por parte del deudor, existe un permiso jurídico que le habilite a susstraer sus bienes y apoderarse de los mismos en forma de pago (error sobre la existencia de una causa de justificación), puede que el sujeto considere que la legítima defensa le autoriza a disparar directamente a la cabeza, matándole, a quien se alejaba lentamente luego de haberle arrebatado su reloj (error sobre el sentido de una causa de justificación, conocido también como error sobre los límites de una causa de justificación), o puede que por la forma como sucedieron los hechos el sujeto haya considerado que la amenaza que se le hacía con un revólver de utilería para gastarle una broma en una “cámara indiscreta” constituía un efectivo ataque contra su vida, reaccionando para dar muerte al supuesto agresor (error sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación)⁽²⁷⁶⁾.

IV. CONSECUENCIAS PENALES DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

El artículo 14, segundo párrafo, del Código Penal establece como consecuencia jurídica del error de prohibición inevitable la “exclusión de la responsabilidad”. En cuanto al error de prohibición evitable, el legislador ha preferido establecer la obligatoriedad de la atenuación de la pena. Así, ha considerado que la disminución de la culpabilidad provocada por dicho error debe materializarse siempre en una atenuación de la represión. Este criterio

(274) *Ibidem*, pp. 206-207.

(275) *Ibidem*, p. 207.

(276) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. *Ob. cit.*, p. 483.

está justificado porque el agente, debido a la buena fe con que ha actuado, es menos culpable que quien obra conscientemente contra el derecho⁽²⁷⁷⁾.

Lo arduo en la doctrina y la práctica es establecer cuándo el error es de una u otra clase, pero como no se pueden emplear criterios estables para determinar si en el caso concreto el agente fue o no capaz de conocer lo antijurídico de su comportamiento, por regla general, se tiene como vencible el error que estuvo en la posibilidad de ser superado por el sujeto; como invencible, por el contrario, el que no le fue exigible superar dadas las circunstancias en las que se desarrolló el hecho o las personales condiciones del agente. A un hombre de cultura media, física y psíquicamente sano, por ejemplo, le es exigible motivarse en la norma (por haberla comprendido) que prohíbe tomar las cosas ajenas sin el consentimiento del titular y, a pesar de ello, ese mismo comportamiento, difícilmente le puede ser reprochado al poblador de ciertas zonas de nuestro país donde desde siempre, al igual que sus antepasados, tienen un concepto bastante restringido de la propiedad privada. Si el habitante de alguna de esas zonas, en la ciudad, coge inconsultamente una gallina del corral ajeno para prepararse sus alimentos en el convencimiento de que está disponiendo de un bien comunal que le es necesario para subsistir, habrá obrado en error de prohibición.

La vencibilidad del error de prohibición es un límite de culpabilidad, es decir, un límite de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad. Por ende, bien sabemos que a ese respecto no suele haber reglas fijas e incommovibles. Siempre habrá que analizar las particularidades de cada caso y será una gran cantidad de circunstancias, cuya sola enunciación nos convencería de la imposibilidad de establecer una fórmula práctica con validez general⁽²⁷⁸⁾.

En general, puede afirmarse que la evitabilidad del error de prohibición presenta tres aspectos que se deben analizar⁽²⁷⁹⁾: a) si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la antijuricidad, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información; b) si el sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del tiempo de que disponga para la decisión, reflexión, etc.; y c) si al autor le era exigible que concibiese la antijuricidad de su conducta, lo que no acontece cuando, cualquier sujeto prudente y con igual capacidad intelectual que el autor, no hubiera tenido motivos para sospechar de la antijuricidad de la conducta realizada.

(277) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 670.

(278) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 218.

(279) Rudolphi citado por *Ibidem*, p. 219.

1. Error de prohibición vencible o evitable

El error de prohibición “vencible” o “evitable” es aquel que puede exigírsele al autor que lo supere y, por consiguiente, que puede reprochársele. El error vencible de prohibición da lugar a una menor culpabilidad, porque suele ser más reprochable la conducta del que actúa con conocimiento efectivo del injusto que la del que solo tuvo un conocimiento potencial, salvo que la falta de conocimiento efectivo ponga de manifiesto un total desprecio por el derecho. El error es evitable cuando el autor es responsable de él. Por lo que se refiere al error sobre los fundamentos, puede faltar la evitabilidad cuando el sujeto muestra un cuadro de déficit de socialización; en todo caso, el error da cuenta de que el autor estaba psíquicamente dispuesto al error y a no evitar el injusto.

El error de prohibición vencible deja subsistente la concurrencia del dolo, pero permite atenuar la pena en vista de un menor grado de reprochabilidad atribuible. En este caso, el juicio de culpabilidad se remite a que el autor no advirtió el carácter antijurídico del hecho, pese haber podido realizarlo si es que hubiera tomado la debida diligencia del caso, valoración que se efectúa en el caso concreto y dependiendo de las facultades y conocimientos especiales del autor (*ex ante*). En este tipo de error de prohibición, a diferencia del injusto imprudente, la resolución punitiva es más exigente, dado que el individuo tenía más posibilidades de advertir y salir del error en que se veía comprometido⁽²⁸⁰⁾.

2. Error de prohibición invencible o inevitable

El legislador ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Este error es inevitable porque el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello⁽²⁸¹⁾. El juicio sobre la invencibilidad del error se debe realizar de acuerdo a los siguientes criterios⁽²⁸²⁾: **Primero**, si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer antijuricidad, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información⁽²⁸³⁾, entendiéndolo como tal a la consulta letrada, la información

(280) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., pp. 334-335.

(281) *Ibidem*, p. 335.

(282) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 621-622.

(283) Puede afirmarse que el error es invencible cuando el sujeto no tuvo la posibilidad de informarse o cuando teniéndola y habiendo hecho uso de los medios idóneos para la información, no logró

acerca de la jurisprudencia, etc., si su esfuerzo no fuera suficiente no quiere decir que el error sea invencible, aun si esta información fuese inexacta (o contraria a la realidad) el sujeto seguirá estando bajo error de prohibición invencible⁽²⁸⁴⁾; ejemplo: El sujeto se resiste al mandato judicial porque cree que existen deberes de función que prevalecen sobre los mandatos jurisdiccionales, y realizada la conducta tras haber efectuado consultas a especialistas sobre el particular, se configura el error de prohibición invencible sobre la ilicitud de la conducta, que elimina la responsabilidad penal del inculpaado⁽²⁸⁵⁾. Creemos que la situación es diferente si la fuente determinante no era fiable, por motivos de los que el autor es responsable; ejemplo: si el mismo informante le dice que no tiene suficiente experiencia sobre la materia, no se debería considerar como supuesto de invencibilidad. Segundo, si el sujeto, al momento del hecho, tuvo la oportunidad de informarse; esto dependerá del tiempo que disponga para la decisión, reflexión, etc. Tercero, si al autor le era exigible que concibiese la criminalidad de su conducta, lo que no acontece cuando cualquier sujeto prudente y con igual capacidad intelectual que el autor, no hubiera tenido motivos para sospechar la criminalidad. Aquí se debe tener en cuenta las condiciones personales del individuo y sus posibilidades como su grado de instrucción, su actividad habitual, las circunstancias del hecho, etc., y si "cualquier persona pudo haber realizado —antes de actuar típicamente— una serie de comprobaciones que habrían esclarecido la ilicitud de su conducta"⁽²⁸⁶⁾. En consecuencia, la exclusión de punibilidad se basa en la ausencia de culpabilidad.

la misma. No son medios idóneos la propia conciencia, aunque bien puede serlo la reflexión con los elementos de juicio con que se cuenta. La información obtenida por cualquier medio que sea digno de confianza excluye la vencibilidad del error. El deber de las personas de informarse en el momento de actuar está limitado a lo que es preventivamente imprescindible. Por analogía, deben aplicarse los criterios establecidos para determinar si la persona ha actuado con culpa (imprudencia, negligencia y descuidadamente). En este sentido, debe admitirse que el agente está obligado a informarse cuando duda que su acto esté permitido, o cuando no sabe que dicho acto es perjudicial para terceros, o cuando, sin dudar que esté prohibido, sabe que el dominio al que pertenece está legalmente reglamentado. De esta manera, se excluyen las exigencias extremas consistentes, por un lado, en afirmar un deber general de cerciorarse de la conformidad del acto al derecho y, por otro, en sostener que cualquier duda es motivo para informarse. Los esfuerzos destinados a obtener la información necesaria deben ser suficientes y serios. Así, el agente cuestionado por haber cometido un acto ilícito, debe estar en condiciones de poder afirmar que tuvo suficientes razones para creerse con el derecho de actuar. En cuanto al aspecto material del comportamiento, pueden señalarse como factores externos, por ejemplo, las informaciones proporcionadas por la autoridad competente, las autorizaciones administrativas, las prácticas habituales de tolerancia de las autoridades, los textos legales imprecisos o ambiguos, las resoluciones judiciales contradictorias. Todos estos factores pueden impedir la comprensión del carácter ilícito de un hecho determinado.

(284) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 880.

(285) Cfr. Sentencia de la primera Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 11 de junio de 1997. Exp. N° 1298-96. En: ROJAS VARGAS, Fidel y INFANTE VARGAS, Alberto. *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*. Idemsa, Lima, 2001, p. 81.

(286) Gómez Benítez citado por PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 483.

Siendo la culpabilidad, una del acto individual, hay que admitir sin embargo que el carácter invencible del error debe determinarse en relación con el agente en el contexto mismo de la realización de la acción. De esto se desprenden dos conclusiones: en primer lugar, no se trata de una imposibilidad absoluta de descartar el error y, en segundo lugar, el agente tiene el deber de realizar esfuerzos suficientes para informarse sobre la índole de su comportamiento⁽²⁸⁷⁾. La índole invencible del error no supone, en consecuencia, que este sea imposible de evitar o que el agente deba desplegar esfuerzos extremos para descartarlo. Esta exigencia sería excesiva debido a que los destinatarios del derecho son personas normales, a las cuales no se les demanda que se comporten de manera sobrehumana. Si sucede lo contrario, la vida comunitaria no podría desarrollarse con la fluidez y la tranquilidad necesaria, pues, cualquier circunstancia o reflexión podría crear dudas sobre la licitud del acto por materializar y, por consiguiente, el acto no debería ser realizado hasta haberlas descartado, y en el caso de no lograr esto, el acto no debería ser ejecutado. Además, el simple hecho de que las leyes sean publicadas y, por lo tanto, sean accesibles a todos (principio de legalidad) permitiría afirmar que todo error de prohibición podría ser evitado. Esto significaría que no existirían errores invencibles o inevitables⁽²⁸⁸⁾.

En cuanto al aspecto personal, hay que considerar el nivel de socialización o de integración del individuo a la cultura predominante, fundamento del sistema jurídico. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta también la pertenencia del agente a un sector social determinado y la actividad económica que ejerce. Si esta se encuentra reglamentada, el agente está obligado a informarse sobre la regulación de dicha actividad (por ejemplo, el comercio de alimentos, el transporte de sustancias peligrosas, la fabricación de explosivos, etc.). Por último, tanto el contenido como los límites del deber de informarse están determinados por el nivel de socialización y de experiencia de la persona involucrada⁽²⁸⁹⁾.

El carácter invencible del error no debe, sin embargo, ser decidido invocando la responsabilidad del agente por su falta de educación o de formación personal. Admitir esto conduciría con seguridad afirmar la culpabilidad no por el acto, sino por la conducta de vida del individuo. Un caso bastante claro es el referente a los delincuentes habituales, respecto a los cuales se podría

(287) HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 667-668.

(288) *Ibidem*, p. 668.

(289) *Ibidem*, p. 669

afirmar que su manera de ser los hace siempre conscientes de actuar contra el Derecho⁽²⁹⁰⁾.

Sabemos que no es necesario que el sujeto conozca el correcto encuadre legal de su conducta, sino que basta con la valoración paralela en la esfera del profano, es decir, que sepa que la conducta está prohibida en la ley penal y que no tiene ningún permiso que le autorice a realizarla. De no ser así "solo un jurista cometería delito"⁽²⁹¹⁾.

No desaparece el dolo por no formar parte de la conciencia de la antijuricidad. Significa pues, una garantía de los ciudadanos, de no ser sancionados penalmente, por existir déficit en la relación normativa, en virtud de que el conocimiento de la antijuricidad es un elemento indispensable que condiciona y que dota de contenido el juicio de culpabilidad, circunstancia que desemboca indefectiblemente en una falta de merecimiento de pena⁽²⁹²⁾.

El legislador fundamenta la falta de merecimiento de pena en virtud del principio de responsabilidad, una verdadera relación normativa exige que la norma sea recepcionada por los destinatarios (ciudadanos) con base en la función garantista que ejerce el tipo penal (*nullum crimen sine lege*): posibilidad de conocimiento en el sentido de la teoría de la culpabilidad. Los ciudadanos solo son responsables penalmente en la medida de su capacidad funcional motivadora, de esta manera la punibilidad del error vencible, tiene lugar porque el autor pudo haber tenido la conciencia de la antijuricidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir, pudo obrar de otra manera, conforme a Derecho⁽²⁹³⁾.

(290) Ídem.

(291) Frank citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 213.

(292) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 335.

(293) Ibídem, p. 336.

CAPÍTULO V

EL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO Y LA CONCIENCIA DISIDENTE (U OBJECIÓN DE CONCIENCIA)

Nuestro país, pese a la individualidad del Estado, se reconoce como una nación pluricultural⁽²⁹⁴⁾. La multiplicidad de grupos sociales con predominio de uno u otro rasgo racial o étnico, su distribución en distintas y reconocidas zonas geográficas, el mantenimiento de sus propios idiomas, la subsistencia de sus métodos de producción y sus originales formas de regulación social, sus sistemas de valores y creencias, permiten el reconocimiento de grupos con una identidad propia y común a ellos, distinta de las demás⁽²⁹⁵⁾; ello supone, en consecuencia, que la cualidad y cantidad de culturas que lo conforman delimitan el número de conductas antijurídicas, dadas las distintas normas de “cultura” reconocidas. Lo mencionado guarda estrecha relación con lo señalado teóricamente por Max E. Mayer: “es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado”⁽²⁹⁶⁾.

El artículo 15 del Código Penal regula a las figuras denominadas error de comprensión culturalmente condicionado y conciencia disidente (también denominada objeción de conciencia), por la doctrina, de la siguiente manera:

“El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de

(294) YÁÑEZ BOLUARTE, Carlos Hernán. “Análisis de la normativa sobre la existencia legal y personalidad jurídica de las comunidades nativas”. En: *Nosotros y los otros. Alcances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos*. Defensoría del Pueblo, Lima, 1998, p. 14. Dice el autor que el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural de la nación peruana supone también la aceptación de la alteridad ligada a formas distintas de concebir la vida y a sistemas de comprensión diferentes de los de la cultura occidental.

(295) CHUNGA HIDALGO, Laurence. “El ‘culturalmente condicionado’ en el Derecho Penal”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 140, Gaceta jurídica, Lima, mayo, 2010, p. 194.

(296) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., p. 276.

acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

En la exposición de motivos de la mencionada norma penal se indica que la figura contenida en el dispositivo legal en comento se trata de una respuesta política “en reconocimiento de la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país, pero sin recurrir a una terminología despectiva con la que infelizmente utilizó el Código Maúrtua (‘salvajes’, ‘indígenas semicivilizados o de degradados por la servidumbre y el alcoholismo’), el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como ‘error de comprensión culturalmente condicionado’⁽²⁹⁷⁾.”

El profesor Hurtado Pozo, al comentar esta figura jurídica, señala que “(...) al elaborarse el nuevo Código Penal (...) se ha considerado de modo particular los efectos de la especificidad cultural sobre la responsabilidad penal (...) este cambio implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de comunidades culturales diferentes en caso de que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal predominante. El objetivo ha sido el de abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces (...) si bien parece que los redactores del texto legal buscaron regular, en tanto causa de no culpabilidad, el denominado ‘error de prohibición culturalmente condicionado’, lo que hicieron fue prever la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre (...) esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad (art. 20, inciso 1), a una anomalía psíquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor. En lugar de estas circunstancias, en el artículo 15, son los patrones culturales del agente, diferentes a los que se hallan en la base del Código Penal, los que ‘afectan gravemente su concepto de la realidad’, en tal medida que no puede ser tratado de la misma manera que aquel que se haya debidamente integrado a la cultura dominante. Es decir, aun cuando no sabe que comete un acto delictuoso, se le exime de pena no porque obra bajo la influencia de un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (artículo 14, párrafo 2), sino porque es incapaz de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños”⁽²⁹⁸⁾.

(297) Exposición de motivos del Código Penal, Decreto Legislativo N° 635.

(298) HURTADO POZO, José. “El indígena ante el Derecho Penal: caso peruano” (en *linea*. Universitas Friburgensis. Derecho Penal (citado el 12 de diciembre de 2001). En: <www.unifr.ch/derechopena/Varticu/JosHurtadoPozo2.pdf>. Comentando la fórmula del artículo 15 del Código Penal, HURTADO POZO. En: “Artículo 15 del Código Penal peruano: ¿Incapacidad

Como ya hemos indicado anteriormente, el artículo 15 del Código Penal diferencia dos modalidades de condicionamientos: **Primero**, cuando el sujeto por su **cultura** comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida. **Segundo**, cuando el sujeto por su **costumbre** comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión o cuando su capacidad de comprensión se encuentra disminuida. El primer supuesto sería el denominado “**error de comprensión culturalmente condicionado**”, mientras el segundo correspondería a la llamada “**conciencia disidente**”⁽²⁹⁹⁾.

El profesor Zaffaroni considera que la referencia al tratamiento penal del indígena en los textos punitivos de América tiene su origen en el proyecto de Livingston para Louisiana, en el que se les reconocía un ámbito cultural propio: “Las tribus indias que residen dentro de los límites de este Estado se gobiernan por sus propias costumbres; ningún acto cometido por los individuos de estas tribus en sus relaciones entre ellos o con los de otras tribus, es considerado como una violación del presente código; pero en cuanto a todas las otras relaciones, estos individuos son como todos los habitantes de este Estado, protegidos o punidos por la ley que les gobierna”⁽³⁰⁰⁾.

I. DEFINICIÓN DE ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

El error de comprensión culturalmente condicionado es una causal de exclusión de la responsabilidad penal que gira en torno a las circunstancias inherentes al contexto social y cultural, en el cual se desenvuelve la vida y el actuar

de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?”, critica la falta de cuidado por parte del legislador peruano basándose en la propuesta de Zaffaroni (que era presentar una causa de ausencia de culpabilidad): “Hubiera bastado, una vez aceptada como correcta la previsión de esta categoría dogmática, tomar la distancia debida teniendo en cuenta la legislación y la concepción teórica sobre las cuales había sido imaginada. De esta manera, se hubieran evitado los problemas de interpretación (...) Sin embargo, no se procedió así debido a que se asumió de manera ‘dogmática’ y no creativa la propuesta”. Agrega que “hay que admitir que por su complejidad requiere una pluralidad de respuestas para considerar sus diferentes aspectos. Respuestas que deben ir desde la no intervención cuando el suceso penalmente significativo acaece al interior de una comunidad completamente aislada y que no tiene repercusiones en el resto de la sociedad, hasta la aplicación de las eximentes y atenuantes previstas en la ley penal teniendo en cuenta las pautas culturales que han condicionado el comportamiento del agente. En este caso, debe jugar un papel significativo la categoría del error sobre el carácter ilícito del acto. De modo que es superfluo prever una regla como la prevé el artículo 15”.

(299) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 624.

(300) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo IV, Ob. cit., p. 204.

del agente, lo cual le impide motivarse según los dictados de la norma; la consideración de estos fenómenos es de suma importancia cuando se trata de analizar la actuación de las personas en el marco de sociedades pluriculturales⁽³⁰¹⁾. Zaffaroni⁽³⁰²⁾ señala que los errores de comprensión culturalmente condicionados se dan cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura, como es el caso del indígena de una comunidad que tiene desde siglos sus propios ritos para los funerales y sepelios, lo que lo llevará a incurrir quizá en una tipicidad convencional al violar las reglamentaciones sobre inhumaciones, pero que es muy duro exigirle que abandone todas esas pautas para recibir las nuestras y reprocharle que no lo haya hecho. La persona, en razón a las normas de su propio grupo cultural, no puede ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes, las mismas que son diferentes a las de su propio grupo.

Dentro del planteo de la culpabilidad de acto, el error de comprensión es “la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente”⁽³⁰³⁾ (se entiende por “comprensión” al “más alto nivel de captación humana que implica internalización o introyección, encierra y presupone el simple conocimiento”⁽³⁰⁴⁾, por lo que no cualquier conocimiento supone comprensión pero toda comprensión supone conocimiento); puesto que el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha interiorizado desde pequeño los patrones conductuales y valores de esa cultura; por ejemplo: el miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años, pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años⁽³⁰⁵⁾.

II. DEFINICIÓN DE CONCIENCIA DISIDENTE U OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El texto legal del artículo 15 del Código Penal asume una variante del pluralismo jurídico⁽³⁰⁶⁾ que importa la coexistencia pacífica de varias formas

(301) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 415.

(302) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Ediciones Jurídicas, Lima, 1985, pp. 550-551.

(303) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La parte general del proyecto de Código Penal”. En: *Política criminal latinoamericana (Presupuestos científicos para la reforma del Código penal)*. Afa. UNMSM, Lima, 1988, p. 51.

(304) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo IV, Ob. cit., p. 82.

(305) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2002, p. 87.

(306) Por su parte, el pluralismo jurídico clásico implica la coexistencia de uno o más derechos nativos al lado del derecho oficial, dentro del mismo marco social, por ejemplo, las comunidades nativas y las rondas campesinas.

de derecho o sistemas jurídicos al lado del derecho oficial, dentro del espacio cultural y social de este último. Muñoz Conde señala que “la comisión de un delito no siempre refleja un conflicto entre individuo y sociedad, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida. Y precisamente, lo que caracteriza a una sociedad democrática y pluralista es la posibilidad de coexistencia pacífica entre los distintos sistemas de valores, a veces contradictorios”⁽³⁰⁷⁾.

El dispositivo legal señalado no solo contempla al error de comprensión culturalmente condicionado, sino que también regula a la denominada conciencia disidente u objeción de conciencia.

Un sujeto obra con **conciencia disidente**, cuando siente su actuar como resultado de un esquema general de valores diferente. No nos referimos al individuo que pertenece a una cultura distinta, sino a uno que se “encuentra” en ella pero a la cual no se ha “integrado” valorativamente (**conflicto cultural intrasistémico**). En el seno de una sociedad pluralista se generan “subculturas” “que siempre muestran alguna faceta disidente, propia del derecho a la diferencia”, “fenómeno que es propio del dinamismo característico de lo social y humano”⁽³⁰⁸⁾. Romeo Casabona precisa que “la objeción de conciencia ha sido entendida como la “negativa a cumplir un mandato o una norma jurídica invocando un imperativo de conciencia que impide el cumplimiento”; o, de forma más exhaustiva, como el “incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o búsqueda de adhesiones”⁽³⁰⁹⁾. Supuestos de conciencia disidente lo constituyen: los testigos de Jehová que se oponen a la transfusión de sangre, la insumisión al servicio militar obligatorio o el del médico antiabortista que omite auxiliar a la mujer embarazada, cuando el aborto es el único medio para salvarle la vida (artículo 119 del Código Penal⁽³¹⁰⁾), lo que podría generarle incluso responsabilidad penal por el delito de omisión de auxilio (artículo 127

(307) MUÑOZ CONDE, Francisco. “La objeción de conciencia en Derecho Penal”. En: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal* (Libro homenaje a Claus Roxin). Silva Sánchez (ed.). Bosch. Barcelona, 1997, p. 293.

(308) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo IV. Ob. cit., p. 205.

(309) ROMEO CASABONA, Carlos María. *Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*. Vol. I, Serie Concepciones Contemporáneas del Derecho Penal y de la Criminología 1, dirigida por Julio Armaza Grados; Adrus, Arequipa, 2004, p. 235.

(310) Artículo 119 del Código Penal.- No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

del Código Penal⁽³¹¹⁾⁽³¹²⁾. En todos estos casos los sujetos actúan motivados por razones de conciencia⁽³¹³⁾. Sin embargo, únicamente se sancionará legítimamente tales conductas cuando no existan alternativas al respeto de la libertad de conciencia, así por ejemplo, en el supuesto de la negativa a la trasfusión de sangre entre los miembros de la congregación religiosa de los testigos de Jehová, si esta no es objetivamente imprescindible o podría ser suplantada por otros sistemas de regeneración sanguínea o cualquier otra clase de tratamiento médico no se podría sancionar como una conducta típica de omisión de auxilio u homicidio, cualquiera que sea el resultado que posteriormente se produzca⁽³¹⁴⁾. Solamente se sancionará en la hipótesis que se impida cualquier sustituto de atención médica como, por ejemplo, en el caso del médico antiabortista, si este anula toda acción destinada a conjurar el peligro que corre la embarazada⁽³¹⁵⁾.

Si bien Villa Stein se contrapone a la admisibilidad de la “conciencia disidente” al considerar que “con ese ‘amparo’ se terminaría por oponer la existente a los diversos injustos en que incurre un sinnúmero de modalidades de fundamentalismo político, cuyos militantes ciertamente comparten esquemas de valores distintos al nuestro”⁽³¹⁶⁾; sin embargo, de acuerdo con lo referido en el párrafo anterior, se negaría relevancia a la objeción de conciencia cuando los comportamientos se dirigen a vulnerar bienes jurídicos individuales, como lo son la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad o el patrimonio, pues estos son necesarios e importantes para el desarrollo social de los demás ciudadanos —se incluye aquí el ataque a bienes jurídicos de índole político cuando se emplea violencia y se menoscaban bienes jurídicos individuales— más que el propio ejercicio de la libertad de conciencia⁽³¹⁷⁾; además, sería absurdo que

(311) Artículo 127 del Código Penal.- El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.

(312) La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de agosto de 2002 (Exp. N° 0895-2001-AA/TC-Lambayeque) resuelve el caso de objeción de conciencia de un médico perteneciente a la *Iglesia Adventista del Séptimo Día* que se negaba a laborar los días sábados, pues uno de los preceptos de la iglesia a la que pertenece ordena el reposo durante esos días (se declaró fundada la acción de amparo por vulneración a los derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión y a no ser discriminado por motivos de religión).

(313) DONNA, Eduardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena 1, Teoría de la pena y la culpabilidad*. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 254. El autor plantea la siguiente solución para los casos del delincuente por conciencia: “el sujeto no ha podido motivarse según la norma, ya que en la formación de su conciencia de deber se ha encontrado con un problema irresoluble. Ya sea por las reglas del error de prohibición ya sea por la no exigibilidad (...)”.

(314) MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. cit., p. 280.

(315) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe T. *Derecho penal. Parte General*. Ob. cit., p. 636.

(316) VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 421.

(317) MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. cit., p. 283.

el Estado admitiera la lesión de intereses que sustentan su propia existencia o continuidad de su sistema político u orden constitucional, pues de esa manera se estaría abriendo el camino para su disolución⁽³¹⁸⁾.

En síntesis, la conciencia disidente, también denominada objeción de conciencia, es una figura en las que los objetores de la norma penal son parte integrada de la sociedad y de la cultura oficial. Aquí no hay minorías étnicas o culturales, sino movimientos culturalmente disidentes. No existe un conflicto por pertenecer a culturas distintas, sino que perteneciendo a la cultura dominante, alguien se rebela contra los valores imperantes. Bajo esta perspectiva, se rompe con el criterio étnico de lo diverso en el sentido cultural. Es decir, aquí ya no hay diversidad étnico-cultural, sino solo una “pluralidad cultural” si se quiere. Por estas razones un indígena no puede ser considerado un objeto de conciencia⁽³¹⁹⁾.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL ERROR DE COMPRESIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO Y DE LA CONCIENCIA DISIDENTE

Resulta muy dudoso que en todos los casos que la fórmula pretende resolver, el sujeto actúe por “error”, sino de acuerdo a sus pautas culturales diferentes. “La base ontológica del error es siempre el desconocimiento o la equivocación; en suma error, sobre los elementos fácticos o normativos del tipo penal o sobre la licitud del injusto. En el caso de los sujetos infractores, condicionados por su cultura, no interiorizan el mensaje normativo de la norma penal. Actúan con pleno conocimiento y convencimiento de que su actuar es correcto y de acuerdo a sus parámetros culturales, incluso exigibles⁽³²⁰⁾. El error de “comprensión” no es un “error” en el sentido literal de la palabra, pues el sujeto sabe que el acto es punible, sino que afecta la capacidad para “internalizar” la norma. Según Zaffaroni, en ciertas situaciones no se puede exigir la internalización, pues las normas corresponden a una visión y experiencia del mundo totalmente distintas a las del procesado⁽³²¹⁾.

Desde el punto de vista antropológico, Kalinsky coincide con esta posición pero agrega algunas salvedades. “Hay grados y calidades de asunción de las normas que dependen, muchas veces, de los lugares sociales donde esas

(318) *Ibidem*, pp. 281-282.

(319) VÁLDEZ PIMENTEL, Lolo Fernando. “Diversidad cultural e imputación objetiva en el Derecho Penal”. En: *Gaceta penal & Procesal penal*. N° 35. Gaceta jurídica, Lima, mayo 2012, p. 109.

(320) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe T. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 628.

(321) Vide. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo IV, p. 200 y ss.

normas rigen y exigen ser depositarias de los acuerdos de convivencia por atenderlas. No son las normas en sí mismas sino los ambientes donde esas normas adquieren legitimidad quienes deben ser considerados desde un punto de vista sociocultural⁽³²²⁾. Así, “la expresión ‘internalización de la norma’ resulta escasa para explicar las causas de una infracción en contextos de interculturalidad⁽³²³⁾. En segundo lugar, “los contenidos culturales, con todas las características que he querido mostrar, nunca pueden ser evaluados con valores de verdad/falsedad, corrección/incorrección. Son hechos y valen por sí mismos. En todo caso las fuentes de legitimidad serían múltiples y no necesariamente la decisión unilateral de un Estado. No podría hablarse con seriedad de un “error cultural”. Por más que jueces, abogados y juristas traten de vencer y convencerse de que es un error jurídico y no cultural, pero que a ese error lo ha llevado su propio condicionamiento cultural⁽³²⁴⁾.

En efecto, “últimamente se tiende a poner en duda que en verdad las figuras en comento se traten de casos de error ya que aun cuando se descubra, en el caso concreto, que el sujeto no tuvo ningún error –por ejemplo, por tener un especial nivel de información sobre el derecho oficial–, un respeto a ese pluriculturalismo exige que el sujeto no sea sancionado si su conducta no reviste ningún nivel de violación ético-social. En otras palabras: **aunque el miembro de la comunidad indígena conozca en carácter antijurídico de su conducta en el marco de su entorno cultural que no lo contiene, él tiene derecho a responder a la valoración de esa conducta desde su propio contexto sociocultural⁽³²⁵⁾**. En ese orden de ideas, también se piensa que esta fórmula todavía contiene una visión etnocentrista, que podría ser superada a través del reconocimiento y práctica real de la identidad y autonomía cultural⁽³²⁶⁾.

Cuando se habla de error en el Derecho Penal, está en referencia a las normas sociales. En suma, se trata de un error sobre los elementos fácticos o normativos del tipo penal o sobre la licitud del injusto. Si esto lo llevamos a la diversidad cultural, vemos que el indígena no comete ningún error, sino que cumple sus normas⁽³²⁷⁾. Decir que existe un error porque el indígena no

(322) KALINSKY, Beatriz. *Pluralidad cultural y Derecho Penal. La ley como factor de conocimiento*. Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 94.

(323) *Ibidem*, p. 96.

(324) *Ídem*.

(325) BECERRA, Nicolás E. *Derecho Penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*. Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 29.

(326) FRANCIA SÁNCHEZ, Luis. *Pluralidad cultural y Derecho Penal*. En: Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos. Material de Lectura, Lima, 1992, p. 156.

(327) Por ejemplo, quien en su idea de haber sido dañado por un brujo lo mata, pues dentro de su grupo étnico se concibe que la única manera de salvarse de una muerte segura es quitándole la vida al agresor, no hierra ni ignora nada en absoluto.

conoce las normas de la cultura dominante, implícitamente lleva a una imposición cultural, en el sentido de que esta sería la correcta y las demás serían erróneas, de modo que el camino para salir de este error sería la alineación⁽³²⁸⁾. Amry apunta que el concepto de error cultural parte del supuesto de que las personas están “condicionadas” por la cultura, ello es un error porque se presupone un determinismo cultural, negarle al indígena su capacidad ética de autodeterminación no significaría, entonces, otra cosa que negarle su naturaleza de ser humano pleno⁽³²⁹⁾. Si se tratase de un error, sería suficiente el error de tipo y/o error de prohibición en *stricto sensu* (artículo 14 del Código Penal), haciéndose innecesaria la creación de un error condicionado por la cultura.

En la figura de la objeción de la conciencia sí existe la figura del conocimiento de la prohibición, pero no la comprensión de la norma; en este contexto, la clásica afirmación de Zaffaroni⁽³³⁰⁾ de que “una cosa es conocer y otra es comprender” o “aunque conociendo la ilicitud esta no se comprende” tiene sentido; pero no cuando se habla de diversidad cultural.

Pese a lo señalado anteriormente, es importante referirnos a lo que para la doctrina supone la naturaleza jurídica de las figuras jurídicas conocidas como error de comprensión culturalmente condicionado y conciencia disidente. Para el maestro Bramont Arias, el primero de los mencionados, a tenor del artículo 15 del Código Penal, será un **error invencible de prohibición**, que eliminará la culpabilidad de la conducta, por mucho que la conciencia disidente por sí misma no es una causa de inculpabilidad, cuando el sujeto “por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión”, y en caso que esa posibilidad se halle solamente disminuida, la pena será atenuada⁽³³¹⁾. Rojas Vargas señala que el error de comprensión culturalmente condicionado es una **modalidad de error de prohibición**, que se presenta como todo error de esta clase, cuando el agente está imposibilitado o seriamente dificultado para comprender que su hecho se halla prohibido por el ordenamiento jurídico-penal, en razón a que sus valores y creencias le impiden internalizar la antijuricidad de su conducta. Lo cual permite entender que en tales circunstancias el agente no podrá autodeterminarse o motivarse de conformidad a la norma penal, de una civilización, que no ha logrado comprender o suficientemente internalizar. Falta aquí la capacidad de culpabilidad

(328) Vide. VÁLDEZ PIMENTEL, Lolo Fernando. Ob. cit., p. 108.

(329) AMRY, René. “Defensa cultural y pueblos indígenas: Propuestas para la actualización del debate”. En: *Anuario de Derecho Penal*. Lima, 2006, p. 96.

(330) Citado por VÁLDEZ PIMENTEL, Lolo Fernando. Ob. cit., p. 109.

(331) BRAMONT ARIAS, Luis. *Código Penal anotado*. San Marcos, Lima, 1995, p. 150.

necesaria para imputarle el ilícito penal, no por anomalía psíquica o alteración de la conciencia sino por pertenecer a un mundo cultural, y por lo general geográficamente distinto, que se halla dentro del occidental oficial. Solamente sería aplicable para los casos en que el infractor campesino o nativo efectúa la comisión del delito fuera de su ámbito territorial y contra bienes jurídicos que no son valorados por su cultura. El error de comprensión cultural, a diferencia del error de prohibición general, encuentra su *ratio legis* en el reconocimiento de la existencia de un pluralismo cultural, donde el agente pertenece a una etnia o comunidad de pobladores con una cosmovisión radicalmente diferente a la oficial convencional, con valores, patrones de conducta, prohibiciones y permisiones propios⁽³³²⁾.

El error de prohibición puede ser directo cuando recae en la norma prohibitiva a indirecto cuando recae sobre la permisión de la conducta, también puede darse casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no sea exigible la internación o internalización de la pauta que conoce: error de comprensión⁽³³³⁾. Últimamente se trata de separar dentro del error de prohibición, el error de conocimiento —conocimiento de la antijuricidad de la conducta, sea sobre la existencia de la prohibición penal en sí misma, sea sobre la permisibilidad jurídica de la conducta “formalmente” típica (justificaciones)— del error de comprensión, el cual se da cuando el sujeto, si bien conoce o ha tenido posibilidad de conocer la prohibición de la conducta y su carácter injustificado no lo acepta. En relación con esto último se propone un estudio de “las conductas disidentes” y del “error de comprensión culturalmente condicionado”⁽³³⁴⁾.

A criterio de Zaffaroni, las personas que pertenecen a culturas diferentes de las occidentales (indígenas o nativos en nuestro medio) se encuentran bajo un error directo de prohibición: la persona puede conocer la norma prohibida, pero no se le puede obligar su comprensión o asimilación, no se le puede imponer su interiorización —hacerlo parte de su aspecto valorativo— y que se comporte según ella. Es decir, todo el peso de la solución recae sobre el juicio de culpabilidad antes que de su presupuesto, en este caso construido sobre el concepto mismo de imputabilidad penal (capacidad de culpabilidad). En cuanto a sus efectos, sostiene el mencionado autor que el “error culturalmente

(332) Vide. ROJAS VARGAS, Fidel. *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*. Gaceta jurídica, Lima, 2013, p. 94.

(333) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 258.

(334) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 448.

condicionado” será por regla general un error invencible de prohibición que excusará la responsabilidad⁽³³⁵⁾.

Jakobs considera como uno de los criterios rectores del estudio o enjuiciamiento de la vencibilidad del error de prohibición, el hecho de que el error recaiga sobre una norma fundamental, perteneciente al ámbito de indisponibilidad, esto es, en aquellos intereses como la vida, la salud, por ejemplo, casos en los que solamente se considera la evitabilidad si la persona que realiza la conducta típica pertenece a otras culturas⁽³³⁶⁾. Pero advierte que “en todo caso, no es el error solo lo que fundamenta la inculpabilidad: se añade un estado psíquico que presenta el parecer del autor (es decir, la **socialización “exótica”**) de modo que este no puede servir a la norma. De hecho, se trata de un **caso extremo de inimputabilidad**”⁽³³⁷⁾.

La interpretación del artículo 15 del Código Penal, según la cual en este se regula un **caso particular de inimputabilidad**, según Hurtado Pozo, es la que mejor corresponde tanto al texto legal de la disposición, como a la sistemática de nuestro Código⁽³³⁸⁾. El “condicionamiento cultural” no solo puede ser advertido como una causal de inculpabilidad, sino que, en razón de la importancia dada por la Constitución Política al derecho comunal, debe ser evaluado como una posible cualidad agravante de la conducta de los sujetos siempre que esta suponga un aprovechamiento ventajoso en clara lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos valiosos para la comunidad nacional⁽³³⁹⁾. También se plantea la solución de la **inexigibilidad de otra conducta por condicionamiento cultural determinante**. Como afirma Pérez Arroyo, “a nadie se le puede exigir comportarse como no sabe o como no entiende, dado que sus pautas culturales son abiertamente contrapuestas a las de la cultura oficial. Este criterio es más válido para las sociedades latinoamericanas”⁽³⁴⁰⁾.

(335) Vide. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo, IV, Ob. cit., p. 200 y ss.

(336) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Ob. cit., p. 659, N° 7.

(337) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe T. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 626.

(338) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 642.

(339) CHUNGA HIDALGO, Laurence. “El ‘culturalmente condicionado’ en el Derecho Penal”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 140, Gaceta jurídica, Lima, mayo 2010, p. 198.

(340) PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael. “Derecho Penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el Derecho Penal. Minorías étnico-culturales en Derecho Penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú. En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 72. Edersa, Madrid, 2000, pp. 767-768. Agrega lo siguiente: “para las sociedades occidentales con problemas de migración mi opción de salida, también integradora-asimilacionista, es el de la **renuncia de la pena por innecesaridad**, lo que el Derecho Penal alemán denominan aunque con criterios de derecho penal de oportunidad *absehen von Strafe* y que cuyo contenido se redefiniría, para el tema que no ocupa, sobre la base de criterios político-criminales de ‘necesidad y merecimiento de pena’”.

También se ha dicho que “esta no exigibilidad es un concepto que bien entendido puede ser un instrumento de ‘ajuste’ del funcionamiento del control penal del Estado cada vez que se trate de conductas realizadas en el marco de una comunidad indígena: El Estado no puede exigir que los sujetos abandonen su patrón cultural. A nadie se le puede exigir, a pesar de que ‘pueda lograrlo’, el abandono de sus parámetros culturales”⁽³⁴¹⁾.

García Vitor plantea dos situaciones: la **primera**, determinar “si el deber que surge de la cultura diferente puede medirse jerárquicamente con el emanado del orden jurídico prevalente y; la **segunda**, si el deber incumplido constituye un injusto merecedor de pena, o, si se está en presencia de un actuar justificado”⁽³⁴²⁾. Esta posición considera al deber de preservar la cultura como una suerte de **ejercicio legítimo de un derecho** que resulta oponible a otros provenientes de la cultura predominante. Esta tesis no es compartida por Villavicencio, porque la preservación del ámbito cultural —que según el autor, es por conciencia— es un interés harto complicado de medir o comparar con otros intereses jurídicos protegidos, con los cuales hipotéticamente entraría en conflicto⁽³⁴³⁾; señala este último autor que ordinariamente el error de comprensión del culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición, por tanto no habrá imputación personal y, en consecuencia, se eximirá de la responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica al sujeto (pena o medida de seguridad)⁽³⁴⁴⁾; añadiendo que el condicionamiento cultural no siempre da lugar a un error de prohibición, sino que puede originar distintas clases de error: como es el caso del error sobre la causalidad (error de tipo) o una justificación putativa⁽³⁴⁵⁾. Por ejemplo, en el caso de un **error sobre la causalidad (error de tipo)**, podría presentarse el supuesto en el cual los miembros de una comunidad nativa apliquen a uno de sus integrantes, que se encontraría poseído por fuerzas malignas, un “tratamiento” consistente en una golpiza con el propósito de “curarlo”, pero objetivamente tal hecho le podría provocar lesiones o peor aún, la muerte. Evidentemente que en este supuesto existe un nexo de causalidad entre la acción (el “tratamiento”) y el resultado de lesiones o muerte —o quizás más, desde la teoría de la imputación objetiva: la acción de los nativos generó un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, o el resultado producido por el “tratamiento” es la realización del mismo peligro (desaprobado jurídicamente) creado por la acción—.

(341) BECERRA, Nicolás E. Ob. cit., p. 30.

(342) García Vitor citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe T. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 630.

(343) Ídem.

(344) Vide. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal*. Cultural Cuzco, Lima, 1992, p. 98.

(345) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe T. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 632.

Sin embargo, no será calificado como un comportamiento doloso por existir ignorancia culturalmente condicionada sobre el curso causal de los acontecimientos (de acuerdo al primer párrafo del artículo 14 del Código Penal). Asimismo, existiría **justificación putativa (error de prohibición indirecto)** en la hipótesis de que ciertas comunidades del oriente ecuatoriano los lugareños den muerte en defensa de la supervivencia y continuidad de su ámbito cultural en el convencimiento de que los hombres extraños les agradecerán (segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal).

En cuanto a la mejor interpretación del artículo 15 del Código Penal, esta se encuentra en la concepción de la figura conocida como error de comprensión culturalmente condicionado como supuesto de inimputabilidad, más que como un error de prohibición; mientras que la conciencia disidente se trataría de una atenuante de pena.

IV. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO Y DE LA CONCIENCIA DISIDENTE

El tema cultural o costumbrista, determina muchas veces el quehacer cotidiano de gran parte de nuestros compatriotas a nivel nacional, y a su vez también, constituye un elemento indispensable a tener en cuenta por parte del juzgador al momento de aplicar la ley penal correspondiente.

Los elementos estructurales del error de comprensión culturalmente condicionado y de la conciencia disidente los siguientes:

1. Conflicto de diversos sistemas de valores

Los casos comprendidos en el artículo 15 del Código Penal son aquellos en los que se presenta un conflicto cultural, lo que supone la presencia de diversos sistemas de valores. Por un lado, se encuentra la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y, por otro, la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante⁽³⁴⁶⁾.

Desde el día de su nacimiento en un grupo social determinado, el individuo comienza un proceso de adaptación al sistema cultural mediante la imitación y el aprendizaje. De esta manera interioriza modelos culturales y da

(346) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 640.

forma a su personalidad⁽³⁴⁷⁾. Este proceso de formación de la personalidad es en definitiva el de la integración de la experiencia del individuo y de sus cualidades constitucionales que terminan por formar un todo funcional ajustado mutuamente⁽³⁴⁸⁾.

El conflicto de diversos sistemas de valores puede ser absoluto, por ejemplo, cuando se trata de un caso que implica al miembro de una tribu de la Amazonía que no ha tenido contacto alguno con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial. Según sus pautas culturales era necesario matar al brujo del grupo (homicidio, según el artículo 106 del Código Penal) porque este era considerado como responsable de la epidemia que diezmaba a la tribu. Culturalmente se trata, por consiguiente, de un acto valorado de manera positiva, ya que era el medio por el que el grupo social creía poder salvarse. El autor de este comportamiento ha actuado conforme a las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación antes descrito. Este proceso ha condicionado la formación de la personalidad y, como conjunto de pautas culturales, ha analizado sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad, será considerado como un sujeto incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo a esta apreciación⁽³⁴⁹⁾.

A partir de una solución de justificación se pueden determinar ciertos elementos para que la objeción de conciencia comporte indicaciones jurídico-penales; un deber impuesto por el ordenamiento jurídico cuyo cumplimiento sea inevitable y, en el ámbito penal ha de derivarse de una norma jurídico-penal (mandato o prohibición); que a esto se le oponga el dictamen de conciencia como al menos un deber moral (o un supuesto derecho subjetivo cuya existencia real hay que discernir); y que ambos se hallen en relación de colisión, esto es, que el incumplimiento del deber se apoye precisamente en la objeción de conciencia, si es que esta puede llegar a prevalecer como resultado de la ponderación entre ambos; y, por supuesto, que el sujeto se haya decantado por satisfacer el –para él– imperativo moral en perjuicio del deber jurídico, pues, de lo contrario su comportamiento carecería de interés para el derecho⁽³⁵⁰⁾.

(347) *Ibidem*, pp. 639-640.

(348) *Ibidem*, p. 640.

(349) *Ibidem*, pp. 640-641.

(350) ROMEO CASABONA, Carlos María. *Ob. cit.*, p. 253.

2. Falta de comprensión o falta de determinación del carácter delictuoso del comportamiento

El error de comprensión culturalmente condicionado comprende una exigencia absoluta cuando por una causa cultural o de costumbre el agente no está en condiciones de comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o, comprendiéndolo, no es capaz de determinarse con arreglo a esa comprensión. El primer supuesto es el de la incomprendibilidad, es decir, el de la capacidad cognitivo-cultural de asimilar o inteligir la norma. El segundo supuesto supone la comprensión, pero a la luz de la experiencia de vida le resulta al autor inconcebible, como pauta conductual a seguir⁽³⁵¹⁾.

Castillo Dávila, siguiendo a Muñoz Conde, señala que “la norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que este puede conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones, porque si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es única y antijurídica, no puede atribuirse a título de culpabilidad”⁽³⁵²⁾.

El peso del argumento para configurar este supuesto no está en la plenitud de capacidad del agente, sino en que su cultura y sus costumbres no le permiten percibir que no actúa conforme al ordenamiento jurídico, ya que no puede exigírsele comportarse conforme a reglas de conducta que le son ajenas, especialmente en un país tan pluricultural y variopinto como el nuestro⁽³⁵³⁾. De conformidad con el principio de culpabilidad, si una persona realiza una conducta típica y antijurídica, pero carece totalmente de la comprensión del carácter ilícito del hecho, dicha acción no le puede ser reprochada y, por ende, no es posible imponerle una pena.

Debemos precisar que la simple contrastación fáctica de que el individuo no ha internalizado la norma prohibitiva, a pesar de conocerla (y también la pertenencia a otro segmento cultural), no es suficiente para eximir de responsabilidad penal ya que de acuerdo al texto del artículo 15 se demanda la determinación si le era exigible que lo hiciera (la internalización), pues se establece claramente que actúe “sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto” y no únicamente “sin comprender” la prohibición⁽³⁵⁴⁾.

(351) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, San Marcos, Lima, 2001, p. 449.

(352) CASTILLO DÁVILA, William Paco. *Teoría general del hecho punible*. Dáyanis, Lima, 2000, p. 414.

(353) RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo; UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando; GAMERO CALERO, Lorena Mariana y SCHÖNBOHM, Horst. *Manual de casos penales. La teoría del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*. Ebra, Lima, 2009, p. 95.

(354) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Error de comprensión culturalmente condicionado”. En: *Código Penal comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 500.

Pues “cuando se cumple un injusto, el derecho no requiere, para afirmar la culpabilidad, que el sujeto haya internalizado esos valores, puesto que la mayoría de veces el injusto obedecerá a una falta de internalización. Lo que requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en grado razonablemente exigible”⁽³⁵⁵⁾. La determinación de esta exigencia corresponde al juzgador quien deberá sopesar en su análisis los criterios, entre otros, de la culpabilidad⁽³⁵⁶⁾.

Para un correcto examen de la culpabilidad, lo que interesaría es el examen de los extremos que permiten entender que un sujeto ha actuado conforme a un ámbito de libertad y de interiorización de la pauta normativa en la esfera paralela del lego (interiorización: conocer la pauta normativa e introducirla en el contexto general de las valoraciones personales que inspiran el comportamiento del sujeto en sociedad)⁽³⁵⁷⁾.

Si por comprensión se entiende la “acción de comprender” y la “facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar la realidad”, entonces todo error es un error de comprensión. Y como todo entender o comprender de la realidad está determinado por el condicionamiento cultural de la persona, todo error es un error condicionado “culturalmente”⁽³⁵⁸⁾. Esto quiere decir que el error de tipo (sustraer una cosa ajena creyéndola propia) y el error de prohibición (practicar el acto sexual con una menor creyendo que está permitido porque lo está en el grupo social al que pertenecen las dos personas en cuestión según el servinacuy, mal llamado matrimonio de prueba), serían errores culturalmente condicionados. No obstante, estos casos se hayan comprendidos en el artículo 14 del Código Penal. El artículo 15 del mencionado cuerpo de leyes se refiere, más bien, a un caso particular de incapacidad de las personas que cometen un delito⁽³⁵⁹⁾. Sus patrones culturales, diferentes de los que forman la base del Código Penal, “afectan gravemente su concepto de la realidad”, a tal extremo que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya integrado a la cultura dominante⁽³⁶⁰⁾.

El problema no reside en el hecho de que una persona plenamente capaz (tanto síquica como culturalmente) crea por error que actúa conforme al

(355) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo IV, Ob. cit., pp. 197 y ss.

(356) Ídem.

(357) SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y ROJAS CHACÓN, José Alberto. *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos*. Tomo II. Ministerio Público de Costa Rica, San José, p. 337.

(358) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 638.

(359) Ídem.

(360) *Ibidem*, pp. 638-639.

orden jurídico⁽³⁶¹⁾, sino que, más bien, dicha persona no posee las condiciones personales necesarias conforme al derecho. En otras palabras, aun cuando el agente no sepa que comete un hecho antijurídico, se le exime de pena no porque obre bajo la influencia de un “error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal” (artículo 14, párrafo 2), sino porque esté en la imposibilidad de comportarse conforme a cánones culturales que le son extraños⁽³⁶²⁾.

3. Grado de integración con el sistema cultural oficial: la vencibilidad del error

Un tema que resulta de suma importancia es el correspondiente a los casos de “vencibilidad del error” que desde la postura de Villavicencio no sería de aplicación para los sujetos provenientes de las comunidades campesinas o nativas porque significaría la imposición de “otra cultura” y que, de cara al futuro, se estaría pregonando la asimilación obligatoria de los valores de la cultura predominante, únicamente la evaluación de la vencibilidad sería para los casos de conciencia disidente. El artículo 15 prescribe que en estos casos, es decir, de “vencibilidad”, el juzgador “atenuará la pena” a imponerse⁽³⁶³⁾.

La aplicación del mencionado dispositivo legal dependerá, del grado de integración de la persona que ha cometido el acto considerado como delito en el Código Penal (sistema cultural oficial). En el caso de relaciones sexuales con una menor de edad según la tradición del servinacuy, esta disposición se aplicará si se trata de un indígena sin, o con esporádicos, contactos con la cultura predominante, y si el hecho tiene lugar en el seno de su comunidad. Pero no si se trata de un inmigrante andino que habita en una barriada de Lima, y que se encuentra relativamente bien integrado en el sistema oficial, porque su personalidad, formada al comienzo en el seno de su medio cultural y completada por sus vivencias en el medio cultural dominante, no puede ser considerada como la causa de su incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto cometido o de determinarse según esa apreciación. Esto no impide que, a pesar de sus capacidades personales, puede haberse equivocado sobre el carácter prohibido de las relaciones sexuales con menores de edad. En este caso, se le aplicará el artículo 14 del Código Penal que prevé el error de prohibición⁽³⁶⁴⁾.

(361) Vide. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 419 y ss.

(362) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 639.

(363) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe T. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 625.

(364) Vide. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 641.

La determinación procesal de la vencibilidad es tarea difícil y lo recomendable es la actuación de una **pericia antropológica**.

V. LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE ACTUACIÓN

El reconocimiento y protección de la diversidad cultural de la población constituye una característica esencial del Estado Constitucional, porque el fin supremo del Estado y la sociedad es la persona.

El reconocimiento de la diversidad cultural a través de la prescripción legal contenida en el artículo 15 del vigente Código Penal⁽³⁶⁵⁾ y de la pluralidad jurídica en el artículo 149 de la Constitución Política de 1993, vienen a significar un importante avance del Estado peruano; la norma constitucional señala lo siguiente: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

Nuestra Constitución Política consagra además el derecho de todo individuo “a su identidad étnica y cultural” (inciso 19, artículo 2), disponiendo que “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”. Asimismo, según el artículo 17 párrafo 4, *in fine*, del texto constitucional, el Estado “fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional”. En este contexto, Hurtado Pozo enseña que no puede estimarse peyorativo el hecho de considerar como inimputable (incapaz de culpabilidad) a un individuo a causa de las circunstancias individuales que le son propias⁽³⁶⁶⁾.

El artículo 149 de la Constitución Política reconoce el ejercicio de funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas, lo que, en buena cuenta, supone el reconocimiento estatal de parámetros normativo-culturales distintos a los que justifican y dan fundamento a la ley penal. Dicho

(365) Peña Cabrera afirmaba que la inclusión de esta clase de error resaltaba “normativamente el respeto por los valores culturales distintos –nunca mejores ni peores a los de la sociedad occidental–, en el sentido de que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales” (PEÑA CABRERA, Raúl. “El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2 párrafo) y 15 del Código Penal peruano”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología (separata)*. N° 3. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid, 1993, p. 608).

(366) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 642.

reconocimiento alcanza al Derecho Penal, siempre que se actúe de conformidad con su propio Derecho consuetudinario⁽³⁶⁷⁾, se ejerza dentro de su ámbito territorial comunal, se sujete al respeto de los derechos fundamentales y se ejerza según los límites que impone la ley.

Las diferencias culturales, dice De Trazegnies Granda, no son meros fantasmas que nos llaman desde el pasado y que evocan conciencias perdidas en el tiempo, sino que son vivencias efectivas de los diferentes sectores de nuestra población⁽³⁶⁸⁾.

VI. PERITAJE ANTROPOLÓGICO

El juez exigirá, la necesidad de aplicación de pericias antropológicas, para determinar si una persona pertenece a un determinado sistema cultural y/o pericias comunales, a fin de establecer las conductas que pertenecen a lo jurídicamente permitido dentro de una cultura⁽³⁶⁹⁾.

Cuando se trate de casos de “diversidad sociocultural” es de vital importancia la peritación del antropólogo y del sociólogo, para poder formarse un juicio más amplio sobre el fenómeno que puede generar inimputabilidad; desde luego, hay otros casos en los cuales apenas si se requiere la presencia del perito, y el juez puede por sí solo formarse el convencimiento requerido para emitir la decisión correspondiente. Por fortuna, han pasado los tiempos en los cuales el psiquiatra era quien determinaba la imputabilidad del agente, con lo cual el juez ha recuperado su lugar de privilegio a la hora de valorar conductas humanas que desquicien el orden jurídico-penal⁽³⁷⁰⁾.

(367) YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú”. *Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario*, organizado por la Asociación Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal y por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, realizado en Arica, del 13 al 17 de marzo de 2000. También puede verse en: <<http://geocities.com.alertanet/ryf-arica2.vf.htm>>.

(368) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Posmodernidad y Derecho*. Temis, Bogotá, 1993, p. 76: En verdad, no hay país moderno que no sea un crisol donde se han fundido múltiples culturas, donde valores, creencias y formas sociales muy diferentes no se hayan dado cita de manera más o menos tumultuosa. Sin embargo, algunos países han logrado integrar esos ingredientes al punto de formar nacionalidades nuevas, culturas distintas y propias; otros, no han tenido el mismo éxito y, si bien ninguna de las culturas que los componen han quedado incontaminadas, el crisol no ha logrado fusionarlas a todas en una sola cultura nueva. Es fundamentalmente en este último caso que hablamos de multiculturalidad.

(369) Cfr. CASTRO BERMÚDEZ, Jaime. “La peritación antropológica como auxilio de la justicia”. En: <www.colciencias.gov.com>.

(370) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 418.

Por supuesto que también se tienen que valorar judicialmente una serie de factores, diferentes al señalado, como son: la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento (antropológico y sociológico) acumulado en relación con las pautas de conducta y los valores de ese grupo, etc. Todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el “concepto” de culpabilidad, como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto⁽³⁷¹⁾.

VII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO Y DE LA CONCIENCIA DISIDENTE

Para el supuesto del error de comprensión culturalmente condicionado se excluiría la culpabilidad y cualquier sanción de carácter penal, mientras que para la conciencia disidente u objeción de conciencia únicamente se disminuiría la culpabilidad y la sanción de índole penal. Los argumentos que avalarían tal tesis parten de los términos cultura y costumbre, pues este último señalaría que “la capacidad de comprensión se halla solamente disminuida”, mientras que el primero indicaría que “quien por su ‘cultura’ no puede comprender que su actuar constituye delito” se excluiría su responsabilidad penal⁽³⁷²⁾.

Las conductas que se realicen por razones culturales, lícitas dentro de un ámbito culturalmente distinto, no son válidas en cuanto se opongan a las prescripciones prohibitivas del Derecho Penal. La conducta del agente “culturalmente condicionado”, no deja de ser calificada como “antijurídica”, lo que ocurre es que, el desconocimiento de dicha antijuricidad le exime de responsabilidad⁽³⁷³⁾.

La vigencia del derecho no puede quedar librada a la conciencia individual, en la problemática de la conciencia disidente la posibilidad de comprensión del carácter delictuoso de la conducta o la determinación conforme a esa comprensión se encuentra disminuida, porque pertenece a una “subcultura” que asume otros valores, por lo tanto el juzgador deberá atenuar la pena a imponerse.

(371) SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y ROJAS CHACÓN, José Alberto. Ob. cit., p. 338.

(372) FRANCIA SÁNCHEZ, Luis E. Ob. cit., p. 159.

(373) CHUNGA HIDALGO, Laurence. Ob. cit., p. 198.

VIII. EL ACUERDO PLENARIO N° 1-2009-CJ-116

El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, de fecha 13 de noviembre de 2009, expedido por la Corte Suprema de Justicia de la República, en su afán de legitimar la labor jurisdiccional de algunas rondas campesinas donde no hay comunidades campesinas, ha hecho una “interpretación constitucional”, reconociendo la legitimidad y la autonomía de las primeras para administrar justicia.

Dicho Acuerdo Plenario reconoce al pluralismo jurídico como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten, se contraponen y hasta compiten, en el mismo espacio social. Considerando que las Rondas Campesinas son la expresión de una autoridad comunal y de los valores culturales de las poblaciones donde actúan, puede concluirse que pueden administrar justicia, el reconocimiento efectivo, deberá estar relacionado con el cumplimiento de un conjunto de elementos. No hacerlo sería un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación.

Ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la administración de justicia son de las Rondas Campesinas tanto si estas se originan en las Comunidades o si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas. Cabe resaltar que en muchos casos la administración de justicia de las rondas campesinas se da no solo como un intento de reivindicar y afirmar sus propias formas de resolver conflictos, sino que están relacionadas a la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal.

Será importante establecer, como primer paso, la existencia de una norma tradicional concreta que incluya la conducta juzgada por la Ronda Campesina. Esa norma tradicional solo podrá ver casos relacionados a la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la Ronda Campesina. Si la persona o cosa afectada pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con sus costumbres y cultura rondera –se trata, por tanto, de conflictos puramente internos de las Rondas Campesinas–, no cabe sino reconocer la constitucionalidad de esa conducta mientras que no vulneren los derechos fundamentales. En cambio, cuando se trata de personas que no pertenecen a la cultura o al espacio de actuación de las Rondas Campesinas, la solución no puede ser igual porque estaríamos frente a un conflicto de naturaleza intercultural. En estos casos puede actuar la ronda campesina si la situación está relacionada no solo al lugar dónde ocurre sino a la cultura, esto significa, i) que la situación afecte el interés de la comunidad o de un poblador y que esté considerada como una acción no permitida por la norma tradicional; y ii) el acusado sabía que su actuación estaba afectando las reglas de la comunidad conociendo las tradiciones de las Rondas Campesinas o de sus integrantes.

Un importante factor que debe tomarse en cuenta es que la Constitución exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su Derecho consuetudinario, no vulnere los derechos fundamentales. Entre los derechos fundamentales inderogables, en los que existe suficiente consenso intercultural están, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre y la legalidad del proceso de administración de justicia. Se consideran como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos humanos: i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y en contra de las actividades típicamente ronderiles–; ii) las agresiones injustificadas a las personas cuando son detenidas por los ronderos; iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren; iv) los juzgamientos sin posibilidades de defenderse –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento–; vi) la aplicación de sanciones no consideradas por el derecho consuetudinario; vii) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones– entre otras.

En conclusión, el Acuerdo Plenario reconoce el ámbito de acción de la administración de justicia por parte de las Rondas Campesinas con la reconocida limitación del respeto a los Derechos Humanos. Establece con claridad lo que los jueces penales deben hacer ante un caso en contra de ronderos. Cabe señalar que la naturaleza jurisdiccional de la justicia comunal es clara y precisa, prescrita en el texto constitucional, y como tal, cuando se analizan aspectos dogmáticos sobre la validez y eficacia de la justicia comunal no debe circunscribirse dicha discusión solo al contexto de las rondas campesinas o ronderos propiamente, como actores primarios de esa justicia consuetudinaria, como tampoco el discrepar con la forma de su ejecución, en una sociedad pluricultural y multilingüe como la nuestra, debe significar poner en duda esa validez y eficacia de los pronunciamientos de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas en esa labor jurisdiccional, como señala Juan Carlos Ruiz Molleda cuando hace un análisis de la justicia comunal en el Plan de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia⁽³⁷⁴⁾ (Ceriajus)⁽³⁷⁵⁾, pues hasta esas formas son diferentes y casi coyunturales, según la propia idiosincrasia comunal, que varían de una a otra.

(374) RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. “Análisis de la justicia comunal en el Plan de la Ceriajus: Hacia un modelo de justicia inclusivo”, p. 1. Párrafo 4. En: <www.justiciaviva.org.pe/ceriajus/.../LaJusticiaComunalCeriajus.doc>, 17/11/09.

(375) La Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia fue creada mediante Ley N° 28083 con fecha 3 de octubre de 2003 con la finalidad de elaborar en forma concertada y global un Plan Nacional de Reforma Integral del Sistema de Administración de Justicia.

No se puede comprender a la justicia comunal, generalizando los criterios de aplicación de la justicia ordinaria, como si se tratara de un hecho uniforme sistematizado y regulado en todos los rincones del país; la base de aquella, como sabemos, precisamente es la costumbre, y la costumbre no es una manifestación social uniforme en el cual se ponen de acuerdo dos o más organizaciones comunales, para señalar o acordar sancionar un hecho de una u otra forma o para calificarla como infractora de la ley consuetudinaria, sino que esa apreciación surge de la costumbre como hecho arraigado, permanentemente aplicado, y aceptado así por sus miembros; por lo tanto, es casi imposible uniformizar esos criterios, ya que responden a cada forma de vida social-comunal, surgiendo a partir de ello otros problemas, como consecuencia de esa misma diversidad cultural⁽³⁷⁶⁾.

En ese sentido, Castilla Ancassi señala que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, no se basa en el artículo 14 de la Constitución Política del Perú, sino en el artículo 2 numeral 19, que afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y reconoce protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas, y constituye el criterio fundamental de la conciencia de la identidad⁽³⁷⁷⁾.

(376) CASTILLA ANCASSI, José. "Ensayo sobre la constitucionalidad de la justicia y de las penas en la justicia comunal". En: *Gaceta penal & procesal penal*. N° 59, mayo 2014, p. 271.

(377) Ídem.

CAPÍTULO VI

EL ERROR DE TIPO AL REVÉS (TENTATIVA INIDÓNEA) Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN AL REVÉS (DELITO PUTATIVO O IMAGINARIO)

Para concluir este estudio sobre el tratamiento del error en el Derecho penal es necesario referirnos al **error de tipo al revés** y al **error de prohibición al revés**. Podemos definir al **error de tipo al revés** como la creencia errónea por parte del sujeto de que concurren los hechos constitutivos de la infracción penal (ya sea a través de los elementos descriptivos del tipo, normativos del tipo o ambos a la vez), por ejemplo: el sujeto dispara a una persona que acaba de morir minutos antes, creyendo que estaba dormida, o el sujeto se apodera de una cosa mueble creyendo que es ajena, cuando en realidad se ha apoderado de un objeto que le pertenece. Como se observa, el agente se representa una situación que para él es desfavorable, pero *ex post* lo favorece. Mientras que en el error de tipo (normal), el autor se representa una situación favorable, pero *ex post* lo desfavorece; en el mismo ejemplo: el autor se apodera del objeto creyendo que era suyo, pero en realidad era ajeno. Aquí se excluye el dolo.

Asimismo, el **error de prohibición al revés** consiste en la creencia errónea de que un hecho justificado o penalmente irrelevante está prohibido por el Derecho Penal, por ejemplo: el sujeto que cree que el adulterio es delito, o cree que no está permitido matar al agresor para impedir una violación sexual cuando esta es la única defensa posible. La creencia *ex ante* del sujeto es que su comportamiento es punible, pero *ex post* sería atípico, excluyéndose desde el inicio el dolo, mientras que en el error de prohibición (normal) persiste el dolo de acuerdo a la opinión dominante.

Existe acuerdo en la doctrina al considerar que el error de tipo al revés constituye un supuesto de **tentativa inidónea**, que no será punible de acuerdo al artículo 17 del Código Penal peruano. En cuanto al error de prohibición al revés, nos encontraríamos ante lo que ha sido denominado por el Derecho Penal como **delito putativo**, que también es impune.

I. EL ERROR DE TIPO AL REVÉS O LA DENOMINADA TENTATIVA INIDÓNEA O DELITO IMPOSIBLE

Son varias las razones por las que la tentativa no llega a la consumación del delito. Unas son de tipo jurídico, otras, de tipo fáctico. En todos estos casos, la tentativa, objetivamente considerada *ex post*, siempre es **inidónea** para consumar el delito y, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia dominantes aceptan, en general, que es merecedora de pena, aunque con ciertas limitaciones, pero cuando el grado de inidoneidad es absoluto y el bien jurídico ni siquiera de lejos puede ser objetivamente afectado por la conducta realizada, parece también lógico que se prescinda de la intervención del Derecho Penal⁽³⁷⁸⁾.

El problema que plantea la tentativa —al decir de Maurach⁽³⁷⁹⁾— es el límite de su punición, pues el desvalor del delito intentado no siempre es semejante según las alternativas que se den. No parece merecer el mismo trato intentar provocar el aborto de una mujer que está embarazada, que pretender lo mismo en relación a una mujer que el autor cree embarazada, pero que realmente no lo está. En ambas hipótesis la voluntad delictiva es la misma, la actividad material desarrollada también; pero en la primera —en el de la embarazada— ha corrido un peligro real la vida incipiente del que está por nacer; entretanto que en la segunda —en el de la mujer no embarazada— no ha sufrido ningún riesgo el bien jurídico vida, porque no existía⁽³⁸⁰⁾. Cuando el medio empleado por el autor para cometer el delito es totalmente inadecuado para lesionar o poner en peligro el bien jurídico atacado o cuando este bien u objeto no existe, se está ante una tentativa inidónea, lo que constituye el denominado delito imposible. Los dos ejemplos antes indicados corresponden a las dos alternativas de esta clase de tentativa, que en nuestra legislación se considera no punible.

La tentativa inidónea, también denominado delito imposible o error de tipo al revés, se encuentra regulado en el artículo 17 del Código Penal peruano de la siguiente manera:

(378) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición. Ob. cit., p. 483.

(379) Citado por GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, p. 289.

(380) SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Tomo III, Bosch, Barcelona, 1982, p. 164.

“No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”.

1. Definición de la tentativa inidónea o delito imposible

Fernández de Moreda⁽³⁸¹⁾ señaló que el delito imposible “se da cuando la acción típica, a cuya ejecución tiende el designio del autor, no puede iniciarse o consumarse por la inidoneidad “de origen” de los medios empleados para realizarla, o bien (por) inidoneidad de igual carácter o la inexistencia del objeto pasivo material sobre el que se emplean”.

Estamos frente a una tentativa inidónea o delito imposible cuando la ejecución delictiva dirigida por el autor no llega a consumarse por razones fácticas o jurídicas. Los límites de la tentativa son precisados por el artículo 17 del Código Penal y esta se presenta cuando la consumación del delito resulta imposible debido a “la ineficacia del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto”⁽³⁸²⁾.

Mientras que la doctrina dominante considera inidónea toda tentativa que *ex post* se demuestra que era incapaz desde un principio de llegar a la consumación, ya sea por inidoneidad de los medios o por inexistencia o ausencia del objeto, la tentativa inidónea es, para Cerezo Mir⁽³⁸³⁾, la tentativa *ex ante* no peligrosa según el juicio “objetivo” de una persona inteligente; esa persona, en la medida en que de algún modo representa al hombre medio, debe ser una a la que no pueden serle accesibles conocimientos especializados. Un ejemplo sirvió en su momento para distinguir ambos conceptos de tentativa inidónea: el de quien dispara sobre la cama en que cree está durmiendo su enemigo, cuando en realidad solo hay un bulto que simula una forma humana, pero de modo que *ex ante*, desde la posición del autor cualquiera podría haber tomado dicho bulto por una persona; es este un caso paradigmático de lo que la doctrina dominante considera una **tentativa inidónea por ausencia del objeto**—los casos de ausencia o inexistencia de objeto se consideran los casos más claros de inidoneidad, y para quienes distinguen entre inidoneidad absoluta e idoneidad relativa son supuestos de inidoneidad absoluta—. Sin embargo, para Cerezo Mir este es un ejemplo de tentativa idónea, porque *ex ante* la falta de objeto no era objetivamente cognoscible o era muy improbable⁽³⁸⁴⁾. Cerezo Mir

(381) Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., p. 490.

(382) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., pp. 449-450.

(383) Citado por GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Idemsa, Lima, 2004, p. 105.

(384) Ver la discusión sobre este ejemplo en MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 64, nota 95, y CEREZO MIR, José.

equipara la “tentativa idónea” a la “tentativa peligrosa *ex ante*”: “Si la inexistencia, o falta de presencia del objeto, no era objetivamente cognoscible *ex ante* la acción era peligrosa, aunque ningún bien jurídico haya corrido peligro. Serían supuestos de tentativa idónea o peligrosa”⁽³⁸⁵⁾.

La razón que lleva a Cerezo Mir a sostener esta concepción *ex ante* de la tentativa inidónea es que *ex post* toda tentativa es inidónea.

El delito imposible es, según la fórmula de nuestro Código Penal, una pura **intencionalidad delictiva** pues la ignorancia o error del pretendido autor le impide saber que el delito que quiere consumir es irrealizable por la inidoneidad del objeto sobre el que recae la acción o por la inidoneidad del medio empleado. Si el pretendido delincuente obra conociendo algunas de esas inidoneidades, no delinque porque a la inexistencia material del delito se agrega su inexistencia subjetiva⁽³⁸⁶⁾.

En el delito imposible es innegable la existencia de error en el agente, quien obra bajo una suposición que no concuerda con la realidad, pretendiendo un efecto (criminoso) que no puede lograrse por inidoneidad del medio empleado (como cuando se pretende envenenar a una persona suministrándole azúcar, creyendo que es arsénico), o por falta del objeto (disparar con ánimo homicida sobre un cadáver, en la creencia de que lo hace sobre un ser vivo)⁽³⁸⁷⁾.

Es posible identificar esta versión, con el **error de tipo al revés**. Para calificar el delito imposible bastará el **error de tipo al revés evitable**, ejemplo: Quien pretende envenenar agregando azúcar al alimento de su víctima en la creencia de que es veneno. Si se trata de un **error de tipo al revés inevitable**, es mejor recurrir al artículo 16 del Código Penal⁽³⁸⁸⁾. Ejemplo:

Curso de Derecho Penal español, Parte general. Tomo I (Introducción, teoría jurídica del delito), 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1981, p. 449, nota 140, y 3ª edición, 1985, p. 366, nota 139. GRACIA MARTÍN, Luis. *Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal de España*. En: *Actualidad Penal*, N° 18 (1994, p. 351 y ss.) se manifestó a favor del concepto de tentativa inidónea manejado por Cerezo.

(385) Vide. CEREZO MIR, José. “La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español”. En: *Revista de Derecho Penal y criminología*. 2ª época, N° 01, 1998, p. 22. En el mismo sentido, defiende también este concepto de tentativa inidónea como equivalente a tentativa no peligrosa *ex ante* desde la posición de la autora FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. Bosch, Barcelona, 1986, p. 394 y ss., pero reconoce que dicho concepto se aparta del usual.

(386) NÚÑEZ, Ricardo. *Las disposiciones generales del Código Penal*. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 184.

(387) EZAINE CHÁVEZ, Amado. Ob. cit., p. 110.

(388) Artículo 16 del Código Penal.- En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

un sujeto que compra veneno para ratas en una farmacia, pero el producto tiene una falla en su elaboración que lo convierte en inofensiva sustancia, y sin saberlo, se lo hace ingerir a la víctima⁽³⁸⁹⁾.

Es importante separar la tentativa del delito imposible, ya que ambas figuras son objeto de distinto tratamiento. La diferencia no debe ser buscada únicamente en el aspecto objetivo de la idoneidad o inidoneidad de los medios o del objeto –como lo señala Soler⁽³⁹⁰⁾–, ya que objetivamente y vistos en conjunto, en la tentativa los hechos resultan inidóneos *ex post facto*⁽³⁹¹⁾ y en el delito imposible la imposibilidad se formula *ex ante*. En el delito imposible el error se encuentra ínsito en el plan y el autor por ese camino no puede arribar a la consumación delictual.

2. Naturaleza jurídica de la tentativa inidónea

La doctrina nacional mayoritaria señala que la denominada tentativa inidónea sería una causal de impunidad. Toda tentativa *ex ante* peligrosa no solamente es típica sino que constituye ilícito de tentativa delictiva, mientras que toda conducta *ex ante* no peligrosa es siempre jurídico-penalmente irrelevante, por atípica. Mantener una naturaleza jurídica unitaria del artículo 17 del Código Penal significaría, sustentar una incongruente equiparación, como conductas atípicas, o típicas pero no antijurídicas, entre las tentativas *ex ante* peligrosas (e inidóneas *ex post*), y las conductas *ex ante* no peligrosas (e inidóneas *ex post*). La otra solución, considerar al artículo 17 del Código Penal como una causal de exclusión de la punibilidad, esto presupondría la inaceptable afirmación de lo injusto penal en conductas *ex ante* no peligrosas. Por lo tanto, no se puede afirmar legítimamente que el mencionado artículo contenga solo conductas atípicas, ni solo conductas típicas pero no antijurídicas⁽³⁹²⁾.

3. Circunstancias en las que la tentativa es inidónea

Aspectos importantes del delito imposible están referidos al inicio de la fase ejecutiva y a la imposibilidad absoluta de realizar el delito, debido a la inidoneidad del medio o del objeto (error de tipo al revés). El texto del

(389) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 452.

(390) Vide. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo II, 8ª reimpresión. Topográfica editora argentina, Buenos Aires, 1978, pp. 225-226.

(391) Al respecto Max Ernst Mayer sostiene que, prescindiendo del fin propuesto por el agente, la idoneidad equivale a la consumación con lo que desaparece el concepto de tentativa.

(392) Vide. REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "Comportamientos impunes". En: *Código Penal comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 561-562.

artículo 17 del anteproyecto de la parte general del Código Penal de 2004 utiliza el término “inidoneidad del medio empleado o del objeto”.

3.1. Ineficacia absoluta del medio empleado

El profesor Luis Bramont Arias⁽³⁹³⁾ delimitaba la imposibilidad proveniente de la inidoneidad del medio empleado: es absoluta cuando los medios empleados, por su propia naturaleza, son radicalmente impotentes para producir el resultado querido por el agente; por ejemplo: pretender envenenar a una persona suministrándole azúcar en lugar de arsénico; y estaríamos frente a una imposibilidad relativa, cuando los medios, que en este caso serían eficaces por sí mismos, resultan ineficaces en la práctica debido a su deficiente utilización o a una circunstancia accidental distinta; por ejemplo: en el caso de un individuo que pretende abrir una caja fuerte, pero hace mal uso de los instrumentos con los que cuenta para tal fin no consiguiendo su objetivo al final; o cuando una persona dispara una bala con intención de herir a otra, pero no lo apunta; o cuando se pretende envenenar a otra persona con un modo idóneo, pero insuficiente para ocasionar su muerte, etc.

El medio comisivo no es idóneo cuando por su propia naturaleza es inadecuado para lograr en el caso concreto la consumación del delito; por ejemplo, el azúcar no es un medio de efecto mortal, salvo respecto de quien padezca diabetes. Suele invocarse como un caso aquí comprendido, el uso de un revólver que no dispara o que está descargado, para atentar contra un tercero. Sin embargo, en el ejemplo, no media inidoneidad por la propia naturaleza de ese medio ya que el revólver, aunque inutilizado o descargado, es un arma capaz de ser utilizada para lesionar e, incluso, matar, y la imposibilidad del medio no depende del modo de usarlo que elija el agente⁽³⁹⁴⁾.

Entendemos que el texto legal cuando utiliza la expresión “medio” se refiere tanto a los instrumentos como a las conductas del agente; por ejemplo: quien pretende causar un aborto aplicando a la mujer inyecciones analgésicas en la creencia que son idóneas⁽³⁹⁵⁾.

La exigencia legal de la ineficacia absoluta o absoluta impropiedad, hace descartar los casos en los que el medio o el objeto eran relativamente inidóneos. En estos casos, será recomendable tipificar la conducta en el artículo 16 del Código Penal. El medio es relativamente inidóneo cuando

(393) Citado por EZAINE CHÁVEZ, Amado. Ob. cit., p. 113.

(394) NÚÑEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 182 y nota N° 384.

(395) Heleno Claudio Fragoso citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 451. En contra: ROJAS VARGAS, Fidel. *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*. Grijley, Lima, 1997, p. 324 y ss.

siendo normalmente eficaz, deja de operar por la situación o circunstancia en que fue utilizado; por ejemplo: veneno en dosis reducida no letal.

Se dice que un medio es inidóneo, cuando le “falta potencialidad causal”, o sea, que el poder que en realidad posee el medio, es insuficiente para lograr el resultado⁽³⁹⁶⁾.

Debido a la relatividad del término inidóneo, creemos inadmisibles una fórmula rigurosa. En efecto, la rica variedad de combinaciones que puede presentar la realidad, vuelve relativa toda inidoneidad; por ejemplo: Un vaso de agua azucarada puede ser fatal para un diabético, un golpe con un periódico doblado puede causar la muerte a quien recientemente fue operado del cerebro. En el fondo todo depende de la situación real y del conocimiento que el agente tenía de ella⁽³⁹⁷⁾. Por esto, debe hacerse en cada caso en particular un análisis que permita calificar lo absoluto o relativo de la inidoneidad del medio.

3.2. Absoluta impropiedad del objeto material del delito

La imposibilidad proveniente de la falta de inidoneidad del objeto material del delito, es el segundo caso de imposibilidad que analizaremos. La imposibilidad es absoluta respecto del objeto⁽³⁹⁸⁾, cuando no existe o es inidóneo para la perpetración del delito (disparar sobre un cadáver, practicar maniobras abortivas en una mujer que no está encinta); y es relativa, cuando existiendo el objeto y teniendo este las cualidades esenciales necesarias para la perpetración del delito, este no se encuentra en el lugar que el agente cree encontrarlo, como en el caso del que introduce la mano en un bolsillo vacío, donde creía estaba la billetera ajena.

Los casos de **inidoneidad del objeto** son aquellos en los que el objeto sobre el que recae la acción no permitiría por sus condiciones la consumación, y aquellos en que el objeto de la acción falta totalmente. Ejemplo del primer supuesto: el intento de practicar un aborto en una mujer no embarazada;

(396) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I, p. 311.

(397) CURY URZUA, Enrique. *Orientaciones para el estudio la teoría del delito*. Escuela de Derecho de Valparaíso, Valparaíso, 1969, p. 252.

(398) Al decir “objeto”, nos referimos al “material”, que es la cosa o la persona sobre la que recae la actividad del sujeto activo (la cosa robada, el ultrajado en el desacato, etc). Sin embargo, pueden coincidir sujeto pasivo y objeto (homicidio), o separarse como en el desacato, en el que el sujeto pasivo es la administración de justicia (Vide. WESLEY DE BENEDETTI. “Delito consumado”. En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo VI, Editorial Bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1957, p. 313).

ejemplo del segundo supuesto: el que irrumpe en el dormitorio donde tendría que estar su enemigo y apuñala lo que en realidad es la almohada⁽³⁹⁹⁾.

A veces, los autores admiten a la par de esos casos de imposibilidad absoluta, casos de imposibilidad circunstancial, es decir, no de una imposibilidad emergente de la condición natural del objeto para ser ofendido del modo delictivo que quiere el autor, sino de una imposibilidad que podría no haber existido; por ejemplo: el caso en que la víctima del atentado está resguardada por un vidrio antibalas, el de la víctima elegida que no se encuentra en el lugar en el tiempo en que el autor pensaba dar con ella, etc. Estos casos no constituyen delitos imposibles, sino tentativas porque, en realidad, el delito no se consuma por la condición en sí del objeto, sino por un accidente que impide que la acción del autor logre realizar el tipo delictivo en el caso, en tanto que el impedimento absoluto, que no constituye un accidente, sino una calidad del objeto, impide siempre la concreción del pertinente tipo delictivo⁽⁴⁰⁰⁾.

La absoluta impropiedad del objeto, puede presentarse por razones fácticas o jurídicas. Así, un ejemplo de impropiedad fáctica absoluta del objeto sería la tentativa de aborto en una mujer no embarazada, y de impropiedad jurídica absoluta del objeto sería una tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario. La impropiedad del objeto debe ser absoluta, y ello se presenta cuando no existe el objeto, ejemplo: sustracción de una caja de televisor llena de desperdicios en la creencia que contiene el aparato; o cuando por la situación o condición particular del objeto es imposible alcanzar el resultado previsto, por ejemplo: disparar sobre un cadáver⁽⁴⁰¹⁾.

4. Posiciones acerca de la punibilidad o no de la tentativa inidónea

En el campo doctrinario se han formulado sobre la punibilidad o no de la tentativa inidónea, entre otras, las siguientes teorías:

4.1. Doctrina clásica u objetiva

Esta corriente sostiene que la imputación de un hecho consta de dos elementos, uno subjetivo y el otro objetivo, y sin la concurrencia real del último, no es posible la tentativa⁽⁴⁰²⁾.

(399) BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 1984, p. 17.

(400) NÚÑEZ, Ricardo. *Las disposiciones generales del Código Penal*. Ob. cit., p. 183.

(401) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 450.

(402) EZAINE CHÁVEZ, Amado. Ob. cit., p. 119.

Según esta doctrina, el daño mediato existiría en la tentativa, mientras que el daño inmediato, según Carrara⁽⁴⁰³⁾, se encontraría en el *pericolo corso* (peligro que en un momento ha existido). El elemento objetivo de la tentativa radicaría en el peligro para los bienes jurídicos protegidos; peligro que debe ser real y objetivo.

Según esta tesis, es delito imposible la tentativa emprendida con medios totalmente inidóneos o dirigida a un objeto inidóneo para que se produzca la lesión jurídica; en ambas hipótesis ningún peligro corre el interés jurídico protegido por la ley penal, y en consecuencia, el delito imposible por carecer de elemento objetivo, no puede no debe ser castigado⁽⁴⁰⁴⁾.

Para esta teoría, no es punible la iniciación de la ejecución de un delito que carece de toda posibilidad verdadera de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el tipo, pues se sancionan los actos por sus efectos nocivos, no el acto en sí mismo. Ello lleva a realizar una distinción entre tentativa “idónea” e “inidónea”; esta última es la que no se castiga⁽⁴⁰⁵⁾.

4.2. Doctrina subjetivista

Sostiene que es punible la tentativa aun cuando haya inidoneidad absoluta en los medios, en el objeto o no exista el sujeto pasivo, pues la manifestación de voluntad del agente es suficiente fundamento para un justo castigo.

El delito consumado consiste en un hecho subjetivo y objetivo. El hecho subjetivo es la voluntad delictiva traducida al exterior en forma reconocible, por medio de la acción; el objetivo es la totalidad de aquellos elementos por cuya concurrencia, conforme a los preceptos de la ley, la faz objetiva de la lesión jurídica debe estar integrada. Ahora bien, en la tentativa, el hecho subjetivo del delito consumado se encuentra en toda su extensión, y precisamente por eso es punible la tentativa.

La esencia de la tentativa está en que en ella falta alguno de los elementos del hecho objetivo del delito consumado, por lo que toda la exteriorización objetiva se torna absolutamente irrelevante; objetivamente no existe una lesión jurídica no en todo ni en la mitad, ni en parte. Por eso, es indiferente que el autor se sirva de medios idóneos o inidóneos para la realización de su querer, o que haya dirigido esos medios a un objeto idóneo o inidóneo.

(403) Ídem.

(404) *Ibidem*, p. 114.

(405) GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Ob. cit., pp. 289-290.

En consecuencia, según esta doctrina, en la tentativa lo único imputable es la voluntad, con base en ello la sanción debe fundarse⁽⁴⁰⁶⁾.

Esta tesis refuerza su orientación subjetivista con la llamada “cuestión de la causalidad” que se funda en la tesis de la “equivalencia de condiciones”: en toda tentativa el resultado no se produce, lo que demuestra que no puede existir idoneidad de los medios. Toda tentativa es inidónea, haciendo siempre falta la condición que debió determinar el evento, siendo las otras condiciones indiferentes. En consecuencia, la punibilidad —en este aspecto— tampoco puede fundarse en el *pericolo corso*, sino únicamente en la intención criminal⁽⁴⁰⁷⁾.

Esta tesis sostiene que lo que se castiga es la conducta del hombre en cuanto importa una posición de rebeldía en contra del ordenamiento jurídico y no a las posibles consecuencias de su conducta. De modo que la tentativa es acreedora de la sanción sea o no idónea para poner en peligro los bienes protegidos por el Derecho Penal, por lo que no se haría diferencia entre la tentativa idónea e inidónea⁽⁴⁰⁸⁾.

4.3. Doctrina positivista

Corresponde a Garófalo la exposición de esta doctrina, aplicando a esta materia los cánones del positivismo y “mitigando los excesos” de la corriente subjetivista que llevó a castigar inútilmente actos que no fueron dañosos ni peligrosos⁽⁴⁰⁹⁾. Para este criterio, la medida de la penalidad se da en la peligrosidad del autor (no la del hecho), sin tener en cuenta el elemento objetivo. Y por tanto, si la tentativa es lo suficiente para indicar la temibilidad en el reo, no habrá diferencia entre la idónea e inidónea⁽⁴¹⁰⁾.

Para esta tesis hay que investigar si la voluntad criminal se ha manifestado de manera indubitable, y luego, si esa voluntad criminal es peligrosa (ya que la perversidad no llegada en acción no exige represión alguna por parte de la sociedad)⁽⁴¹¹⁾.

(406) EZAINE CHÁVEZ, Amado. Ob. cit., p.115.

(407) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 228 y ss.

(408) Vide. GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Ob. cit., p. 289.

(409) EZAINE CHÁVEZ, Amado. Ob. cit., p.116.

(410) Ídem.

(411) Ídem.

4.4. Doctrina intermedia de Von Liszt

Dentro de las “teorías intermedias”, esta es una de las más importantes. Como sostiene Raúl Cumpa Pizarro⁽⁴¹²⁾, Von Liszt parte de la idea de peligro, pero de uno concreto como base para la penalidad de la tentativa; y, a falta de este peligro, añade un criterio supletorio: la consideración de las circunstancias cognoscibles o solo conocidas por el autor durante la ejecución, a las cuales el juzgador deberá remontarse.

Esta doctrina intermedia es objetiva cuando parte básicamente de la noción de peligro; y es subjetiva cuando admite supletoriamente las circunstancias que el autor conoció o pudo conocer; por lo que la tentativa de aborto de una no embarazada, es punible si aparentaba estarlo; en igual forma la tentativa de matar a un niño nacido muerto, es punible si no era indudable tal circunstancia para el autor⁽⁴¹³⁾.

Esta tentativa acarrea dificultades a la administración de justicia, pues en algunos casos resultará muy difícil o imposible saber si el agente conoció o podía conocer las circunstancias referentes al acto delictuoso⁽⁴¹⁴⁾.

5. El agente provocador y el delito experimental

Núñez Barbero⁽⁴¹⁵⁾ estima que entre los casos de imposibilidad fáctica pueden ser incluidos el delito impulsado por el “agente provocador” y el “delito experimental”. En el primer caso el autor “cree que podrá consumir el delito”, pero ello no sucede, porque la víctima está advertida o porque la autoridad competente está queriendo sorprenderle “con las manos en la masa”. En el

(412) CUMPA PIZARRO, Raúl. *La tentativa en el Código Penal Peruano*. Univ. Nacional de Trujillo, Trujillo, 1963, p. 45.

(413) EZAINE CHÁVEZ, Amado. Ob. cit., p.118.

(414) Vide. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., p. 490, que sostiene: “Esta teoría del peligro concreto del agente es tan seguida que forma la *communis opinio*. Busca más bien, el aspecto subjetivo que el meramente objetivo, aunque parezca como ‘intermedia’. Parte de la posibilidad de producir el hecho, a juicio del autor, si el resultado se le aparece como verosímil. Es evidente que no se comete un asesinato cuando se dispara contra un tronco de árbol, y que nadie puede ser envenenado con agua azucarada. El hombre que en esos casos creyera causar la muerte de otro, tan solo es un loco más o menos peligroso, pero generalmente —dice Zürcher— el asunto se presenta de otro modo. El uno no ha disparado solo a un tronco de árbol, sino porque en la oscuridad ha creído apuntar al hombre que esperaba; el otro queriendo envenenar a su enemigo con arsénico, tomó, por inadvertencia, el recipiente que contenía azúcar’. El delito imposible —añade Gautier— no es una fantasía jurídica. Se trata de casos muy frecuentes y peligrosos: la mujer que creyéndose encinta, sin estarlo, toma un remedio para abortar. ¿Queremos verdaderamente asegurar la impunidad de las gentes? Constituyen sin embargo un gran peligro para el orden social”.

(415) Vide. FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1966, p. 395.

segundo caso se quiere comprobar la conducta de un sujeto, con lo que el agente provocador (persona o acción) fomenta un verdadero experimento.

En las hipótesis previstas nos referimos solo al agente provocador que pretende el desarrollo de un delito que no pase del grado de tentativa, y de ninguna manera aquel, que con distintos fines (como poner al autor en evidencia o lograr sobre él un mayor dominio), le interesa lo mismo que su acción conduzca a la tentativa o delito consumado. Llegado el grado de la consumación, no entra en juego la idoneidad o no idoneidad de la tentativa⁽⁴¹⁶⁾.

Quedando circunscrita la acción al grado de tentativa, hay que estar a lo prescrito en los principios generales: tratándose de medios idóneos, habrá tentativa, no consumándose el delito por causas ajenas a la voluntad del autor; siendo imposible la tentativa además cuando los medios son inidóneos. Al respecto, Núñez Barbero⁽⁴¹⁷⁾ nos dice que es lo cierto que en general, la intervención del agente provocador produce una imposibilidad de que el daño se verifique y, por tanto, desde el ángulo de la idoneidad de la acción, bien podría considerarse como posible causa de inidoneidad; agregando: “si el agente provocador provocó una actividad en virtud de la cual el provocado había de desembocar en la realización de un resultado, o simuló ser el sujeto en relación con el cual dicho resultado debía realizarse, falta, por consiguiente, el interés de poner en peligro o dañar”.

Sucede en los casos referidos que el delito no puede pasar de grado de tentativa, aun cuando aparentemente se haya consumado. “Pero lo que debe tomarse en cuenta, para calificar la tentativa es si el agente provocador facilitó de tal modo los hechos o tenía tales conocimientos, que los medios o el objeto se hayan tornado por eso inidóneos (delito imposible), o si el hecho solo fue interrumpido en su comienzo de ejecución (tentativa)”⁽⁴¹⁸⁾.

6. La tentativa irreal o supersticiosa

Se presenta cuando el agente utiliza medios mágicos o supersticiosos para alcanzar un resultado delictivo. En estos casos la inidoneidad de la tentativa logra alcanzar un grado tal que para cualquier observador objetivo, ubicado en la situación del autor, carece de toda base la posibilidad de que se alcance

(416) EZAINE CHÁVEZ, Amado. Ob. cit., p. 119.

(417) Vide. FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II. Ob. cit., p. 395.

(418) *Ibidem*, p. 396.

la consumación⁽⁴¹⁹⁾. La tentativa irreal no es un simple error sobre la causalidad sino que se trata de una causalidad que no se admite porque no es verificable; ejemplo: quien pretende matar a otro clavando alfileres en un muñeco que representa a la víctima. En el Perú, la riqueza cultural permitiría que se presenten una diversidad de supuestos como estos. La imposibilidad de verificar la causalidad ha motivado en la doctrina un acuerdo sobre su impunidad. Para fundamentar la impunidad se han elaborado criterios objetivos y subjetivos. La posición objetiva considera que el Derecho Penal debe limitarse a prevenir hechos socialmente nocivos, que en el momento de realizarse aparezcan como peligrosas para los bienes jurídicos⁽⁴²⁰⁾. La posición subjetiva considera que en la tentativa imaginaria a la voluntad le falta todo merecimiento de pena por cuanto la acción tentada pierde toda base de realidad⁽⁴²¹⁾. La teoría de la impresión (objetiva-subjetiva) considera que el empleo de métodos mágicos y otros análogos no puede despertar ningún tipo de impresión en la comunidad⁽⁴²²⁾. Las tres posiciones coinciden en la impunidad y solo varían en los fundamentos.

Los supuestos de la llamada tentativa irreal y de la tentativa supersticiosa, no son subsumibles ya en el concepto mismo de tentativa y no puede plantearse frente a ellos la posibilidad de establecer una reacción penal. En estos casos el plan o la representación del autor está fuera de la realidad, pues los mismos no tienen en absoluto ningún anclaje en el tipo objetivo⁽⁴²³⁾.

II. EL ERROR DE PROHIBICIÓN AL REVÉS O EL DENOMINADO DELITO PUTATIVO O IMAGINARIO

Estamos ante un delito putativo (figura atípica), que también es denominado por la doctrina como delito “ilusorio” o delito “imaginario” (*wahnverbrechen*), cuando el sujeto supone, por error, estar practicando un hecho punible, siendo su conducta penalmente irrelevante. El agente obra bajo la influencia de un “error de prohibición al revés”⁽⁴²⁴⁾. Su apreciación de las circunstancias

(419) Mir Puig citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 453.

(420) BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 171; WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. Trad. de la 6ª edición alemana de Conrado A. Finzi, Ob. cit., p. 269; STRATENWERTH, Günter. Ob. cit., p. 211.

(421) Mir Puig citado VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 454.

(422) WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. Trad. de la 6ª edición alemana de Conrado A. Finzi, Ob. cit., p. 267.

(423) GRACIA MARTÍN, Luis. Ob. cit., p. 103.

(424) HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 839-840.

de hecho relativas a su acción es correcta, pero cree por equivocación que dicha acción se halla prevista en un tipo legal, el cual en realidad no existe; por ejemplo, el agente mayor de edad practica libremente el acto contranatura con su amigo mayor de edad, creyendo que la ley penal reprime esa práctica homosexual⁽⁴²⁵⁾⁽⁴²⁶⁾.

Ezaine Chávez señala que al desarrollar el estudio del delito imposible, se deja sentado, que, la imposibilidad de la consumación puede ser de “hecho” o de “derecho”. La imposibilidad de “derecho” daría origen al llamado delito putativo, cuya exacta ubicación estaría en la fase intermedia del *iter criminis* al lado de las resoluciones manifestadas⁽⁴²⁷⁾. El delito putativo o imaginario es un comportamiento irrelevante para el Derecho Penal, porque una norma que no existe tampoco precisa de una garantía para su vigencia, como hemos señalado antes, no sería otra cosa que un error de prohibición al revés, que nunca puede ser punible, porque el error del autor no puede convertir en delito un comportamiento que objetivamente no está prohibido⁽⁴²⁸⁾.

Es importante señalar que la terminología utilizada para nombrar a esta figura jurídica (“putativo”, que significa pensar, reputar, reputado o tenido en parte por padre, hermano, etc., no siéndolo) no sería la correcta, pues si el acto es putativo no cabría hablar de delito; y si es delito, no podría ser putativo⁽⁴²⁹⁾.

1. Definición del delito putativo o imaginario

El delito putativo es imaginado por el sujeto que cree realizar un acto injusto contrario a derecho, en circunstancias que no existe tal contrariedad, incurre en un error de prohibición al revés: actúa con pleno conocimiento de los elementos objetivos de su acción, sabe claramente lo que en la materialidad hace, pero su confusión incide en la valoración que hace de ese acto, lo supone ilícito cuando no lo es. En esencia, el agente tiene un errado concepto de la antijuridicidad de su conducta⁽⁴³⁰⁾. Jiménez de Asúa⁽⁴³¹⁾ define al delito putativo como el hecho de realizar una acción que el propio autor

(425) *Ibidem*, p. 840.

(426) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Ob. cit.*, p. 468.

(427) Vide. EZAINE CHÁVEZ. *Amado. Ob. cit.*, p.124.

(428) RIGHI, Esteban. *Derecho Penal. Parte general*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 423.

(429) Vide. MARCONE M., Juan. *Los caminos del crimen. El iter criminis en el Derecho Penal*. Monterrico, Lima, 1994, p. 106.

(430) GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II. *Ob. cit.*, p. 294.

(431) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Ob. cit.*, p. 469.

estima delictiva, pero que en realidad es carente de tipo; o sin objeto. Como queda dicho, se trata de una fase intermedia entre el pensamiento y la acción externa, pero con falta de referencia a un tipo penal.

Determinamos entonces que el error de prohibición al revés es un supuesto que concurre cuando el autor cree erróneamente que su conducta está prohibida por una norma que no existe. Dicha suposición errónea puede estar referida a la exigencia de la norma prohibitiva como tal, a la mala interpretación de los límites de una norma penal existente o puede, por último, desconocer el efecto justificante de una proposición permisiva (causal de justificación)⁽⁴³²⁾. El sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprochable.

En los casos de error de prohibición al revés, el agente aparece como una suerte de *transgresor naif*, que se decide a actuar en violación de una norma *inexistente*⁽⁴³³⁾.

2. Naturaleza jurídica del delito putativo o imaginario

El delito putativo o imaginario no constituye una forma de tentativa, pues no es suficiente que el sujeto suponga erróneamente que su conducta impune sería jurídico-penalmente prohibida. En la tentativa, sea idónea o inidónea, se requiere que el autor suponga la existencia de una circunstancia del tipo que por no concurrir en el hecho impide la consumación del delito, por ejemplo, el autor cree que la mujer con la que yace es menor de cierta edad, cuando en realidad no lo es; en efecto, el autor tiene una representación que si fuese acertada realizaría objetivamente el tipo de un delito, lo que no sucede en el delito putativo o imaginario, porque no existe ninguna norma que pueda subsumirse en la situación fáctica que se representó el autor.

La doctrina nacional es unánime en entender que el delito putativo o imaginario es impune. Es evidente que la determinación de lo que constituye o no delito, no corresponde a la opinión del sujeto sino a la ley y por ello, el error del autor nunca puede significar su equivalencia a una prescripción penal⁽⁴³⁴⁾.

Bastaría decir que la conducta realizada por el agente mediante un error de prohibición al revés es atípica (**causa de atipicidad**) y evitar así todo

(432) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob cit., p. 573.

(433) DULOUP, Osvaldo Arturo. *Teoría del delito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 390.

(434) Strantenwerth citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 453.

desarrollo de la naturaleza jurídica de tal figura: si no está incriminada, es decir, tipificada como delito, es irrelevante todo el contenido subjetivo del agente, de conformidad con el principio de legalidad⁽⁴³⁵⁾ consagrado en el artículo 2.24.d de la Constitución Política del Estado la siguiente manera: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley". En nuestro Código Penal, el mismo principio se encuentra reconocido en el artículo II del Título Preliminar de la forma siguiente: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". El principio de legalidad constituye una de las garantías más importantes en el resurgimiento del Derecho Penal contemporáneo, porque toda persona puede conocer con anticipación las conductas punibles que se sancionan y qué comportamientos son ilícitos.

En efecto, con el principio de legalidad se exige que el delito se encuentre especificado y previsto en una ley formal, dada con antelación o preexistente, descrita de tal manera que se dé una garantía que brinde seguridad al ciudadano, quien debe saber de manera adecuada cuál es la conducta normativa prohibida, cuáles son las consecuencias de la misma, y las transgresiones y penalidades que implica una conducta lesiva; este principio excluye al de orden analógico en cuanto a la creación de delitos y pena⁽⁴³⁶⁾. Respecto a este principio, Roxin señala que "[u]n Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal (...). Frente a esto, el principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva (...) Un hecho solo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho. Es decir: por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado solo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley (...)"⁽⁴³⁷⁾.

(435) El principio de legalidad debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) *Nullum crimen sine lege certa*: Al legislador se le exige que formule las descripciones de los delitos de la manera más precisa posible.
- b) *Nullum crimen sine lege previa*: La ley debe ser anterior a la comisión del hecho delictuoso.
- c) *Nullum crimen sine lege scripta*: Se descarta el Derecho consuetudinario; se le exige al juez, que sus sentencias se fundamenten en la ley penal escrita y no en la costumbre.
- d) *Nullum crimen sine lege stricta*: No se puede ampliar la ley escrita en perjuicio del afectado.

(436) VENTURA CUEVA, Carlos. "Principios del Derecho Penal o normas rectoras". En: *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima*. N° 5, Lima, 2006, p. 102.

(437) ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 137-138.

El principio de legalidad busca evitar el poder arbitrario e ilimitado del Estado, pues la violencia penal se realiza bajo el control de la ley, de manera que toda forma de violencia ilícita que provenga del sistema penal (como es el caso de las torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, etc.) deberán considerarse conductas prohibidas. Este principio tiene su base en la célebre fórmula enunciada por Feuerbach en latín: *nullum crimen, nullum poena sine lege*, que quiere decir: No hay delito, no hay pena sin ley.

3. Casos en los que se produciría un delito putativo o imaginario

Como la calificación de “putativo” lo indica, este supuesto delito solo existe en la mente del sujeto, como consecuencia de un error. El individuo cree estar cometiendo un delito, cuando ejecuta, en realidad, un hecho lícito. Por tanto, no solo falta en el caso la referencia a un tipo penal, sino, también, a todo problema de idoneidad o inidoneidad de la tentativa⁽⁴³⁸⁾. Hay delito putativo cuando el autor cree punible una acción que no está prevista en la ley como delito (por ejemplo, una mujer practica actos de lesbianismo suponiéndolos punibles; el acusado cree que su falsa declaración en el proceso está castigada). Su tratamiento es similar al de la tentativa inidónea o delito imposible, por cuanto en ningún caso el autor que cree cometer un delito inexistente pone en riesgo algún bien jurídico protegido⁽⁴³⁹⁾.

En efecto, en el delito putativo o imaginario no se presenta afectación a bien jurídico alguno, por lo que se aplicaría el principio de lesividad, que también es denominado principio de ofensividad o de protección de los bienes jurídicos, el mismo que se encuentra regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, de la manera siguiente: “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. Según este principio, el juez no puede aplicar la pena si no se demuestra que la conducta ha lesionado un bien jurídico o lo ha puesto en peligro. En los **delitos de lesión**⁽⁴⁴⁰⁾, el juez deberá acreditar que la conducta del autor ha lesionado el bien jurídico protegido, por su parte, en los **delitos de peligro**⁽⁴⁴¹⁾, deberá acreditarse la existencia de dicho peligro.

(438) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “El *iter criminis* y la tentativa”. En: *El Criminalista*. Vol. N, 195 l. p. 238.

(439) POLITOFF L., Sergio; MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 378.

(440) Se entiende por lesión, la destrucción o menoscabo de los intereses protegidos, tutelados por los tipos penales de la parte especial del código sustantivo.

(441) El peligro lo entendemos como una aproximación a la ejecución de la destrucción o deterioro del bien jurídico. La concepción de lo injusto se orienta a la punición de las lesiones efectivas; esto es, proscribiendo la tendencia a castigar las ideas, los pensamientos o la mera peligrosidad. Nuestra legislación positiva afirma que el Derecho Penal como instrumento de control social tiene la misión de protección de bienes jurídicos.

Santiago Mir Puig enseña, respecto al principio mencionado, que “un Estado Social y Democrático de Derecho solo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental. Es decir, implica que no pueden ser amparados por el Derecho Penal intereses meramente morales (...) lo que no impide que los bienes jurídico-penales puedan ser, como de hecho lo son los más importantes, también bienes morales, pero exige que tengan algo más que los haga merecedores de la protección jurídico-penal”⁽⁴⁴²⁾. Roxin, al respecto, añade que “las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos. Así por ejemplo, la punición de relaciones homosexuales u otras (...) mantenidas entre adultos (...) no solo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas”⁽⁴⁴³⁾.

A través del principio de ofensividad, se controla la función de crear delitos, obligando al legislador a definir el bien jurídico que se quiere proteger a través de la ley penal. La protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal, de ahí su importancia. Si el legislador penal no observa este principio, este se convierte en arbitrario e ilegítimo. Es posible demandar al legislador, el porqué de la protección penal y evaluar con ello, la “razón de Estado” que justifica la intervención del Derecho Penal en un ámbito concreto de las relaciones sociales. “El Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho no puede castigar cualquier conducta, sea activa u omisiva, sino solo aquella socialmente nociva, que lesione o ponga en peligro las condiciones elementales de la vida en común de los ciudadanos; esto es, que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos”⁽⁴⁴⁴⁾.

En opinión de Garrido Montt⁽⁴⁴⁵⁾, el delito putativo existe no solo cuando hay un errado concepto de la ilicitud de la conducta (error de prohibición al revés), sino también cuando se incurre en error de tipo al revés, al dar por concurrentes elementos del tipo que no existen. De modo que habría delito putativo o imaginario si el sujeto supone que su acción es apta para cometer el hecho a pesar de ser absolutamente inidónea al efecto (pretender matar

(442) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 6ª edición, Reppertor, Barcelona, p. 125.

(443) ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 56-57.

(444) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*. Univ. Complutense, Madrid, 2000, p. 365.

(445) GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II, Ob. cit., pp. 295-296.

con maleficios), o dirige su actuar en contra de un objeto inexistente (disparar con el fin de matar, en contra de una persona muerta), o cree tener las cualidades exigidas al autor del delito especial. En otros términos, podría darse –según esta visión– delito putativo indistintamente cuando se incurre en un error de prohibición al revés o en un error de tipo al revés, salvo que este error recayera en la idoneidad de la acción, lo que sería delito imposible. De suerte que siempre que el sujeto imagine equivocadamente que ha cometido un delito porque no ha sido ilícito su actuar o por la total ausencia de un elemento exigido por el tipo objetivo, sea descriptivo o normativo, se estaría ante un delito putativo⁽⁴⁴⁶⁾. Tal criterio no siempre se comparte, por cuanto **el delito putativo solo se daría en el caso del error de prohibición al revés (el que recae sobre la ilicitud de la conducta)**; las demás hipótesis (las de error de tipo al revés) constituirían delito imposible (tentativa absolutamente inidónea)⁽⁴⁴⁷⁾; no procedería homologar en un todo único circunstancias de índole tan distinta.

El autor mencionado, respecto de la identidad del delito imposible y del delito putativo, indica que existen opiniones distintas. Algunos circunscriben el delito imposible únicamente a la inidoneidad del medio de comisión, descartando la falta del objeto y de los elementos especiales del sujeto activo. Afirman que cuando no concurre desde que se inicia la acción cualquier elemento del tipo –aparte de la inidoneidad del medio empleado–, lo que falta es tipicidad, se trataría de un comportamiento atípico y no de tentativa inidónea o delito imposible, por cuanto para que exista tentativa se requiere que haya comienzo de ejecución y falte el resultado. Únicamente es la acción la que se puede comenzar a ejecutar; los demás elementos del tipo deben darse, no pueden “ejecutarse”. Si la acción se termina de realizar, pero no se da la consumación por ausencia de otro elemento del tipo, no puede haber tentativa, porque esta gira en torno a la iniciación de la acción y aquí la misma se ha terminado. En la hipótesis de aquel que pretendiendo cometer el delito de hurto se apodera de una cosa propia, la acción ha sido realizada en su integridad y se ha logrado lo perseguido –apoderarse de la cosa–, pero el delito no se consuma porque falta el elemento “ajenidad” de esa cosa, requerido por el tipo hurto⁽⁴⁴⁸⁾.

(446) Así lo consideran BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal español*. 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1989, p. 321; CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 446 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo IV. Ob. cit., pp. 467-468.

(447) Vide. CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo II. Ob. cit., p. 221 y ss.

(448) GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II. Ob. cit., p. 295.

Desde la perspectiva de Righi también existiría delito putativo en un error de subsunción al revés cuando recae sobre un elemento normativo del tipo, siempre que el autor pese a haber comprendido correctamente el hecho que realizó, se equivocó sobre su significación jurídica, como por ejemplo, cuando afirmó una falsedad al comparecer a una oficina que ni siquiera pertenece a una autoridad con competencia para recibir declaraciones⁽⁴⁴⁹⁾. El mencionado autor indica que cuando el error recae sobre un elemento normativo del tipo, hay que preguntarse si ha sido correcta la apreciación de la situación fáctica, lo que afirmaría el dolo y descartaría un error de tipo al revés o delito imposible. Si el autor, dotado de una adecuada percepción empírica, lo que no ha comprendido correctamente es el sentido de la prohibición, estamos ante un error de prohibición al revés, es decir, un delito putativo impune⁽⁴⁵⁰⁾.

Si el autor conoce las circunstancias que según su parecer constituyen un delito y supone la antijuricidad del hecho, no habrá tentativa (punible) sino delito putativo (impune).

En el supuesto del **error sobre la idoneidad del sujeto**, que se presenta cuando alguien comete un supuesto delito de infracción de deber en la creencia errónea que posee la calidad exigida en el tipo para ser autor⁽⁴⁵¹⁾,

(449) RIGHI, Esteban. *Derecho Penal. Parte general*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 423.

(450) Ídem.

(451) En doctrina, las opiniones se dividen en dos direcciones: a) Los que consideran que la calidad de sujeto calificado es un elemento del tipo penal. Se sabe que cuando un sujeto se equivoca y da por supuesta al iniciar la comisión de un delito la concurrencia de un elemento del tipo, que en verdad está ausente, incurre en un error de tipo al revés y, por lo tanto, comete tentativa inidónea punible. De consiguiente, si el autor supone que tiene la calidad exigida por la figura sin tenerla (cree ser funcionario público pero el sujeto aún no ha sido legalmente nombrado), y ejecuta la acción descrita en un delito especial con esa supuesta calidad, incurrirá en un error sobre un elemento del tipo y, por ello, en tentativa punible. Un sector de la doctrina distingue entre la calidad especial exigida y el deber particular que esa calidad involucra; por ejemplo: una persona puede creer que es funcionario público a pesar de que no lo es realmente y, por ello, supone que tiene las obligaciones de tal; también puede suceder que una persona, siendo funcionario público, piense equivocadamente que le corresponde determinada obligación que en realidad no es inherente al cargo que desempeña. Conforme a esta doctrina, la calidad especial sería elemento del tipo, no así el deber que de ella podrá derivar; este último constituiría un elemento de la antijuricidad; solo la equivocación de la calidad especial exigida por la figura importaría error de tipo al revés y constituiría tentativa inidónea; no así el que tiene efectivamente la calidad en cuestión y cree, equivocadamente, que por tal razón le afecta una obligación que no le corresponde. En este caso habría un error de prohibición y, por ello, un delito putativo o imaginario no punible.

b) También se estima por algunos tratadistas que la calidad especial requerida por el autor de un delito no es elemento del tipo, porque este es la descripción de una acción, y el sujeto, si bien ejecuta esa acción, no forma parte de ella. Piensan que es un elemento de la antijuricidad, ya que se trata de prohibiciones o deberes que el derecho impondría a una persona en razón de un estado, función, profesión o cargo. Si el autor inidóneo supone que le corresponden esas prohibiciones u obligaciones, incurre en error de prohibición al revés, porque tiene un concepto equivocado de lo que el ordenamiento jurídico ordena o prohíbe; de modo que únicamente imagina cometer un delito, o sea se trata de un delito putativo.

Villavicencio siguiendo a Mir Puig se inclina por considerar que no hay tentativa sino solo un delito putativo, por lo tanto impune, pues este autor considera que la calidad del autor en los delitos especiales o de infracción del deber determina la existencia de un deber especial que incumbe al sujeto; en consecuencia, la suposición de un deber es, en realidad, la suposición de la anti-juricidad que no existe y, por lo tanto, es la suposición de un delito que no existe⁽⁴⁵²⁾; por ejemplo: el administrador de un edificio de apartamentos que cree haber cometido un delito funcional al aceptar una dádiva para dar prioridad en los servicios. Algunos autores han estimado que nos encontramos en estos casos ante delitos imposibles, ya que establecen que el deber especial que se funda en la calidad del agente en los delitos especiales es un auténtico elemento del tipo. La no concurrencia de dicha calidad debe ser entendida como la inexistencia de un elemento típico⁽⁴⁵³⁾.

Según Jiménez de Asúa, de acuerdo con la doctrina existirían tres casos de delito putativo⁽⁴⁵⁴⁾:

- a) **Primer caso:** El objeto se halla privado de las calidades para que exista el delito. Paoli señaló que hay delito putativo cuando el acto jurídico no existe por faltar el objetivo jurídico descrito en el tipo, por ejemplo: el que hurta la cosa propia, creyéndola ajena. Este autor cree que en ellos no hay delito putativo sino delito imposible, por inidoneidad del objeto. En el delito putativo no hay hecho inidóneo. De afirmar lo contrario, habría que admitir el delito putativo, con más razón aun, en los casos de inidoneidad en el medio. ¿Por qué admitir el delito putativo en el caso de la mujer que creyéndose embarazada toma un abortivo, y por qué no cuando en la real creencia toma una sustancia inocua? Si la mujer estaría embarazada, sería un delito imposible, por inidoneidad del medio. En el caso de inidoneidad del objeto, es el tipo el que cierra la punición; por ejemplo: apuñalar a un cadáver. Lo que no ocurre en la inidoneidad del medio. Sin embargo, diferentes autores, a los que sigue Blasco, creen ver aquí un delito putativo porque media un error del agente acerca del contenido del Derecho⁽⁴⁵⁵⁾.
- b) **Segundo caso:** El verdadero delito putativo es el que Binding llamó "error al revés", y que ha sido seriamente investigado por Gerland.

(452) Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 356, N° 91.

(453) BACIGALUPO, Enrique. *Principios del Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 35.

(454) Vide. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., p. 468.

(455) Ídem.

Esta especie de error presupone, al contrario del error de Derecho, la sospecha o creencia de que el acto está incriminado en la ley; por ejemplo: el que va a un país extranjero y cree que allí es delito la tenencia de armas, cuando no lo es. Se trata de auténticos delitos putativos, en los cuales el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprobable penalmente⁽⁴⁵⁶⁾.

- c) **Tercer caso:** Supuesto en que toda la trama del episodio criminal es engañosa, carece de realidad y, por ende, no es subsumible en un tipo legal. Son los delitos procurados por la intervención de un agente provocador, que ya hemos comentado al referirnos a la tentativa inidónea; por ejemplo: cuando se quiere descubrir un cohecho y el agente provocado por la policía escribe al juez, que se supone venal, ofreciéndole dinero con la finalidad de que le favorezca en un proceso judicial, citándole a cierta hora y en cierto lugar para entregar la prebenda de manera personal, lo que al final realiza, descubriéndose la conducta ilegal por medio de los consabidos billetes marcados recibidos por el magistrado. Según este supuesto, lo que existiría sería una infracción putativa, porque todo el supuesto delito es un armazón para sorprender al supuesto delincuente. No se trataría, de un delito imposible, porque serían idóneos el medio y objeto. En estos casos no habría infracción, porque todo sería irreal. Ahora bien, estas interesantes hipótesis que han sido estudiadas como “delito provocado”, o bajo el título de “agente provocador”, no caben, “en modo alguno”, en la opinión de la mayoría de los autores, cuyo criterio sigue Blasco, en la esfera del delito putativo, porque “la imposibilidad de consumación delictual, cuando es apreciable, se presenta como ‘imposibilidad radicalmente natural, física, material, y no pura y estrictamente jurídica’”⁽⁴⁵⁷⁾.

4. Consecuencias jurídicas del delito putativo o imaginario

La doctrina nacional es unánime en entender que el delito putativo es impune. Es evidente que la determinación de lo que constituye o no delito, no corresponde a la opinión del sujeto sino a la ley y, por ello, el error del autor nunca puede significar su equivalencia a una prescripción penal⁽⁴⁵⁸⁾. El delito

(456) Ídem.

(457) Ídem.

(458) STRANTENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. 4ª edición totalmente reelaborada, trad. de Manuel Cancio Meliá / Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Nº 25, Buenos Aires, 2005, p. 335.

putativo es atípico, no siendo en consecuencia un ilícito penal dentro de nuestro riguroso sistema legalista, por lo tanto no puede ser penado.

Salvo escasos tratadistas como Salvagno Campos —que creen encontrar cierta peligrosidad en los delincuentes putativos—, la opinión casi unánime de la doctrina se pronuncia por la no incriminación del delito putativo, fundándose en el principio *nullum crimen sine lege*, piedra angular del Derecho Penal liberal, que fija en cada legislación particular de manera taxativa las infracciones, de tal manera que al no estar previstos como ilícitos los hechos que conforman el delito putativo, este no se castiga⁽⁴⁵⁹⁾.

Asimismo, en los casos de delito putativo no resultaría conveniente penar al sujeto, porque la idea equivocada⁽⁴⁶⁰⁾, según la cual ciertas conductas son delictuosas (a causa de un error sobre la existencia de una disposición legal o sobre los extremos de su aplicación), no revela una voluntad relevante en el ámbito penal. El carácter delictuoso de un acto no puede depender de la opinión personal de los individuos⁽⁴⁶¹⁾. El hecho de reprimir al agente en estos casos, constituiría en consecuencia una violación del principio de legalidad⁽⁴⁶²⁾. Por lo tanto, esta figura, en el plano penal, no posee ninguna consecuencia jurídica, aunque evidencie potencialidad contraria al orden jurídico abstractamente entendido.

En el llamado delito putativo hay actos externos, no constitutivos de preparación ni de tentativa, que expresan una resolución, inincriminables sin embargo, por no corresponder a un tipo.

III. DELIMITACIÓN ENTRE TENTATIVA INIDÓNEA Y DELITO PUTATIVO

La delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo es sencilla en su núcleo: comete una tentativa inidónea quien con su acción parte erróneamente de circunstancias que, si se presentaran, complementarían el tipo. Por el contrario, quien capta correctamente todas las circunstancias externas, pero equivocadamente supone que su conducta atenta contra una prohibición penal, comete un delito putativo impune. Entonces, quien durante el

(459) EZAINE CHÁVEZ, Amado. Ob. cit., p. 128.

(460) El error fundamental en el que incurre el agente en el caso del delito putativo y su naturaleza han llevado a algunos autores a afirmar que se trata de una situación que solo pertenece al dominio de la culpabilidad (Schmidhäuser citado por HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 601) y que su estudio junto a la tentativa es debido solo a razones didácticas.

(461) Merle y Vitú citados por ibídem, p. 840.

(462) Ídem.

crepúsculo tiene erróneamente por una persona al tronco de un árbol contra el cual dispara, comete una tentativa [inidónea] de homicidio. Quien por el contrario, en un bosque de su propiedad, dispara contra el tronco de un árbol que ha reconocido como tal, creyendo que esto es punible, comete un delito putativo⁽⁴⁶³⁾.

Pese a la naturalidad de esta idea fundamental, sin embargo, la diferenciación entre tentativa inidónea y delito putativo es muy difícil en un campo límite, y hasta ahora no ha sido esclarecida de manera terminante. Roxin, señala las constelaciones (más o menos) indiscutibles⁽⁴⁶⁴⁾:

1. **Ámbito no discutido**

1.1. **Errores en los hechos no llevan (casi) nunca a un delito putativo**

Cuando el autor se representa los hechos que completarían un tipo, su hacer dirigido a la realización de estos hechos, por regla general, solo puede fundamentar una tentativa inidónea y no un delito putativo. Entonces, cuando un catedrático distraído cree erróneamente haber recibido un elevado honorario por su informe pericial, y no lo declara al fisco, eso es una tentativa punible de un fraude tributario. La cuestión de si se presenta un delito putativo solo puede surgir cuando el actor se encuentra en un error de Derecho sobre algo que lo inculparía, por ejemplo: cuando guarda silencio ante el fisco sobre un ingreso monetario, que él cree erróneamente tiene que declarar tributariamente. Existe una excepción (discutida) a esta regla de que los errores de los hechos no pueden fundamentar un delito putativo: la suposición errónea de un deber por el status. Quien, entonces, toma a un documento falsificado por un documento de designación de funcionario público y, a continuación comete un supuesto delito contra la Administración Pública, practica un delito putativo impune, aunque su error se encuentre en un campo fáctico.

1.2. **La suposición de tipos no existentes como delito putativo**

Las representaciones jurídicamente erróneas no pueden hacer que el "autor" sea punible porque para su conducta no está disponible ninguna disposición penal. Lo correspondiente rige cuando alguien cree que es punible algo que nunca lo fue.

(463) ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. de Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2007, p. 437.

(464) *Ibíd.*, p. 438 y ss.

1.3. El desconocimiento de causas de justificación y de otros obstáculos de punición como delito putativo

Cuando alguien defiende su propiedad contra un ladrón en fuga disparándole en la pierna, dentro del marco de la necesidad racional [*Erforderlichkeit*], está amparado por la legítima defensa. Cuando el autor considere esto punible por opinar que solo podía defenderse con un arma de fuego contra ataques corporales, así y todo tampoco comete una tentativa de lesiones, sino un delito putativo. Lo mismo ocurre cuando se desconoce las causas de justificación: quien bajo los presupuestos del estado de necesidad exculpante comete un hecho antijurídico, sigue siendo impune así crea él que es punible. Ello no es distinto en las causas de exclusión de la punibilidad (o condiciones objetivas de punibilidad).

1.4. La extensión desmesurada de los conceptos típicos como delito putativo

En caso de una extensión desmesurada de los elementos típicos, es decir, cuando el autor define erróneamente un elemento en contra suya, no es tan indiscutible la presencia de un delito putativo, si bien hoy en día esta solución goza de amplio reconocimiento. Solo es correcto aceptar un delito putativo en forma de “error de subsunción al revés”, falta un dolo correspondiente al tipo objetivo. Debe quedar impune aquel que ve como una falsificación documental lo que no lo es sobre la base del contenido de su representación. Esto rige para interpretaciones exageradas de todos los elementos típicos, y no solo de los normativos, que están en primer plano, también de los preponderantemente descriptivos. Quien por ejemplo, toma por una “persona” a alguien que sigue conectado a un aparato de respiración después de su muerte cerebral, reconocida por el actor; y cree cometer un homicidio desconectando el aparato que mantiene la circulación sanguínea, ha practicado en realidad un delito putativo. Cuando se parte de la opinión dominante, para la cual la vida se acaba con la muerte cerebral, el autor ha practicado su acción sobre un muerto. Al juzgar al muerto como una “persona” extiende exageradamente este concepto y se encuentra en un impune error de subsunción al revés. Lo que sería reconocido como impune mediante una correcta definición del concepto de “persona” no puede convertirse en punible mediante una falsa definición.

Lo correspondiente rige para la extensión exagerada de deberes de garante en los delitos impropios de omisión. El autor de la omisión que –erróneamente– supone tener un deber de garante, pese a que los hechos –reconocidos por él– no proporcionan este deber, practica solamente un delito putativo.

2. El ámbito discutido: errores que perjudican a uno mismo en el campo previo al tipo

2.1. La tesis de error jurídico en el estadio previo de la tipicidad penal

Se trata en este caso de las características que se encuentran previas al tipo, cuya interpretación y esclarecimiento nos remiten a otras áreas del Derecho. Fue Blei⁽⁴⁶⁵⁾ quien en primer lugar defendió la concepción de que una tentativa siempre se da cuando el autor “está sometido a un error de Derecho en el campo previo del tipo, a consecuencia del cual creía haber realizado el elemento típico, el que visto por sí mismo había sido entendido de manera correcta”⁽⁴⁶⁶⁾. Esta concepción fue ampliada por Herzberg quien la ha convertido en una teoría muy influyente. “En la medida en que el error en contra del autor se refiera al campo de remisión, el campo jurídico previo, este error fundamenta el dolo y una tentativa inidónea. Por el contrario, se debe admitir un delito putativo cuando la comprensión jurídica del autor esté en contradicción con la decisión fundamental tomada [por el legislador] con la colocación del elemento”⁽⁴⁶⁷⁾. Entonces, quien quiere apropiarse de una cosa ajena o frustrar la punición de un delito, se rebela contra la “decisión fundamental” del legislador y merece la pena por tentativa, incluso cuando, por lo demás, se equivoca jurídicamente en contra de él mismo. Por el contrario, cuando alguien cree que la segunda venta de una cosa propia (reconociendo además que le pertenece) son “hechos antijurídicos” en el sentido del impedir solamente la apropiación de cosas ajenas y la frustración de una punición, su hecho permanece impune como delito putativo.

Los elementos que pertenecen al campo previo del ámbito de remisión pueden ser reconocidos, según esta teoría, por el hecho de que las modificaciones jurídicas en el ámbito de la remisión no tocan al tipo⁽⁴⁶⁸⁾, por ejemplo, la “ajenidad” (art. 185 del Código Penal).

En síntesis, en tanto el error del autor resida en la interpretación de una norma de remisión en el estadio previo de la tipicidad, fundamentará siempre un comportamiento doloso y, a su vez, una tentativa inidónea. Por el contrario, se presenta un delito putativo cuando el entendimiento del Derecho por el autor está en contradicción con el asiento característico de la decisión fundamental del legislador, por ejemplo, quien considera que el aprovechamiento

(465) Citado por *ibídem*, p. 445.

(466) Citado por *ídem*.

(467) Citado por *ibídem*, pp. 445-446.

(468) *Ibídem*, p. 446.

de su propio bien, cuya propiedad tiene que ser transferida a otra persona es apropiación ilícita, en este supuesto, el autor yerra –según Herzberg– “en la decisión fundamental del legislador”, dando a entender con ello que si el agente idea cometer un delito que está más allá del tipo y que no comprende ninguna “remisión de concepto” se trata de un delito putativo.

Para esta teoría, los cambios legislativos y de interpretación que se dan en los conceptos de remisión no afectarán en la interpretación del tipo penal en particular, por lo tanto, también vale *mutatis mutandis* cuando se presenta un desconocimiento del autor en el campo de remisión. Con esto está convencido Herzberg de haber podido fundamentar que el error jurídico en el concepto de remisión corresponde a los alcances del estadio previo de la tipicidad y, por lo tanto, no puede tratarse de un delito putativo⁽⁴⁶⁹⁾.

En contra de esta teoría Roxin señala que se podrían levantar dos objeciones⁽⁴⁷⁰⁾: en **primer lugar**, ella lleva una enorme ampliación de la punibilidad: “Frente a la confusión de los deberes (...) impuestos en las leyes tributarias, traería consecuencias insostenibles si se permitiera que (...) fuera hecho responsable cualquiera que bajo un desconocimiento jurídico cause la impresión de que su conducta, que no tiene efectos penales al no existir la supuesta pretensión tributaria, tendría por consecuencia la disminución de una pretensión tributaria”. Un **segundo argumento** en contra consistiría en que a menudo es solo una cuestión de técnica legal el que algo esté regulado en el “campo previo” o en el tipo mismo. Así, el legislador podría, por ejemplo, penalizar solamente el encubrimiento que tienda a la frustración de determinadas y particularmente graves penas.

2.2. La tesis de la impunidad de todos los errores jurídicos inculpativos por sí mismos

Una tesis contraria fue desarrollada por Burkhardt, quien remitiéndose a Kriegsmann, sostiene que todos los errores en el campo previo también llevan al delito putativo: “Un error de Derecho al revés –sea cual sea su procedencia– no actúa fundamentando la tentativa, sino lleva a un delito putativo impune”⁽⁴⁷¹⁾. Entonces, quien se apropiara de una cosa, considerada como ajena debido a una equivocada interpretación jurídica solo cometería un delito putativo.

(469) CANCHO ESPINAL, Ciro. “La disolución del error de tipo al revés y del error de prohibición al revés”. En: *Gaceta penal & Procesal penal*. N° 13, Gaceta jurídica, Lima, julio 2010, p. 55.

(470) Vide. ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., pp. 445-447.

(471) *Ibidem*, p. 448.

Esta concepción se funda sobre todo en la tesis de que cualquier error de significado al revés, basado en un desconocimiento de normas jurídicas, está vinculado con una extensión exagerada del ámbito de protección penal; cada desconocimiento de normas jurídicas está asociado con una extensión del campo de protección del Derecho Penal. Burkhardt señala que: “la afirmación de que el error en el ‘concepto de remisión’ conduce hacia una tentativa inidónea no es convincente: Esto traería consigo que las fronteras de punición del Derecho penal sean dependientes de las técnicas de remisión de la ley penal (...)”⁽⁴⁷²⁾. Sería erróneo decir que cuando alguien se apropiara de una cosa que tiene por ajena a consecuencia de reflexiones jurídicas equivocadas no se estaría equivocando sobre el concepto de “ajenidad”, sino solo sobre las normas de transferencia de la propiedad en el campo previo a este elemento. Y es que esta persona en realidad entendería bajo ajenidad algo distinto que el legislador cuando con motivo de reflexiones jurídicas equivocadas a afirmar este elemento. Esto hace que Burkhardt concluya que la amplitud (la extensión) conceptual de los elementos jurídico-normativos del tipo dependería siempre de las normas jurídicas que los constituyen. “Por ello, un error sobre estas normas jurídicas concierne *eo ipso* a la extensión de los elementos normativos del tipo y con ello también al campo de aplicación del tipo respectivo”⁽⁴⁷³⁾.

Seguidamente, acota Burkhardt una segunda crítica en contra de la tesis de Herzberg, advirtiendo que dicha concepción trae como consecuencia la ampliación de la punibilidad, cuando más difícil se hace la posibilidad de información jurídica. Si una persona, por desconocimiento de las normas tributarias, cree de manera errónea estar cometiendo una defraudación fiscal, según la tesis de Herzberg, se tendría que sancionar al agente por tentativa de dicho delito; dicha solución no sería aceptable⁽⁴⁷⁴⁾.

Roxin señala que debe dudarse de la validez general de esta tesis, en el sentido de que cualquier error inculpante de Derecho descansa sobre una extensión exagerada del tipo penal supuesto por el autor. En contra de Burkhardt debe admitirse que también hay errores de Derecho en contra de uno mismo (autoinculpantes), neutrales al ámbito de las normas y que llevan a la punibilidad por tentativa⁽⁴⁷⁵⁾.

(472) Citado por CANCHO ESPINAL, *Ciro*. Ob. cit., p. 56.

(473) Citado por ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., p. 448.

(474) Citados por CANCHO ESPINAL, *Ciro*. Ob. cit., p. 56.

(475) Vide. ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., p. 448.

2.3. La tesis de la deducción a la inversa

Esta tesis delimita el delito putativo de la tentativa inidónea con ayuda de la “deducción a la inversa”: la tentativa inidónea sería un error de tipo al revés, el delito putativo un error de prohibición al revés. Roxin señala que no obstante, la deducción a la inversa no es un instrumento idóneo para la delimitación entre tentativa y delito putativo, solo es correcta, en el sentido trivial de que la tentativa inidónea exige un dolo dirigido a la realización de las circunstancias de los hechos, el cual no existe en el error de prohibición, mientras que el error de tipo deja subsistente el dolo de tipo, el cual falta en el delito putativo. Pero de esto no resulta que el error de tipo al revés (es decir, la suposición errónea de la circunstancia cuyo desconocimiento excluye el dolo) fundamente necesariamente la punibilidad o aunque sea una tentativa. Esto ya rige incluso para el caso del error sobre los hechos en los elementos del tipo. Si este error excluye el dolo de ello no se deduce de ninguna manera, según leyes lógicas, que el error al revés, es decir, la suposición errónea de la presencia de circunstancias de un tipo, tenga que llevar necesariamente a la tentativa. Esto es, quien dispara a un espantapájaros con la intención de matar a una persona comete una tentativa; corresponderá a un error de tipo al revés solamente cuando el legislador ha penado tal conducta como una tentativa inidónea. Con más razón, en el error de Derecho al revés, la deducción a la inversa no puede contribuir con nada para delimitar entre tentativa y delito putativo; por ejemplo, es apropiado ver como error de tipo la suposición de que no se debe ningún impuesto, basada en un desconocimiento del Derecho, pues tal “autor” tampoco puede comprender como profano el “sentido social” del fraude fiscal cometido por él objetivamente. Pero de esto no se deriva todavía que tenga que darse un fraude fiscal tentado y punible cuando alguien supone, debido a reflexiones jurídicas erróneas, que habría una inexistente pretensión fiscal y omitiese su declaración. Pues cuando el desconocimiento del deber tributario excluye el dolo, la suposición de su existencia solo es una condición necesaria, pero no también una condición suficiente sin más para la afirmación del dolo. Si la confusión de las leyes tributarias libera al ciudadano que actúa desconociendo un deber fiscal, no tiene sentido que la suposición errónea de deberes fiscales, basada en la misma confusión, sea vista como inculpadora⁽⁴⁷⁶⁾.

La tesis de distinción entre el error de tipo y de prohibición al revés se ve involucrada en la nebulosa distinción entre el error en los elementos del tipo y el error de prohibición, cuya delimitación, en un caso práctico, depende de la valoración que hace el autor de su propio comportamiento. Así, si la

(476) *Ibidem*, p. 453.

falsa comprensión del autor sobre la “ajenidad” —elemento cofundante del artículo 185 del Código Penal— recae en un elemento normativo del tipo o tiene que ver con el error de prohibición; las voces mayoritarias sostendrán que se trata de un elemento normativo del tipo, pero las cosas se tornan complicadas cuando el agente sobrepasa los límites de interpretación, cuyo esclarecimiento depende en su mayoría de las remisiones que se hagan a otras disciplinas del Derecho, en este caso al Derecho Civil⁽⁴⁷⁷⁾.

Se seguirá pensando que dicho error pertenece al ámbito del tipo y, por lo tanto, se postulará una tentativa inidónea como error de tipo al revés, o que dicho error en realidad corresponde al campo del error de prohibición y, por lo tanto, de conformidad con el denominado error de prohibición al revés, que el comportamiento no es doloso o es sencillamente atípico, y que a pesar de que el agente quiso cometer un delito no pudo, siendo este un “delito putativo”⁽⁴⁷⁸⁾.

La deliberación de si el error corresponde al tipo o a la culpabilidad no ha sido fundamentada con rigor por la tesis de la inversión lógica. Es así que esta teoría recayó principalmente en la concepción subjetiva de imputación de la tentativa.

2.4. La tesis de la solución diferenciada

Esta tesis es planteada por Roxin, quien teniendo en cuenta las dos concepciones anteriores, trata de alternar y recoger sus bondades haciéndolas político-criminalmente satisfactorias.

Roxin critica la tesis de Herzberg del “error jurídico en el estadio previo de la tipicidad” señalando que sí se hiciera responsable por tentativa a cada autor que cree estar cometiendo un delito, interpretando erróneamente, por ejemplo, el ámbito de los delitos tributarios, se tendría consecuencias indeseables. Ello conduciría a una enorme ampliación de la punibilidad que político-criminalmente no es plausible. Señala Roxin que un error de Derecho inculpante lleva al delito putativo porque aquel construye una punibilidad que no está cubierta por ningún tipo; en este campo se aprueba la teoría de Burkhardt. Luego, cuando alguien se imagina pretensiones tributarias inexistentes, queriendo defraudar al fisco, el error queda fuera del ámbito de la norma que solamente compendia las pretensiones tributarias realmente

(477) CANCHO ESPINAL, *Ciro. Ob. cit.*, p. 53.

(478) *Ídem*.

existentes. Se trata, entonces, de una extensión exagerada del tipo, el cual solo puede fundamentar un delito putativo⁽⁴⁷⁹⁾.

Roxin advierte que algunos elementos que remiten a normas del campo previo son de otra naturaleza. Así, atribuye al concepto de “ajenidad” únicamente a la propiedad o a la copropiedad de otra persona. Quien interpreta bien el concepto de propiedad ajena tiene, en su caso, dolo en la lesión de la propiedad. La complejidad y amplia cantidad de normas que regulan la creación de la propiedad no corresponden a la tipicidad de los delitos contra el patrimonio y, consecuentemente, el desconocimiento de su correcta interpretación tampoco haría cambiar la existencia de la tentativa⁽⁴⁸⁰⁾. En tal medida, debe aprobarse la teoría del campo previo de Herzberg. Entonces, quien quiere apropiarse de una cosa que se encuentra en propiedad de otro y comprende correctamente el concepto de propiedad, tiene un dolo de apropiación ilícita, aun cuando se equivoque en cuanto a las reglas sobre la transferencia de la propiedad.

Roxin, sigue también la línea de pensamiento de Heidingsfelder⁽⁴⁸¹⁾, quien refiere que la materia indispensable del dolo es sobre todo la representación del autor. Como la víctima de los hechos haya adquirido el bien es indiferente. De este modo, lo que se diga en el Derecho Civil o en las normas jurídicas de un derecho extranjero no tiene mayor relevancia. Se llega a los mismos resultados diferenciando las normas en aquellas que circunscriben, completan y delimitan elementos [del tipo], y normas neutrales al ámbito normativo.

2.5. Solución normativa del denominado error de tipo al revés y del error de prohibición al revés

Cancho Espinal señala que la distinción de la tentativa inidónea punible y el delito putativo no está en las finezas de distinción de error de tipo y error de prohibición, sino únicamente en los presupuestos de imputación objetiva de la tentativa. El denominado delito putativo es únicamente un invento de la fantasía, que en realidad no existe, más que en la mente del autor, si él así lo desea⁽⁴⁸²⁾.

En clave normativa, la evaluación de un comportamiento que posiblemente sea una tentativa o simplemente atípico, corresponde desde sus inicios

(479) Vide. ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., p. 455.

(480) Citado por CANCHO ESPINAL, Ciro. Ob. cit., p. 57.

(481) Citado por ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., 2007, p. 457.

(482) CANCHO ESPINAL, Ciro. Ob. cit., p. 58.

a la tipicidad objetiva. Los argumentos que subyacen a esta postura son de carácter estructural. Se trata de mostrar otra forma de apreciación del comportamiento. No puede ser que dependa de si un tiro da o no en el blanco, el que comience con la evaluación de la tipicidad objetiva o subjetiva, ya que aquello no puede modificar los niveles de evaluación⁽⁴⁸³⁾. Esto, trae al recuerdo discusiones pasadas, cuando el causalismo hacia depender de “si el tiro daba o no en el blanco” que el dolo perteneciera a la tipicidad o a la culpabilidad, lo que Welzel, en su oportunidad, criticó duramente.

Otro argumento de mucha importancia es que es imposible saber la representación del autor. Que se argumente en las sentencias que el autor quiso tal o cual cosa, no es sino una manera arbitraria de haber querido ingresar, sin tener la capacidad de hacerlo, en el mundo interno de una persona. Por eso, la exigencia de la correlación entre lo querido por el autor y lo acontecido con los hechos no pasa de ser una ilusión. Lo que no es iluso sería el comportamiento que de por sí es la manifestación en el mundo externo. Únicamente aquello que se ha externalizado puede ser objeto de examen. La interpretación del comportamiento se lleva a cabo siempre en el ámbito social, sino no tendría ninguna relevancia. Puede decirnos si puede ser o no considerado como tentativa, o simplemente ser atípico⁽⁴⁸⁴⁾.

Las finezas de distinción entre tentativa, tentativa inidónea y el denominado delito putativo siempre han sido construcciones cargadas de “psicologismo” que se basan fundamentalmente en la intención del agente. Si la intención del agente es psicológica o indescifrable, no tiene por qué tener repercusiones en la estructura del delito. Nadie podría dudar que la conducta de acometer con un puñal en el corazón de la víctima, que luego es trasladada al hospital y salvada, se trata de un comportamiento de tentativa de homicidio⁽⁴⁸⁵⁾, a pesar de que el autor diga lo contrario, e incluso lo que manifieste sea cierto, pero ello no le interesa al ámbito social. Una persona que hace un documento falso, cuya falsedad puede ser fácilmente advertida, no podría fundamentar ninguna tentativa y menos su consumación, a pesar de que el agente haya querido cometer la comisión de ciertos delitos, el agente debe tener un mínimo de “capacidad” para realizarlos, para así mínimamente tentarlos. La ingenuidad no cuenta, sino lo absurdo de su comportamiento⁽⁴⁸⁶⁾.

(483) *Ibidem*, p. 59.

(484) *Ibidem*, p. 60.

(485) La determinación de si un comportamiento es tentativa o consumación de algún delito debe realizarse después de haberse establecido que el suceso se imputa al autor como su obra y no a la inversa.

(486) *Ídem*.

Tentativa y consumación requieren de una evaluación eminentemente cuantitativa en el curso de vulneración de algún tipo penal. Pero ello se determinaría después de que el agente se le impute normativamente la conducta como su obra, y no a la inversa, como pretende la postura mayoritaria.

Jakobs señala que la delimitación entre tentativa y delito putativo se lleva a cabo en función del límite entre tipo y prohibición, en la medida en que la representación errónea de una prohibición que no se da constituye siempre delito putativo⁽⁴⁸⁷⁾.

(487) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Ob. cit., p. 874.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Libro homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- AA.VV. *Código Penal comentado*. Tomo I. José Luis Castillo Alva (Coord.). Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ara, Lima, 2004.
BACIGALUPO, Enrique. *Principios del Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Akal/Iure, Madrid, 1997.
BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 1984.
- BECERRA, Nicolás E. *Derecho Penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*. Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1997.
- BRAMONT ARIAS, Luis. *Código Penal anotado*. San Marcos, Lima, 1995.
BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Santa Rosa, Lima, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*. Tomo I (Derecho Penal. Parte general). Ara, Lima, 2004.
BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal español*. 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1989.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *El homicidio. Figuras fundamentales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- CASTILLO DÁVILA, William Paco. *Teoría General del hecho punible*. Dáyanis, Lima, 2000.
- CERESO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. (Introducción, teoría jurídica del delito). Tomo I, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1981.

- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1999.
CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1992.
CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1988.
- CUMPA PIZARRO, Raúl. *La tentativa en el Código Penal peruano*. Univ. Nacional de Trujillo, Trujillo, 1963.
- CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.
CURY URZUA, Enrique. *Orientaciones para el estudio la teoría del delito*. Escuela de Derecho de Valparaíso, Valparaíso, 1969.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Posmodernidad y Derecho*. Temis, Bogotá, 1993.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Nosotros y los otros. Alcances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos*. Defensoría del Pueblo, Lima, 1998.
- DONNA, Eduardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena 1, Teoría de la pena y la culpabilidad*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- DULOUP, Osvaldo Arturo. *Teoría del delito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
DULOUP, Osvaldo Arturo. *Teoría del delito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1996.
- EZAINE CHÁVEZ, Amado. *El iter criminis*. 3ª edición, Ediciones Jurídicas. Lambayeque, 1978.
- FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito (doctrina y jurisprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1986.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1966.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*. Univ. Complutense, Madrid, 2000.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte general*. Nociones fundamentales de la teoría del delito. Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

- GARRIDO MONTTI, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Idemsa. Lima, 2004.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2005.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Trad. de Miguel Olmedo Cardenote, Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal*. Sudamericana, Buenos Aires, 1981.
- KALINSKY, Beatriz. *Pluralidad cultural y Derecho Penal. La ley como factor de conocimiento*. Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000.
- LUZÓN PENA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Universitas, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. *Derecho Penal. Introducción. Teoría jurídica del delito* (Materiales para su docencia y aprendizaje). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012.
- MARCONE M., Juan. *Los caminos del crimen. El "iter criminis" en el Derecho Penal*. Monterrico, Lima, 1994.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general. Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Tomo I. Trad. A la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 9ª edición, B de F, Buenos Aires - Montevideo, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. “La objeción de conciencia en Derecho Penal”. En: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* (Libro homenaje a Claus Roxin). Silva Sánchez (ed.). Bosch. Barcelona, 1997.
MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- NÚÑEZ, Ricardo. *Las disposiciones generales del Código Penal*. Marcos Lerner, Córdoba, 1988.
NÚÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Marcos Lerner, Córdoba, 1981.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 1997.
PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I. 3ª edición, Sagitario, Lima, 1987.
PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*. Rodhas, Lima, 2004.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*. UNAM, México, 2004.
- POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- RIGHI, Esteban. *Derecho Penal. Parte general*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.
- RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo; UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando; GAMERO CALERO, Lorena Mariana y SCHÖNBOHM, Horst. *Manual de casos penales. La teoría del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal*. Ebra, Lima, 2009.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*. Gaceta jurídica, Lima, 2013.
ROJAS VARGAS, Fidel. *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*. Grijley, Lima, 1997.
ROJAS VARGAS, Fidel y INFANTE VARGAS, Alberto. *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*. Idemsa, Lima, 2001.

- ROMEO CASABONA, Carlos María. *Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*. Vol. I, Serie Concepciones Contemporáneas del Derecho Penal y de la Criminología 1, dirigida por Julio Armaza Grados; Adrus, Arequipa, 2004.
- ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. de Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2007.
ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito). Trad. de la 2ª edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, 1997.
- SÁINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Tomo III, Bosch, Barcelona, 1982.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Curso de Derecho Penal. Parte especial I*. Palestra, Lima, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Estudios de Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2000.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo II, 8ª reimpresión. Topográfica editora argentina, Buenos Aires, 1978.
- STRANTENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. 4ª edición totalmente reelaborada, trad. de Manuel Cancio Meliá; Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
STRANTENWERTH; Günther. *Derecho Penal. Parte general I. el hecho punible*. Trad. de la 2ª edición alemana (1976) de Gladis Romero. Edersa, Madrid, 1982.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 2002.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, San Marcos, Lima, 2001.
VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, 2006.
VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. 3ª edición. Grijley. Lima, 2002.
VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal*. Cultural Cuzco, Lima, 1992.

- WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. Trad. a la 6ª edición alemana de Conrado A. Finzi; Depalma, Buenos Aires, 1976.
WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. 11ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte general*. Trad. a la 6ª edición alemana de Conrado A. Finzi. De Palma, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1987.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Tomo II, Parte general. Ediciones Jurídicas, Lima, 1985.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1982.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1316-2013-LA LIBERTAD

Procesado : Daniel Herrera Miranda
Delito : Violación sexual de menor de edad
Agravada : Menor identificada con las iniciales F.S.S.T.
Fecha : 14 de junio de 2013

REFERENCIAS LEGALES:

Código Penal: arts. 14, 20, inc. 10, 170 y 173.
Código de Procedimientos Penales: art. 300.

SUMILLA: *El error de tipo [artículo 14 del CP] con trascendencia en los elementos descriptivos del ilícito penal se presenta cuando el agente tiene una representación equivocada de una circunstancia a la que se hace referencia en el tipo objetivo, que describe la conducta prohibida, entre las que se consideran: la calidad del sujeto activo, la calidad de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas y medios de la acción, el objeto material, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento.*

Lima, catorce de junio de dos mil trece

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el **FISCAL SUPERIOR**, contra la sentencia de fojas doscientos sesenta y uno, del veintiocho de diciembre de dos mil doce, que condenó a **DANIEL HERRERA MIRANDA** por delito contra la libertad-violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales F.S.S.T., a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años; así como fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada, y dispuso su tratamiento terapéutico, previo examen médico-psicológico.

Interviene como ponente el señor **LECAROS CORNEJO**.

CONSIDERANDO

Primero: El representante del **MINISTERIO PÚBLICO**, en su recurso formalizado de fojas doscientos setenta y siete, alegó que se impuso una pena benigna al acusado Daniel Herrera Miranda, a pesar de que no existió circunstancia que atenúe su responsabilidad. Por el contrario, el encausado mantuvo durante el proceso una conducta obstruccionista. Añade que este aceptó que mantuvo relaciones sexuales con la víctima.

Segundo: Según la acusación de fojas setenta y dos, se imputa al acusado **DANIEL HERRERA MIRANDA** haber abusado sexualmente de la menor agraviada, identificada con las iniciales F.S.S.T. (de doce años de edad), en el interior de su vivienda ubicada en el caserío El Platanar-Cascas; hecho que ocurrió el dieciocho de mayo de dos mil cinco.

Tercero: Integran el ámbito del recurso, los argumentos expuestos por el Fiscal Superior en el extremo de la pena impuesta —como acto dispositivo de parte—. Una de las principales consecuencias de la aplicación del principio dispositivo, es limitar el ámbito de conocimiento del Tribunal de Instancia, en tanto no se puede apartar de los límites determinados por aquel en su expresión de agravios. No obstante, el Código de Procedimientos Penales consagra, en el artículo trescientos, una excepción a la regla, pues admite la posibilidad de que la Corte Suprema pueda anular una sentencia condenatoria, si no la considera fundada, y absolver al acusado, aun cuando no hubiera opuesto ninguna excepción.

Es evidente, que se plasma excepcionalmente la posibilidad de que el Tribunal Supremo revise el fallo objetivamente a favor del sentenciado, y lo modifique en lo que le sea favorable y que no se ajuste a la ley —como puede ser la afectación de la norma sustantiva—; a pesar de que se mostró de acuerdo y no cuestionó la decisión —por lo que admitió parcialmente el principio de comunidad del recurso—, en antítesis especial con el principio de personalidad del recurso, según el cual el recurso deducido solo aprovecha a la persona que lo interpuso. Ese efecto extensivo se produce, entre otros, cuando un condenado que se conformó con la decisión condenatoria, pueda ser favorecido con el recurso interpuesto por la parte contraria por razones de estricta justicia legal y garantismo procesal, en el sentido de obtener como resultado final del proceso una paz acorde con los fines del ordenamiento jurídico y la norma constitucional, por medio de la intervención del poder jurisdiccional.

Cuarto: De la revisión del expediente se advierte que el acusado Daniel Herrera Miranda, en el juicio oral a fojas ciento ochenta y seis, narró que mantuvo relaciones sentimentales con la menor agraviada identificada con las iniciales F.S.S.T., y en una ocasión sostuvieron relaciones sexuales consentidas. La víctima le dijo que tenía quince años de edad y físicamente aparentaba esa edad, porque tenía una morfología desarrollada. Añade que actualmente convive con la agraviada (al presente tiene más de veinte años) en la casa de su progenitora.

Quinto: Esa versión es corroborada por la propia agraviada en el juicio oral, a fojas ciento noventa y dos, quien afirmó lo siguiente: a) El acusado Daniel Herrera Miranda fue su enamorado y mantuvieron relaciones sexuales el dieciocho de mayo de dos mil cinco. b) Le dijo al acusado que en el mes de julio de ese año iba a cumplir quince años de edad. c) Desde el mes de noviembre de dos mil cinco convive con el encausado en su vivienda, con el consentimiento de sus progenitores. d) Añade que en sede preliminar y sumarial declaró en otro sentido —indicó que el acusado siempre le pedía que sea su enamorada, pero no lo aceptó. En una ocasión, la empujó contra la pared, le desabrochó el pantalón, le bajó la trusa y le introdujo el pene en la vagina—; que fue presionada por su madre, quien la amenazó y le dijo que la iba a castigar por mantener relaciones con el acusado.

Sexto: De la valoración conjunta del acervo probatorio, se advierte la presencia de un error de tipo invencible —que desaparece la culpabilidad porque el comportamiento resulta atípico—, en tanto el acusado habría tenido una representación equivocada de una circunstancia objetiva de la descripción de la conducta prohibida por la norma penal: creía que la víctima tenía más de catorce años de edad y, por tanto, desconocía que su conducta se adecuaba a la descripción del tipo penal, lo que impide construir o fundar un juicio de reproche. En todo caso, las distintas versiones de la menor agraviada, impiden elaborar un juicio negativo, más allá de toda duda razonable —que exige que la prueba se establezca por encima de cualquier duda—; esa situación excluyente de certeza beneficia al acusado como garantía en la culminación del debido proceso.

Sétimo: Cabe acotar que el error de tipo con trascendencia en los elementos descriptivos del ilícito penal, se encuentra regulado en el artículo catorce del Código Penal, y se presenta cuando el agente tiene una representación equivocada de una circunstancia —descriptiva—, a la que se hace referencia en el tipo legal objetivo, que describe la conducta prohibida, entre las que se

consideran: la calidad del sujeto activo del delito, la calidad de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas y medios de la acción, el objeto material, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento; en el caso concreto: la edad de la víctima. Por tanto, desconoce que su conducta se adecua a un tipo penal.

Octavo: Es de enfatizar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia del doce de diciembre de dos mil doce, sobre “Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo uno de la Ley veintiocho mil setecientos cuatro, que modifica el artículo ciento setenta y tres, inciso tres, del Código Penal”, y las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario número cero uno-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis, reconocieron la capacidad de los menores de edad de catorce a dieciocho años, en cuanto al ejercicio de su sexualidad, que implica asumir que pueden darse cuenta, en un caso concreto, de los alcances de la acción que la afectarán y que ostentan la capacidad de apreciarla debidamente de acuerdo con sus propias conveniencias. Se aseveró, para esos casos, lo siguiente: “Se protege la libertad sexual de los menores de edad entre catorce y dieciocho años titulares de ese derecho (...). La ley válida a ser judicialmente aplicada en caso de abuso sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, es el artículo ciento setenta del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio)”. En ese contexto, el consentimiento que dio la menor agraviada para las relaciones sexuales que sostuvo con el acusado Daniel Herrera Miranda —quien erróneamente creía que tenía más de catorce años—, significa que no se vulneró ni transgredió el bien jurídico protegido: la libertad sexual, en tanto existió consentimiento válido y, por tanto, es procedente absolverlo de los cargos incriminados.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos sesenta y uno, del veintiocho de diciembre de dos mil doce, que condenó a **DANIEL HERRERA MIRANDA** por delito contra la libertad-violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales F.S.S.T., a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años; así como fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada, y dispuso su tratamiento terapéutico, previo examen médico psicológico; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el citado delito en perjuicio de la referida menor agraviada.

ORDENARON: la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa.

MANDARON se notifique a las partes la presente Ejecutoria.

DISPUSIERON se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Hágase saber.

S.S. LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA; RODRÍGUEZ TINEO; PRÍNCIPE TRUJILLO; NEYRA FLORES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2317-2011-HUÁNUCO

Procesado : Rudy Jimy Gómez Iglesias
Delito : Violación sexual
Agravada : Menor de iniciales M.H.E.S.
Fecha : 11 de mayo de 2012

REFERENCIAS LEGALES:
Código Penal: arts: 14 y 173.

SUMILLA: El error de tipo vencible es aquel que hubiese podido superarse observando la debida diligencia por la previsibilidad, cognoscibilidad o advertibilidad y evitabilidad del resultado, por lo que se deberá valorar el concreto comportamiento desplegado por el imputado, atendiendo a sus características personales, para establecer si estaba en la posibilidad de conocer real y objetivamente que la víctima tenía trece años, dado que la vencibilidad del error de tipo debe determinarse en función de la capacidad del sujeto para evitar la realización del tipo cognoscible.

Lima, once de mayo de dos mil doce

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas mil doscientos sesenta y cinco, del veinticuatro de mayo de dos mil once, que absuelve a Rudy Jimy Gómez Iglesias de la acusación fiscal por el delito de Violación de la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de catorce años, en agravio de la menor de iniciales M.H.E.S., interviniendo como ponente la Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el Fiscal Superior en su recurso fundamentado a fojas mil doscientos ochenta y dos, sostiene: a) que, cuando se suscitaron los hechos materia de imputación la agraviada tenía trece años y nueve meses, por lo que es irrelevante si hubo o no consentimiento de la víctima; b) que, la Sala Superior indebidamente sostiene que la conducta del procesado configura un error de tipo invencible, pues no se ha acreditado que haya actuado de manera diligente y con el debido cuidado al momento de consumir el acto sexual con la agraviada, lo que se corrobora con su propia declaración al indicar que la víctima fue su enamorada de enero a octubre de dos mil cinco, advirtiéndose que el acusado pudo haber previsto que era menor de catorce años, más aún si reconoce que era su vecino, elemento de juicio que desvirtúa cualquier excusa por no obrar en forma prolija o minuciosa; en tal sentido, al no configurarse el error de tipo invencible, el evento denunciado es reprochable penalmente; **Segundo:** Que, la acusación fiscal de fojas seiscientos setenta y uno, atribuye la comisión del siguiente hecho delictivo: El procesado Rudy Jimy Gómez Iglesias, desde el veinticuatro de agosto hasta el doce de setiembre de dos mil cinco, tuvo relaciones sexuales en varias oportunidades con la menor identificada con las iniciales M.H.E.S., en ese entonces de trece años de edad, conducta ilícita que desarrollaba en una de las habitaciones del Hotel "Confort", ubicado en el jirón Huanuco número seiscientos treinta y seis, al que el encausado ingresaba sin costo alguno por laborar en la tienda comercial –ferretería– del propietario del referido hotel; **Tercero:** Que, examinados los actuados, se tiene que la imputación contra Rudy Jimy Gómez Iglesias se sustenta con la manifestación de la menor identificada con las iniciales M.H.E.S., quien en sus referenciales –actuadas en presencia de la Fiscal Adjunta Provincial, fojas cuatro y veintiuno–, sostuvo que el procesado

fue su enamorado desde el veintitrés de enero hasta el veintiocho de octubre de dos mil cinco, que este trabaja en una ferretería ubicada en el primer piso del Hostal "Confort" ubicado en el jirón Huánuco cuadra siete, lugar a donde acudía a visitarlo, es así que el veinticuatro de agosto de dos mil cinco Rudy Jimmy Gómez Iglesias le propuso mantener relaciones sexuales, luego de intercambiar opiniones ella aceptó, relatando que fueron cinco las oportunidades en que consumaron el acto sexual siempre por la vía vaginal y en uno de los cuartos del mencionado hostal, siendo la última en setiembre del indicado año, circunstancias que son admitidas por el encausado al brindar su manifestación preliminar –con intervención de la representante del Ministerio Público, fojas treinta–: **Cuarto:** Que, en atención a los hechos antes descritos, sumado a que la agraviada nació el diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y uno –véase acta de nacimiento, fojas sesenta y siete–, se tiene que al momento de la primera relación sexual con Rudy Jimmy Gómez Iglesias –veinticuatro de agosto de dos mil cinco– esta contaba con trece años, nueve meses y siete días; por otro lado, el Certificado Médico Legal número cero cero dos mil novecientos ochenta y siete - DCLS, concluye que la víctima presenta desfloración himeneal antigua y signos de acto contranatura antiguo véase fojas diez–, lo que conlleva a establecer que la indemnidad sexual de la menor identificada con las iniciales M.H.E.S. habría sido violentada por el procesado, en tal virtud debería asumir responsabilidad penal; **Quinto:** Que, de lo antes razonado, emergen situaciones que deben ser examinadas, ello con la finalidad de dilucidar plenamente la comisión del evento delictivo atribuido al encausado, a saber: A) En su manifestación a nivel preliminar –en presencia de la Fiscal Adjunta Provincial, fojas treinta– Rudy Jimmy Gómez Iglesias refiere que antes de mantener relaciones sexuales con la agraviada le preguntó sobre su edad, contestándole que tenía quince años, acotando en la ampliación de su declaración –véase fojas sesenta y tres– que si hubiera sabido que la víctima tenía trece años no habría sostenido relaciones sexuales con ella, precisando que al momento de la comisión de los hechos la menor identificada con las iniciales M.H.E.S. tenía un metro sesenta y cinco centímetros de estatura aproximadamente, cara redonda blanca, contextura gruesa, ojos negros y cabello oscuro, puntualizando en el plenario que no sabía que esta tenía trece años, pues era de contextura desarrollada, que el suponía que tenía dieciocho o diecinueve años de edad –fojas mil doscientos treinta–; B) que, esta versión en parte coincide con las testimoniales de Giordano Joad Alvarado Meza –amigo del procesado, fojas setenta y nueve–, Ángel Alipio Quispe Huallpa –administrador del Hostal "Confort", fojas quinientos cincuenta y nueve– y Yusly Jennifer Salcedo Venancio –fojas mil doscientos treinta y siete–, quienes sostienen que la agraviada les manifestó que tenía quince años, agregando la testigo Magdalena Quispe Tito –amigo del procesado, fojas cuatrocientos noventa y tres– que Rudy Jimmy Gómez Iglesias le comentó que su enamorada era mayor de dieciséis años; por su parte Diana Iveth Solís Ramírez –vecina de la agraviada, fojas mil doscientos treinta y seis– manifestó que la víctima tendría quince a dieciséis años de edad al dos mil cinco, pues era corporalmente desarrollada, de contextura gruesa y con un metro cincuenta y seis centímetros de estatura, significándose que los mencionados testigos Salcedo Venancio y Alvarado Meza describen que la menor medía un metro cincuenta y cinco centímetros, de contextura gruesa, caderas anchas y se le advertían los senos, aparentando una edad entre quince a dieciocho años –fojas mil doscientos treinta y siete, y mil doscientos cuarenta y uno–; C) que, si bien en su declaración referencia –véase fojas veintiuno– la agraviada individualizada con las iniciales M.H.E.S. esgrimió que el procesado Rudy Jimmy Gómez Iglesias tuvo conocimiento de su edad cuando iniciaron su enamoramiento –fojas veintidós–, sin embargo, en el acto oral afirmó que le dijo a este que contaba con quince años y que iba a cumplir dieciséis, pues tal vez si le decía la verdad no hubiera aceptado que fuera su enamorada por ser menor de edad, destacando que las relaciones sexuales fueron con su consentimiento y que en el año dos mil cinco tenía el cuerpo desarrollado, de un metro cincuenta y cinco centímetros de estatura y de caderas anchas –véase fojas mil doscientos cincuenta–; **Sexto:** Que, el error de tipo, previsto en el primer párrafo del artículo catorce del Código Penal, es el desconocimiento o falso

conocimiento de un elemento del tipo penal, que conduce, según su invencibilidad o vencibilidad, a la exclusión de la responsabilidad penal o la sanción de la infracción como culposa cuando estuviera prevista como tal en la ley; que, en efecto, el error invencible se presenta cuando el error no se hubiese logrado evitar ni aún aplicando la diligencia debida, es decir, se excluye el dolo, ya que no existe el conocimiento de todos o algunos de los elementos del tipo objetivo; que, en atención a lo expuesto, estaremos ante la impunidad de la conducta realizada, ello en razón de que nuestro ordenamiento jurídico penal únicamente contamos con tipos dolosos y culposos, y la simple causación de un resultado lesivo sin dolo ni culpa resulta atípica; que el error vencible es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado, es decir, se excluye el dolo, pero no la culpa, por lo que atendiendo a las circunstancias del hecho y las calidades personales del autor, la infracción será castigada, en su caso como culposa; que, en sentido uniforme, la doctrina ha establecido el error vencible como aquel que hubiese podido superarse observando la debida diligencia junto a las referencias por la previsibilidad, cognoscibilidad o advertibilidad y evitabilidad del resultado, por lo que se deberá valorar el concreto comportamiento desplegado por el imputado atendiendo a sus características personales para establecer si acorde con la información probatoria acopiada a los autos estaba en la posibilidad de conocer real y objetivamente que la víctima tenía trece años, nueve meses y siete días, dado que, la vencibilidad del error de tipo debe determinarse en función a la capacidad del sujeto para evitar la realización del tipo cognoscible; **Sétimo:** Que, emerge de los medios probatorios anteriormente glosados, que el procesado Rudy Jimy Gómez Iglesias pudo llegar a conocer la verdadera edad de la víctima si adoptaba la diligencia debida, pues cuando menos debió preocuparse por averiguarla en tanto, como él mismo lo ha afirmado sabía que ella cursaba el tercer año de secundaria y era su vecina –fojas mil doscientos treinta–, sin embargo, no indagó más al respecto, tan solo asumió como verdad el dato proporcionado por la menor identificada con las iniciales M.H.E.S., esto es, que tenía quince años de edad –con disposición de su libertad sexual–, pues presentaba un físico desarrollado, contextura gruesa y medía un metro sesenta y cinco centímetros. A mayor abundamiento, el Protocolo de Pericia Psicológica número cero cero seis cero ocho seis - dos mil nueve - PSC detalla que entre los rasgos de personalidad del acusado, este tiende a ser dependiente, dócil en sus relaciones sociales y tiene baja autoestima –fojas mil treinta y seis–, coligiéndose que es posible que haya sido influenciado por la menor respecto de su edad y sin asumir cuidado alguno para comprobar este hecho mantuvo relaciones sexuales; por lo tanto, el encausado actúo de modo imprudente configurándose entonces el error de tipo vencible, por lo que estaríamos ante un accionar culposos, pero como no existe delito de violación sexual culposos, la conducta desarrollada por el encausado deviene en atípica; en tal sentido, la resolución materia de grado se encuentra arreglada a Ley. Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil doscientos sesenta y cinco, del veinticuatro de mayo de dos mil once, que absuelve a Rudy Jimy Gómez Iglesias de la acusación fiscal por el delito de Violación de la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de catorce años, en perjuicio de la menor de iniciales M.H.E.S.; con lo demás que contiene, y los devolvieron.

**S.S. LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA; BARRIOS ALVARADO; PRÍN-
CIPE TRUJILLO; VILLA BONILLA**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 1384-2009-MADRE DE DIOS

Procesado : José Luis Champi Rocca
Delito : Violación sexual de menor de catorce años
de edad
Agraviada : Menor de iniciales C.G.P.
Fecha : 20 de mayo de 2010

REFERENCIAS LEGALES:

Constitución Política del Estado: art. 2.24.e).
Código Penal: arts. 14 y 173.

SUMILLA: *El error de tipo es vencible cuando el sujeto, actuando con la diligencia debida, hubiese podido darse cuenta del defecto de apreciación en el que incurría; es un error superable que solo elimina el dolo, dejando subsistente la culpa, por lo que el hecho es sancionado como un delito culposo si se halla previsto como tal en la ley. El error de tipo invencible, en cambio, se presenta cuando, a pesar de obrar con la diligencia debida, el sujeto no puede darse cuenta de su error; es un error insuperable, en donde el agente queda exento de responsabilidad penal, pues se elimina tanto el dolo como la culpa.*

Lima, veinte de mayo de dos mil diez

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas doscientos ochenta y seis, del diez de febrero de dos mil nueve, que condenó a José Luis Champi Rocca como autor del delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de catorce años de edad en agravio de la menor de iniciales C.G.P. a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el tiempo de tres años bajo el cumplimiento de reglas de conducta y fijó la suma de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; y **CONSIDERANDO:** **Primero:** Que el Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas trescientos nueve alega que: i) no procede aplicar el error de tipo en tanto el encausado Champi Rocca tenía conocimiento de la edad de la agraviada según la manifestación policial de esta, corroborada con el certificado médico dental de fojas doce, así como la copia certificada del acta de nacimiento de fojas dieciséis; y ii) el Colegiado Superior efectuó una distorsionada evaluación y aplicación de los institutos jurídicos penales, tales como: a) el error de tipo –pues de ampararse en este instituto, en el supuesto de ser vencible, se castigaría como una conducta culposa y, en el presente caso, al no existir violación culposa, hubiera tenido que absolver al encausado–; b) el error de prohibición –el encausado señaló de manera uniforme que sabía sobre la prohibición de mantener relaciones sexuales con menores de catorce años de edad–; y c) la responsabilidad restringida –la que se halla excluida para el agente que incurra en el delito de violación de la libertad sexual–. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal de fojas doscientos cuarenta y tres, se imputa al encausado José Luis Champi Rocca, quien trabajaba como obrero en el campamento de minería de la progenitora de la menor agraviada de iniciales C.G.P., ubicado en la Comunidad de Tres Islas, haber abusado sexualmente de la referida menor en el interior del Hostal Kross de la ciudad de Puerto Maldonado, hecho ocurrido el veinticinco de abril de dos mil ocho, cuando esta contaba con doce años de edad, acto que habría realizado en dos oportunidades anteriores, en setiembre de dos mil siete en el campamento minero de la Comunidad de Tres Islas, y

en febrero de dos mil ocho en el campamento minero de la Comunidad Rural Puerto Unión. **Tercero:** Que el proceso penal tiene por finalidad, entre otros, alcanzar la verdad concreta, por ello el juzgador impondrá una sentencia condenatoria cuando exista plena certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, la que solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que tiene todo procesado, conforme a la garantía prevista en el párrafo “e” del inciso vigésimo cuarto del artículo dos de la Constitución Política del Estado. **Cuarto:** Que de la revisión de autos se desprende que el encausado Champi Rocca y la menor agraviada mantuvieron relaciones sexuales –véase certificado médico legal de fojas trece– dentro de una relación sentimental de enamorados y de común acuerdo, conforme con lo manifestado por ambos y la progenitora de la agraviada –referencial de fojas ciento sesenta y seis, declaraciones en sede preliminar, sumarial y plenarial del encausado de fojas nueve, veintiocho y doscientos setenta, respectivamente, y preventiva de fojas ciento sesenta y cuatro–; que si bien la menor agraviada refirió en sede preliminar que el encausado tenía conocimiento de su edad, este manifestó desde el inicio de este proceso, de manera uniforme, que desconocía que la menor tenía doce años de edad, en tanto que esta última le refirió que tenía quince años y que había tenido relaciones sexuales con otro varón –esta última afirmación se corrobora con las declaraciones de la menor en sede preliminar y judicial de fojas seis y ciento sesenta y seis, respectivamente–, por lo que creyó la edad que le mencionó la agraviada dado que su contextura física la aparentaba y por su forma de proceder ante las relaciones sexuales; que, aunado a ello se tiene: i) el certificado médico legal –odontograma– de fojas doce que concluyó que la menor agraviada tiene una edad aproximada de doce a trece años por evolución dentaria, el que bajo una interpretación *in bonam partem* tiene un margen de apreciación de dos años por debajo o encima de la edad tasada, infiriéndose que a la menor agraviada bien podría estimarse una edad mayor de catorce años; y ii) la vista fotográfica de la agraviada de fojas doscientos setenta y cinco de la que resulta evidente su desarrollo físico, aparentando una edad mayor a la real; que, siendo así, existe duda razonable a efectos de establecer si el procesado conocía o no la edad de la menor, duda que deberá ser resuelta a favor del encausado, en atención al principio universal *in dubio pro reo*. **Quinto:** Que se ha producido la figura del error de tipo, que se presenta de dos maneras: conforme a lo establecido en el artículo catorce del Código Penal, puede ser vencible e invencible; que, el error de tipo es de carácter vencible si el sujeto, actuando dentro de los parámetros de la diligencia debida, hubiese podido darse cuenta del defecto de apreciación en que incurría, es decir, es un error superable, aquí solo se elimina el dolo pero subsiste la culpa y el hecho sería sancionado como un delito culposo siempre y cuando se hallare previsto como tal en la ley; que el error de tipo invencible, en cambio, se presenta cuando a pesar de la diligencia debida el sujeto no puede darse cuenta de su error, es decir, es un error de carácter insuperable, en donde el agente queda exento de responsabilidad penal, pues se elimina tanto el dolo como la culpa; que, en el caso subjúdice, al no haberse establecido en forma certera que el encausado conocía que la agraviada tenía una edad por debajo de los catorce años, edad real que pudo conocer con un mínimo de diligencia, su conducta se encontraría subsumida dentro del error de tipo vencible, por lo que al no admitirse la violación culposa, dicho acto quedaría impune. **Sexto:** Que más allá de las correctas apreciaciones del Fiscal Superior respecto a la equivocada aplicación de los institutos jurídicos penales del error de tipo, el error de prohibición y la responsabilidad restringida por el Colegiado Superior, con lo precedentemente expuesto se ha enmendado dicho desacierto, quedando claramente sentado que corresponde la aplicación del error de tipo vencible por lo que se debe absolver al encausado. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos ochenta y seis, del diez de febrero de dos mil nueve, que condenó a José Luis Champi Rocca como autor del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de catorce años de edad en agravio de la menor de iniciales C.G.P. a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el tiempo de tres años bajo el cumplimiento de

reglas de conducta y fijó la suma de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de catorce años de edad en agravio de la menor de iniciales C.G.P.; **DISPUSIERON** se anulen los antecedentes policiales y judiciales del aludido encausado generados como consecuencia de la tramitación de la presente causa, y posteriormente se archive definitivamente el proceso; y los devolvieron.

S.S. LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA; PRÍNCIPE TRUJILLO; CALDERÓN CASTILLO; SANTA MARÍA MORILLO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1575-2013-PASCO

Procesado : Edwin Alipio Navarro Mendoza
Delito : Violación sexual de menor
Agraviada : Menor de iniciales S.C.H.LL.
Fecha : 8 de julio de 2013

REFERENCIAS LEGALES:

Código Penal: arts. 14, 15, 20 inc. 10, y 173.

SUMILLA: Si bien el error de prohibición vencible surge cuando el autor del delito tiene una falsa representación de la realidad o no entiende de manera correcta su significado social o jurídico, ello no lo exime, en caso tenga instrucción mínima y edad suficiente, del deber de informarse al actuar o cuando tenga duda de que su conducta está permitida o prohibida, ni lo libera de responsabilidad penal. Al respecto, se consideran criterios para determinar la vencibilidad del error de prohibición, la posibilidad que tiene el agente de acudir a algún medio idóneo de información, el tiempo del que disponga para tomar la decisión y su capacidad intelectual.

Lima, ocho de julio de dos mil trece

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el representante del Ministerio Público y el procesado Edwin Alipio Navarro Mendoza, contra la sentencia del quince de febrero de dos mil trece, de fojas ciento noventa y cuatro, que lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de violación sexual, en agravio de menor de catorce años, identificada con las iniciales S.C.H.LL., a quince años de pena privativa de la libertad efectiva.

Interviene como ponente el señor juez supremo Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO

Primero: Que el representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad formalizado a fojas doscientos ocho, alega:

i) Que la pena impuesta debe ser elevada, pues no se presentaron los supuestos de la confesión sincera; además, el procesado inicialmente aceptó haber mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada, luego se retractó sobre el particular.

ii) Tampoco le corresponde la reducción de la pena por responsabilidad restringida del encausado, ya que esta se encuentra prohibida para este tipo de delitos.

Por su parte, la defensa del procesado Edwin Alipio Navarro Mendoza, en su recurso de nulidad formalizado a fojas doscientos trece, señala que el órgano jurisdiccional debió tener en cuenta lo previsto en el artículo catorce y quince del Código Penal para absolverlo (error de tipo y de comprensión culturalmente condicionado).

Segundo: Que conforme consta de la acusación escrita, de fojas setenta y siete, se atribuye al procesado Edwin Alipio Navarro Mendoza haber abusado sexualmente de la menor de iniciales S.C.H.LL., de doce años de edad, en reiteradas oportunidades entre el diecinueve y el veintitrés de noviembre de dos mil siete, para lo cual aprovechó la relación de enamorados que sostenía con la menor. Los hechos descritos habrían ocurrido en el interior de un hostel.

Tercero: Que para determinar la responsabilidad de un imputado por delito de violación sexual de menor, en las circunstancias a las que alude el encausado; esto es, con consentimiento de la agraviada y bajo una relación convivencial, que para la Ley resulta irrelevante, cabe plantearse la posibilidad de saber si en el momento de actuar el agente era consciente de que cometía un acto contrario al ordenamiento jurídico o no, en tanto solo a quien tiene la posibilidad de conocer el mandato jurídico, se le puede efectuar el juicio de reproche penal, más aún, si en el caso de autos, tal conducta es sancionada con penas de extrema gravedad, que exigen en el juzgador un análisis profundo sobre el grado de culpabilidad del autor.

Cuarto: De la revisión de autos, se advierte que el mencionado recurrente señala que no se valoró que los hechos se desarrollaron en un contexto relacionado a un error de prohibición, referido al error de comprensión culturalmente condicionado, esto es, que dada su situación de pastor, sus costumbres y la relación convivencial que en el medio se observa, lo habría llevado a establecer una relación sentimental con el propósito de mantener una relación de cohabitación con la agraviada; sin embargo, en la sentencia, la Sala Penal Superior no valoró este supuesto, pues no se hace mención alguna sobre la concurrencia del error de prohibición en la conducta desplegada por el agente. Se abona a este análisis lo señalado por el encausado y la propia agraviada, quienes señalaron que las relaciones sexuales se produjeron por mutuo consentimiento, pues mantenían una relación de enamorados, ver declaración a fojas ocho, diez, ciento doce y ciento veintiocho, máxime si el encausado en su declaración a fojas ciento doce, ante la pregunta del Fiscal, refiere: “¿Para usted era normal tener una relación con una menor?”. Dijo: que pensaba formalizar más adelante. “¿No sabía que estaba prohibido tener relación con una menor? Dijo: “No lo sabía (...)”; en otro momento, frente a la pregunta del Colegiado, añade: “[L]os padres o hermanos hacían vida convivencial o se casaban a los catorce años. [S]u hermano Ulalio, para esa fecha, tenía veintidós años y su esposa catorce (...)”; de todo ello, se advierte que a la par de sus afirmaciones este reconoció desde el primer momento que mantuvo relaciones sexuales con la menor, y que incluso le propuso al padre de esta llevársela para formalizar su convivencia, situación que no se produjo por la oposición del padre de la menor agraviada.

Quinto: Que no obstante ello, debe meritarse que la eficacia del Derecho Penal, como medio de control social, depende de cómo se garanticen las condiciones que permitan a las personas saber que un determinado hecho está prohibido; en tal sentido, el segundo párrafo del artículo catorce, del Código Penal, regula el “error de prohibición”; esto es, determinar si el agente tuvo, en el momento de actuar, la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento; asimismo, diferencia “el error de prohibición invencible” cuando el agente no puede evitarlo, del “error de prohibición vencible” cuando este sí es evitable y, por ello, mantiene la punibilidad atenuada como delito doloso, por lo que debe precisarse que la invencibilidad a la que se hace referencia significa: “Que el sujeto no ha hecho todo lo necesario para salir de su error sobre el carácter autorizado de su hecho (...)”⁽¹⁾.

Sexto: Que no obstante, el error al que se hace referencia surge cuando el sujeto tiene una falsa representación de la realidad o no entiende de manera correcta su significado social o jurídico, tal posibilidad no exime a un ciudadano, con instrucción mínima y edad suficiente para el deber de informarse en el momento de actuar o cuando tenga duda de que su acto está permitido o no, de su responsabilidad. En este contexto, aun cuando el procesado argumenta que desconocía que tener relaciones sexuales con una menor de catorce años era delito, tanto más si en el

(1) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. 1ª reimpression, Grijley, Lima, 2006, p. 619.

lugar donde residía habían personas que convivían con menores, dicha situación no lo excusaba de cerciorarse sobre la licitud de su conducta, pues por sus condiciones personales como su ocupación: pastoreo de ganados; grado de instrucción: primero de primaria; domiciliado en Villa de Pasco-Tinyahuarco-Pasco, así como de la menor residente en la Estancia de Copash Villa de Pasco-Tinyahuarco-Pasco, con cuarto grado de primaria; según consta de sus generales de ley, de fojas seis y ocho respectivamente, hacen colegir que el encausado difícilmente pudo haberse informado sobre la licitud de su conducta; a este respecto, deben mencionarse los criterios para determinar la vencibilidad del error, entre ellos, los sugeridos por Felipe Villavicencio Terreros sobre la posibilidad de poder "(...) acudir a algún medio idóneo de información (...), el tiempo que disponga para la decisión, reflexión y la capacidad intelectual"⁽²⁾. Presupuestos que en el caso del encausado también se advierten, consecuentemente, a pesar de haberse acreditado la comisión del delito comprendido en el artículo ciento setenta y tres, inciso dos, del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, publicada el cinco de abril de dos mil seis. De ello, podemos inferir, entonces, que el imputado ha incurrido en un error de prohibición vencible, pues pudo observar, al vivir un tiempo en la ciudad de Huánuco, que dada la edad de doce años de la menor agraviada, pudo prever la posibilidad de que su accionar era delictivo; y no obstante ello persistió en su conducta al considerar que su conducta se asemejaba a la de sus familiares cercanos; ante tal situación, el legislador estableció, en el segundo párrafo del artículo catorce del mencionado Código Sustantivo, la obligatoriedad de la atenuación de la pena, en justificación cuando el agente, debido a la buena fe con la que ha actuado, es menos culpable que quien obra conscientemente contra el derecho.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo penal, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del quince de febrero de dos mil trece, de fojas ciento noventa y cuatro, que condena a Edwin Alipio Navarro Mendoza como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, en agravio de la menor de catorce años, identificada con las iniciales S.C.H.LL.

II. HABER NULIDAD en el extremo de la pena impuesta al referido encausado, de quince años de pena privativa de la libertad; y **REFORMÁNDOLA** le impusieron al sentenciado Edwin Alipio Navarro Mendoza cinco años de pena privativa de la libertad, la misma que computada desde el seis de noviembre de dos mil doce, vencerá el cinco de noviembre de dos mil diecisiete; y los devolvieron.

S.S. SAN MARTÍN CASTRO; LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA; RODRÍGUEZ TINEO; NEYRA FLORES

(2) *Ibidem*, pp. 621 y 622.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 46-2012-CAJAMARCA

Procesado : Erlin Urbina Caruajulca
Delito : Violación sexual de menor de edad
Agravada : Menor identificada con las iniciales
R.I.M.V.
Fecha : 7 de mayo de 2012

REFERENCIAS LEGALES:
Código Penal: arts. 14, 15, 23 y 173.

SUMILLA: *Con respecto a la alegación de error de prohibición culturalmente condicionado {artículo 15 del CP}, la prueba de cargo demostró que tanto la agraviada como el encausado provienen de una localidad {anexo de Saucedo Pampa, distrito de Oxamarca} que no se halla alejada de la ciudad de modo que albergue costumbres distintas a las ciudadanas, por lo que no se evidencia que aquel haya internalizado como Derecho consuetudinario que una menor a temprana edad pueda tener relaciones sexuales con un adulto, concluyéndose que esta práctica no es una costumbre ni algo normal en su comunidad.*

Lima, siete de mayo de dos mil doce

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor del encausado Erlin Urbina Caruajulca contra la sentencia de fojas doscientos noventa, de fecha veintitrés de agosto de dos mil once; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Elvia Barrios Alvarado; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, la defensa técnica del encausado Erlin Urbina Caruajulca en su recurso fundamentado a fojas trescientos ocho, alega que el Colegiado Superior no valoró en forma adecuada los medios de prueba aportados a los autos; que la condena de su patrocinado se basó únicamente en el dicho de la agraviada, el cual está plagado de contradicciones; que la imputación de la supuesta víctima no concuerda con la conclusión del certificado médico legal, en tanto si la agresión sexual ocurrió el diez de febrero de dos mil diez y fue examinado por el médico legista en la misma fecha no puede presentar el himen con desfloración antigua; que no existe entonces elemento periférico que corrobore la versión de la agraviada; que no se tomó en cuenta el error de comprensión culturalmente condicionado en razón a las condiciones socioculturales de su defendido, y así también, en relación a las circunstancias de lugar, modo y tiempo en que ocurrieron los hechos; que el Tribunal de Instancia no tuvo en consideración que la versión de la menor no reúne los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco/ CJ - ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco; que en lo concerniente a la ausencia de incredibilidad subjetiva no se valoró el hecho que su patrocinado tuvo un pleito con el hermano de la agraviada, lo cual motivó la denuncia en su contra, dado a que se oponía a la relación de enamorados que ambos sostenían, y por ello las relaciones sexuales fueron consentidas, no conociendo en realidad la edad de la agraviada; que la declaración de la supuesta víctima tampoco es verosímil, pues no está corroborada y menos acreditada con elemento de prueba, y no es persistente, puesto que mintió respecto a su relación amorosa y que el yacimiento carnal se produjo con su consentimiento; que no se tuvo en cuenta la uniforme declaración de su defendido, quien niega haber mantenido relaciones sexuales con la agraviada, en tanto estas fueron consentidas ya que en el lugar donde viven ello es común, habiéndole ofrecido casarse con

ella y formar un hogar, tal como lo corroboró la agraviada, por lo que se configura el error de comprensión culturalmente condicionado al ignorar que su comportamiento era ilícito; y, que no se valoró la pericia psicológica de su patrocinado que demuestra que es una persona de bien.

Segundo: Que, de la acusación fiscal de fojas doscientos dieciocho, fluye que se atribuye al encausado Erlin Urbino Caruajulca, haber ultrajado sexualmente a la agraviada identificada con las iniciales R.I.M.V., hecho ocurrido el veintiséis de enero de dos mil diez, fecha en la que se produjo la primera relación sexual en circunstancias en que aquella se encontraba sola en su domicilio, ubicado en el Caserío de Sauce Pampa, distrito de Oxamarca, y se dirigía a dar de comer a los animales que cuidaba, evento sexual que se produjo cuando la agraviada contaba con doce años de edad.

Tercero: Que, revisados los autos se advierte que la minoría de edad de la agraviada se acreditó con la partida de nacimiento de fojas doce, según la cual nació el catorce de diciembre de mil novecientos noventa y siete, por lo que a la fecha de la comisión del evento delictivo materia de proceso, esto es, el veintiséis de enero de dos mil diez, contaba con doce años, un mes y doce días de edad; que, del mismo modo, la materialidad del delito se demostró con el reconocimiento médico legal de fojas ocho –practicado por la Licenciada en Obstetricia del Puesto de Salud del distrito de Oxamarca–, que diagnosticó que la menor agraviada presentaba desfloración antigua, ratificado por el certificado médico legal de fojas diez, de fecha doce de febrero de dos mil diez –practicado por el médico legista de la División Médico Legal del Ministerio Público–, pues concluya que la menor agraviada presenta signos de desfloración antigua con lesiones recientes, en tanto advirtió desgarró antiguo completo del himen a horas siete y cinco en el sentido del reloj y desgarró incompleto en horas seis y siete en el sentido del reloj, además, de equimosis rojiza y signos vitales perilesionales; que a ello se añan las conclusiones del Protocolo de Pericia Psicológica de fojas ciento uno, que estableció que la menor agraviada presenta daño psíquico, pues evidencia una reacción compatible con estrés posttraumático compatible con estresor por violencia sexual, sugiriéndose tratamiento psicológico urgente.

Cuarto: Que, las pruebas de cargo contra el encausado Erlin Urbino Caruajulca se sustentan, fundamentalmente, en la sostenida declaración inculpativa de la menor agraviada, pues en sede policial –véase fojas seis– en presencia de su madre Estela Villegas Rojas y del señor Juez de Paz de Primera Nominación del distrito de Oxamarca, relata el modo, forma y circunstancias como fue objeto de abuso sexual por parte del encausado, así sostuvo que la primera vez ocurrió el día veintiséis de enero de dos mil diez, en horas de la noche en circunstancias que su madre fue al distrito de Oxamarca y ella se quedó en su casa con su hermanito, el citado encausado –aprovechando que ella había salido a dar de comer a sus animales– la cogió de la mano y la llevó a una planta de café donde luego de besarla logró desnudarla para abusar sexualmente de ella, tras lo cual y decirle que le iba a contar a su madre, este le contesta “si cuentas ya sabes lo que te va a pasar”, por dicho temor es que guarda silencio y además porque este le decía que ella era la única, prometiéndole matrimonio; en dicha diligencia policial la víctima agregó que el encausado la agredió sexualmente en otras cuatro oportunidades aprovechando siempre que iba a dar de comer a sus animales para lo cual la llevaba por los montes, hasta que el día diez de febrero de dos mil diez, en circunstancias que pretendía nuevamente abusar sexualmente de ella, cuando fue al baño que está cerca de su domicilio, su madre empezó a llamarla y al escucharla este la dejó y se escapó, por lo cual pensando la víctima que su madre la había visto le contó lo que le venía sucediendo; acotando que fue el referido imputado la única persona que la agredió sexualmente; que, asimismo, la menor agraviada en su declaración preventiva –véase fojas cincuenta y nueve–, reiteró en lo sustancial su directa imputación contra el encausado de ser quien en cuatro oportunidades abusó sexualmente de ella prometiéndole que se casarían, afirmando que la primera vez ocurrió el veintiséis de enero de dos mil diez, en una planta de Café y sin recordar la segunda oportunidad, aseveró que la tercera fue cerca de unas plantas de Chiclayo y la cuarta al lado de unas plantas de Nísperos, a su vez señaló que su madre se enteró de los hechos cuando el encausado pretendió nuevamente mantener relaciones sexuales en el mes de febrero de dos mil diez, pues en circunstancias que fue al baño cerca de su casa, este apareció y tapándole la boca le bajó su pantalón, pero como su madre empezó a llamarla tuvo

que irse; que esta misma versión la menor agraviada la renovó al momento de ser examinada por la Perito Psicóloga de la División Médico Legal del Ministerio Público según consta del relato de fojas ciento uno, y del mismo modo, la reafirmó en su declaración plenaria de fojas doscientos cuarenta y cinco, pues reiterando lo señalado en sede policial y en el instructorio, empero precisó de modo concreto que el encausado nunca fue su amigo, menos su enamorado, tampoco le dijo su edad y que en los abusos sexuales que le efectuó la amenazaba con la cuchilla de un cortaúñas; de otro lado, sostuvo que en la fecha en que fue objeto de abuso sexual no reglaba y que su hermano Humberto nunca ha tenido problemas con el encausado, lo cual destaca en la diligencia de confrontación que tuvo con el encausado –véase fojas doscientos cincuenta y dos– donde de modo categórico discrepando de lo afirmado por el encausado, sostuvo que nunca fue su enamorado, solo le decía que quería ser su esposo al momento de abusar sexualmente de ella y que no le dijo que tenía la edad de quince años de edad; que analizadas estas declaraciones no se advierten contradicciones relevantes que enerven su contenido imputativo, advirtiéndose que según su relato la primera agresión sexual ocurrió en el veintiséis de enero de dos mil diez, por tanto, si el certificado médico legal es de fecha doce de febrero del mismo año, resulta correcto que se haya diagnosticado en el mencionado documento médico desfloración antigua, dado que esta data de más de diez días según la ciencia médico legal, por tanto, la versión de la agraviada mantiene su valor probatorio. **Quinto:** Que dichas declaraciones consolidaron su contenido incriminador con la testimonial de su madre Estela Villegas Rojas, quien en concordancia con la denuncia policial que obra a fojas uno del atestado policial, indicó en su manifestación policial de fojas cinco, sostuvo que el día diez de febrero de dos mil diez, luego de haber buscado a su hija (la agraviada) la encontró cerca del baño de su domicilio que está a unos diez metros de distancia, y al llamarle la atención donde había estado, ella le dijo que en circunstancias que salía del baño, el encausado Erlin Urbino Caruajulca la cogió y que este abusó sexualmente de ella, por lo cual decidió denunciarlo; que esta misma versión la citada testigo la brindó con ocasión de rendir su declaración testimonial de fojas sesenta y dos - A, en la que además de lo ya relatado señala que la menor agraviada le contó que el encausado había abusado de ella en otras oportunidades en el monte y que la amenazaba para que no contara nada; que a ello se aúna el diagnóstico del Protocolo de Pericia Psicológica de fojas ciento uno, en el que se indicó que la menor agraviada presenta daño psíquico, pues evidencia una reacción compatible con estrés posttraumático compatible con estresor por violencia sexual; que, por tanto, se aprecia que la versión de la madre concuerda con la información que su menor hija le proporcionó el día en que se enteró que aquella había sido objeto de abuso sexual por parte del encausado; que, en consecuencia, su versión es verosímil y creíble, tanto más si –además de ser consistente y poseer coherencia interna– coincide, en sus aspectos esenciales, con la propia admisión de los cargos del encausado, efectuada en su instructoria de fojas setenta y cuatro y en el plenario a fojas doscientos cuarenta y dos, quien conforme se desprende del Protocolo de Pericia Psicológica de fojas ciento sesenta y nueve, frente a la denuncia efectuada en su contra ha buscado credibilidad tratando de mostrarse mejor de lo que es y propiciando que se dude de la vida sexual previa de la adolescente; que, por lo demás, si bien la sostenida declaración incriminatoria de la menor agraviada no está exenta de imprecisiones secundarias, estas no tienen la trascendencia suficiente para invalidarla como prueba de cargo y es, en cuanto al hecho básico objeto de acusación, uniforme y coherente en sus aspectos esenciales, sin que, por otro lado desde la perspectiva subjetiva, exista evidencia objetiva de que entre la agraviada o sus familiares y el encausado median relaciones basadas en odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de su declaración o sustentar una sindicación gratuita desvirtuándose lo alegado por el encausado en el sentido de que la denuncia en su contra obedece a un pleito que tuvo con el hermano de la agraviada, de lo cual no hay siquiera indicio o evidencia alguna que haga presumir ello. **Sexto:** Que, en tal contexto, cabe concluir que concurren los requisitos que debe contener el relato incriminador para dotarlo de fuerza acreditativa según el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco/CJ - ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco; y, por tanto, las pruebas de cargo reseñadas poseen aptitud suficiente para sustentar

la responsabilidad penal del encausado y desvirtuar el estatus de inocencia instaurado a su favor en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado. Séptimo: Que, la defensa técnica del encausado en la fundamentación de agravios de su recurso de nulidad sostuvo que se presentó en la conducta del encausado el error de comprensión culturalmente condicionado, en tanto, las relaciones sexuales se produjeron en el contexto de una comunidad campesina, ya que su patrocinado es agricultor y dado su escaso nivel de cultura ignoraba que su comportamiento era ilícito; que, asimismo, deslizado la tesis de un error de tipo, aun cuando expresamente no lo señala, sostuvo que las relaciones sexuales se dieron existiendo una relación de enamorados con la menor, esto es, con su consentimiento, quien además le indicó que tenía quince años de edad; que, al respecto, no solo no obra prueba que abone a favor de la tesis de defensa del encausado, sino que la prueba de cargo demostró que la menor agraviada y el encausado provienen del anexo Sauce Pampa del distrito de Oxamarca, esto es, no de una comunidad alejada de la ciudad que albergue costumbres distintas a las ciudadinas, por ende, no se evidencia que estos hayan internalizado como derecho consuetudinario el que a temprana edad una menor mantenga relaciones sexuales con una persona mayor de edad, es decir, no es costumbre en el lugar de origen de estas personas, tanto más que la agraviada ni su madre han asentido las relaciones sexuales a temprana edad como algo normal en su comunidad; que, asimismo, el hecho de que la menor haya señalado que el encausado le prometía casarse para mantener relaciones sexuales, ello dada la minoría de edad que ostentaba no era un consentimiento tácito para que se den las relaciones sexuales; que, por lo demás, la pretendida aplicación del error de tipo no es de recibo, pues el error de tipo, previsto en el primer párrafo del artículo catorce del Código Penal, es el desconocimiento o falso conocimiento de un elemento del tipo penal, que conduce, según su invencibilidad o vencibilidad, a la exclusión de la responsabilidad penal o la sanción de la infracción como culposa cuando estuviera prevista como tal en la ley: así, en el presente caso, el argumento del encausado de que incurrió en un error de tipo por realizar el acto sexual con la agraviada sin saber su verdadera edad, pues esta le había dicho que contaba con quince años, no solo carece de apoyo probatorio sino que además, fluye de autos que la agraviada en forma coherente y uniforme ha negado haberle dicho al imputado su edad y más bien el encausado ha mencionado esta circunstancia recién en sede judicial; que, de otro lado, desde el plano de la lógica y de la experiencia, no es verosímil que el encausado, dadas sus condiciones personales (adulto de veinte años de edad y con segundo año de educación secundaria), confundiera a una menor de doce años con una adolescente de quince –como afirma–, tanto más si consta el particular desarrollo físico de la agraviada según se aprecia del certificado médico legal de fojas ocho, en el que se indica su peso y medida; que, en tal sentido, se concluye que con relación a la información de su edad, las declaraciones de la agraviada, además de coherentes y uniformes, se corroboraron con datos objetivos; que, en consecuencia, la sentencia materia de grado se encuentra arreglada al mérito de lo actuado y a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos noventa, de fecha veintitrés de agosto de dos mil once, que condenó a Erlin Urbina Caruajulca como autor del delito contra la Libertad Sexual, en su figura de violación sexual de menor, en agravio de la menor identificada con las iniciales R.I.M.V., a veinte años de pena privativa de libertad, fijó en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada y dispone la aplicación del artículo ciento setenta y ocho - A del Código Penal, esto es que previo examen médico o psicológico que determine su aplicación será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S. LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA; BARRIOS ALVARADO; PRÍNCIPE TRUJILLO; VILLA BONILLA

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO I

Teoría general del error

I.	Definición de error	12
II.	Error de hecho y error de Derecho. Teoría de la unificación	13
III.	Error de tipo y error de prohibición	18
IV.	El error según su extensión y significado jurídico: el error esencial y el accidental	21
	1. El error esencial.....	22
	2. El error accidental	22
V.	El error evitable y el error inevitable	23
	1. El error evitable o culpable	23
	2. El error inevitable o inculpable	23
VI.	Las causas putativas de exclusión de pena	23
VII.	Teorías respecto al error	24
	1. Teoría del dolo estricta	24
	2. Teoría limitada o restringida del dolo	25
	3. Teoría estricta de la culpabilidad	26
	4. Teoría limitada o restringida de la culpabilidad	27
	5. El juicio de evitabilidad del error	29
VIII.	La ignorancia deliberada.....	32
IX.	La previsión de la causalidad y del resultado	37

CAPÍTULO II

El error sobre el conocimiento de los elementos del tipo: el error de tipo

I.	Definición del error de tipo.....	42
II.	El error de tipo en los elementos descriptivos y normativos del delito.....	43
	1. El error en los elementos descriptivos del delito	44
	2. El error en los elementos normativos del delito	45
III.	Naturaleza jurídica del error de tipo	48
IV.	Efectos del error de tipo: error de tipo invencible o inevitable y vencible o evitable	49
	1. Error de tipo invencible o inevitable	50
	2. Error de tipo vencible o evitable	52
V.	Supuestos que quedan fuera del contenido del error de tipo	53
VI.	El error de tipo en las leyes penales en blanco	55
VII.	El error en la agravación y atenuación de la conducta	56
	1. Error en la agravación de la conducta	56
	2. Error en la atenuación de la conducta	57

CAPÍTULO III

Casos especiales de error (accidentales)

I.	<i>Error in personam vel in objecto</i> (el error sobre el objeto de la acción)	59
	1. Definición del <i>error in personam vel in objecto</i>	61
	2. Naturaleza jurídica.....	64
	3. Efectos	67
II.	<i>Aberratio ictus</i> (error en el golpe)	72
	1. Definición del <i>aberratio ictus</i>	73
	2. Naturaleza jurídica del <i>aberratio ictus</i>	73

3.	Teorías sobre el tratamiento del <i>aberratio ictus</i>	75
4.	Efectos del <i>aberratio ictus</i>	75
III.	El <i>dolus generalis</i> y la consumación anticipada	83
1.	Definición de <i>dolus generalis</i>	84
2.	Naturaleza jurídica del <i>dolus generalis</i>	85
3.	Planteamientos de solución a los casos de <i>dolus generalis</i>	86
4.	La consumación anticipada	90

CAPÍTULO IV

El error en la conciencia de la antijuricidad: el error de prohibición

I.	Definición de error de prohibición	94
II.	Objeto del error de prohibición.....	96
III.	Formas del error de prohibición	97
1.	Error de prohibición directo.....	97
2.	Error de prohibición indirecto.....	100
IV.	Consecuencias penales del error de prohibición	101
1.	Error de prohibición vencible o evitable	103
2.	Error de prohibición invencible o inevitable	103

CAPÍTULO V

El error de comprensión culturalmente condicionado y la conciencia disidente (u objeción de conciencia)

I.	Definición de error de comprensión culturalmente condicionado	109
II.	Definición de conciencia disidente u objeción de conciencia	110
III.	Naturaleza jurídica del error de comprensión culturalmente condicionado y de la conciencia disidente.....	113

IV.	Elementos estructurales del error de comprensión culturalmente condicionado y de la conciencia disidente.....	119
1.	Conflicto de diversos sistemas de valores.....	119
2.	Falta de comprensión o falta de determinación del carácter delictuoso del comportamiento.....	121
3.	Grado de integración con el sistema cultural oficial: la vencibilidad del error.....	123
V.	La Constitución como parámetro de actuación.....	124
VI.	Peritaje antropológico.....	125
VII.	Consecuencias jurídicas del error de comprensión culturalmente condicionado y de la conciencia disidente.....	126
VIII.	El Acuerdo Plenario N° 1-2009-CJ-116	127

CAPÍTULO VI

El error de tipo al revés (tentativa inidónea) y el error de prohibición al revés (delito putativo o imaginario)

I.	El error de tipo al revés o la denominada tentativa inidónea o delito imposible.....	132
1.	Definición de la tentativa inidónea o delito imposible.....	133
2.	Naturaleza jurídica de la tentativa inidónea.....	135
3.	Circunstancias en las que la tentativa es inidónea.....	135
4.	Posiciones acerca de la punibilidad o no de la tentativa inidónea	138
5.	El agente provocador y el delito experimental.....	141
6.	La tentativa irreal o supersticiosa	142
II.	El error de prohibición al revés o el denominado delito putativo o imaginario.....	143
1.	Definición del delito putativo o imaginario.....	144
2.	Naturaleza jurídica del delito putativo o imaginario.....	145
3.	Casos en los que se produciría un delito putativo o imaginario	147
4.	Consecuencias jurídicas del delito putativo o imaginario	152

III. Delimitación entre tentativa inidónea y delito putativo.....	153
1. Ámbito no discutido.....	154
2. El ámbito discutido: errores que perjudican a uno mismo en el campo previo al tipo.....	156
Bibliografía.....	165
Jurisprudencia	171
Índice general.....	187

LIBROS CLAVES DEL DERECHO



EL ERROR EN EL DERECHO PENAL

UN ENFOQUE LEGISLATIVO,
DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

En los últimos años, el tratamiento del error en el Derecho Penal ha sido materia de diversas teorías científico-doctrinarias que, buscando respuestas a diversos problemas verificados en la práctica forense, convirtieron este tema en uno de los más atractivos en el campo de la parte general. En la presente obra se aborda la teoría general del error, el error sobre el conocimiento de los elementos del tipo (error de tipo), los casos especiales de errores accidentales o no esenciales, el error en la conciencia de la antijuricidad (error de prohibición), el denominado error de comprensión culturalmente condicionado y de la conciencia disidente (objeción de conciencia), la figura denominada tentativa inidónea o delito imposible y el delito putativo o imaginario.

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO

GACETA
JURIDICA

ISBN: 978-612-311-328-5



9 786123 113285