

José Leandro Reaño Peschiera^(*)

El error de tipo como **reverso del dolo**^(**)

«ES INDIFERENTE QUE SE EXIJA LA PRESENCIA DE UN ELEMENTO VOLITIVO DENTRO DE LA ESTRUCTURA DEL DOLO, PUES DICHA VOLUNTAD CONCORRE SIEMPRE QUE SE AFIRME QUE EL AUTOR REALIZÓ EL COMPORTAMIENTO SIENDO CONSCIENTE QUE ENTRAÑABA UN RIESGO IDÓNEO PARA PRODUCIR EL RESULTADO ANTINORMATIVO».

1. Prolegómenos

Según el artículo 14 del Código Penal de 1991 (en adelante CP) existe un error de tipo cuando el autor no conoce un elemento del tipo penal, de modo que cree que su acción está permitida “porque él no sabe lo que hace”⁽¹⁾. Ejemplo, alguien en el comedor de la universidad se guarda en el bolsillo el teléfono celular que otro compañero de estudios había dejado sobre la mesa, creyendo que se trata del suyo, pues no había notado que su compañero llevaba consigo uno del mismo modelo. Otro ejemplo, el profesor universitario seduce a la alumna de 16 años en la creencia que es mayor de edad. Tanto la ajenidad de la cosa sustraída constituye un elemento constitutivo del tipo de hurto (artículo 185 CP)⁽²⁾, como la edad de la víctima un requisito del injusto objetivo del delito de violación sexual (artículos 170 y 173 CP)⁽³⁾, de modo que el desconocimiento de

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de las Maestrías en Derecho Penal y Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) “Artículo 14 del Código Penal de 1991. 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”.

(1) LESCH, Heiko. *Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición*. En: *Revista del Poder Judicial*. Número 45, 1997. p.140.

(2) “Artículo 185. El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años”.

(3) “Artículo 170. El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años”.

“Artículo 173. El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.

tales circunstancias configuran un error de tipo, que conforme a la regulación contenida en el artículo 14 CP excluye el dolo, sea que se trate de un error invencible, en cuyo caso el hecho deviene siempre atípico, sea que se trate de un error vencible, en cuyo caso el hecho es atribuido a título de culpa, siempre y cuando se contemple una tal modalidad en la Parte Especial del CP, algo que no sucede respecto de los delitos de hurto y de violación sexual.

El artículo 14 CP ha pergeñado el tratamiento que los jueces deben dispensar a las “situaciones de defecto cognitivo” que pueden afectar al autor en el momento de la comisión del hecho, regulando el error de tipo y el error de prohibición con consecuencias eximentes y modificatorias de la responsabilidad penal. Así, por un lado, se exonera de imputación jurídico-penal a quien padece un error invencible sobre algún elemento del tipo penal -o no se aprecia la circunstancia agravante de responsabilidad si el error invencible recayera sobre ésta-; mientras que si el defecto cognoscitivo que se proyecta sobre el elemento del tipo penal fuera vencible, la infracción se castiga a título de culpa, siempre y cuando ello fuera posible atendiendo al sistema cerrado de incriminación previsto en nuestro ordenamiento legal para los comportamientos imprudentes⁽⁴⁾. Por otro lado, el segundo párrafo del precepto comentado prevé la exclusión de responsabilidad cuando el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal fuera invencible; decantándose por un régimen de atenuación obligatoria de la pena cuando el error que padezca el autor -respecto a la prohibición del comportamiento emprendido- fuera vencible.

De entrada, ambas clases de error se distinguen tanto por el ámbito sobre el que inciden -el error de tipo recae sobre los elementos objetivos del injusto y el de prohibición sobre el carácter antijurídico del comportamiento-, como por las consecuencias jurídicas que se derivan de su calificación como “error vencible” -la apreciación de un error de tipo vencible determina la aplicación del marco de incriminación culposos,

LA SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE ATENUACIÓN FACULTATIVA DE LA PENA POR EL DE ATRIBUCIÓN CULPOSA DEL HECHO, PARA EL SUPUESTO DE ERROR DE TIPO VENCIBLE, HA MOTIVADO QUE SE CALIFIQUE A LA REGULACIÓN PERUANA DE RÍGIDA O INFLEXIBLE.

mientras que el error de prohibición vencible se sanciona con la atenuación obligatoria de la pena dentro del marco de imputación doloso-, aunque en puridad ambos supuestos implican una sanción atenuada, dado el menor rigor punitivo que caracteriza a los injustos culposos frente a sus tipos homólogos dolosos.

El legislador del CP ha sido preciso al delimitar el ámbito sobre el que debe recaer el error, valiéndose de la expresión “error sobre un elemento del tipo penal”. Con ello, se admite como error de tipo aquellas situaciones de desconocimientos que recaigan tanto sobre los elementos fácticos de la infracción como sobre los elementos de naturaleza normativa. En cambio, la referencia al error “sobre un hecho constitutivo de la infracción”, contenida en el artículo 14.1 Código Penal de 1995⁽⁵⁾, ha sido duramente criticada por un sector de la doctrina española que considera que una interpretación literal del precepto podría dejar fuera de su ámbito de aplicación a los errores sobre elementos normativos del injusto, por entender que el error de tipo sólo puede incidir

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años según Ley 28704”, del 5 de abril de 2006.

(4) “Artículo 12. Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”.

(5) “Artículo 14 del Código Penal de 1995.

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

José Leandro Reaño Peschiera

sobre los elementos fácticos de la infracción⁽⁶⁾. Por el contrario, a la luz de la regulación nacional, el error de tipo puede recaer bien sobre los elementos esenciales de la vertiente objetiva del injusto, tales como 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⁽⁷⁾; o bien puede recaer sobre las circunstancias agravantes de la pena. Estas últimas, en tanto modifican la responsabilidad criminal, constituyen elementos accidentales del injusto, cuya ausencia no comporta la atipicidad del comportamiento⁽⁸⁾.

Según relata en su “Exposición de Motivos” la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de CP, que fuera finalmente promulgado en abril de 1991, la regulación y el tratamiento normativo vigente del error de tipo tiene como fuente legislativa el § 20.2 del Proyecto de StGB de 1962, seguido posteriormente en el § 19.1 del Proyecto Alternativo del StGB, en el § 16.1 del StGB vigente (1975)⁽⁹⁾, y en el artículo 27 del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Por su parte, en materia de error de prohibición la regulación nacional vigente se inspiró en la propuesta de Anteproyecto del Código Penal español de 1983 [artículo 17. 3)], al optar por un régimen de atenuación obligatoria del error (de prohibición) vencible, a diferencia del tratamiento dispensado en la legislación alemana, cuyo §17 StGB se decanta por un régimen de atenuación facultativo del

error de prohibición vencible⁽¹⁰⁾. En el ámbito nacional, el antecedente legislativo inmediato del artículo 14 CP es el artículo 87 Código Penal de 1924, el que -inspirado en los §§ 17 y 18 del Proyecto de Código Penal suizo de 1918- estatúa que:

“En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el Juez, podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al *minimum* legal. La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada una pena mayor que la de prisión⁽¹¹⁾”.

Como se ve, la reforma legislativa de 1991 introdujo modificaciones sustanciales respecto al tratamiento que el Código Penal de 1924 le dispensaba al error de tipo y al error de prohibición, a las que la “Exposición de Motivos” del CP califica de “notable innovación”, sin mayor explicación que el entusiasmo que entre nosotros suele generar el abandono de la tradición, per se. Veámoslos a continuación.

- (6) Especialmente críticos con la redacción del precepto español son los siguientes: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, 1996. p. 44; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general II*. 6ta. edición. Madrid: Tecnos, 2000. p. 134; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación (A propósito del libro del mismo título del prof. Peñaranda Ramos*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995. p. XXIII; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 6ta. edición. Barcelona: Reppertor, 2002. p. 265 y 266; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Problemas del error*. En: *Revista Jurídica La Ley*, 1996. p. 1429. Este último autor pone de relieve que la redacción del artículo 14.1 del Código Penal de 1995 ha agudizado el problema ya existente en el artículo 6 bis a) del derogado Código Penal de 1983, pues los elementos normativos que contienen los tipos penales no pueden asimilarse a los elementos de hecho.
- (7) El error de tipo no puede recaer sobre los elementos de la vertiente subjetiva del injusto, pues la cognoscibilidad del injusto pertenece exclusivamente a la culpabilidad.
- (8) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 268 y 269.
- (9) § 16.1.1 StGB. “Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente”.
- (10) §17 StGB. “Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1”.
- (11) Sobre la influencia de la legislación helvética en el Código Penal de 1924, véase HURTADO POZO, José. *La Ley Importada*. En: <http://www.unifr.ch/derechopenal/leyimp/li.htm>. Lima: Cedys, 1979, particularmente el epígrafe *La recepción del Derecho penal foráneo en el Perú. Especialmente del Suizo y el exhaustivo Anexo sobre fuentes legales del Código Penal de 1924*.

2. Las “notables innovaciones” del CP en materia de error de tipo: la opción por un régimen de tratamiento diferenciado del error y la supresión de la referencia a la “competencia” sobre el error

El legislador penal de 1991 realizó sustituciones terminológicas que a primera vista podrían parecer inocuas¹², pero que en verdad tienen gran relevancia en el plano metodológico. Se abandona el régimen de atenuación facultativa de la pena, previsto en el Código Penal de 1924 tanto para el error de tipo como para el error de prohibición vencibles (evitables), y se opta por un régimen de tratamiento diferenciado para ambas situaciones de defecto cognitivo, según el cual corresponde imputar a título de culpa al autor afectado por un error vencible sobre algún elemento constitutivo del tipo penal, y atenuar obligatoriamente la pena -sin descender del mínimo legal- al agente que actúa bajo un error vencible respecto del carácter ilícito de su comportamiento.

En rigor, esta innovación está asociada al contexto teórico-sistemático en el que se gestó cada proceso codificador. Así, el tratamiento uniforme de los errores sobre los elementos constitutivos del tipo penal y de los errores sobre la ilicitud del comportamiento es propio de la dogmática causalista del delito (sistema Liszt-Beling-Radbruch), muy difundida entre los juristas impulsores del Código Penal de 1924, que concibe el injusto en términos puramente objetivos como lesión externa-causal de un objeto de bien jurídico, y ubica sistemáticamente el dolo en la categoría de la culpabilidad, definiéndolo como

la relación psíquica del autor con el hecho antijurídico. Esta tajante separación entre injusto (lado externo u objetivo) y culpabilidad (lado interno o subjetivo) hace estéril cualquier intención de conferir distintos efectos a los errores (vencibles) sobre los hechos y sobre el derecho, pues en ambos casos se trata de la cuestión de cómo atribuir a la culpabilidad del autor un injusto típico ya configurado, aunque con ocasión de una situación de anomalía psico-cognoscitiva.

Por su parte, el tratamiento diferenciado que prevé el CP es propio de la dogmática finalista del delito, en auge durante el proceso codificador de 1991, que dividió el *dolus malus* causalista en dos subcategorías, definida la primera por el conocimiento de los elementos objetivos del injusto (dolo típico), y la segunda -perteneciente a la culpabilidad- como conocimiento del significado antijurídico del comportamiento. Acorde a este modelo teórico-sistemático, el tratamiento de la problemática del error debe atender al nivel en el que se produce el déficit cognitivo (vencible), pues de ello dependerá que se afecte la configuración del injusto típico doloso, dando lugar a un injusto imprudente (error de tipo), o que se altere la atribución personal del hecho, correspondiendo una disminución de la pena (error de prohibición)⁽¹³⁾.

- (12) La expresión “errónea apreciación de los hechos” contenida en el Código derogado fue reemplazada por la de “error sobre un elemento del tipo penal”, y allí donde en el Código Penal de 1924 se decía “error (ignorancia) sobre el carácter delictuoso del acto” pasó a leerse “error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal”. Antes de introducirse este giro terminológico, Hurtado Pozo se había pronunciado por la conveniencia de sustituir las expresiones “error de hecho” y “error de Derecho” por la nomenclatura “error de tipo” y “error de prohibición”; véase HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2da. edición. Lima: Eddili, 1987. p. 436. Posteriormente, en el mismo sentido, véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal*. Lima: Cultural Cuzco, 1990. p. 145. Valorando positivamente el abandono de la tradicional distinción entre error de hecho (*error facti*) y de derecho (*error iuris*), véase MANSO PORTO, Teresa. *La Regulación del Error en el Código Penal Peruano*. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Número 12, 2002. pp. 70 y 75.
- (13) Consideran que el tratamiento diferenciado del error expresa una concepción de dolo más restringida (*dolo típico*) que la pergeñada por el causalismo (*dolus malus*), HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2da. edición. Lima: Eddili, 1987. p. 438; MANSO PORTO, Teresa. *Op. cit.*; p. 71; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal de 1980*. En: *Revista Jurídica La Ley*, 1981. p. 919; ZULGADÍA ESPINAR, José. *El Tratamiento Jurídico Penal del Error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal Español de 1980*. En: *Cuadernos de Política Criminal*. Número 15, 1981. p. 511 y siguientes; RODRÍGUEZ

José Leandro Reaño Peschiera

La sustitución del régimen de atenuación facultativa de la pena por el de atribución culposa del hecho, para el supuesto de error de tipo vencible, ha motivado que se califique a la regulación peruana de rígida o inflexible, pues todo error (vencible) sobre algún elemento del tipo penal obligaría automáticamente al juez a renunciar al marco de incriminación doloso, debiendo aplicar un -muchas veces inexistente- tipo culposo subyacente, privilegiándose de este modo a quienes por su propia indiferencia o falta de reparo no alcanzaron el conocimiento exigido por el tipo penal⁽¹⁴⁾. En cambio, se afirma que en un modelo de atenuación facultativa de la pena para el error de tipo (vencible), no toda falta de conocimiento privilegiaría automáticamente al sujeto, sino que el juez podría permanecer en el marco de incriminación doloso cuando el desconocimiento sea atribuible a la indiferencia del autor, pese a que desde una perspectiva individual su representación haya estado psicológicamente viciada⁽¹⁵⁾.

A esta posición subyace como premisa que la falta de conocimiento provocada de modo imputable por el propio agente permite apreciar la configuración de un error de tipo. A favor de una tal interpretación podría invocarse la literalidad del artículo 14 CP, en el que se suprime la referencia que el artículo 87 del Código Penal de 1924 hacía respecto a la competencia (incumbencia) de la situación de defecto padecida. Allí donde la regulación del Código Penal de 1924 negaba expresamente efectos atenuantes a las apreciaciones erróneas de los hechos atribuibles a la negligencia del autor, y al error sobre el carácter delictuoso del acto que sea imputable al propio autor, el CP guarda silencio. En apariencia, pues, se trata de una regulación que frente a la alegación de desconocimiento por parte del autor conduciría de modo automático a la eliminación del dolo, sin que sea necesario valorar las razones que llevaron

al autor a la falta de conocimiento y, en particular, sin atender a si el autor pudo o no evitar el déficit cognoscitivo padecido, esto es, si el fue competente por dicha escasez de conocimiento.

Sin embargo, sobre la base de una tal omisión no puede construirse una teoría del error que valore del mismo modo las situaciones de defecto provocadas por el autor y las que no son atribuibles a su libertad de organización. En la medida en que el autor vive en sociedad, el Derecho no puede dejar librada la obligación de alcanzar determinados conocimientos a la disposición subjetivo-individual del autor, sino que de modo objetivo-general le atribuye los conocimientos inherentes al rol que desempeña en el contexto de interacción en el que se produjeron los hechos⁽¹⁶⁾. De otro modo, el autor podría escudarse alegando el desconocimiento de determinados hechos o normas debido al desinterés que siente por ellas. Se trata de la incumbencia de alcanzar determinadas informaciones sobre los hechos y sobre el derecho, que como sujeto imputable destinatario de la norma debe atribuirse al autor, cuya desatención evitable impide afirmar la configuración de un error de tipo o de prohibición. El carácter evitable o inevitable de un error no depende únicamente de los procesos mentales que se hayan producido en la cabeza del autor durante la comisión del hecho enjuiciado, sino de si el autor es

RAMOS, Luis. *Error de Tipo y Error de Prohibición en el Proyecto de Código Penal*. En: *Revista Jurídica La Ley*, 1980. pp. 1 y siguientes. Otros autores sostienen que la opción por un régimen de tratamiento diferenciado del error no implica abrazar una determinada concepción dogmática del delito, de modo que dentro de este modelo tendría cabida tanto la concepción causal como la concepción final del delito; véase HUERTA TOCILDO, Susana. *El error de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980*. En: *Cuadernos de Política Criminal*. Número 12, 1980. pp. 34 y siguientes; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Silvina BACIGALUPO SAGUESSE. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Ceura, 2001. pp. 181-183; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 181.

(14) MANSO PORTO, Teresa. *Op. cit.*; p. 74.

(15) MANSO PORTO, Teresa. *Op. cit.*; p. 75.

(16) LESCH, Heiko. *Op. cit.*; pp. 168 y 169; GONZÁLES RIVERO, Pilar. *Imputación jurídico-penal en estado de defecto*. En: *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004. pp. 263-284.

competente por el déficit de información padecido. Dicho de forma breve, pero contundente, “no todo desconocimiento es un error”⁽¹⁷⁾.

En definitiva, la apreciación jurídica de un error de tipo depende de su evitabilidad (vencibilidad), que no es otra cosa que “competencia por el error”⁽¹⁸⁾. No se determina la configuración de un error de tipo con la mera constatación -por lo demás, improbable- del estado psicológico del autor al momento de cometer el hecho (vgr. el sujeto no sabía la edad de la víctima), sino que su apreciación se realiza aplicando criterios normativos⁽¹⁹⁾. Se trata de determinar cuáles de los factores psíquicos que llevaron al desconocimiento alegado por el autor deben ser reconocidos por el Derecho a efectos de descargar responsabilidad penal, y cuáles no son atendibles a dicho fin, en función al criterio de la evitabilidad (competencia por el error). Así, existirá error de tipo cuando el desconocimiento alegado por el autor sobre determinado elemento del tipo penal, haya sido normativamente inevitable, con independencia del proceso mental (o la ausencia del mismo) que llevó al autor a dicho desconocimiento.

Por su parte, si el desconocimiento alegado fuera normativamente evitable, esto es, si el autor resultara competente por el error, habrá que determinar: a) si los motivos que le impidieron adquirir la información exigida pueden ser

asimilados a un comportamiento imprudente, en el sentido que acarree el peligro de una *poena naturalis*, en cuyo caso corresponderá aplicar el tipo culposo homólogo; o, b) si deben atribuirse a la indiferencia del autor, a su “ceguera ante los hechos”, en cuyo caso no corresponderá apreciar error alguno, sino aplicar el tipo doloso pertinente ya que en estos supuestos el autor ignora la realización del tipo porque sencillamente no está interesado en ello⁽²⁰⁾. Esta indiferencia no es un proceso psíquico, sino la ausencia de éste. A diferencia de lo que sucedería respecto del autor de un hecho imprudente, quien si pudiera advertir su error antes del hecho seguro que modificaría su comportamiento, el autor indiferente continuaría su camino. Por ello, cuando el déficit cognitivo tiene origen en un déficit volitivo, el comportamiento debe reputarse doloso.

En rigor, entonces, el genuino error de tipo es aquel respecto del que puede predicarse su inevitabilidad (invencibilidad), cuya consecuencia es la atipicidad del comportamiento por falta de dolo y, ciertamente,

- (17) La expresión es de JAKOBS, Günther. *Indiferencia como dolo indirecto*. Traducción a cargo de Carlos Pérez del Valle. En: *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 349.
- (18) LESCH, Heiko. *Op. cit.*; pp. 168-170; GONZÁLES RIVERO, Pilar. *Op. cit.*; p. 269, definiendo la “competencia por el error” como “el criterio según el cual la configuración especial psicológica del individuo será apreciada siempre que el ordenamiento normativo no se vea desestabilizado”. Por su parte, la doctrina dominante define el error vencible como aquel que hubiese podido superarse observando la debida diligencia, y el error invencible como aquel que no se hubiese podido evitar con un comportamiento cuidadoso. Por todos, véase LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 444; MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 267.
- (19) No se trata de determinar el grado de desconocimiento que afectó al autor. En esa línea, véase ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito I*. Traducción de la 2da. edición alemana y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 458, afirmando que “el conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo”; MAURACH, Reinhartículo *Derecho Penal. Parte General I: Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible*, actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7ma. edición Alemana por Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994. pp. 398 y 399, para quien se presenta un caso de error de tipo cuando el suceso objetivo no sea abarcado íntegramente por el conocimiento del autor. Conforme ha destacado Ragués i Vallès, “la discusión sobre la intensidad del conocimiento necesario para el dolo, en los términos en que hasta la actualidad se ha desarrollado, es uno de los esfuerzos teóricos más baldíos de la histórica (sic) de la dogmática”.
- (20) FELIP I SABORIT, David. *Error iuris. El Conocimiento de la Antijuricidad y el Artículo 14 del Código Penal*. Barcelona: Atelier, 2000. pp. 261 y siguientes, reconociendo que, entre la esfera del error (ausencia de dolo) y la del conocimiento actual (dolo directo), existe todavía un espacio: el del desconocimiento por indiferencia.

José Leandro Reaño Peschiera

ausencia de imprudencia también. En puridad, según los postulados del principio de culpabilidad -positivizado en el artículo VII TPCP-, una pena no puede imponerse por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto el suceso dañoso pueda atribuirse al autor como hecho suyo⁽²¹⁾, de modo que quien actúa bajo el influjo de un error de tipo inevitable no realiza ni siquiera el tipo objetivo del injusto, ya que carece de imputabilidad⁽²²⁾. Y es que el comportamiento realizado por un sujeto inmerso en una situación de defecto cognitivo absoluto e inevitable, no puede interpretarse como defraudador de las expectativas garantizadas en las normas penales. Quien no sabe lo que hace no puede cuestionar la pretensión de vigencia normativa que posee el ordenamiento jurídico, a menos que el Derecho le exija alcanzar el conocimiento ausente.

Por su parte, el denominado “error de tipo vencible (evitable)”, o bien no es un error por ser imputable a un defecto volitivo del autor, o bien configura directamente un injusto culposo, cuando el desconocimiento de los elementos del tipo no sea atribuible a un defecto volitivo (indiferencia) sino a una desviación del estándar objetivo de conducta vigente en el ámbito de interacción del autor⁽²³⁾. Al respecto, el peligro de que del propio comportamiento del autor se derive un riesgo de autolesión constituye un indicio relevante para distinguir entre indiferencia e imprudencia, pues ésta última siempre entraña un peligro de *poena naturalis*⁽²⁴⁾.

En conclusión, afirmar la existencia de un error de tipo equivale a negar la concurrencia del dolo, y negar la configuración de un error de tipo es lo mismo que afirmar la presencia del dolo, por lo que la idea de prescindir de una regulación legislativa del error de tipo no debería repugnar⁽²⁵⁾. En la medida en que constituye el reverso del dolo, la discusión sobre los fundamentos y límites del error de tipo no puede soslayar los criterios de determinación (atribución) judicial de conocimientos al autor del hecho.

3. La determinación del dolo y la exclusión del error de tipo

Empecemos por los fundamentos, ¿por qué una pena agravada para los delitos dolosos en comparación a los culposos?. La doctrina que cifra la función del derecho penal en la protección de bienes jurídicos no ofrece una respuesta satisfactoria, pues un comportamiento culposo muchas veces representa mayores peligros que uno doloso. Piénsese en un conductor imprudente que causa varias muertes al infringir el deber de

- (21) GARCÍA CAVERO, Percy. *La normativización del dolo en el derecho penal. ¿Por qué no debe más entenderse al dolo como conocimiento y voluntad?* En: *Actualidad Penal*. Tomo 139. Lima: Gaceta Jurídica, junio 2005. p. 81. Sobre el principio de culpabilidad, véase MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp.130 y 131; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 278.
- (22) Claro está, si se conviene en situar la imputabilidad en el primer nivel analítico de la teoría del delito. Referencias sobre este planteamiento en Ragués i Vallès, 2002, pp. 396 ss.; 398; 400-401.
- (23) Conforme afirma Silva Sánchez, “la punición del sujeto en casos de error de tipo sólo podrá sostenerse en los casos en que tal error pueda verse como una imprudencia”; véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 101.
- (24) JAKOBS, Günther. *Indiferencia como dolo indirecto*. Traducción a cargo de Carlos Pérez del Valle. En: *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004. pp. 348 y 349, señalando que “el desconocimiento muestra entonces un déficit de competencia e implica siempre el peligro de una *poena naturalis*, pues nadie puede estar seguro de las consecuencias de una decisión sin no conoce las circunstancias de la misma”.
- (25) Frente a la pretensión de consolidar una exhaustiva regulación legislativa que traía consigo el proyecto oficial de StGB de 1962, Armin Kaufmann advirtió que el beneficio a obtener con esta última debía ser sopesado “con el menoscabo que trae consigo toda reducción del margen de movimiento para la ciencia y la jurisprudencia”, decantándose por una regulación más bien parca, como la que caracterizó al Código Penal del Reich de 1871; véase SANCINETTI, Marcelo. *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales*. En: MONTEALEGRE LYNETT (coordinador). *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 135.

cuidado exigible en el tráfico rodado y el conductor que atropella dolosamente a su víctima. Sin duda, el comportamiento del autor culposo entraña mayor peligro para la integridad de los intervinientes en el tráfico rodado, pues -a diferencia del autor doloso- su conducta no está focalizado a una víctima concreta. En cambio, una comprensión comunicativa del injusto y de la pena sí proporciona una explicación satisfactoria de tal diferencia agravatoria; a saber, de acuerdo a esta tesis, el fundamento de la pena de los delitos dolosos es garantizar la vigencia de una expectativa normativa que ha sido conscientemente desautorizada; mientras que en los delitos culposos el fundamento de la pena viene dado por la necesidad de asegurar estándares objetivos de peligro. La imposición de una pena por la comisión dolosa de un hecho expresa que la norma defraudada sigue siendo la pauta que rige la comunicación en el plano normativo, de modo que las personas en sociedad deben seguir orientando su comportamiento de acuerdo a dichas expectativas. Por su parte, la pena a imponerse por la comisión culposa de un hecho debe ser menos drástica que la prevista para el autor doloso, pues con ella se pretende asegurar estándares objetivos de peligro.

Pero, ¿qué debe entenderse por dolo?. Esta categoría dogmática, heredada del Derecho romano tardío⁽²⁶⁾, es mayoritariamente definida en función a la concurrencia de un momento intelectual -conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal- y de un momento de corte volitivo -voluntad incondicionada de realizar

el tipo⁽²⁷⁾. De acuerdo a esta concepción, no se apreciará un comportamiento doloso cuando en el momento de su actuación el agente ignore absolutamente alguna circunstancia preexistente en la realidad, que precisamente configura determinada situación como típica, o no pueda prever ni siquiera de modo incierto el acaecimiento de del resultado típico de su comportamiento.

Recogiendo la definición al uso en la doctrina dominante, el artículo 81 Código Penal de 1924 conceptualizó el dolo como acción u omisión consciente y voluntaria⁽²⁸⁾. A partir de la constatación de que el elemento volitivo no tiene autonomía conceptual dentro de la categoría del dolo, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y los tribunales. En definitiva, a diferencia de los defectos cognoscitivos, los defectos volitivos per se no descargan de imputación; de ahí que lo relevante del dolo para la configuración del dolo sea únicamente el conocimiento de la realización de un comportamiento típico objetivo⁽²⁹⁾. En verdad, es indiferente que se exija la presencia de un elemento volitivo dentro de la estructura del dolo, pues dicha voluntad concurre siempre que se afirme que el autor

(26) JESCHECK, Hans Heinrich. *Op. cit.*; p. 263.

(27) WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Traducción de la 11ma. edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 77. Desde hace ya algún tiempo, la adscripción de un elemento de corte volitivo a la noción de dolo viene siendo seriamente cuestionada. Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. pp. 401 y siguientes. También las críticas formuladas por Ragués i Vallès, 2002, pp. 157-162, con múltiples referencias bibliográficas al estado actual del debate. Resulta interesante cómo algunos autores que incluyen a la "voluntariedad" como elemento del dolo aceptan que esta voluntad consciente se deduce automáticamente en todos los casos en que se acomete un comportamiento humano (esto es, sin que concurren causas que neutralicen los efectos de la acción: fuerza irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia) conociendo los elementos objetivos que lo hacen típico. En esta línea, MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; pp. 256 y 257. En la parte especial del Código Penal de 1991, se encuentran algunas referencias a la voluntad del agente; por ejemplo, "resultado grave que no quiso causar" (artículo 123), "sin haber tenido el propósito de causarlo" (artículo 118).

(28) Actualmente, en el ámbito latinoamericano, el Código Penal colombiano de 2000, en su artículo 22, señala que "la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar".

(29) RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia / Bosch, 2002. pp. 1-5.

José Leandro Reaño Peschiera

realizó el comportamiento siendo consciente que entrañaba un riesgo idóneo para producir el resultado antinormativo.

La exigencia de un elemento volitivo en el dolo es una reminiscencia de su definición como intención, que fuera asentada en la doctrina penalista por Feuerbach en su esfuerzo por rechazar las teorías objetivizantes del *dolus indirectus* y el *dolus ex re*, que tuvieron gran auge durante el siglo XVIII entre los penalistas hegelianos. Sintetizando al máximo, según la doctrina del *dolus indirectus* el dolo comprende la realización de aquellos resultados que según la experiencia se asocian al comportamiento del sujeto, sin importar que dichas consecuencias hayan sido concretamente abarcadas por la representación del sujeto al momento de actuar. Esta teoría empieza a caer en desgracia a finales del siglo XVIII, principalmente por acción de Feuerbach, quien -desde los postulados de su teoría de la coacción psicológica- la criticó severamente por atribuir a la voluntad del sujeto resultados que éste realmente nunca quiso. Puede afirmarse que tras la aportación de Feuerbach, la discusión doctrinal plantea la imputación dolosa como algo fundamentalmente referido a la representación y voluntad del sujeto, entendidas como fenómenos de naturaleza psicológica.

Sin embargo, tal entendimiento del dolo devino prontamente inaplicable, debiendo recurrir la doctrina a sucedáneos de la voluntad o a elementos pseudos-volitivos para poder calificar un comportamiento de doloso sin renunciar a la definición psicologizante de conocimiento y voluntad. Así, se acaba afirmando que quien simplemente acepta, se conforma o se resigna con la realización del tipo, “jurídicamente quiere” dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente. En la práctica, el razonamiento judicial para apreciar el elemento volitivo del dolo es el siguiente: si al momento de actuar el sujeto fue consciente del riesgo que encerraba su comportamiento, y pese a tal representación actuó, entonces lo hizo voluntariamente, aunque no desee -en términos afectivos- el resultado producido. Dicho en forma simple, si conoce y actúa, entonces quiere. ¿Acaso algún juez negaría el dolo del acusado de homicidio que afirmara haber presionado fuertemente el cuello de la víctima

con un cinturón de cuero por un tiempo más o menos prolongado, con la intención de privarle del conocimiento, pero no de matarla?⁽³⁰⁾.

Por lo demás, la definición de dolo como conocimiento es compatible con la regulación positiva. De lege lata, el único precepto legal al que parece posible acudir para aproximarnos al concepto legislativo del dolo es el artículo 14 CP. Según una interpretación e contrario de este precepto, el dolo implica la realización de los hechos constitutivos de la infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción. Ciertamente, la ausencia de una norma que confiera efectos eximentes o atenuantes a una suerte de “error volitivo”, constituya un argumento contundente para decantarse por una tesis cognitiva de dolo, pues -como afirma Jakobs- “los defectos cognitivos exoneran, los defectos volitivos gravan”⁽³¹⁾.

Ahora bien, la determinación del conocimiento típico del dolo constituye un proceso de adscripción o imputación judicial, pues no se trata de desentrañar la psique del autor para indagar lo que se representó en el momento en que realizó el hecho enjuiciado, algo que por lo demás no es posible hacer utilizando medios de prueba que gocen de confianza social y reconocimiento legal, sino que el conocimiento es predicable en función de determinados criterios de atribución. Sobre el particular, recojo la propuesta formulada por Ragués i Vallès en su importante monografía, al postular que atribución del conocimiento se realice a partir de las reglas de la experiencia sobre el conocimiento ajeno. La virtud de esta propuesta reside en la reducción del riesgo de errores judiciales a niveles que permiten

(30) Se trata del “caso de la correa de cuero” (*Lederriemenfall*), enjuiciado por el *Bundesgerichtshof* (BGH) en 1955. Véase una magistral panorámica del mismo en Ragués i Vallès, 2002, pp. 83 ss., afirmando que marcó un punto de inflexión clave en la centenaria discusión sobre el concepto de dolo.

(31) JAKOBS, Günther. *Indiferencia como dolo indirecto*. Traducción a cargo de Carlos Pérez del Valle. En: *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 349.

considerar legítima su asunción, pues la atribución se realiza a partir de valoraciones sociales que atienden a aspectos objetivo-generales, específicamente vinculados al rol que desempeña el autor en el contexto en el que se produjo la interacción, y a no a cuestiones subjetivo-individuales, imposibles de probar. A partir de las reglas de valoración social se distingue entre conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas arriesgadas neutras.

Cuando se trate de una conducta especialmente apta no deberá prosperar ninguna alegación en el sentido de haber desconocido el concreto riesgo que estaba generando, debiéndosele imputar al autor la causación del resultado a título de dolo, a menos que se trate de un sujeto de socialización exótica. El criterio para atribuir o imputar el conocimiento es el rol o posición jurídica que ocupa el agente en el concreto contexto de interacción en el que desarrolla su comportamiento. Se trata de los denominados conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado.

Las denominadas “conductas arriesgadas neutras” son conductas objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, pero que en la valoración social no están indefectiblemente vinculadas a su acaecimiento. En la clasificación de un comportamiento en estas categorías influyen determinadas variables, tales como la utilidad social de determinadas actividades, la habituación que existe a ellas, y la frecuencia estadística con la que su ejecución lleva al acaecimiento del resultado. La alegación en el sentido de haber desconocido el concreto riesgo que estaba generando sí será creíble en el caso de conductas arriesgadas neutras, debiendo imputarse sólo a título de imprudencia la causación del resultado típico, a excepción de los siguientes supuestos ; a saber, a) cuando el sujeto exterioriza que sí es conocedor del riesgo creado ; b) cuando la proximidad del acaecimiento del resultado se perciba mediante signos externos durante la realización de la conducta típica ; y, c) cuando la dinámica comisiva no haga creíble que el sujeto no haya recapacitado sobre los riesgos de su actuación, lo que sucede por ejemplo cuando ha precedido al hecho una minuciosa preparación.

4. La apreciación del error de tipo. Un ejemplo de la jurisprudencia peruana

En la práctica judicial, la apreciación de un error de tipo implica afirmar la ausencia de prueba suficiente sobre el

conocimiento de alguno de los elementos constitutivos de la infracción por parte del autor, o bien directamente considerar que la evidencia aportada permite inferir que el autor desconocía la idoneidad de su comportamiento para producir el resultado lesivo. En buena cuenta, se trata de determinar si en el caso concreto concurren las condiciones que permiten imputar al autor el conocimiento de los elementos objetivos del injusto. Tal determinación debe hacerse en términos normativos, aplicando las reglas de atribución de conocimientos apuntadas líneas arriba, según se trate la conducta enjuiciada de una “especialmente apta para lesionar” o de una que pueda calificarse como “arriesgada neutra”, y en caso se aprecie como plausible la existencia de algún defecto cognitivo en el autor, no deberá perderse de vista la pregunta sobre ¿quién es el competente por el déficit cognitivo padecido?, pues si éste fuera atribuible a un defecto volitivo del propio autor, no será entonces válido apreciar un supuesto de error de tipo.

Veamos cómo un caso puede tener soluciones distintas en función de los criterios -psicologicistas o normativos- que se apliquen para determinar el conocimiento. Se trata de la ejecutoria suprema de 28 de mayo de 2004, recaída en el Expediente 472-2003-Arequipa, en la que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia por la atipicidad subjetiva del comportamiento del profesor de colegio acusado por tentativa de violación de una de sus alumnas, por considerar que el procesado desconocía la edad de la agraviada, valorándose para ello : a) una carta en la que la alumna, luego de confesar su amor por el profesor, afirmó tener 15 años de edad; y b) el aspecto físico de la agraviada, señalándose que aparentaba una edad mayor de la que realmente tenía.

“Del análisis de autos se advierte que el Colegiado ha efectuado una debida compulsa

José Leandro Reaño Peschiera

de los medios de prueba actuados a lo largo del proceso, pues se colige de autos que el justiciable Richard T. entabló amistad con la menor perjudicada en razón a que venía realizando sus prácticas pre-profesionales en el Colegio “A”, donde estudiaba la menor perjudicada, la misma que le enviaba cartas en las que le manifestaba estar enamorada de él, a lo que no daba importancia el justiciable en comentario, siendo el caso que con fecha 23 de enero del 2001, una amiga de la menor perjudicada, de nombre Fiorella, le comentó que la menor perjudicada quería hablar con él, citándolo en el parque “Mayta Cápac”, donde fue a encontrarse con la menor, con la que conversó y paseó, cual fueran dos enamorados (siempre en la creencia de que la citada menor contaba con 14 años de edad), para luego citarse al día siguiente, 24 de enero, fecha en la que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento. Ahora bien, de la revisión minuciosa de autos, nos detendremos en el certificado médico (evaluación odonto-estomatológica) de fojas 401, por la cual se buscó determinar la edad cronológica de la menor perjudicada, de acuerdo al desarrollo dentario, la misma que determina como edad de la menor la de 14 años, ello aunado a lo vertido por la menor en la carta que en original corre a fojas 117, en la que manifiesta al justiciable Richard T. que, en realidad, no cuenta con 14, sino con 15 años, vale decir, indujo al mismo a creer en la veracidad de su edad, habida cuenta que por su tamaño y desarrollo no aparentaba una edad menor, conforme así se desprende la pericia antes anotada; en tal sentido, se colige que, en todo momento, el justiciable en comentario, mantuvo la certeza de la edad que refería la menor perjudicada; Cuarto: Que, en el caso de autos se ha producido la figura del error de tipo, que se da de dos maneras, cuando el agente actuando con las previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo pero subsiste la culpa y será sancionado como un delito culposo si está contemplado en el Código Penal (error vencible) ; o cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el sujeto queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa (error invencible); en el tipo instruido se hace referencia al error de tipo, que tiene lugar cuando el agente cree que el sujeto pasivo es mayor de 14 años; en este caso, tanto si el error es invencible o vencible no podrá castigarse al sujeto activo por el artículo ciento setentitres del Código Penal, esto al

no admitirse expresamente por Ley la tentativa de violación culposa⁽³²⁾.

La ejecutoria glosada relata un caso de los denominados de “imprudencia provocada” o “ceguera ante los hechos”. Se habla de ésta cuando el autor renuncia deliberadamente a acceder a determinada información, que debía haber tomado en cuenta en función al rol que desempeña, de tal modo que “no ha conocido porque no ha querido hacerlo”. En palabras de Sánchez-Vera, “que en estos casos una condena por imprudencia no resulta satisfactoria, ha sido incluso evidenciado por el acervo popular en la conocida sentencia ‘no hay peor ciego que el que no quiere ver’⁽³³⁾”.

El carácter impreciso de los criterios que utiliza la Sala Suprema para apreciar la configuración de un error de tipo es incompatible con la pretensión de seguridad jurídica que persigue el pensamiento sistemático, pues ex ante no se aseguran soluciones previsiblemente uniformes para casos de estructura similar. La Sala Suprema echa mano de criterios psicologizantes que buscan determinar los procesos mentales acaecidos en la psique del autor al momento de la comisión del hecho enjuiciado, valiéndose -paradójica e inevitablemente- de pruebas producidas *ex post facto*, tales como la evaluación odonto-estomatológica, que no tuvo a la vista el profesor al momento de acometer sexualmente contra su alumna.

No toma en cuenta los conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado por el procesado en el contexto en el que se produjeron los hechos enjuiciados. Bajo dicho prisma, es plausible afirmar o negar el dolo del profesor sin que la decisión se antoje arbitraria. Así,

(32) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*. Lima: Palestra, 2006. pp. 270-273.

(33) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Atribuciones normativistas en derecho penal*. Lima: Grijley, 2004. p. 76.

puede afirmarse que el profesor se representó la edad real de su alumna atendiendo al año escolar que ésta cursaba. Por regla general, los alumnos que -por ejemplo- cursan el primer año de educación secundaria, son menores de 14 años. O bien, por su propia posición, el profesor pudo acceder al registro de datos de la alumna, siendo probable que lo haya tenido a su disposición en alguna oportunidad. En todo caso, si se llega a establecer en el proceso que el profesor inició una relación sentimental con su alumna sin haber recapacitado en su edad, ni haberla indagado a pesar de tener acceso a dicha información, debe concluirse que decidió emprender un comportamiento riesgoso para la indemnidad sexual ajena, con absoluto desinterés sobre un aspecto que es trascendental para quien desempeña el rol de docente escolar. Su indiferencia lo hace competente por el déficit alegado e impide apreciar un error de tipo.

5. Los objetos del error de tipo

5.1. El error sobre los elementos esenciales

5.1.1. Error sobre los elementos predominantemente normativos del injusto

Aunque se viene cuestionando la existencia de elementos puramente descriptivos o normativos, su división terminológica ha sido importante para la delimitación entre las categorías de tipo y antijuricidad, y para el desarrollo de la concepción actualmente dominante del tipo como tipo de injusto⁽³⁴⁾. Comúnmente, se califican como “descriptivos” aquellos elementos que expresan datos o procesos corporales o anímicos y que son susceptibles de verificación cognitiva por parte del juez; mientras que consideran “normativos” a aquellos elementos cuya concurrencia presupone una valoración. A su vez, según su naturaleza valorativa, se distingue entre elementos normativos con valoración jurídica (“ajeno”, artículo 185 CP; “documento”, artículo 427 CP) y elementos con valoración cultural (“acto contrario al pudor”, artículo 176 CP); y, según el margen de valoración judicial, se distingue

entre elementos normativos necesitados de complementación valorativa (“reputación”, artículo 132 CP) y elementos valorativamente plenos (“información privilegiada”, artículo 251A CP; “tributos”, artículo 1 de la Ley Penal Tributaria – Decreto Legislativo 813).

La principal trascendencia de esta distinción terminológica se aprecia en el ámbito del error, pues el proceso de imputación de uno u otro elemento presenta algunas diferencias que pueden ser relevantes para afirmar o desvirtuar la presencia de un error⁽³⁵⁾. Así, se afirma que para el conocimiento de los elementos descriptivos es suficiente tener en cuenta las posibilidades de percepción sensorial o de entendimiento lógico de las circunstancias⁽³⁶⁾, de modo que -como señala Volk- casi siempre resultan ser manifiestos, evidentes y, por así decirlo, pueden tocarse con las manos⁽³⁷⁾. Por su parte, la apreciación de un elemento normativo exige, además de la percepción del sustrato fáctico, la comprensión de su sentido o significado social. Esta comprensión se sitúa a un nivel intermedio dentro de la escala de conocimientos, de modo que para afirmar el dolo no basta imputar el mero conocimiento del sustrato experimental de una realización de tipo, pero tampoco se exige que el autor subsuma el hecho de modo exacto en la ley penal⁽³⁸⁾.

La opinión dominante entiende que para afirmar el conocimiento de los elementos normativos no se necesita que el autor califique con exactitud jurídica las circunstancias del hecho, sino que es suficiente una atribuirle una conciencia aproximativa sobre su significado,

(34) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; pp. 305 y 306

(35) *Ibid.*; pp. 459 y 460.

(36) LUZÓN PEÑA, Diego. *Op. cit.*; p. 448.

(37) VOLK, Klaus. Concepto y prueba de los elementos subjetivos. Traducción por Ramón Ragués I Vallès. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Número 3, 2002. p. 426.

(38) Jakobs, 1997, pp. 347-348.

José Leandro Reaño Peschiera

de modo que bastará con la imputación de una “valoración paralela en la esfera del profano”⁽³⁹⁾ o, si se prefiere, de un juicio paralelo en la conciencia del autor⁽⁴⁰⁾.

Se ha destacado que la teoría de la valoración paralela en la esfera del lego distorsiona las exigencias cognitivas del dolo, al requerir que el autor realice un acto de valoración sobre los elementos típicos que refieren a derechos o relaciones jurídicas, como si el autor fuese el legislador que tuviese que promulgar las normas extrapenales, cuando en puridad sólo debe conocer los hechos jurídicos⁽⁴¹⁾. Independientemente de la simpleza o complejidad de los derechos y relaciones jurídicas contenidos en las normas penales, debe asumirse que el aspecto cognitivo del dolo incluye determinados conocimientos jurídicos porque estos son presupuestos de que el autor pueda reconocer el injusto específico del hecho por él realizado⁽⁴²⁾. En definitiva, los denominados elementos normativos del tipo describen situaciones jurídicas que pueden enjuiciarse sin necesidad de una valoración del autor. Adicionalmente, se cuestiona la operatividad del criterio de valoración paralela en la esfera del profano oponiéndolo a un dato fáctico: “no siempre se trata de profanos en el mundo jurídico”⁽⁴³⁾. Esta afirmación tiene especial vigencia en el ámbito de la criminalidad empresarial, donde los sujetos generalmente disponen –directa o indirectamente– de conocimientos especializados que permiten comprender las situaciones descritas por los elementos normativos.

En este punto, interesa advertir que el error sobre los elementos normativos del tipo no debe confundirse con el denominado “error de subsunción”. Para ello, debe tenerse en cuenta que para afirmar el dolo se requiere que la “valoración paralela” se efectúe sobre las circunstancias del hecho, esto es, sobre los hechos externos con su significado social, no individual. De este modo, las creencias erróneas que tengan origen en la definición inexacta de un concepto jurídico son irrelevantes para excluir

el dolo, pues en estos casos concurrirá un error sobre la subsunción del hecho en la norma jurídica, que a lo sumo podrá fundamentar un error de prohibición.

Como es evidente, el error de tipo que recaiga sobre un elemento normativo también vicará la conciencia de la concreta ilicitud del hecho. Pero ello no ocurrirá en la situación inversa. Así, por ejemplo, quien sustrae un abrigo del perchero de un restaurante en la creencia de que le pertenece, se equivoca sobre una circunstancia del hecho típico; a saber, la ajenidad de la prenda (error de tipo) y, debido a esta falsa creencia, no puede afirmarse que sea consciente de la ilicitud concreta de su comportamiento, aunque abstractamente tenga que la certeza que la sustracción de un bien ajeno constituye un hecho antijurídico. De modo inverso, quien envenena al perro de su vecino en la creencia errónea de que dicho animal no constituye un “bien mueble”, desde la perspectiva del objeto de protección en el delito de daños, se equivoca sobre la definición del concepto jurídico de “bien mueble”, mas no respecto de una circunstancia externa. Este último caso grafica un error de subsunción que, por más incidencia que tenga sobre la conciencia de la concreta ilicitud del hecho, nunca excluirá el dolo. Para la concurrencia del dolo típico basta que pueda afirmarse que el sujeto ha aprehendido en su “esfera de profano” todo lo que caracteriza el concepto legal de bien mueble en su significado social⁽⁴⁴⁾, esto es, su materialidad.

(39) Expresión atribuida a Mezger. Sobre la recepción mayoritaria de este criterio en la doctrina, véase CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general II*. 6ta. edición. Madrid: Tecnos, 1996. p. 133, nota 52.

(40) WELZEL, Hans. *Op. cit.*; p. 91.

(41) PUPPE, Ingeborg. *Error de hecho, error de Derecho y error de subsunción*. Traducción por Manuel Cancio Meliá y Gustavo Buzzone. En: *Cuadernos de Política Criminal*, 1992. pp. 363-366.

(42) *Ibid.*; pp. 364 y 365. Esta autora destaca que el criterio de “la valoración paralela en las esferas del autor tiene la función de eliminar o también ocultar esta dificultad de determinación conceptual en el ámbito de los elementos normativos del tipo, conformándose con una representación conceptual del autor que sea similar al sentido. Pero esta dificultad existe de modo general para todos los conceptos del lenguaje natural” (p. 364, nota 24).

(43) Jakobs, 1997, p. 347, nota 108.

(44) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 462.

La delimitación entre error de tipo y error de prohibición también resulta difusa cuando la equivocación tiene lugar en el marco de las leyes penales en blanco. Para el tratamiento de estos casos debe aceptarse que la norma integradora de la ley penal constituye un componente del tipo, pues de otro modo la norma prohibitiva quedaría ininteligible. Naturalmente, al precepto penal completado le son aplicables las reglas habituales del error⁽⁴⁵⁾. En términos generales, el dolo se excluirá cuando pueda predicarse que la ausencia de representación está vinculada a una circunstancia externa de la norma complementaria, mientras que se apreciará un error de prohibición en aquellos supuestos en los que la equivocación incida sobre la existencia de la norma complementaria. Así, suponiendo que el INRENA disponga la prohibición absoluta de verter residuos industriales en los ríos de la sierra central del Perú durante los últimos 10 días de cada mes, a fin de que las corrientes reciclen sus efectos contaminantes, incurrirá en error de tipo quien -conociendo dicha medida de protección medioambiental- se equivoca sobre los límites temporales de su vigencia, e incurrirá en error de prohibición quien realiza vertidos de relaves durante los últimos días del mes porque desconoce tal prohibición.

5.1.2. Error sobre el curso causal

Bajo este epígrafe se aglutinan supuestos en los que el resultado típico acaece en virtud de un proceso causal distinto al que según las valoraciones sociales lleva aparejado el comportamiento del autor. Si como punto de partida se acepta que, junto a la acción y al resultado, la relación de causalidad constituye un elemento típico, y que es imposible la previsión de todos sus pormenores, entonces sus rasgos esenciales deben ser abarcados por el dolo⁽⁴⁶⁾. Al hilo de esta afirmación, cabe preguntarse en qué casos la falsa representación sobre el proceso causal será tan esencial al punto de adquirir la relevancia de un error de tipo.

De entrada, se exceptúan del ámbito del error de tipo aquellos casos de desviación del curso causal que en los que se excluye la posibilidad de la imputación objetiva del resultado⁽⁴⁷⁾. Al no configurarse el tipo objetivo del delito consumado, puesto que el riesgo prohibido no se realizó en el resultado, sólo cabe apreciar una tentativa (artículo 16 CP). Ciertamente, en todos los casos de desviaciones del curso causal debe determinarse si la desviación es tal que excluye o no la imputación objetiva del resultado⁽⁴⁸⁾.

Ahora bien, una vez verificada la desviación objetivamente imputable del proceso causal, habrá que decantarse por la irrelevancia del error cuando el riesgo concretamente realizado sea de la misma clase que el abarcado por el dolo del sujeto, y cuando la desviación del acontecer típico no comporte un cambio de delito ni la concurrencia de circunstancias que afecten la gravedad del hecho⁽⁴⁹⁾.

5.1.2.1. *Dolus generalis*

Un caso especial de desviación del curso causal es el denominado *dolus generalis*, en el que el resultado es producto de una acción dolosa anterior o posterior a la que el sujeto atribuye eficacia consumativa⁽⁵⁰⁾. Tradicionalmente, conforme a la doctrina del *dolus generalis*, se apreciaba un suceso unitario, en el que el dolo del primer acto se extendía al segundo, configurándose un solo delito consumado⁽⁵¹⁾. La posición contraria rompe con la visión unitaria del suceso, apreciando en el primer acto -en

(45) JESCHECK, Hans Heinrich. *Op. cit.*; p. 278.

(46) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 487; JESCHECK, Hans Heinrich. *Op. cit.*; p. 280.

(47) Ejemplo: el sujeto activo dispara contra la víctima con dolo de matar, pero esta fallece producto de un virus que le fuera inoculado por negligencia de los médicos que la atendieron en el hospital.

(48) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 454.

(49) Ejemplo: el sujeto activo arroja a la víctima desde un puente para que se ahogara, pero la muerte se produce por el golpe con el pilar del puente.

(50) Ejemplo: el sujeto activo dispara contra la víctima quien cae inconsciente y, luego, la arroja al mar en la creencia de que se trata de un cadáver. Finalmente, esta fallece a causa de la inmersión. En el caso inverso, el sujeto activo planea la muerte de la víctima por ahogamiento, pero esta fallece a causa de la herida que aquel le produjo para inmovilizarla.

(51) En esta línea, JESCHECK, Hans Heinrich. *Op. cit.*; p. 282.

José Leandro Reaño Peschiera

caso la acción dolosa posterior produzca el resultado- un delito intentado, que entra en concurso con el delito imprudente que se configura con el segundo acto, excepto que el acaecimiento del resultado sea imprevisible⁽⁵²⁾.

En definitiva, será válida la apreciación de un delito consumado cuando el resultado se produzca por una desviación no esencial del curso causal; mientras que la solución deberá arbitrarse por las sendas concursales siempre que el resultado sea solo objetivamente imputable al segundo acto, y éste no haya sido abarcado por el dolo del autor.

5.1.2.2. “*Aberratio ictus*” o desviación del golpe

En puridad, los casos comprendidos bajo la expresión “*aberratio ictus*” deben ser tratados por las reglas generales del error sobre el proceso causal, aunque su tratamiento diferenciado viene justificado por la diversidad de resultados a los que se arriba. Así, mientras una desviación ordinaria del curso causal que se halle dentro de lo adecuado deja intacto el dolo, en la “*aberratio ictus*” generalmente se excluye la atribución del resultado al dolo del sujeto⁽⁵³⁾.

En esta modalidad especial de desviación del curso causal se incluyen los casos en los que el sujeto dirige efectivamente su conducta contra un determinado objeto que finalmente no consigue lesionar, sino que por un fallo en la ejecución el efecto lesivo termina produciéndose en otro objeto. De inicio, debe aclararse que el yerro no se basa en una confusión sobre la identidad o características de los objetos, sino en la ejecución del comportamiento⁽⁵⁴⁾.

Al respecto, son objeto de polémica los casos en que la desviación es previsible según la experiencia general de vida, sin ser abarcada por el *dolus eventualis* del sujeto, y se alcanza a un objeto que goza de la misma protección jurídico penal⁽⁵⁵⁾.

Las soluciones a esta constelación de casos ha sido acometida fundamentalmente a través de dos teorías.

Según la teoría de la equivalencia, la “*aberratio ictus*” constituye una especie de error sobre cualidades extra típicas que no tiene influencia en el dolo, puesto que los tipos penales tutelan intereses concebidos como género. Se parte de la equivalencia del objeto finalmente afectado con el objeto sobre el que se dirigió la acción. Esta idea se ha graficado con la frase, “se quería matar a un hombre y a un hombre se ha matado”⁽⁵⁶⁾. Según esta tesis, en el caso del jugador de fútbol (nota 54) debe apreciarse un delito de lesiones dolosas consumadas. A esta posición subyace una concepción de dolo genérico que se deriva de la redacción abstracta de los tipos legales⁽⁵⁷⁾.

Por otro lado, según la teoría de la concreción, el elemento intelectual del dolo debe estar circunscrito a un determinado objeto. De este modo, si producto de la desviación en la ejecución del comportamiento se alcanza a un objeto distinto, entonces faltará el dolo con relación a éste, por lo que debe apreciarse -en concurso ideal- un delito intentado respecto al objeto no alcanzado y un delito imprudente respecto al objeto lesionado. Esta es la posición mayoritaria en la doctrina alemana, y en lo esencial es seguida por Silva Sánchez, para quien la “la responsabilidad por delito doloso consumado requiere que el dolo haya abarcado el riesgo que se ha realizado en el resultado

(52) Esta posición es defendida por MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 272, nota 104.

(53) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 495.

(54) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “*Aberratio ictus*” e imputación objetiva. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1981. p. 347, quien cita un caso de la jurisprudencia española: “Un jugador de fútbol, fuera de sí por la marcha del partido, se dirige al árbitro y lanza su puño contra el rostro de éste, pero no resulta lesionado el juez de la contienda sino otro futbolista que se había interpuesto para tratar de impedir la agresión” (p. 350).

(55) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 494.

(56) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “*Aberratio ictus*” e imputación objetiva. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1981. p. 352.

(57) *Ibid.*; p. 355. Para este autor, no se ha dado una fundamentación convincente sobre la determinación del objeto de referencia del dolo, y a la precisión del grado de congruencia que debe existir entre ambos (p. 366).

y no otro⁽⁵⁸⁾. En este sentido, constituyen riesgos distintos no sólo aquellos que amenazan a bienes jurídicos de distinta clase o naturaleza, sino también aquellos que amenazan a bienes jurídicos distintos aunque de la misma naturaleza. En suma, para esta posición “lo decisivo es, pues, la realidad existencial que constituye el soporte del bien jurídico”⁽⁵⁹⁾.

Frente a las tesis de la equivalencia y de la concreción, un sector de la doctrina alemana ha apoyado sus propuestas de solución, esencialmente coincidentes con las sustentadas por las teorías reseñadas, en diversos criterios diferenciadores. En esta línea, destaca la propuesta de Roxin, construida sobre la base de un criterio de corte subjetivista anclado en “el plan del hecho diseñado por el autor”. Según este planteamiento, si el comportamiento del sujeto alcanza a un objeto distinto respecto al que dirigió originalmente su acción, ha de considerarse fracasado su plan⁽⁶⁰⁾, de modo que se llega a la misma solución que la propuesta por la teoría de la concreción.

5.1.3. “Error in persona vel in obiecto” (error sobre el objeto o la persona)

Con esta denominación se designan aquellos casos de confusión sobre la identidad o características del objeto de la acción. A diferencia de lo que sucede en la “*aberratio ictus*”, en estos casos el sujeto alcanza al objeto concreto sobre el que había dirigido su acción. Esta individualización de la representación del sujeto en un objeto concreto de la acción fundamenta una imputación dolosa⁽⁶¹⁾, evidentemente en aquellos casos en los que el objeto alcanzado sea típicamente equivalente al objeto representado. Entendiendo que el concepto de bien jurídico refiere a un objeto empírico -y no un

valor abstracto-dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, será irrelevante el error sobre características extra típicas, tales como la identidad del objeto al que se dirige acción, a sabiendas de que el mismo reúne las condiciones típicas⁽⁶²⁾.

De otro modo, esta clase de error tendrá consecuencias jurídicas cuando los objetos confundidos no sean típicamente equivalentes⁽⁶³⁾, de modo que la confusión provoca un cambio de calificación típica. Se distingue dentro de este universo de casos, los supuestos de error directo y de error inverso⁽⁶⁴⁾. En el primero de ellos, la falsa representación incide en los elementos del tipo más grave, de forma que el tipo cualificado no será dolosamente imputable al sujeto⁽⁶⁵⁾. En el segundo supuesto, el autor se representa erróneamente una cualidad en el objeto cuya lesión motivaría un tipo más grave⁽⁶⁶⁾.

5.1.4. Error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación

El tratamiento jurídico que debe dispensarse a la suposición errónea sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación, constituye una de las materias más discutidas de la dogmática del error. La polémica gira en torno a su tratamiento como error de prohibición⁽⁶⁷⁾ o como error de tipo⁽⁶⁸⁾.

(58) *Ibid.*; p. 370.

(59) *Ibid.*; pp. 370 y 371.

(60) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; pp. 494-496.

(61) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; p. 504.

(62) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*; p. 271.

(63) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “*Aberratio ictus*” e imputación objetiva. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1981. p. 348; Roxin, Claus. *Op. cit.*; p. 508.

(64) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; pp. 455-458.

(65) Ejemplo: A mata a B, ignorando que se trataba de su hijo. Si el error sobre la identidad de la víctima era vencible se apreciará un parricidio imprudente en concurso ideal con homicidio simple doloso consumado, mientras que si dicha confusión fue producto de un error invencible, sólo se apreciará un homicidio simple doloso consumado; *Ibid.*; p. 456.

(66) JESCHECK, Hans Heinrich. *Op. cit.*; p. 280, citando el siguiente ejemplo: “un campesino abofetea en una tienda a una muñeca-maniquí que cree le mira fijamente, y ésta se rompe: tentativa impune de lesiones y daños imprudentes impunes”.

(67) Posición defendida en España, entre otros, por CEREZO MIR, José. *Op. cit.*; p. 132.

(68) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997. pp. 103-

José Leandro Reaño Peschiera

El hecho que el CP no haya adoptado una posición expresa al respecto⁽⁶⁹⁾, permite que el debate sea trasladado a nuestro ámbito. En definitiva, en la Exposición de Motivos del CP se afirma que el ámbito del error de tipo está configurado por todos sus elementos integrantes, “ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho, justificantes o exculpantes)”, pero el artículo 21 CP establece un régimen sui generis de atenuación facultativa de la pena para los casos de inconcurrencia de algún requisito necesario para configurar las eximentes previstas en el artículo 20 CP, entre las que se encuentran las causas de justificación.

El tratamiento legislativo previsto para las eximentes incompletas en el CP, podría llevar a pensar que el supuesto de error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación se encuentra más próximo a la regulación del error de prohibición que a la del error de tipo, pues el mencionado precepto opta por la atenuación -ciertamente facultativa, a diferencia del régimen legal del error de prohibición- de la responsabilidad penal. En efecto, conforme sostiene Bacigalupo Zapater al criticar esta misma situación en el Código Penal de 1995, una aminoración de la pena como la prevista en las eximentes incompletas “sólo es razonable cuando el autor haya supuesto erróneamente y en forma evitable el elemento de la circunstancia eximente”⁽⁷⁰⁾, por lo que considera que la regulación de las denominadas “eximentes incompletas” es disfuncional a un sistema que otorga relevancia al error.

En la doctrina nacional, Bramont Arias, Bramont-Arias Torres, y Villavicencio Terreros consideran que la falsa representación sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación

debe ser tratada como un caso de error de prohibición⁽⁷¹⁾. En esta línea, en el fallo recaído en el expediente (p. 210) 498-98-P/Camaná se señala: “Tratándose de una creencia errónea sobre la autorización del acto, nos encontramos ante un error de prohibición indirecto (es decir, error sobre la concurrencia de una causa de justificación: consentimiento válido del titular)”⁽⁷²⁾.

Esta tesitura, propia de la teoría estricta de la culpabilidad, es criticada por quienes consideran que la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación configura el tipo negativo, necesario para la realización del tipo total de injusto⁽⁷³⁾, de modo que tal suposición errónea constituiría un error de tipo (negativo). Según este planteamiento, en el ámbito de las causas de justificación se debe distinguir entre el error de tipo negativo que incide sobre los presupuestos típicos de la situación justificativa, y el error de prohibición indirecto o de permisión que recae sobre la admisibilidad jurídica de determinada situación como justificante⁽⁷⁴⁾.

5.1.5. El error sobre los elementos accidentales

Además del supuesto genérico de error sobre un elemento del tipo penal, el artículo 14 CP prevé específicamente el error respecto a una circunstancia que agrave la pena. Esta

105; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. pp. 396-398; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El tratamiento del error en la reforma de 1983: artículo 6 bis a*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985. pp. 703 y siguientes; MIR PUIG, Santiago. Op. cit.; pp. 415 y 416, 538 y 539, entre otros.

(69) A diferencia, por ejemplo, del Código Penal colombiano, cuyo artículo 32.10 exige de responsabilidad penal cuando “se obre con error invencible (...) 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”.

(70) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Problemas del error*. En: *Revista Jurídica La Ley*, 1996. p. 1429.

(71) BRAMONT ARIAS, Luis y Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES. *Código Penal Anotado*. Lima: San Marcos, 1995. p. 148; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal Comentado*. 3ra edición. Lima: Grijley, 2001. p. 83. Para este último autor se trata específicamente de un error de prohibición “indirecto”.

(72) CARO CORIA, Dino Carlos. *Código Penal: Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. p. 145.

(73) MIR PUIG, Santiago. Op. cit.; p. 538.

(74) *Ibid.*; p. 539.

distinción puede parecer superflua si tenemos en cuenta que las circunstancias agravantes constituyen elementos accidentales del tipo penal, y que -aparentemente- se le confiere a este supuesto específico de error las mismas consecuencias jurídicas que corresponden al error de tipo. Consecuentemente, su tratamiento diferenciado ha sido atribuido al arraigo tienen dicha distinción -entre elementos esenciales y accidentales- a nivel jurisprudencial y doctrinal⁽⁷⁵⁾.

Aunque precisamente la naturaleza accidental de las circunstancias agravantes podría explicar la razón de una regulación diferenciada, pues el error sobre ellas no produce efectos eximentes de responsabilidad penal -la cual subsiste con relación al tipo base- sino que impide apreciar la modalidad o tipo agravado. Con todo, su inclusión en el precepto nacional exige tomar postura frente a dos cuestiones de primer orden, a) La relevancia de la situación de error vencible; y b) El tratamiento del error sobre circunstancias atenuantes.

En primer lugar, pareciera que el artículo 14 CP sólo concede efectos eximentes de agravación al error invencible, pues -en lo que aquí interesa- se afirma que “el error (...) respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye (...) la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa (...)”. Conforme destacaron en su día algunos autores españoles, comentando el artículo 6 bis a), primer párrafo, del Código Penal de 1973, modificado en 1983 por la Ley de Reforma Urgente y Parcial⁽⁷⁶⁾, existen al respecto dos posibilidades interpretativas: i) entender que pese a todo se excluye también la responsabilidad por la cualificación, o ii) que se responde por imprudencia de la cualificación en concurso ideal con la comisión dolosa del tipo básico⁽⁷⁷⁾.

Efectivamente, a partir de una interpretación literal, podría sostenerse teóricamente la extensión de las reglas generales del error de tipo al desconocimiento vencible (evitable) de una circunstancia agravante, y apreciar en estos supuestos un concurso ideal entre el tipo básico consumado dolosamente y el tipo agravado cometido imprudentemente⁽⁷⁸⁾. No obstante, a favor de la solución contraria de carácter restrictivo, se ha dicho que “si la cualificación no es abarcada por el dolo y se produce sólo por imprudencia, no hay suficiente desvalor como para responder penalmente de la misma”⁽⁷⁹⁾. De este modo, aceptar la posibilidad del concurso implicaría un doble castigo respecto a la porción esencial del acontecimiento, vulnerándose el principio del *ne bis in idem*⁽⁸⁰⁾.

Así, la propia naturaleza de las circunstancias agravantes les impide fundamentar un injusto culposo adicional al doloso que sirve de base, por lo que debe entenderse que la exclusión de la agravación prevista en el artículo 14 CP operará sin importar la vencibilidad o invencibilidad del error⁽⁸¹⁾. En todo caso, el error vencible sobre ellas podrá ser tomado en cuenta en sede de la individualización judicial de la pena, dentro del marco penal correspondiente al delito doloso básico⁽⁸²⁾. (p. 212)

(75) MAQUEDA ABREU, María Teresa. *El error sobre las circunstancias: Insuficiencias de una regulación desafortunada*. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Número 12, 2002. p. 113.

(76) Cuya redacción coincide con la del artículo 14 del Código Penal de 1991.

(77) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2da. edición. Pamplona: Aranzadi, 2000. p. 432.

(78) Esta solución fue propuesta por GÓMEZ BENITES, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1984. pp. 223 y siguientes, en el marco del mencionado artículo 6 bis a) del Código Penal español de 1973, modificado en 1983.

(79) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*; p. 451.

(80) PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Concurso de leyes, error y participación*. Madrid: Civitas, 1991. pp. 84 y siguientes.

(81) Sobre la impunidad del error vencible sobre los elementos accidentales, véase también BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal de 1980*. En: *Revista Jurídica La Ley*, 1981. p. 921, nota 10.

(82) A favor de esta solución, MAQUEDA ABREU, María Teresa. *Op. cit.*; p. 117.

José Leandro Reaño Peschiera

En segundo lugar, el artículo 14 CP guarda silencio respecto al error sobre circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, tanto las vinculadas al injusto objetivo como a las de carácter personal que inciden en la culpabilidad y en la punibilidad de los intervinientes en el suceso. Proyectemos los siguientes casos: a) Un médico practica un aborto sin saber que el embarazo fue consecuencia de una violación sexual fuera del matrimonio: ¿debe aplicársele la atenuación del artículo 120.1 CP?; b) Un sujeto destruye un bien mueble ajeno, consciente de su valor económico, pero ignorando que pertenecía a su padre: ¿debe aplicársele la causa de exclusión de pena por parentesco prevista en el artículo 208 CP?. Estos supuestos hipotéticos carecen de una respuesta legal explícita en el ordenamiento

jurídico peruano. Como es fácil advertir, la solución que se adopte en ambos casos sobre la relevancia de esta clase de error, tendrá gran trascendencia en la práctica.

La aplicación coherente del principio del hecho y del principio de culpabilidad exige que la imputación jurídico-penal deba realizarse desde una perspectiva *ex ante*, por lo que no será válido apreciar una circunstancia atenuante que al momento de la realización del hecho no haya sido conocida por el autor⁽⁸³⁾. Por un parte, el principio de culpabilidad “exige que el sujeto responda por el tipo que creía realizar y no por el que efectivamente llevó a cabo”⁽⁸⁴⁾; y, por otra, el principio del hecho, expresado negativamente en la fórmula *cogitationis poenam nemo patitur*, determina que “sin una conducta que sea tanto externa, como perturbadora (esto es: una conducta que se arroge una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta”⁽⁸⁵⁾. ©

(83) A esta conclusión arriba MAQUEDA ABREU, María Teresa. *Op. cit.*; p. 119 y siguientes, aunque por fundamentos distintos a los aquí expuestos.

(84) COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte general*. 5ta. edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 684, nota 85.

(85) Jakobs, 1997, p. 323.