

# **UNIVERSIDAD SAN PEDRO**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICA



**Fundamentos jurídicos dogmáticos  
de la tipicidad subjetiva del tipo doloso: aplicabilidad del  
error de tipo en el delito de violación sexual.**

**Trabajo de suficiencia profesional para obtener título  
profesional de abogado**

**Autor**

**Bach. León Paucar Rubén Eymer**

Asesor

**Mg. Vargas Camiloaga Gustavo.**

Chimbote – Perú

**2018**



## DEDICATORIA

A Dios todo poderoso, porque ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar.

A mis padres, que en vida fueron *Faustino* y *Lucina*, quienes fueron pilares fundamentales en mi vida. A pesar de la distancia física, siento que están conmigo siempre, Quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación.

## **AGRADECIMIENTO**

A ti Dios, por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, porque hiciste realidad este sueño anhelado.

A la **UNIVERSIDAD SAN PEDRO**, por darme la oportunidad de estudiar y ser un profesional.

## PRESENTACIÓN

Presentamos a los miembros del jurado, el trabajo de suficiencia profesional titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS DOGMÁTICOS DE LA TIPICIDAD SUBJETIVA DEL TIPO DOLOSO: APLICABILIDAD DEL ERROR DE TIPO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL**. Tiene como objetivo analizar y explicar los puntos de vista de la doctrina (marco teórico), los alcances de la legislación nacional y los criterios de la jurisprudencia y los alcances del derecho comparado respecto a la institución jurídica del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

Así mismo responde a la exigencia administrativa y académica, puesto que, la misma servirá como medio de evaluación, para titular abogados, mediante la modalidad de trabajo de suficiencia profesional.

Para su procesamiento de investigación el trabajo monográfico se ha dividido en diez capítulos, sistematizados de la siguiente manera.

- Capítulo I: Antecedentes
- Capítulo II: Marco Teórico
- Capítulo III: Legislación Nacional
- Capítulo IV: Jurisprudencia
- Capítulo V: Derecho Comparado
- Capítulo VI: Conclusiones
- Capítulo VII: Recomendaciones
- Capítulo VIII: Resumen
- Capítulo IX: Referencia Bibliográfica
- Capítulo X: Anexos

**PALABRAS CLAVES**

Tema:	Error de tipo.
Especialidad:	Derecho Penal.

**KEYWORDS**

Text	Type error.
Specialty	Criminal Law .

Linea de investigation: Derecho

## INDICE GENERAL

	<b>Página</b>
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento .....	iv
Presentación.....	v
Palabras Claves .....	vi
Índice General.....	vii
Introducción.....	1
<b>CAPÍTULO I: ANTECEDENTES.....</b>	<b>05</b>
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>07</b>
<b>CAPÍTULO III. LEGISLACIÓN NACIONAL.....</b>	<b>22</b>
<b>CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>26</b>
<b>CAPÍTULO V: DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES.....</b>	<b>35</b>
<b>CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES.....</b>	<b>38</b>
<b>CAPÍTULO VIII: RESUMEN .....</b>	<b>39</b>
<b>CAPÍTULO IX: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>40</b>
<b>CAPÍTULO X : ANEXOS.....</b>	<b>41</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de suficiencia profesional aborda el tema referido a los **FUNDAMENTOS JURÍDICOS DOGMÁTICOS DE LA TIPICIDAD SUBJETIVA DEL TIPO DOLOSO: APLICABILIDAD DEL ERROR DE TIPO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.**

La misma que fue realizada con la finalidad de explicar los puntos de vista de la doctrina (marco teórico), los alcances de la legislación nacional y el derecho comparado y los criterios de la jurisprudencia y los alcances del derecho comparado respecto a la institución jurídica del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

El Error en el Derecho Penal Peruano debemos entenderlo como el conocimiento equivocado, desconocimiento o ignorancia de todos o alguno de los elementos del tipo objetivo, para referirnos al error de tipo y cuando el sujeto activo actúa en la creencia de que su comportamiento no está prohibido vale decir actúa en la creencia de que su conducta es lícita, para referirnos al error de prohibición.

Tratamiento especial merece el (condicionamiento cultural), tales como cuando el sujeto activo realiza un comportamiento tipificado en el Código Penal (CP) como delito, empero este comportamiento es normal dentro de su comunidad dada su cultura, caso peruano Los Aguarunas del Alto Marañón en una zona no muy lejana de la amazonia peruana, si un aguaruna es descubierto en adulterio, la comunidad aborigen castigará el hecho ocasionando tres cortes en el cuero cabelludo del responsable, asegurándose antes, que la incisión producida sea de extensión y de profundidad tales que pueda identificarse por la marca al autor de la relación adulterina (*delito de lesiones C.P. Peruano*), existen otros muchos casos. La solución a ésta problemática en el C.P. peruano se establece en el Art. 15 del C.P. que contempla el error de comprensión culturalmente condicionado.

Se señala que existe error de tipo cuando, el sujeto en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, por ende, no actúa dolosamente. Con ese “conocimiento”, cuya falta excluye al dolo típico, se hace referencia al elemento intelectual del dolo. Al respecto ya sabemos que es suficiente para el conocimiento la representación de que el propio actuar conducirá posiblemente a la realización de un tipo. El conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo. Así pues, quien p. ej. No se da cuenta de que el supuesto espantapájaros sobre el que dispara es una persona no actúa con dolo.

Por otro lado, el error de tipo no presupone ninguna falsa suposición, sino que basta con la falta de la correcta representación. Quien seduce a una muchacha que aún no tiene dieciséis años cumplidos actúa por tanto sin el dolo, no sólo cuando ha supuesto erróneamente una edad situada por encima del límite de protección, sino ya incluso cuando no ha realizado reflexión de ninguna clase sobre la edad de la muchacha; pues tampoco en ese caso conoce una “circunstancia que pertenece al tipo legal” (o sea la circunstancia de que la muchacha aún no tiene dieciséis años).

El error de tipo no afecta por tanto al conocimiento o al desconocimiento de la antijuridicidad, sino tan sólo al de las circunstancias del hecho. La terminología “*error de tipo*” ha sustituido en la doctrina actual la anteriormente empleada de “*error de hecho*”, del mismo modo que la expresión “error de prohibición” ha desplazado a la anterior de “*error de Derecho*”. La razón es que el tipo puede contener tantos elementos de hecho como de Derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento con independencia de si son de hecho o de Derecho.

Entonces queda precisado que se admite error de tipo cuando el agente realiza un comportamiento, desconociendo alguno o todos los elementos del tipo penal. Estos elementos pueden ser descriptivos o normativos del tipo penal. Así mismo decimos

que existe error de tipo cuando el sujeto actúa con conocimiento equivocado de algún elemento o todos del tipo objetivo.

Este trabajo de investigación académico está dividido en diez capítulos: el primer capítulo está referido a los antecedentes; el segundo capítulo aborda el tema de la revisión de la literatura o marco teórico; el tercer, cuarto y quinto capítulo están referidos a la legislación nacional, la jurisprudencia y el derecho comparado respectivamente; finalmente en los capítulos seis, siete, ocho, nueve y diez se presentan los temas referidos a las conclusiones, recomendaciones, resumen, referencia bibliográfica y los anexos.

Lo descrito, líneas arriba nos ha permitido en la presente investigación planteamos la siguiente interrogante:

**¿Cuáles son los fundamentos jurídicos dogmáticos de la tipicidad subjetiva del tipo doloso: aplicabilidad del error de tipo en el delito de violación sexual.**

**Objetivos del estudio. -**

Los enunciados que pretendemos alcanzar en la investigación con relación al objeto de estudio son:

**- Objetivo General. –**

Explicar los fundamentos jurídicos dogmáticos de la institución jurídica del derecho penal y procesal penal, referido a los fundamentos jurídicos dogmáticos de la tipicidad subjetiva del tipo doloso: el error de tipo invencible.

**- Objetivo Especifico.-**

- Analizar y explicar los criterios de la doctrina respecto a la institución jurídica del derecho penal y procesal penal, referido a los

fundamentos jurídicos dogmáticos de la tipicidad subjetiva del tipo doloso: el error de tipo invencible.

- Analizar y explicar los alcances de la legislación nacional y los criterios de la jurisprudencia, respecto a la institución jurídica del derecho penal y procesal penal, referido a los fundamentos jurídicos dogmáticos de la tipicidad subjetiva del tipo doloso: el error de tipo invencible.
- Analizar y explicar los alcances del derecho comparado respecto a la institución jurídica del derecho penal y procesal penal, referido a los fundamentos jurídicos dogmáticos de la tipicidad subjetiva del tipo doloso: el error de tipo invencible.

## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES

#### 1.1. Antecedentes Nacionales. –

<b>Título</b>	<b>Fundamentos jurídicos dogmáticos de la tipicidad subjetiva del tipo doloso: aplicabilidad del error de tipo en el delito de violación sexual</b>
<b>Autor</b>	<b>Zusman</b>
<b>Resumen</b>	<p>El Error es un tema sumamente complicado y no existen posiciones únicas en su tratamiento. Dentro del derecho se entiende por error el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de la buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo<sup>1</sup>. Cabe aquí, distinguir entre el error y la ignorancia, en el primero se da un conocimiento acerca de un punto en particular, pero, éste no va acorde con la realidad o verdad de las cosas, mientras que el segundo, se trata de una falta de conocimiento total, esto puede deberse a la falta de instrucción, capacitación, de descuido o una simple negligencia.</p> <p>La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que el error es un conocimiento incompleto o un conocimiento falso. Pero, esto que psicológicamente es de extrema importancia, en el derecho positivo no interesa. Tal como dice Zusman ( 1985): «El error consiste en la falsa representación de la realidad, determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte de conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de tales circunstancias».</p> <p>La ignorancia y el error pueden ser de hecho o de derecho, pero las leyes suelen unificar su tratamiento dándoles los mismos</p>

	<p>efectos El presente trabaja se ocupará del error dentro del derecho penal. Dentro de nuestro Código Penal encontramos que el error puede ser de dos clases: de tipo y de prohibición, estos nombres no obedecen al afán de ser novedosos con las palabras, sino que expresan contenidos distintos de los que corresponden a las denominaciones tradicionales de error de hecho y error de derecho. Mientras la denominación de error de hecho o de derecho distinguían entre lo fáctico y lo jurídico, con independencia de su ubicación en una contemplación global del hecho, el error de tipo se refiere a los elementos que forman parte del tipo penal, que pueden ser fácticos, subjetivos y valorativos, todo esto se encuentra a nivel de la tipicidad; en cambio, el error de prohibición tiene que ver con la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad, lo encontramos a nivel de la antijuricidad pero, lo analizamos a nivel de la culpabilidad, según el esquema de la teoría finalista.</p>
<b>Fecha</b>	<b>2018</b>

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Tipicidad subjetiva del tipo doloso. -

La tipicidad se estructura en base a dos aspectos: tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva; este *último* comprende el estado psicológico del agente concordante a la “acción típica” (objetivamente descrito en el tipo penal) (Villa, 2001).

El aspecto subjetivo del tipo, está compuesta por las relaciones al mundo interno del autor, utilizadas para describir la acción incriminada. El “dolo” es su elemento principal (Hurtado, 2005). Las conductas lesivas a los bienes jurídicos protegidos son de dos clases: “dolosas” y “culposas”.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art.12° CP, en principio, se tiene como regla general que las penas previstas en la ley penal, se atribuyen siempre al autor de la comisión u omisión “**dolosa**”. En tanto los tipos penales culposos deberán estar expresamente establecidos en la ley.

##### 2.1.1. El dolo. -

Se ubica dentro del ámbito de la tipicidad subjetiva. El dolo es conocimiento y voluntad que tiene el autor para la realización de todos los elementos del tipo objetivo. Quien realiza una acción, *sabe lo que hace y quiere actuar*. Ese estado psicológico – subjetivo- en el ámbito del tipo penal se le conoce como “dolo” (Gomez, 1988). Para que una acción se adecue a un “tipo” es necesario que se haya llevado con una *finalidad típica* (dolo), cada tipo doloso requiere un dolo determinado (no se puede matar a alguien, cuando se tiene el dolo de violar a una mujer).

(Welzel, 2000), sostiene que el dolo, como mera resolución, es penalmente irrelevante, ya que el Derecho penal no puede alcanzar al puro ánimo. Solo en los casos en que conduzca a un hecho real y lo gobierne pasa a ser recién penalmente relevante;

de esta manera se recalca que la voluntad del sujeto agente debe manifestarse o exteriorizarse. Lo define como aquel en el cual el autor quiere la típica violación del mandato y hacia ella endereza su conducta (quiere el resultado o la actividad con la que consuma su delito).

(Bacigalupo, 1999) indica: “el dolo, es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo.

Gomez (1988), por su parte nos dice: “el dolo, es el conocimiento y la voluntad de la realización de todos los elementos objetivos del tipo”.

### **2.1.2. Elementos de la tipicidad subjetiva distintos del dolo.-**

El, dolo, con frecuencia va acompañado de otros elementos de naturaleza subjetiva; es decir, que requiere otros elementos subjetivos del tipo, además del “dolo”. Estos elementos son los denominados:

**1) Elementos Subjetivos de Tendencia Interna Trascendente.** - Usualmente se destaca con la preposición: “para” o “con el fin de”, no es necesario, que la finalidad u objetivo se obtenga para que se consuma el hecho típico.

Ejemplo: “para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden” (Fingiendo de Estado de Parto – Art. 144° CP); “para obtener provecho” (Hurto – Art. 185° CP); “con la finalidad de obtener una ventaja económica” (Extorsión – 200° CP).

**2) Elementos Subjetivos de Tendencia Interna Peculiar.-** También se les denomina “con cierto ánimo” (animus injuriandi, animus libidinoso o mórbido, animus lucrandi ).

Por ejemplo: en la “Alevosía”, se aprovecha de la indefensión de la víctima, pero no se cualquier indefensión; en el “Hurto Calamitoso”, no basta el desastre –como

elemento objetivo del tipo- sino también aprovecharse la situación de indefensión, que por el infortunio se encuentra la víctima.

Asimismo, tenemos, entre otros: el móvil, “modo de ejecución”, “el propósito”, etc. Constituyen el núcleo de la acción (Hurtado, 2005).

### 2.1.3. Estructura del dolo. -

El “dolo” es el núcleo central de la parte subjetiva de la “tipicidad”, que comprende a su vez dos aspectos: un acto de conocimiento o **intelectual**, consiste en saber todo lo que se arroja es una bomba, dicho artefacto explosivo es capaz de matar, y a quien se le arroja es a su enemigo (blanco de su acción); y otro acto de voluntad o **volitivo**, es la voluntad de realizar el hecho delictivo, “dar muerte”. El dolo es querer el resultado típico, dirigido u orientado por el conocimiento de los elementos de la “tipicidad objetiva”. Consecuentemente, para que una conducta puede calificarse de “dolosa” se requiere que haya una armonía en cuanto a los dos aspectos de la “tipicidad” (es decir tanto en el aspecto objetivo como en el aspecto subjetivo), al cual se le denomina “congruencia típica”.

- a) **El Conocimiento** (Elemento Cognitivo). Conciencia de realizar el tipo objetivo. Implica que el autor conoce su acción real, actual y efectiva. Se requiere que el conocimiento debe estar presente al momento en el que se realiza el hecho, además debe ser efectivo, por cuanto el agente debe tener un conocimiento aproximado de la significación social y jurídica de ciertos elementos.

No se requiere tener un conocimiento exacto o científico, sino propio de una persona promedio, como tampoco se exige que el sujeto conozca que el hecho que realiza, está en contra del ordenamiento jurídico (no se requiere tener conocimiento de todos los elementos del tipo con la misma intensidad).

Por ejemplo, se pueden conocer por sentido común los conceptos de: “matar”, “robar”, “destrozar”, etc., (elementos descriptivos), son normas prohibitivas, por tanto, no deben realizarse.

- b) La Voluntad** (Elemento Volitivo). Facultad de auto determinarse. El autor quiere realizar los elementos objetivos del tipo, para que se produzca un resultado lesivo o se ponga en peligro el bien jurídico. Va dirigido a un fin (quiere el resultado).

El dolo no es solo una previsión del hecho, sino también es la voluntad de ejecutarlo, es decir va dirigido a un fin, porque el autor quiere que se produzca un hecho. Para que exista dolo, no solo es saber (conocimiento), sino también es querer hacerlo (voluntad).

#### 2.1.4. Clases de dolo. –

En el dolo, el grado del elemento intelectual o volitivo, del agente será valorado según su intensidad (sea mayor o menor el elemento intelectual o volitivo). El dolo se clasifica en: dolo directo (que, a su vez, puede ser *dolo de primer grado* o *dolo de segundo grado*) y dolo indirecto.

**a. Dolo directo:** El autor sabe y quiere un resultado que una norma prohibitiva pretende evitar, o que una norma obligatoria pretende hacer cumplir. Existen dos clases de dolo directo:

- i. Dolo directo de primer grado.** Denominado también “dolo inmediato”; en este caso el autor realiza su acción en forma directa, porque quiere que se produzca el resultado, descrito en el tipo (ha tenido esa finalidad).

Por ejemplo: “A” quiere que muera su enemigo “B”, le dispara (con certera puntería impacta el proyectil en la cabeza) y lo mata.

El autor en forma directa ha conseguido satisfacer su deseo de eliminar a su víctima.

- ii. Dolo directo de segundo grado.** Denominado también “dolo mediato” o de “consecuencias necesarias”. El autor persigue un concreto fin con su acción, actúa con un objetivo, aceptando que su acción dará lugar a un determinado delito.

Podemos decir –según nuestra posición– que, en el dolo de segundo grado, se presenta en el autor dos hipótesis: primero dirige su acción “con dolo directo de *primer grado*” con la finalidad de realizar un determinado hecho delictivo, cuál es su objetivo (primer delito), y segundo que para acceder el primer delito tiene que necesariamente efectuar un daño colateral en otro tipo penal (segundo delito). Este último es el dolo de segundo grado.

Creus, (1992) indica: “*es aquel en el cual el autor, dirigiendo su acción hacia determinada violación típica del mandato, conoce que al realizarla, necesariamente producirá otros hechos antijurídicamente típicos*”.

Por ejemplo: “A” quiere matar a “B” (un magnate) quien siempre se encuentra resguardado por miembros de su seguridad. Entonces “A” pone un artefacto explosivo en el auto de “B” (a quien realmente quiere matar) y al explotar muere el chofer “C” y sus guardaespaldas “X” y “Z” (tuvo que matarlos porque no tenía otro camino). En aquel caso, “A” habrá actuado con dolo directo de primer grado sobre “B” y con dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias sobre “C”, “X” y “Z”.

Verbigracia: el famoso caso “Thomas”, acaecido en el año de 1875, en el que el autor colocó un poderoso explosivo en un barco

para cobrar el seguro previsto para el hundimiento. Aunque el autor inicialmente no esperaba que muriera alguien, sin embargo sabía que ello era inevitable y lo hizo (Mir, 2002).

**b. Dolo indirecto (eventual):** Denominado también, “dolo condicionado”. En el autor se presenta el resultado como probable o de posible realización, pero este no quiere que sea resultado se produzca, sin embargo “asume” lo que ha de venir por distintos motivos que el los justifica. Su estructura se distingue del dolo directo, ya que se tiene conocimiento, pero falta una “voluntad real” (encubre su voluntad bajo una falsa esperanza).

Por ejemplo “A” (corredor automovilístico) estando en competencia, advierte que “B” (peatón) cruza la pista, no obstante, sigue adelante, sin renunciar a su acción, aceptando la posibilidad de que pueda producir dicha muerte [juega a la ruleta rusa, sin importarle el resultado que pudiera producirse]. El corredor había advertido el peligro y sabía que se podía producir en resultado homicida, pese a que no quiso matarlo al peatón, no le importo atropellarlo porque para él lo más importante fue su objeto de ganar la carrera (el dolo eventualmente)

**c. Diferencia entre el dolo eventual y culpa consiente.** - El dolo eventual y la culpa consiente tienen una estructura común, puesto que en ambos casos el autor se le representa el peligro.

La diferencia está en que en el “dolo”, el agente conoce bastante la posibilidad de que su acción puede producir un resultado, pero no lo desea, sin embargo acepta su adjudicación; en cambio en la “culpa”, el autor mide el peligro, pero confía en que no se producirá, por lo que no asume el resultado con voluntad.

Mir, (2002), estima, la comunidad de origen existente entre el dolo eventual y la culpa consciente, pues en ninguno de ambos conceptos se desea el resultado y en ambos conceptos reconoce el autor la posibilidad de que se produzca el resultado.

En el *dolo eventual* y la *culpa consciente*, se tiene una estructura comun: En ambos: **no se desea el resultado, pero se conoce la posibilidad de que se puede producir un resultado.**

La diferencia sustancial entre estos dos es que el autor en el *dolo eventual* asume el resultado (no le importa), en tanto, en la *culpa consciente*, no asume el resultado (confía en que no se producirá).

El “dolo eventual” desde tiempos atrás, ha presentado grandes problemas conceptuales, sobre todo por su proximidad con la “culpa consciente” (Bustos, 1986). Hasta ahora persisten estos problemas para diferenciarlos, de ahí que han surgido diferentes propuestas doctrinales para determinar si un hecho es considerado “doloso” o “culposo”. Son tres teorías las mas aceptadas:

- **Teoría del Consentimiento.** En el autor se ha representado conscientemente el resultado y este debe aprobarlo o no, si sabe que con su acción podrá tal vez provocar un resultado típico, estamos frente a un *dolo eventual*; en cambio si cree en la posibilidad de que no va a producir un resultado típico habría culpa consciente.

En el dolo eventual el autor prefiere actuar a pesar de la virtualidad del peligro (consciente aprueba el desenlace). Como indica en su fórmula (Maurach, 2001) “*sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, de todos modos yo actúo*”. En cambio en la culpa consciente el autor omite la acción

supuestamente causante del resultado, al saber con certeza que ella debía desencadenar el resultado típico.

- **Teoría de la Probabilidad.** Denominada también “teoría de la representación”. Esta teoría propone, que lo determinante es la mayor o menor probabilidad que el autor advierte sobre el resultado. El autor mide y aprueba: si fuera alta (dolo eventual), si fuera baja (culpa consciente).
- **Teoría Eléctrica.** Esta teoría –doctrina moderna- surge como una alternativa a las dos anteriores –combina las dos teorías- y es la más acertada.

Extrae que el dolo eventual se construye con el elemento de “*seria probabilidad*” de que ocurra un determinado resultado, con el elemento voluntario del cual el autor se resigna, es decir debe tomar en serio la posibilidad de que ocurrirá un resultado de un delito y que se conforme con ello, si fuera así estamos frente a un dolo eventual.

El ejemplo que plantea Bramontarias, (1998), sobre el caso de dos personas que se apuestan \$500.00 dolares americanos a la “ruleta rusa”, donde un revolver es cargado con una sola bala, haciendose girar la recamara de manera que se desconoce el disparo exacto en el que saldra el proyectil, y uno de ellos fallece a consecuencia del disparo, es un caso típico de “dolo eventual”.

#### **2.1.5. Ausencia de dolo. –**

La ausencia de dolo es cuando el sujeto agente, no tiene voluntad para que se produzca un resultado delictivo. No se conduce a un hecho real que pueda dominarlo, por lo que no podrá exteriorizar su voluntad. De darse un supuesto hecho sin que exista “dolo” no se podrá estructurar el tipo penal.

### a. Error de tipo. –

El error este tratado en el Art. 14° CP. El texto legal acoge dos formas de error construidas por la moderna dogmática alemana: error de tipo -del cual nos vamos a ocupar en este capítulo- y error de prohibición -nos ocuparemos más adelante.

El error de tipo, es una falsa valoración o representación que el sujeto, hace de los hechos. No hay dolo cuando se equivoca o ignora alguno o todos los elementos integrantes del *tipo objetivo* o respecto a una circunstancia que agrava la pena. En eso radica el error de tipo, que excluye por completo el dolo.

Cabe precisar que el error de tipo puede referirse a sus elementos tanto de hecho como de derecho. No se puede identificar al error de tipo, con el error de hecho –como se hacía antes-. Nuestra legislación penal ha remplazado esa terminología tradicional de: error de hecho y error de derecho.

Como dice Muñoz Conde (Muñoz, 1999): *“el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye al dolo”*. Más adelante agrega este autor: *“El error de tipo, igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse, por tanto, a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sea de naturaleza descriptiva (cosa, explosiva) o normativa (ajena, documento)”*.

A decir de Bustos Ramírez (Bustos, 1986): *“El supuesto de ausencia de dolo más frecuente y más importante constituye lo que en doctrina se conoce como error de tipo. El error excluye el dolo, pues conlleva la falta del elemento cognitivo”*.

Por ejemplo: quien mata a una persona creyendo que se trata de un animal (incurre en error de tipo de homicidio), de igual forma quien gira un cheque bancario creyendo que tiene suficientes fondos económicos, (incurra en error de tipo de libramiento indebido); quien coge una casaca ajena –equivocadamente- creyendo que

le pertenece, cuando en realidad es de otra persona (incurre en error de tipo de hurto). Al igual que aquel que mantiene relaciones sexuales con una menor de edad –con su consentimiento- creyendo que ella es mayor de edad (incurre en error de tipo de violación sexual a menor).

### **b. Clases de error de tipo. -**

El código penal - Artículo 14° del Código Penal. - prescribe: *“El error sobre el elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuera vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley”*. Según nuestra legislación penal –entonces-, existen dos clases de error de tipo:

a) Error de tipo Invencible. El error se presenta, cuando el sujeto aun actuando con la diligencia debida, no hubiese podido darse cuenta de su error (Bramontarias, 1998) (es inevitable). En este caso, la norma excluye el dolo y la culpa, la acción no podrá encuadrarse al tipo penal; por tanto, quien actúa bajo esta clase de error no será objeto de sanción (el hecho es atípico).

Muñoz, (1999) precisa: *“el error invencible, es aquel que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia, excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia, por lo que ni siquiera puede hablarse de tipo penal”*.

Por ejemplo: “A” y “B” se van de caza, a un bosque lejano donde esta permitido realizar dicha actividad (saben que existen animales salvajes). “A” dispara sobre “B” quien se encontraba disfrazado como un “oso” (habia llevado el ropaje para asustarlo a su amigo), y lo mata creyendo y convencido de que en verdad se trataba de un “oso”.

La accion de “A” no tenia como finalidad matar a un hombre, sino el dominio de voluntad tenia como resultado la muerte de un oso. Dicho accion, no podra adecuarse al tipo penal de homicidio, por una incongruencia entre la **“accion típica”**

(como elemento objetivo del tipo) y el “**dolo**” de querer matar a un hombre (como elemento subjetivo del tipo).

La conducta de “A” no habría podido ser superada ni aun empleando una gran diligencia, por las siguientes razones: **1)** en ese lugar habitaban animales salvajes y se practica la caza, **2)** el mismo agraviado había creado un riesgo y una confusión al haberse disfrazado de un oso, **3)** “A” y “B” habían ido al bosque con el propósito de cazar animales salvajes, **4)** “A” estaba seguro que disparaba a un oso salvaje, **5)** dada a las circunstancias en que se producían los hechos su acción era “inevitable”.

En este caso, se tiene que el comportamiento de “A” cae en un “error de tipo invencible” (se excluye el dolo y la culpa).

**b) Error de Tipo Vencible.** Se da cuando el autor pudo haber evitado el error si hubiera actuado con la debida cautela (**es evitable**). El autor de toda manera será sancionado, atenuándose la pena, será considerado su acción como “culposa” (siempre que estuviera prescrito en la ley penal como tal).

Se excluye de dolo, pero deja subsistente la “culpa” (deja abierta esa posibilidad). Esto es debido a que, si el sujeto no actuó con la diligencia debida, está comportándose de una manera imprudente. Si bien es cierto no ha actuado queriendo el resultado, no es menos cierto que debe ser sancionado por haber infringido un deber de cuidado, el cual produjo un resultado lesivo.

Muñoz, (1999) al respecto indica: *“el error cuando sea vencible, deja subsistente una posible responsabilidad, a título de imprudencia, cuando este especialmente prevista esta forma de realización del tipo”*.

Peña, (1997) indica: *“cuando el error esencial es vencible, el autor ha podido evitar el error si hubiera actuado con la debida cautela. Bien el delito será sancionado como culposos, logicamente si el Derecho positivo así lo contemplara”*.

Por ejemplo: “A” con su amigo “B” y ambos con sus familias se van de paseo a un campo abierto usado como lugar de esparcimiento familiar, el primero habia llevado consigo su escopeta (por si acaso se presentara la oportunidad de cazar algun animal salvaje). Luego “A” dispara sin tomar ninguna precaucion, sobre los arbustos que se mueven creyendo que se trataba de un animal; sin embargo mata a su amigo “B”, que se encontraba en esos momentos por ese lugar.

En el comportamiento de “A”, habria siempre una “ausencia de dolo”(se excluye), pero subsiste su imprudencia (culpa).

El autor no actuo con la diligencia debida, su accion se debe a una ligereza de su parte (falta de cautel).

Consecuentemente “A” habra actuado con un error de tipo vencible en la accion de “matar a otro”, y debera ser sancionado por el delito de homicidio en forma culposa.

#### **2.1.6. Otras modalidades particulares. –**

Dentro del tema de error, existen casos especiales u otras modalidades de error de la acción típica, que merecen especial atención. El comportamiento que el sujeto agente realiza recae sobre distintos elementos típicos. Estos son:

##### **a) Error Sobre el Objeto de la Acción (Error In Objeto Ver In Persona):**

La acción realizada por el autor se ejecuta equivocadamente sobre un objeto (cosa o persona) diferente al que quería o pretendía lesionar.

Gomez, (1988) afirma: “Se trata de casos de error sobre el objeto de la accion, que puede ser una persona o un objeto material”.

En estos casos, el autor incurre en una confusion sobre las características o la identidad del objeto de la accion (sea persona o cosa). En esta modalidad de error, se pueden presentar dos hipotesis:

Por un lado, se considera que el **error es irrelevante**, si el objeto sobre el cual recae la acción no implica variar o alterar la valoración jurídica penal del hecho respecto al que se creía cometer (la lesión se produce con igual intensidad). Es irrelevante la cualidad del objeto (Muñoz, 1999). Por ejemplo: “A” destruye el automóvil de “C”, creyendo que se trataba de la propiedad de “B” (del cual sí quería destruirlo). En este caso es irrelevante, porque de igual forma se ha destruido un valor patrimonial automóvil (bien jurídico tutelado por la norma), por tanto existirá un único delito de daños - Código Penal: Artículo. 205-. Verbigracia: “A” mata a “C”, creyendo que se trataba de “B” (hermano gemelo de “C”, a quien se pretendía matar). Lo importante es que el objeto sea equivalente u homogéneo al tipo penal.

Por otro lado, se considera que el **error es relevante**, cuando el resultado es considerado más grave o menos grave del pretendido a causa del error. Es decir, cuando los objetos son heterogéneos, el error dará lugar a un concurso entre el delito que quería realizar el sujeto y el resultado (Muñoz, 1999). Por ejemplo “A” quiere matar a su padre “B”, pero por confusión en la identidad de la persona, mata a “C”, quien es un extraño. En este caso, el error sobre el objeto de la acción podría ser considerado relevante, puesto que la intencionalidad dolosa de “A” traería “**aparentemente**” consigo, un concurso ideal de tipos penales: “Parricidio” (Art. 107° CP) en grado de tentativa, por querer matar a su padre, y de “Homicidio Simple” –doloso consumado- (Art. 106° del CP), por haber matado a “C”. Pero como quiera que “A” solo ha tenido la intención (fase interna del *iter criminis*) de matar a su padre, y el resultado ha sido la muerte de “C”, no existe un nexo de causalidad real entre la acción y el objeto inicial que se quería (es inexistente la muerte del padre, como resultado). Por tanto “A” solo podrá responder por el tipo correspondiente al resultado, es decir por el delito de “homicidio simple”.

**b) Error en el Golpe (Aberratio Ictus):** Esta modalidad, se presenta cuando el autor queriendo producir un resultado determinado, yerra con su acción sobre otro objeto (persona o cosa) distinto del que quiere alcanzar. La acción va dirigida según su voluntad consciente a un objetivo determinado, sin embargo, en el curso o trayecto es desviado y esta acción recae en otro objeto distinto al querido por aquel. (Error en la ejecución).

Por ejemplo: “A” quiere matar a “B”, dirige su puntería contra él y dispara, sin embargo, por su “mala puntería”, la bala cae sobre “C” y lo mata. En este caso, la solución al problema del error en el golpe, será el concurso ideal de delitos. “A” será responsable penalmente, por el delito de homicidio en grado de tentativa (con relación a “B”) y también cometerá delito de homicidio culposo consumado (con respecto a “C”).

Verbigracia: “A” quiere matar a “B” quien se encontraba cabalgando un caballo, pero el proyectil cae sobre el animal. La solución en este caso, “aparentemente” sería un concurso ideal de delitos. No obstante “A” solo responderá por el delito de homicidio en grado de tentativa (con relación a “B”); y el daño ocasionado al caballo sería irrelevante penalmente –por haberse producido en forma culposa- y según el sistema *numerus clausus*, no existe el tipo penal de “daños culposos”.

**c) Error sobre el Nexo Causal:** Las desviaciones accidentales que no afectan a la producción del resultado que el autor ha querido es “relevante” penalmente a la acción del tipo penal descrito (así se produzca el resultado posteriormente). Por ejemplo: “A” dispara sobre “B” con la finalidad de matarlo, pero en ese momento solo lo hiere, a los pocos días muere a causa de la gravedad de la herida (existe una conexión entre la acción y el resultado, no se rompe el nexo causal), por tanto, la acción de “A” será adecuada al delito de homicidio doloso consumado. Distinto es el caso, cuando se trata de un hecho penalmente irrelevante a la consumación del resultado (intervención de otras causas ajenas). Entre la representación del

autor y el suceso acaecido hay una divergencia esencial, esto es, si el resultado final se produce de un modo totalmente desconocido a la acción del autor (ruptura del nexo causal), el hecho solo podrá imputársele por el resultado inicial de la acción. Por ejemplo –tomando el caso anterior- “**B**” luego de haber sido herido de bala, al estar en recuperación en la sala de un hospital (hasta allí llega el nexo causal) muere, pero a causa de un incendio producido en el nosocomio. En este caso, el autor solo será responsable penalmente por el delito de homicidio en grado de tentativa (allí se rompe el nexo causal), aunque faltase el resultado implícito en la acción típica inicial. Se analiza con la imputación objetiva.

- d) **Dolus Generalis:** Supone la presencia de dos actos; el primero de los cuales es tomado en forma errónea por el autor, creyendo que ha conseguido el resultado perfecto, lo que da motivo su adhesión a un segundo acto, que es lo que realmente conduce a la producción de un resultado –deseado por el sujeto-. El autor cree haber consumado el delito que perseguía, cuando en realidad la consumación se produce por un hecho posterior.

Por ejemplo: “**A**” con una almohada queriendo matar a “**B**” lo asfixia, luego en la creencia se haberlo matado (pero en realidad “**B**” no había muerto solo se había desmayado) lo arroja a un barranco y recién cuando cae a las aguas del río, muere ahogado. En este caso, lo más justo es apreciar un solo delito doloso consumado, porque el sujeto quería matar a su víctima y finalmente lo ha conseguido (Melgarejo, 2014).

## **CAPÍTULO III**

### **LEGISLACION NACIONAL**

#### **3.1. Código Penal. –**

##### **Decreto Legislativo N° 635**

##### TITULO II

##### DEL HECHO PUNIBLE

##### CAPITULO I

##### BASES DE LA PUNIBILIDAD

##### Artículo 14.- Error de tipo y error de prohibición

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.

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.

Para poder afirmar que una acción es constitutiva de delito es necesario comprobar, en primer lugar, que la acción es “típica”, esto es, que se adecua a un tipo penal (doloso o culposo); además de ello, es necesario comprobar, en segundo término, que la acción típica es también “antijurídica”, esto es, que en el caso concreto no está excepcionalmente autorizada por una causa de justificación.

Pero de la comprobación de la tipicidad y la antijuridicidad de la acción (pues la tipicidad y la antijuridicidad son cualidades que se sólo pueden predicar de la “acción”) solamente es posible deducir que estamos ante una acción o un hecho “ilícito” (un hecho que viola el Ordenamiento Jurídico). El carácter delictivo del hecho ilícito (típico y antijurídico) exige comprobar, en tercer lugar, por último, que ha sido realizado por un “autor culpable” (la culpabilidad es una cualidad que sólo se puede predicar del “autor” del hecho ilícito).

Pues bien: ¿cuándo puede afirmarse, o bajo qué condiciones puede afirmarse, que el autor de un hecho típico y antijurídico es, además, culpable del mismo y, por consiguiente, autor de un delito?

Culpable es el autor que ha podido actuar de otro modo por haber sido accesible al mandato normativo, esto es, porque le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma. Dicho de otro modo, culpable es el autor que ha podido comportarse con arreglo a Derecho y no lo ha hecho a pesar de haber sido accesible al mandato normativo. Desde este punto de vista, el primer requisito de la culpabilidad (o condición para que se pueda afirmarse la accesibilidad al mandato normativo) es que el autor haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho. Para ello es necesario que haya podido saber que lo que estaba realizando era un hecho ilícito (un comportamiento prohibido con carácter general y, en el caso concreto, no excepcionalmente autorizado por una causa de justificación). Si al autor le falta esta posibilidad, si el autor no ha podido “comunicarse” con el Derecho, no puede decirse que haya podido motivarse por las normas<sup>2</sup>. Y esta posibilidad desaparece –quedando excluida la culpabilidad- cuando el autor actúa con error de prohibición invencible (art. 14, 2 CP).

### **3.2. El error de prohibición: concepto y clases. –**

El punto de partida para una correcta interpretación del art. 14 CP debe ser el siguiente: superadas las expresiones lingüísticas antiguas y tradicionales que distinguían entre “error de hecho” y “error de Derecho”, debe distinguirse el llamado “error tipo” (en el que falta el conocimiento de los elementos configuradores de la tipicidad), regulado en el núm. 1 del art. 14, y el denominado “error de prohibición” (o errónea conjetura de estar obrando en términos correctos de licitud) que se regula en el art. 14, 2 CP. El error de prohibición, esto es, la creencia errónea de estar obrando lícitamente supone que el autor yerra sobre la significación jurídica de su acción, por lo que cree - erróneamente- estar actuando en términos de correcta licitud.

1. La doctrina y la Jurisprudencia dominantes en España -dónde el art. 14 CP no difiere sustancialmente del art. 14 CP peruano- distinguen diversas clases de error de prohibición: el error de prohibición directo y el error de prohibición indirecto; tanto uno como otro pueden ser, a su vez, vencible e invencible.

**A.** El error de prohibición directo es aquel que recae sobre los mandatos o prohibiciones (abstractos) de la ley penal: el sujeto no sabe que la ley penal prohíbe u ordena un determinado comportamiento.

Ejemplos: el sujeto no sabe que es delito apropiarse de las cosas perdidas; o por una interpretación incorrecta cree que a su acción no le es de aplicación el tipo de la estafa; o entiende que para el ejercicio de determinada profesión no se precisa título académico alguno; o cree despenalizado el aborto dentro de las doce primeras semanas de gestación; o considera no vigente una determinada disposición legal, bien por entenderla derogada, bien por entenderla contraria a la Constitución, etc. El error de prohibición puede consistir, lógicamente, constituyendo una simple modalidad del mismo, en un *error de comprensión culturalmente condicionado* (art. 15 CP peruano). Por ejemplo, el autor, que presentaba una formación cultural propia de su origen de la selva ecuatoriana, creía que el acceso carnal con una menor de trece años era lícito con tal de que la menor prestase su consentimiento (SSTS español de 18 de abril de 2006, 14 de diciembre de 2007, 2 de abril de 2009 y 19 de mayo de 2009).

**B.** El error de prohibición indirecto es el que recae sobre las causas de justificación que excepcionalmente autorizan la violación de las normas penales: es decir, que, aunque el sujeto sabe que lo que hace está prohibido con carácter general, se cree no obstante excepcionalmente autorizado por una causa de justificación -que en realidad no concurre- a actuar como lo hace. Dentro de esta modalidad de error de prohibición suelen distinguirse, a su vez, distintos supuestos: el error sobre la existencia de una causa de justificación, el error sobre los límites de una causa de justificación y el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación.

**a.** El error sobre la existencia de una causa de justificación se produce cuando el sujeto supone a su favor una causa de justificación que no existe en el ordenamiento jurídico.

Ejemplos: el médico opera contra la voluntad del paciente creyendo ejercitar un derecho de la profesión médica que, en realidad, no existe; el agente de la autoridad mata a otro creyéndose amparado por la inexistente causa de justificación de la llamada "ley de fugas" (disparar sobre el que huye después de haber recibido el alto), etc.

**b.** El error sobre los límites de una causa de justificación concurre cuando el sujeto yerra sobre el alcance de una causa de justificación admitida por el ordenamiento jurídico.

Ejemplos: el sujeto cree que la Ley autoriza los castigos corporales de cierta entidad a los niños propios o ajenos; el sujeto se cree autorizado a matar en legítima defensa para evitar que le quiten el reloj; el subordinado cumple una orden manifiestamente antijurídica creyendo que su deber de obedecer es ilimitado; el marido separado entra en lo que constituye la morada de su mujer, sin su autorización, para recoger sus objetos personales porque se cree que tiene derecho a hacerlo, etc.

## **CAPÍTULO IV**

### **JURISPRUDENCIA**

En la actualidad la jurisprudencia – es una acepción amplia- es entendida como la doctrina o criterios de interpretación del derechos establecida por los tribunales, de cualquier clase y categoría, al decidir las cuestiones que se les someten” (Oré Guardia Arsenio y Prado, 2017). Sin embargo, en virtud de que los tribunales están integrados en una estructura que, desde el punto de vista procesal, es jerárquica; y los que ocupan la cúspide de esta estructura son órganos constitucionales o de relevancia constitucional y ejercen funciones institucionales relacionadas con la unificación del trabajo del conjunto de los tribunales (...) el concepto de jurisprudencia, en una acepción estricta, solo se predica de la doctrina que emana de las decisiones de aquellos.

La jurisprudencia penal es indiscutible; en tanto que permite comprender en toda su extensión o de manera íntegra una institución jurídica; de ahí su conocimiento y análisis por parte de los operadores jurídicos sea imperativo.

La jurisprudencia penal, es la compilación de las decisiones que dicta los Tribunales Supremos especializados o vinculados a esta rama del Derecho en cumplimiento de sus funciones, manteniendo la unidad del criterio asumido.

Dichas decisiones dependiendo de su origen jerárquico tienen fuerza vinculante, estableciendo directrices que determinan las líneas jurisprudenciales en el Derecho Penal.

En ese sentido, el valor jurídico de las sentencias emitidas tanto por el Tribunal Constitucional, la Corte de Suprema de Justicia en materia penal y los jueces ordinarios, son trascendentales, dado que, afectan las futuras decisiones que adopten los diferentes tribunales y estamentos de administración de justicia, especializada o no, vinculadas estrechamente con el derecho penal y procesal penal.

Por las consideraciones anteriormente descritas es relevante para nuestro estudio, analizar el contenido esencial de la Casación N° 004 - 2016. Lima, de fecha veintiséis de mayo del dos mil dieciséis, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Republica – Sala Civil Permanente-, que resolvió al declarar FUNDADA el recurso de Casación, respecto a: El error de tipo invencible por la publicación de una falsa fecha de nacimiento en el Facebook de la agraviada.

#### **4.1. Casación N° 004 – 2016: Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual.**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**  
**CASACIÓN N° 004-2016**  
**Infracción a la Ley Penal Contra La libertad Sexual**

**SÍNTESIS:** Del caso sub examine se advierte que, mediante dictamen fiscal, el representante del Ministerio Público opina que se encuentra acreditada la responsabilidad de un adolescente infractor, por la comisión de la infracción a la ley penal, delito contra la libertad sexual-violación sexual, en agravio de una menor, en aplicación del artículo 173 inciso 2) del Código Penal. En ese sentido, solicita la aplicación de la medida socio educativa de internamiento por el término de dieciocho meses y el pago de una reparación civil de mil nuevos soles, a favor de la víctima.

Emitida la Sentencia de Primera Instancia se declara al adolescente, responsable de la infracción a la ley penal, contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor en agravio de la adolescente; señalando entre otros que existen elementos de convicción que vinculan al investigado con el hecho cometido, el cual se encuentra tipificado en el artículo 173 inciso 2) del Código Penal. Apelada la decisión, la Sentencia de Vista confirma la Resolución de Primera Instancia.

La materia jurídica en debate consiste en verificar si la resolución recurrida ha infringido las normas contenidas en el numeral tres de la resolución casatoria; en tal sentido, se deberá verificar si el menor infractor actuó con o sin conocimiento de que la agraviada tenía menos de catorce años.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, señala que de lo expuesto, se advierte que el adolescente infractor mantuvo relaciones sexuales con la menor, en la creencia que esta tenía más de catorce años de edad; en razón a que como se tiene analizado, confiaba en lo que esta le había dicho y a lo publicado en su página de Facebook; por lo tanto, resulta válido concluir que el procesado tuvo una falsa representación de la realidad, pues, considerando su edad cronológica (17 años) no contaba con otro mecanismo para conocer la verdadera edad de la menor agraviada, por lo que su conducta se enmarca dentro de la figura del error de tipo invencible regulado en el artículo 14 del Código Penal, que en estricto constituye un eximente de responsabilidad penal juvenil.

Por lo que de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 396 del Código Procesal Civil, amparada la infracción de carácter material, corresponde actuar en sede de instancia, revocando la apelada que declara que el adolescente es responsable de la infracción penal contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor; que dispone la aplicación de la medida socio educativa de internación por el plazo de diez meses, y fija por concepto de reparación civil, la suma de mil quinientos nuevos soles, a favor de la agraviada; y reformándola lo absuelve de tal infracción penal.

## **CAPÍTULO V**

### **DERECHO COMPARADO**

#### **5.1. El error de tipo invencible en el Derecho Comparado. -**

##### **5.1.1. Error de tipo y error de prohibición en el Código Penal Argentino.-**

#### **CÓDIGO PENAL**

#### **TÍTULO V**

#### **IMPUTABILIDAD**

#### **ARTÍCULO 34.- No son punibles:**

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso; (...)

La doctrina moderna entiende que esta clasificación es superadora de que anteriormente comentaba.

El error de tipo excluye el dolo ya que recae sobre "...los elementos que integran la acción típica en su objetividad sean ellos de hecho, o de derecho". Creus (1999) "El que obra con un error de tipo no sabe lo que hace – dice Bacigalupo (1988) -, en el sentido de que no sabe que realiza un tipo penal". Así expresado, el error de tipo importa la negación del dolo o, como lo expresa el Profesor Jescheck ( s/f ), es la

“...negación del contenido de la representación requerido para el dolo” (Jescheck, s/f). Agrega el catedrático alemán que el error de tipo puede consistir tanto en una *falsa representación* (error propiamente dicho) como en una *falta de toda representación* (ignorancia). El error –dice (Jescheck, s/f) – supone “la no correspondencia entre conciencia y realidad”.

En otras palabras, existe una discordancia entre la idea que el sujeto posee con respecto a una persona u objeto, vale decir, su representación y lo que efectivamente sucede o es en el mundo sensible.

Si pensamos – con Jescheck – que el dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y lo trasladamos al análisis de una acción ejecutada por un sujeto desprovisto total o parcialmente del conocimiento exigido por la ley, esta acción no solo no abarca el dolo, sino que por el contrario, lo excluye. (Jescheck, s/f)

El error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y puede excluir eventualmente la re-probabilidad de la ley penal; es un problema que atañe a la culpabilidad y no al tipo. (Zaffaroni, 1999)

De esta forma un comportamiento determinado puede ser por un lado, correcto para quien lo ejecuta y por el otro, prohibido por el derecho. (Jescheck, s/f). El agente piensa y actúa en consecuencia, creyendo que su acción está permitida.

### **5.1.2. Error de tipo y error de prohibición en el Código Penal Colombiano. -**

#### **CÓDIGO PENAL COLOMBIANO**

##### **LEY 599 DE 2000**

**Artículo 32.** Ausencia de responsabilidad.

No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.
5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.
7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.
8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.
9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

10. Se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obra en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obra con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

Teniendo en cuenta que el conocimiento de la antijuridicidad es presupuesto necesario para determinar la culpabilidad y por ende, imponer una pena, se hace necesario estudiar el error de prohibición ya que se encuentra estatuido en el ordenamiento penal Colombiano, Ley 599 de 2000, como una causal para que se dé ausencia de responsabilidad penal que en caso de ser invencible, dará lugar a la exclusión total de la culpabilidad haciendo imposible la imposición de una pena y en el caso de manifestarse vencible a la atenuación del quantum punitivo a fijar.

Precisamente el error de prohibición se presenta como un tema álgido que aunque definido, ostenta una serie de situaciones que deben ponderarse y analizarse para realizar una correcta adecuación de la conducta desplegada por un sujeto donde se requiere profundizar para llegar a entender su contenido, características, clasificación, circunstancias de aplicación y consecuencias jurídicas que conducirán a una mejor comprensión de esta parte importante de la teoría del delito y a una visión más amplia y clara de la misma.

El Error de Prohibición es aquel que recae sobre el conocimiento del carácter injusto del acto, sobre su comprensión o sobre la intensidad de la ilicitud. En tal situación, el autor tiene la convicción del obrar legítimamente, sea porque considere que la acción no está prohibida, porque ignore la existencia del tipo legal (ignorancia de la ley), porque dé a una causa justificación o un alcance que no tiene o porque juzgue que concurre una causal de justificación que la ley no consagra o finalmente porque se considere legitimado para actuar. (Gómez, 2003).

Obra en error de prohibición el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica el bien jurídico tutelado. Una creencia equivocada de su actuar lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico o del pensamiento de que le ampara una eximente por justificación que realmente no se da o porque dándose, le otorga una amplitud tal que supone haber obrado dentro de los fueros de la norma permisiva o finalmente, porque imagina la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho que, si por el contrario concurriesen, meritarían justificarlo. (Armaza, 1993)

Es decir procede bajo el error de prohibición quien por una falsa o errada valoración sobre una situación jurídica, considera que su acción es legítima sea porque crea equivocadamente que la norma prohibitiva no existe o porque la considera nula, inválida, derogada, inconstitucional o porque le da una interpretación que no tiene, sea porque la interpreta en forma diferente o porque

supone erradamente que en su caso concurre un motivo de justificación que la ley no ha reglamentado; en todo caso el error de prohibición el autor cree que actúa legítimamente o aun cuando ni siquiera se ha planteado la licitud o ilicitud del hecho.

De la misma manera, hay que tener en cuenta que existe un error de prohibición no sólo cuando el sujeto se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad. (Clauss, 2004)

## VI. CONCLUSIONES

- El error de tipo es en Derecho penal el desconocimiento de la concurrencia de algún elemento objetivo del tipo penal.
  
- El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa. El error es vencible cuando el sujeto, aplicando “el cuidado debido”, podía salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. Si, no obstante, el agente, aplica “el cuidado debido”, pero aun así no ha podido salir del error en que se hallaba, estamos en presencia de error invencible, como exigencia del principio de no exigibilidad de otra conducta. En ambos casos, el elemento preponderante para establecer la distinción entre uno y otro, es el cuidado debido, el cual está constituido por el deber general impuesto por el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos, y que constituye el punto de referencia con el que comparar la acción realizada con la esperada.
  
- Si el error es invencible excluye la responsabilidad penal, ya que no existe dolo en primer lugar, por cuanto no existe el conocimiento de todos o algunos elementos del tipo objetivo; y a la vez excluye la imprudencia, ya que al sujeto activo no se le puede exigir otra conducta, ya que ha actuado conforme el debido cuidado (y aun así cometió un error), no existiendo posibilidad de que se sancione la acusación de un resultado sin que existe responsabilidad subjetiva, o lo que es lo mismo está vedado la responsabilidad objetiva, tal y como lo refiere el Art. VII del Código penal: La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.
  
- Tomando como base el artículo 14° de nuestro Código penal, se puede afirmar, que el error de tipo, recae sobre la concurrencia de un elemento del tipo

objetivo, y sus consecuencias prácticas son la exclusión del dolo y de la imprudencia cuando se trata de un error invencible y si fuera vencible se punirá con la pena correspondiente al tipo imprudente si es que lo hubiere. Creemos que siendo coherentes con esta afirmación de carácter positivo (por encontrarse, ya la misma definición en el Código penal) que el dolo no abarca la conciencia de antijuridicidad de la conducta, sino sólo los elementos fundadores de la prohibición, esto es aquel, conocimiento que la norma de comportamiento exige del destinatario, y que, de acuerdo a la norma de sanción, le exige evitar conductas desvaloradas, y por lo tanto que se comporte de modo racional. Por ello, el error de tipo lleva normalmente a lo que se conoce como un error de prohibición “razonable”, es decir, consecuente con el conocimiento erróneo de la situación típica, mientras que el auténtico, error de prohibición, o sea, el no derivado de un error de tipo es un error “no razonable”, es decir, inconsecuente con el correcto conocimiento de la concurrencia de la situación típica.

- La exclusión de la responsabilidad penal por el error de tipo invencible, ha de entenderse como derivada de la exclusión del dolo y la imprudencia, es decir, como consecuencia de un supuesto de caso fortuito
- En el Derecho penal puede distinguirse entre cuatro tipos de error según el objeto jurídicamente relevante al cual se refieren: el error de tipo, el error de prohibición, el error sobre circunstancias justificantes y el error sobre circunstancias excluyentes de la culpabilidad.
- Respecto al caso concreto abordado en la CAS. N° 004-2016, La Libertad, se concluye que: habiéndose determinado que el adolescente infractor mantuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, se advierte que este actuó confiando en la información publicada en el facebook de la víctima, respecto a su fecha de nacimiento; por lo tanto, es válido concluir que el procesado tuvo una falsa representación de la realidad, por lo que su conducta se enmarca

dentro de la figura del error de tipo invencible regulado en el artículo 14 del Código Penal, que en estricto constituye un eximente de responsabilidad penal.

- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, señala que de lo expuesto, se advierte que el adolescente infractor mantuvo relaciones sexuales con la menor, en la creencia que esta tenía más de catorce años de edad; en razón a que como se tiene analizado, confiaba en lo que esta le había dicho y a lo publicado en su página de facebook; por lo tanto, resulta válido concluir que el procesado tuvo una falsa representación de la realidad, pues, considerando su edad cronológica (17 años) no contaba con otro mecanismo para conocer la verdadera edad de la menor agraviada, por lo que su conducta se enmarca dentro de la figura del error de tipo invencible regulado en el artículo 14 del Código Penal, que en estricto constituye un eximente de responsabilidad penal juvenil.

## VII. RECOMENDACIONES

Antes de finalizar, deseamos sugerir algunas recomendaciones en base a los resultados y las conclusiones a que se llegó luego del presente estudio.

- Es necesario desarrollar programas de asesoría académica dirigida a reforzar el estudio dogmático jurídico del derecho procesal penal y derecho penal; teniendo en cuenta que es la base para muchos de los cursos en la carrera profesional de Derecho y Ciencias políticas.
- Promover la capacitación de todos los operadores del derecho en instituciones jurídicas penales, el cual permitirá contribuir al logro de los fines supremos del derecho, que es alcanzar la justicia.
- Continuar desarrollando investigaciones dirigidas a conocer las diferentes instituciones procesales penales y demás que puedan estar relacionadas con el desarrollo profesional de la abogacía.
- Que los docentes de la Universidad San Pedro, utilicen durante cada semestre, materiales concretos- expedientes, disposiciones fiscales y sentencias, de apoyo a los contenidos presentados en el desarrollo de las asignaturas de derecho penal y procesal penal; para que los estudiantes a distancia, fortalezcan sus aprendizajes.

## VIII. RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito principal analizar los puntos de vista de la doctrina (marco teórico), los alcances de la legislación nacional y los criterios de la jurisprudencia y los alcances del derecho comparado respecto a la institución jurídica del Derecho Penal – el error de tipo invencible - y el Derecho Procesal Penal. Se trata de una investigación jurídica dogmática, desarrollado en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia peruana. Entre los métodos empleados tenemos al exegético, dogmático y hermenéutico. La investigación ha podido concluir en lo siguiente: Si el error es invencible excluye la responsabilidad penal, ya que no existe dolo en primer lugar, por cuanto no existe el conocimiento de todos o algunos elementos del tipo objetivo; y a la vez excluye la imprudencia, ya que al sujeto activo no se le puede exigir otra conducta, ya que ha actuado conforme al cuidado debido (y aun así cometió un error), no existiendo posibilidad de que se sancione la acusación de un resultado sin que existe responsabilidad subjetiva, o lo que es lo mismo está vedado la responsabilidad objetiva, tal y como lo refiere el Art. VII del Código penal: La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

## IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Armaza, G. (1993). *Derecho Penal*. Bogota: Revista de derecho y ciencias políticas.
- Bacigalupo, L. M. (1999). *Derecho Penal*. Lima: Temis.
- Bramontarias, T. L. (1998). *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*. Lima: San Marcos.
- Bustos, R. J. (1986). *Introduccion al Derecho Penal*. Bogota: Temis.
- Clauss, R. (2004). *La estructura de la teoría del Delito*. Bogota: D.M. Peña, Trad.
- Gomez, B. J. (1988). *Teoria Juridica del Delito - Derecho Penal*. Madrid: Civitas S.A.
- Gómez, L. (2003). *Teoría del Delito*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Hernández Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista, L. P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mexico DF: Mc Graw -Hill.
- Hurtado, P. J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Lima: Crijley.
- Jescheck, H. -H. (s/f). *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosh.
- Maurach, L. J. (2001). *Dogmática Penal*. Madrid: Lex.
- Melgarejo, B. P. (2014). *Curso de Derecho Penal*. Lima: Juristas Editores.
- Mir, P. S. (2002). *Introduccion a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- Muñoz, C. F. (1999). *Teoria General del Delito*. Bogota: TEMIS.
- Oré Guardia Arsenio y Prado, S. V. (2017). *Compendio total de jurisprudencia vinculante*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramos, N. C. (2014). *Como hacer una tesis de Derecho*. Lima: Grijley.
- Villa, S. J. (2001). *Derecho Penal*. Lima: San Marcos.
- Welzel, A. (2000). *Derecho Penal*. Bogotá: Lex.
- Zaffaroni, E. R. (1999). *“Tratado de derecho penal”*. Buenos Aires: Ediar.
- Zusman Tinman, S. (1985). *El error del acto jurídico*. Lima: PUCP.

## X ANEXOS

### Anexo N° 1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 004-2016

**LA LIBERTAD**

**Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual**

**ERROR DE TIPO INVENCIBLE POR LA PUBLICACIÓN DE UNA FALSA FECHA DE NACIMIENTO EN EL FACEBOOK DE LA AGRAVIADA.**

Habiéndose determinado que el adolescente infractor mantuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, se advierte que este actuó confiando en la información publicada en el facebook de la víctima, respecto a su fecha de nacimiento; por lo tanto, es válido concluir que el procesado tuvo una falsa representación de la realidad, por lo que su conducta se enmarca dentro de la figura del error de tipo invencible regulado en el artículo 14 del Código Penal, que en estricto constituye un eximente de responsabilidad penal.

Lima, veintiséis de mayo de dos mil dieciséis.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:** vista la causa número cuatro guión dos mil dieciséis, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

**I. ASUNTO:**

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por la abogada Gladys Diana Cabrera Cobian, en representación de Alex Roder Santin Rogel, mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2015, obrante a fojas trescientos treinta y siete, contra la sentencia de vista de fecha 28 de abril de 2015, que confirma la sentencia de primera instancia que:

- 1) Declara al adolescente Alex Roder Santin Rogel, responsable de la infracción a la ley penal, contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor en agravio de la adolescente de iniciales A.F.T.L.;
- 2) Dispone la aplicación de la medida socio educativa de internación por el plazo de diez meses, la cual deberá ser computada desde la fecha efectiva de su ingreso al Centro Juvenil de Trujillo;
- 3) Fija por concepto de reparación civil, la suma de mil quinientos nuevos soles (S/.1500.00) a favor de la adolescente agraviada; y
- 4) Dispone terapia psicológica a favor de la adolescente agraviada.

**II. ANTECEDENTES:**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 004-2016

LA LIBERTAD

Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual

**1. Hechos Imputados:**

Mediante denuncia fiscal, obrante a fojas noventa y dos, se formaliza denuncia penal contra el adolescente Alex Roder Santin Rogel de 17 años de edad, por infracción a la ley penal, violación contra la libertad sexual, en agravio de la menor de iniciales A.F.T.L. (13 años); imputándosele que el día 30 de mayo de 2014 se presentó a la comisaria "El Milagro", la señora Yesenia Sandra López Vera, madre de la menor agraviada, denunciando que el día anterior en circunstancias en que revisaba las pertenencias de su menor hija, tomó conocimiento que esta fue violada, pues, encontró su celular con un mensaje que decía: *"hola bebida te amo... amor no eyaculé si quieres toma la pastilla, te amo gracias por el día de ayer te amo eres el amor de mi vida"*. Al increparle a su hija, esta le dijo que el celular se lo había dado el referido sujeto, con quien había tenido relaciones sexuales, además, le confesó que era la segunda vez que lo hacían.

Que mediante resolución corriente a folios noventa y cinco, se resuelve promover acción contra el adolescente Alex Roder Santin Rogel, por presunta infracción a la ley penal, contra la libertad sexual - violación sexual de menor, en agravio de la adolescente de iniciales A.F.T.L.

**2. Calificación Jurídica:**

Mediante dictamen fiscal de fojas ciento treinta y tres, el representante del Ministerio Público opina que se encuentra acreditada la responsabilidad del adolescente infractor Alex Roder Santin Rogel, por la comisión de la infracción a la ley penal, delito contra la libertad sexual - violación sexual, en agravio de la menor de iniciales A.F.T.L., en aplicación del artículo 173 inciso 2) del Código Penal, en tal virtud, solicita la aplicación de la medida socio educativa de internamiento por el término de dieciocho meses y el pago de una reparación civil de S/. 1000.00 (mil con 00/100 nuevos soles), a favor de la víctima.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACION N° 004-2016**

**LA LIBERTAD**

**Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual**

**3. Sentencia de Primera Instancia:**

El Juez del Tercer Juzgado Especializado de Familia de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, mediante sentencia de fojas ciento setenta y dos, de fecha 10 de marzo de 2015: 1) Declara al adolescente Alex Roder Santin Rogel, responsable de la infracción a la ley penal, contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor en agravio de la adolescente de iniciales A.F.T.L.; 2) Dispone la aplicación de la medida socio educativa de internación por el plazo de diez meses, la cual deberá ser computada desde la fecha efectiva de su ingreso al Centro Juvenil de Trujillo; 3) Fija por concepto de reparación civil, la suma de mil quinientos nuevos soles (S/.1500.00), a favor de la adolescente agraviada; y 4) Dispone terapia psicológica a favor de la adolescente agraviada. Sustenta la sentencia en que:

**i)** El adolescente infractor, en su declaración brindada en sede fiscal<sup>1</sup>, con fecha 10 de octubre de 2014 reconoce que: *"(...) empezamos la relación de enamorados el día veintiuno de marzo de dos mil trece, nosotros hemos tenido hemos tenido relaciones sexuales por enero de este año recién cuando todavía no había cumplido los dieciocho años, en dos oportunidades...más adelante señala; (...) en el carro de un amigo eso ha sido en enero de este año y nos fuimos a conversar en el carro y luego sucedieron los hechos, fue por su voluntad, no puso objeción alguna y la segunda vez en febrero de este año, ella ha ido a mi casa y sucedieron los hechos en mi casa, también con su voluntad, no ha existido violencia alguna (...)"*. Asimismo, en la audiencia de esclarecimiento de hechos<sup>2</sup>, de fecha 13 de noviembre de 2014 precisa que: *"(...) a la pregunta si sabía la edad de la agraviada cuando empezaron como enamorados, le dijo que tenía quince años y cuando empezaron los problemas se entera que en realidad tenía trece años. Luego señala que ha mantenido relaciones sexuales con la agraviada de manera voluntaria (...)"*; **ii)** De otro lado, en la entrevista única tomada a la agraviada en la Cámara Gesell, con fecha 17 de julio de 2014, reconoce haber sostenido relaciones sexuales de manera voluntaria con el investigado a quien describe con sus nombres completos, por tanto, es incuestionable el ilícito penal

<sup>1</sup> Según folios ochenta y cinco del expediente principal.

<sup>2</sup> Según folios ciento diez del expediente principal.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACION N° 004-2016**

**LA LIBERTAD**

**Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual**

cometido; **iii)** Lo antes expuesto se corrobora con el Certificado Médico Legal número 007831-CLS, según el reconocimiento practicado a la adolescente agraviada, con fecha 30 de mayo de 2014; **iv)** Del Protocolo de Pericia Psicológica<sup>3</sup> de fecha 27 de agosto de 2014, practicado a la adolescente agraviada se concluye que presenta indicadores de afectación emocional, asociada a conflictos con las figuras parentales, alteración y distorsión de su desarrollo asociado a experiencias sexuales precoces, con recomendación que siga terapia psicológica; **v)** La edad cronológica de la adolescente agraviada al momento de ocurridos los hechos fue de trece años y tres meses de edad, esto es, por debajo de los catorce años, lo cual se acredita con la copia de su Documento Nacional de Identidad; y **vi)** En esa línea, ha quedado claro que existen elementos de convicción que vinculan al investigado con el hecho cometido, el cual se encuentra tipificado en el artículo 173 inciso 2) del Código Penal.

**4. Fundamentos de las Apelaciones:**

Lucy Ysabel Gastañadui Ybañez, Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía de Familia, interpone apelación a folios doscientos ocho, contra la sentencia de primera instancia, fundamentando su recurso en que la menor agraviada de trece años de edad no tenía poder de decisión sobre su indemnidad sexual, lo cual fue aprovechado por el infractor ahora mayor de edad; por lo tanto, al encontrarse el hecho tipificado en el Código Penal como una conducta grave, solicita que se revoque el extremo de la medida socioeducativa que le impone un año y que se aumente el tiempo de internación del infractor a un año y medio.

Alex Roder Santin Rogel, interpone apelación a folios doscientos doce contra la sentencia de primera instancia, fundamentando su recurso en que: **i)** La Jueza no ha realizado una correcta valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, pues, existe un evidente error de tipo, ya que la

<sup>3</sup> Según folios cincuenta y siete del expediente principal.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACION N° 004-2016  
LA LIBERTAD  
Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual**

agraviada consigna en su página de facebook como fecha de nacimiento el día 27 de noviembre de 1996, es decir, a la fecha de ocurridos los hechos, ella era mayor de catorce años de edad; y ii) Del Informe Social practicado al recurrente se advierte que es un joven que acabó la secundaria a los quince años y ha llevado cursos de maquinaria pesada y que ingresó a la carrera profesional de ingeniería en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

**5. Sentencia de Segunda Instancia:**

La Sala Mixta Permanente de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad confirma la sentencia apelada, por sus mismos fundamentos, precisando que la medida socio educativa se fija solo en diez meses, teniendo en cuenta la evaluación psicológica del menor, que establece que este tiene personalidad compulsiva, con tendencia a la introversión, con dificultad para afrontar problemas cotidianos, y poca tolerancia a la frustración.

**III. RECURSO DE CASACIÓN:**

Contra la decisión adoptada por la Sala Superior, la abogada Gladys Diana Cabrera Cobian, en representación de Alex Roder Santin Rogel interpone recurso de casación, mediante escrito a folios trescientos treinta y siete. Este Tribunal de Casación, por resolución a folios treinta y cuatro, que obra en el cuadernillo formado en esta Sala Suprema, ha declarado procedente el recurso por lo siguiente:

**Infracción normativa del artículo 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado; y del artículo 197 del Código Procesal Civil.**

Sostiene que la sala Superior ha dado mayor valor a las pruebas de cargo y no a las de descargo, incurriendo en vulneración al debido proceso por indebida valoración de la prueba incorporada al proceso, pues no ha valorado adecuadamente: a) La declaración del investigado, en el sentido que mencionó que cuando conoció a la menor agraviada esta le dijo que tenía quince años; b) El fundamento jurídico de la apelación, por el cual se sostuvo la existencia de un error de tipo, dado que en su página de facebook, la propia menor agraviada consignó como su fecha de nacimiento, el 27 de noviembre

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 004-2016

LA LIBERTAD

Infraacción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual

de 1996; c) El informe social del infractor, que evidencia que el adolescente investigado ha culminado sus estudios básicos satisfactoriamente, también cursó estudios técnicos, y que ha ingresado a la Universidad, razones por las cuales tiene un futuro prometedor que no se puede frustrar, por haber incurrido en un error de tipo; d) El informe psicológico del infractor, indica que presenta rasgos de personalidad compulsiva, con tendencia a la introversión y poca tolerancia a la frustración; e) Los problemas familiares que atraviesa la menor agraviada como producto de este proceso judicial; y f) Que la menor agraviada nunca dijo al infractor que tenía la edad de trece años.

**IV. MATERÍA JURÍDICA EN DEBATE:**

En este caso, la cuestión jurídica, objeto de control en sede casatoria, es verificar si la resolución recurrida ha infringido las normas contenidas en el numeral tres de la presente resolución; en tal sentido, se deberá verificar si el menor infractor actuó con o sin conocimiento de que la agraviada tenía menos de catorce años.

**V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:**

**PRIMERO.-** Que, la denuncia fiscal de fojas noventa y dos, imputa al adolescente Alex Roder Santin Rogel de diecisiete años de edad, el haber practicado el acto sexual con la menor agraviada de trece años de edad, identificada con las iniciales A.F.T.L.; siendo que los hechos ocurrieron en los meses de enero y febrero del año 2014, en circunstancias en que ambos mantenían una relación de enamorados; que la primera vez fue en el carro de un amigo y la segunda oportunidad lo fue en horas de la mañana en casa del infractor, precisando el imputado que en las dos ocasiones existió el consentimiento de la víctima para la realización del acto, tales aseveraciones se acreditan con las distintas declaraciones efectuadas en el decurso de la presente causa y el certificado médico legal.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACION N° 004-2016  
LA LIBERTAD  
Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual**

**SEGUNDO.**- Que, a efectos de emitir una sentencia absolutoria, el Juzgador debe: i) Concluir de manera fehaciente sobre la plena irresponsabilidad penal de la persona a quien se le imputa la comisión de un delito, arribando a dicha certeza a través del material de prueba de descargo acopiado durante el proceso; ii) Estimar la presencia de una duda razonable sobre la participación del procesado, en virtud del principio del in dubio pro reo; o iii) Entender que la actividad probatoria es insuficiente para entrar a un análisis de condena.

**TERCERO.**- Que, en el delito de violación sexual de menor de edad se sanciona al agente que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, siendo el bien jurídico tutelado la indemnidad o intangibilidad sexual, el que se relaciona con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quienes no han logrado la madurez suficiente, como es el caso de los menores de edad y los incapacitados; por tanto, el Estado debe proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no puedan defenderla, al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

**CUARTO.**- Que, es pertinente indicar que el Acuerdo Plenario N°07-2007/CJ-116<sup>4</sup> emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció en su fundamento 11 como doctrina legal que para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente en los casos de relaciones sexuales con menores de edad, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso sub júdice, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes: a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva; b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente; c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana

<sup>4</sup> Publicado en el diario Oficial "El Peruano" con fecha veinticinco de marzo de dos mil ocho.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACION N° 004-2016**

**LA LIBERTAD**

**Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual**

edad; y d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

**QUINTO.-** Que, en el presente caso, se encuentra debidamente acreditado que el adolescente Alex Roder Santin Rogel de diecisiete años de edad y la menor agraviada, identificada con las iniciales A.F.T.L., de trece años de edad -conforme a la copia del Documento Nacional de Identidad de fojas trece-, sostuvieron relaciones sexuales; que según la defensa, ellas se habrían producido dentro de una relación de enamorados y que la víctima publicó en su página de *facebook* una fecha de nacimiento, en la cual se verifica una edad superior a los catorce años; de otro lado, la tesis acusatoria se centra en establecer que la menor no se encontraba en aptitud para consentir dichos encuentros íntimos, debido a que no gozaba de libertad sexual, al tener menos de catorce años, y que además, el infractor conocía que la menor tenía trece años de edad.

**SEXTO.-** Que, la adolescente al prestar su declaración a nivel fiscal a fojas cincuenta y siete, reconoce que mantuvo una relación sentimental de enamorados con el infractor, hecho en el que ambos están de acuerdo, y que los encuentros sexuales se realizaron con su consentimiento. Posteriormente, al declarar en la Cámara Gesell, como se aprecia del acta de fojas setenta y cuatro, se corrobora dicha versión, y añade que no quiere que vaya preso, sino más bien, que siga estudiando.

**SÉTIMO.-** Que, si bien es cierto, el tipo penal imputado tiene como bien jurídico protegido la indemnidad sexual, por lo que sería irrelevante verificar si existió el consentimiento de la víctima; empero, por la tesis del error de tipo invencible<sup>5</sup> planteado por la defensa, resulta necesario analizar las

**<sup>5</sup> CÓDIGO PENAL:**

**Artículo 14.-** 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. 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.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACION N° 004-2016  
LA LIBERTAD  
Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual**

circunstancias en que acaecieron los hechos. Así se tiene que, en cuanto a la edad de la menor, según ha quedado establecido en el cuarto considerando de la presente resolución, esta efectivamente tenía trece años y dos meses de edad; sin embargo, en cuanto al conocimiento de dicha información, el infractor ha sostenido en su declaración a nivel fiscal<sup>6</sup>, en su escrito de apelación<sup>7</sup> y casación<sup>8</sup>, que ella le había dicho que tenía quince años; que ello aunado al hecho que la adolescente publicó en su página de facebook<sup>9</sup>, como su fecha de nacimiento el día 27 de noviembre de 1996, esto es, que su edad superaba los catorce años de edad, permite concluir que el procesado actuó en la creencia de que la menor contaba con más de catorce años de edad.

**OCTAVO.-** Que, de lo actuado en autos, no existe prueba idónea en contrario que desvanezca lo anteriormente expuesto; que si bien la madre de la menor ha sostenido que le dijo al infractor que su hija tenía trece años, empero, ello no ha sido corroborado con otro elemento de prueba directo o periférico; que siendo el representante del Ministerio Público el titular de la carga de la prueba, quien en todo caso ha debido cuestionar dicha tesis dentro del proceso, y al no haberlo hecho así, no traslada la carga de la prueba a la parte acusada, quien incluso únicamente puede limitarse a negar los hechos dentro del proceso, en aras del derecho de defensa y la presunción de inocencia que le asiste.

**NOVENO.-** Que, robustece la conclusión anterior, el contenido del Certificado Médico Legal<sup>10</sup> y del Examen de Biología Forense<sup>11</sup>, ambos emitidos por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, con fecha 30 de mayo de 2014, de los cuales no se advierte que los funcionarios que los han emitido hubiesen dejado constancia de los rasgos particulares o descripciones físicas

<sup>6</sup> Según folios ochenta y cinco.

<sup>7</sup> Según folios doscientos doce.

<sup>8</sup> Según folios trescientos treinta y siete.

<sup>9</sup> Según folios ochenta y cuatro.

<sup>10</sup> Según folios nueve.

<sup>11</sup> Según folios cuarenta y cinco.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 004-2016  
LA LIBERTAD  
Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual

de la víctima que permitan concluir que esta aparentaba su edad real o una edad inferior.

**DÉCIMO.-** Que, así las cosas, resulta pertinente señalar que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad número 2698-2013-Ucayali, ha establecido que el error de tipo es el desconocimiento o ignorancia de uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo -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 activo u omisivo-. Paralelamente, el error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo, sean descriptivos o normativos; si el agente percibió equívocamente un elemento típico inteligible, que puede ser entendido sin intervención de juicios de valor, 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. Además, este error puede ser invencible, con lo que se excluye la responsabilidad penal, que elimina el dolo y la culpa, y se produce cuando el agente, a pesar de actuar diligentemente, no pudo salir del error; caso contrario, se tratará de un error vencible si el agente, con la diligencia debida, pudo evitar el error, caso en el que se excluye el dolo y subsiste la culpa; esto es, tipificado como tal en la norma penal, conforme lo dispone el artículo 14 del Código Penal. (Subrayado nuestro).

**DÉCIMO PRIMERO.-** Que, de lo antes expuesto, se advierte que el adolescente Alex Roder Santin Rogel mantuvo relaciones sexuales con la menor, en la creencia que esta tenía más de catorce años de edad; en razón a que como se tiene analizado, confiaba en lo que esta le había dicho y a lo publicado en su página de *facebook*; por lo tanto, resulta válido concluir que el procesado tuvo una falsa representación de la realidad, pues, considerando su edad cronológica -17 años- no contaba con otro mecanismo para conocer la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACION N° 004-2016**

**LA LIBERTAD**

**Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual**

verdadera edad de la menor agraviada, por lo que su conducta se enmarca dentro de la figura del error de tipo invencible regulado en el artículo 14 del Código Penal, que en estricto constituye un eximente de responsabilidad penal juvenil.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Que, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 396 del Código Procesal Civil, amparada la infracción de carácter material, corresponde actuar en sede de instancia, revocando la apelada que declara que el adolescente es responsable de la infracción penal contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual en agravio de la menor de iniciales A.F.T.L.; dispone la aplicación de la medida socio educativa de internación por el plazo de diez meses, y fija por concepto de reparación civil, la suma de mil quinientos nuevos soles (S/.1500.00), a favor de la adolescente agraviada; y reformándola corresponde absolverlo de tal infracción.

**VI. DECISIÓN:**

1. **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la abogada Gladys Diana Cabrera Cobian, en representación de Alex Roder Santin Rogel; en consecuencia: **NULA** la sentencia de vista a doscientos treinta y seis de fecha 28 de abril de 2015, emitida por la Sala Mixta Permanente de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; y **actuando en sede de instancia: REVOCARON** la sentencia apelada de folios ciento setenta y dos, de fecha 10 de marzo de 2015, que declara la responsabilidad del menor y le impone la medida socioeducativa de internación por el plazo de diez meses y una reparación civil ascendente a mil quinientos nuevos soles (S/.1500.00); y **REFORMÁNDOLA** absolvieron al adolescente Alex Roder Santin Rogel del acto infractor de violación sexual, en agravio de la menor de iniciales A.F.T.L.
2. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por el Ministerio Público con Alex Roder Santin Rogel en agravio de la menor de iniciales A.F.T.L., sobre Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual; y, los devolvieron.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACION N° 004-2016  
LA LIBERTAD  
Infracción a la Ley Penal contra la Libertad Sexual

Conforma la Sala el Juez Supremo señor Yaya Zumaeta, por licencia de la Jueza Suprema señora Tello Gilardi. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora del Carpio Rodríguez.

SS.

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

YAYA ZUMAETA

DE LA BARRA BARRERA

Jah./Lrr.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DR. J. MANUEL FAJARDO JULCA  
SECRETARIO  
SALA CIVIL PERMANENTE  
CORTE SUPREMA

21 OCT. 2016

## Anexo N° 2



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.° 2321-2014  
HUÁNUCO

**SUMILLA:** El condenado alega inocencia en el delito de violación sexual imputado, sustentado en el presunto consentimiento de la menor agraviada para tener relaciones sexuales (lo cual resulta irrelevante debido a que la perjudicada tenía once años de edad al momento de los hechos), y en un presunto error de tipo al desconocer la edad de la agraviada.

Lima, siete de abril de dos mil quince

**VISTOS:** El recurso de nulidad interpuesto por el encausado Josafat David Salcedo Sobrado, contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos cinco, del treinta y uno de julio de dos mil catorce. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Neyra Flores.

**CONSIDERANDO:**

**Primero.** La defensa técnica del encausado Salcedo Sobrado, en su recurso formalizado a fojas quinientos cuarenta y seis, alega en concreto que los primeros abogados de su patrocinado, lo condujeron a error al aconsejarle que mintiera respecto a la relación sentimental que tenía con la menor agraviada. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aquella le dijo a su patrocinado que tenía catorce años de edad, por lo cual en el presente caso se configura el error de tipo; sin perjuicio de indicar que las relaciones sexuales que tuvieron ambos fueron consentidas, solicitando en todo caso acogerse a la Ley número veintiocho mil ciento veintidós para obtener una pena mínima.

**Segundo.** Según el sustento fáctico de la acusación fiscal, de fojas ciento ochenta y nueve, el doce de noviembre de dos mil siete, a las



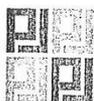
CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.º 2321-2014  
HUÁNUCO

diecisiete horas, aproximadamente, en circunstancias que la menor agraviada de iniciales L. M. S. P., de once años de edad, se encontraba vendiendo gaseosa en el interior del kiosco de su hermana Magaliz Oscate Peña, contiguo a su domicilio, situado en la localidad de Mallqui, Chinchao, departamento de Huánuco, se presentó el acusado Josafat David Salcedo Sobrado (vecino) quien la sujetó violentamente y la llevó contra su voluntad al domicilio de esta, donde aprovechando la ausencia de sus familiares, la condujo hasta un dormitorio, la cogió con fuerza de la cintura y la arrojó sobre la cama, practicándole el acto sexual vía vaginal, para después bajo amenazas retirarse del lugar de los hechos. Que, producto de dicha violación sexual, la menor agraviada quedó en estado de gestación.

**Tercero.** El presente proceso penal tiene su origen en la denuncia verbal presentada por Magaliz Oscate Peña ante la autoridad fiscal, a las quince horas con diez minutos, del cinco de marzo de dos mil ocho, con la finalidad de poner en conocimiento la violación sexual de su menor hermana identificada con las iniciales L. M. S. P., de once años de edad, por parte del encausado Josafat David Salcedo Sobrado (vecino), hecho ocurrido en el mes de noviembre de dos mil siete al interior de su domicilio, de lo cual se enteraron por intermedio de aquella al comprobar que esta se encontraba en estado de gestación.

**Cuarto.** La materialidad del delito imputado se encuentra acreditada en autos por el mérito de lo siguiente: **i)** Los certificados médico legales de la menor agraviada de iniciales L. M. S. P., realizados el cinco y siete de marzo de dos mil ocho, de fojas once y veintiuno, respectivamente, que establece que presenta himen complaciente y gestación única



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.º 2321-2014  
HUÁNUCO

activa de diecisiete semanas. ii) La partida de nacimiento de la menor agraviada de iniciales L. M. S. P., de fojas cuarenta y tres, donde se advierte que nació el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y seis, esto es, que a la fecha del hecho imputado tenía once años de edad.

**Quinto.** Revisados los autos se advierte que no es materia de controversia por las partes procesales, que el día del hecho imputado el encausado Josafat David Salcedo Sobrado tuvo acceso carnal con la menor agraviada de iniciales L. M. S. P., producto de lo cual procrearon una hija, lo que se acredita con las sindicaciones realizadas por la menor agraviada en sus declaraciones a nivel preliminar y juicio oral, de fojas catorce y cuatrocientos treinta, respectivamente, donde narró la forma y circunstancias en que mediante violencia física fue víctima de abuso sexual por parte del encausado, producto de lo cual quedó en estado de gestación y posteriormente tuvo una hija; así como por el mérito del resultado de la prueba de ADN, de fojas cuatrocientos sesenta y dos, que concluyó: "Los resultados obtenidos con los quince marcadores utilizados, nos permiten calcular una probabilidad de paternidad de noventa y nueve punto nueve nueve nueve cincuenta y tres por ciento entre los perfiles genéticos del presunto progenitor [...] y del hijo [...], con respecto al perfil genético de la madre[...]. Por tanto, el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-dos mil catorce-cero treinta y seis PPuno Salcedo Sobrado Josafat David, no puede ser excluido de la presunta relación de parentesco en condición de padre biológico del individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-dos mil catorce-cero treinta y seis H



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.º 2321-2014  
HUÁNUCO

S. S. M. M con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-dos mil catorce-cero treinta y seis M S. P. L. M."

**Sexto.** Por tanto, solo corresponde dar respuesta a lo alegado por el encausado Salcedo Sobrado en su recurso de nulidad, esto es en concreto, que no podría ser condenado por el delito de violación sexual imputado, debido a que las relaciones sexuales que tuvo con la menor agraviada fueron consentidas puesto que era su enamorada, y por cuanto en su caso se configuró el error de tipo en cuanto al conocimiento de la edad de la menor agraviada, debido a que creyó que esta tenía más de catorce años de edad.

**Séptimo.** Al respecto se debe desestimar el argumento del encausado recurrente referido a que su conducta resultaría atípica por cuanto la menor agraviada de iniciales L. M. S. P. consintió tener las relaciones sexuales, puesto que, sin perjuicio de indicar que aquella indicó de forma uniforme que la violación sexual se produjo mediante violencia física y en contra de su voluntad, así como negar haber tenido una relación sentimental con el acusado, debe precisarse, que el bien jurídico protegido en este caso, es la indemnidad sexual de la menor agraviada, debido a que al momento de cometido el hecho punible, esta tenía once años de edad, por tanto, no tenía capacidad jurídica para disponer del bien jurídico -libertad sexual-, esto es, resultaba irrelevante su consentimiento o no para tener relaciones sexuales con el imputado, producto de lo cual incluso quedó en estado de gestación, conforme se mencionó anteriormente. De otro lado, de autos se advierte que tampoco se presentó el error de tipo en el encausado recurrente respecto al conocimiento de la edad de la menor agraviada

 CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.º 2321-2014  
HUÁNUCO

al momento del hecho imputado -once años de edad-, debido a que ambos coincidieron en referir que vivían en un pueblo chico donde eran vecinos, y que incluso el acusado era amigo del hermano de la agraviada y conocía a la familia de esta, de lo cual se advierte que tenía perfecto conocimiento de la edad de la aludida perjudicada; sin perjuicio de relevar que el acusado en su declaración inductiva en acto oral, de fojas cuatrocientos cuatro, negó haber tenido relaciones sexuales con la menor agraviada, reconociendo recién dicho accionar con posterioridad a la inserción en autos de la prueba de ADN que estableció su paternidad respecto a la hija de la menor agraviada, a partir de lo cual argumentó las tesis del presunto consentimiento de la menor para tener relaciones sexuales (que es irrelevante en el presente caso) y el presunto error de tipo por desconocimiento de la edad de aquella, lo cual no tiene sustento alguno y tiene como finalidad tratar de atenuar o evadir su responsabilidad penal en el delito imputado.

Octavo. Acreditada la responsabilidad penal del encausado Josafat David Salcedo Sobrado en el hecho imputado, corresponde analizar la pena impuesta en la sentencia recurrida; al respecto debe indicarse, que para los efectos de imponer una sanción penal debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para individualizarla judicialmente y concretarla, que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad previsto en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.º 2321-2014  
HUÁNUCO

personalidad o capacidad del presunto delincuente, conforme con el artículo cuarenta y seis del citado Texto legal.

**Noveno.** Para efectos de establecer la pena a imponer al encausado Josafat David Salcedo Sobrado debe tenerse en cuenta lo siguiente: **i)** El inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, que sanciona al agente con una pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años. **ii)** La reducción prudencial de la pena por responsabilidad restringida (debido a que el encausado al momento del hecho imputado contaba con dieciocho años de edad), conforme con lo previsto en el primer párrafo del artículo veintidós del Código Penal. **iii)** Sus condiciones personales, esto es, de grado de instrucción secundaria completa, de ocupación soldador y vidriero y agente primario en la comisión de actos delictivos, como se advierte de su certificado de antecedentes penales de fojas setenta y dos. Por tanto, consideramos que la sanción impuesta debe ser proporcional con lo anotado y al fin resocializador de la pena (considerándose en el presente caso, que estando a la corta edad del encausado al momento de los hechos, una sanción carcelaria de data larga sería contraproducente con su tratamiento de reinsertarse nuevamente a la sociedad); en consecuencia la pena impuesta en la recurrida debe ser reducida prudencialmente.

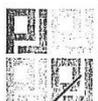
**Décimo.** Este Supremo Tribunal, en virtud de su potestad de control difuso, esto es, preferir una norma constitucional respecto a una norma legal con la que es incompatible, prevista en el segundo párrafo del artículo treinta y ocho de la Constitución Política del Perú, considera inaplicable el segundo párrafo del artículo veintidós del



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.º 2321-2014  
HUÁNUCO

Código Penal, que excluye el beneficio de la reducción prudencial de la pena por responsabilidad restringida por edad, al agente que haya incurrido entre otros, en el delito de violación sexual, debido a que se contraponen con el derecho fundamental de igualdad ante la Ley, previsto en el inciso dos, del artículo dos, de la Constitución Política del Estado; más aún, si el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció como doctrina jurisprudencial respecto al tema *in comento*, que si bien no corresponde pronunciarse por la legitimidad constitucional o no de la norma en cuestión, pues – por sus efectos–, invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, también lo es que el control difuso es de aplicación para todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria, y como tal tienen la obligación de inaplicar normas que colinden con la Constitución; en consecuencia: “Los jueces penales [...] están plenamente habilitados para pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo veintidós del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo”; debe indicarse que en el presente caso no resulta necesaria la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, como se señala en el referido Acuerdo Jurisprudencial, debido a que esta Sala Penal Suprema está integrada por Magistrados de la misma jerarquía que no



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.º 2321-2014  
HUÁNUCO

solo tienen conocimiento de las Ciencias Penales sino también del Derecho Constitucional.

**Décimo primero.** Respecto al monto fijado por concepto de reparación civil, en virtud al artículo noventa y tres del Código Penal, que establece que la reparación comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios, estimamos que resulta proporcional al daño ocasionado a la víctima, esto es su indemnidad sexual.

**DECISIÓN:**

De conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos cinco, del treinta y uno de julio de dos mil catorce, que condenó a Josafat David Salcedo Sobrado, como autor del delito contra la Libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor identificada con las iniciales L. M. S. P.; fijó en quince unidades de referencia procesal el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; y estableció el pago de doscientos nuevos soles mensuales por concepto de pensión de alimentos a favor de la menor de iniciales M. M. S. S.; y **HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que se le impuso al condenado Josafat David Salcedo Sobrado, treinta años de pena privativa de libertad, y **reformándola**: le impusieron diez años de pena privativa de libertad, la misma que con el descuento de carcelería que

 CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.º 2321-2014  
HUÁNUCO

viene sufriendo desde el veintiuno de octubre de dos mil trece, vencerá el veinte de octubre de dos mil veintitrés; notificándose, y los devolvieron.

S. S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

21 OCT 2015

SE PUBLICO CONFORME A LEY

  
Dra. PILAR SALAS CAMPOS  
Secretaria de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA

NF/rjmr