

El error de tipo en el Código Penal Peruano

José Leandro Reaño Peschiera

Sumario: I. Introducción. II. La neutralización del dolo como consecuencia jurídica del error de tipo. 1. La divergencia terminológica: Error de hecho / error de Derecho y error de tipo / error de prohibición. 2. La determinación del conocimiento en el error de tipo. 3. La vencibilidad del error y la atribución culposa del hecho. III. Los objetos del error de tipo. 1. El error sobre los elementos esenciales. A. Error sobre los elementos predominantemente normativos del injusto. B. Error sobre el curso causal. B.1. «Dolus generalis». B.2. «Aberratio ictus» o desviación del golpe. C. «Error in persona vel in obiecto» (error sobre el objeto o la persona). D. Error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación. E. El error sobre los elementos accidentales.

I. Introducción

(p. 185) El primer párrafo del art. 14 CP confiere efectos eximentes de responsabilidad penal al error invencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal, y efectos excluyentes de agravación al que incida sobre alguna circunstancia agravante de la pena. Adicionalmente, se prevé la atribución culposa del hecho cometido bajo la influencia de un error vencible, siempre que (p. 186) dentro del sistema cerrado de incriminación imprudente (numerus clausus), que acoge el art. 12 CP, se admita tal posibilidad.

El segundo párrafo del art. 14 CP regula el llamado «error de prohibición»¹, otorgando consecuencias excluyentes de responsabilidad penal al error invencible que incida sobre la ilicitud del hecho constitutivo de infracción punible, y previendo la atenuación obligatoria de la pena para los supuestos de vencibilidad.

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 la conciencia de la antijuricidad del comportamiento—, como por las consecuencias jurídicas que se derivan de su apreciación vencible —el error de tipo determina la aplicación del marco de incriminación culposa, y el error de prohibición la atenuación obligatoria de la pena dentro del marco de imputación doloso—.

La regulación y el tratamiento del error de tipo en el CP tiene como fuente legislativa el § 20.2 del Proyecto de StGB de 1962, el § 19.1 del Proyecto Alternativo del StGB, el § 16.1 del StGB vigente, el art. 27 del CP Tipo para Latinoamérica², y el art. 6° bis a) del CP español de 1973, modificado por la Ley de reforma urgente y parcial de 1983.

La reforma de 1991 introdujo cambios formales y sustanciales respecto a la regulación del error en el Código Penal de 1924³. De un lado, se sustituyó (p. 187) la clásica referencia a la «errónea

¹ El CP no se refiere expresamente al error sobre la ilicitud del hecho como «error de prohibición», pese a que en la Exposición de Motivos se alude al error de tipo y al «error de prohibición» como términos sustitutivos de las expresiones «error de hecho» y «error de Derecho», contenidas en el CP derogado.

² Antecedentes normativos mencionados en la Exposición de Motivos del CP, Decreto Legislativo N.º 635.

³ El art. 87 Código Penal de 1924 —antecedente legislativo inmediato del art. 14 CP—, similar al § 17 y § 18 del Proyecto de CP suizo de 1918, estatuyó 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». Sobre la influencia de la legislación helvética en el CP peruano de 1924, Véase Hurtado Pozo, 1979, particularmente el epígrafe «La recepción del Derecho penal foráneo en el Perú. Especialmente del Suizo» y el Anexo sobre las fuentes legales del Código Penal de 1924.

apreciación de los hechos» por la expresión: «error sobre un elemento del tipo penal o respecto de una circunstancia que agrave la pena»⁴; y, de otro lado, el régimen de tratamiento uniforme que dispensaba el texto derogado para los casos de error sobre elementos típicos y sobre la conciencia de la ilicitud, cedió paso a un sistema de regulación diferenciada en materia de consecuencias jurídicas.

Precisamente, el objetivo de la presente contribución es examinar el tratamiento perfilado por el CP respecto del llamado «error de tipo».

II. La neutralización del dolo como consecuencia jurídica del error de tipo

1. *La divergencia terminológica: Error de hecho/error de Derecho y error de tipo/error de prohibición*

Suele destacarse como aspecto positivo de la regulación peruana vigente, el haber introducido la terminología error de tipo / error de prohibición⁵ en reemplazo de la tradicional distinción entre error de hecho (error facti) y de derecho (error iuris). No obstante, el cambio de regulación que operó con la entrada en vigencia del CP debe ser valorado desde las consecuencias jurídicas del error, antes que enfatizar en las clasificaciones o tipologías contenidas en ambos textos normativos.

A la clasificación que distingue entre error de hecho y de Derecho se le critica su excesiva atención a la fuente u origen del error y su correspondiente desinterés por la ubicación sistemática que ocupan los elementos afectados dentro del edificio conceptual de la teoría del delito; mientras que se destaca la precisión que al respecto conllevan las categorías error de tipo y de prohibición, al fijar su mirada en el objeto del error. Precisamente, la diversidad de criterios utilizados para definir a ambas tipologías de error, permite que el error de tipo consista —según su fuente u origen— en un error de hecho o en un error de derecho. (p. 188)

Por lo demás, la explicación de esta sustitución terminológica debe ser auscultada en el propio contexto sistemático que inspiró a cada Código. De este modo, si la atribución subjetiva es concebida como dolus malus, pierde relevancia la cuestión relativa al objeto del error, pues sea que éste recaiga sobre el hecho mismo o sobre su significación antijurídica siempre quedará excluida la posibilidad de atribución dolosa del hecho. La opción por esta categoría subjetiva global, característica de la doctrina causalista, pareciera deducirse del tratamiento indiferenciado que el Código Penal de 1924 dispensaba al error⁶, al prever la atenuación facultativa de la pena tanto para los supuestos de falsa apreciación de los hechos como para los casos de ignorancia sobre la ilicitud del acto, salvo que se tratase de delitos que tengan señalada una pena mayor a la de prisión. Siendo el dolo concebido como acción u omisión consciente y voluntaria (art. 81 Código Penal de 1924), el error sobre cualquier elemento del delito —incluso el que recaía en la ilicitud del acto— conducía al enjuiciamiento del hecho fuera del marco penal doloso.

Por el contrario, el origen o fuente del error pierde relevancia en el CP, puesto que al haberse optado por una regulación diferenciada del error, la variación del marco penal (del doloso al culposo) o la atenuación obligatoria de la pena dentro del marco doloso depende exclusivamente del objeto sobre el que recaiga el error, esto es, si se produce respecto de un elemento objetivo del tipo penal o sobre la ilicitud del hecho punible.

Para algunos autores, el tratamiento diferenciado del error es propio de una concepción de dolo más restringida que la perfeccionada por el causalismo en la categoría del dolus malus y, en tanto el nuevo modelo de regulación coincide con la denominada teoría de la culpabilidad, sería válido concluir que la conciencia de la antijuricidad no es comprendida en el dolo. De este modo, el dolo —concebido como categoría simple— formaría parte del injusto, mientras que el

⁴ Antes de introducirse este giro terminológico, en nuestra doctrina Hurtado Pozo, 1987, p. 436, 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». Posteriormente, en el mismo sentido, Villavicencio Terreros, 1990, p. 145.

⁵ Manso Porto, 2002, p. 70, 75.

⁶ Manso Porto, 2002, pp. 64-66.

conocimiento de la antijuricidad se ubicaría sistemáticamente en la culpabilidad⁷.

Otros autores sostienen que el tratamiento diferenciado del error no implica la opción por una determinada concepción dogmática del delito, de modo que dentro de este modelo tendría cabida tanto la concepción causal (**p. 189**) como la concepción final del delito⁸. Incluso algún autor ha sostenido que el régimen de atenuación obligatoria previsto para el error vencible de prohibición en el Código Penal español de 1995 (idéntico al establecido en el CP) responde a la teoría del dolo⁹.

El ámbito sobre el que incide el error de tipo ha sido delimitado por el art. 14 CP con la expresión «error sobre un elemento del tipo penal o respecto de una circunstancia que agrave la pena». Esta descripción del objeto del error merece una valoración positiva, pues lo circunscribe expresamente a la categoría tipicidad. De este modo, la redacción del precepto nacional impide aplicar las consecuencias jurídicas del error de tipo a los supuestos de error sobre circunstancias pertenecientes a la culpabilidad o a la punibilidad¹⁰. En este punto, la doctrina española ha criticado la redacción del art. 14.1 del Código Penal español de 1995¹¹ por considerar que una interpretación literal del precepto podría llevar a concluir que el error sólo puede incidir sobre los elementos fácticos de la infracción, mas no respecto de los de naturaleza normativa¹². Definitivamente, una interpretación que otorgue tal sentido a la norma debe ser rechazada por contravenir su ratio essendi, que gira en torno al error sobre cualquier elemento del hecho típico.

En el caso peruano, es claro que el error de tipo puede recaer bien sobre algún elemento esencial de la vertiente objetiva del injusto (la calidad del **(p. 190)** 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)¹³, 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 comportamiento¹⁴.

Por su parte, los órganos judiciales peruanos han aplicado el error de tipo directamente como causa de atipicidad en casos en los que no se admite modalidad de comisión imprudente.

La Ejecutoria de la Sala Penal de la Corte Suprema de 30.12.97, Recurso de Nulidad N.º 2104-97 (Huancavelica), dejó establecido que «El acusado ha actuado en error de tipo, toda vez que en todo momento ha desconocido que se estaba cometiendo el delito de hurto agravado y por ende no puede afirmarse que haya conocido y querido la sustracción de los bienes materia de incriminación; por lo que al no concurrir el primer elemento del delito, cual es la tipicidad de la conducta, se excluye su

⁷ Hurtado Pozo, 1987, p. 438; Manso Porto, 2002, p. 71; Bacigalupo Zapater, 1981, p. 919; Zulgadía Espinar, 1981, p. 511 ss; Rodríguez Ramos, 1980, pp.1 y ss.

⁸ Huerta Tocildo, 1980, pp. 28 ss; Bajo Fernández / Bacigalupo Saguesse, 2001, pp. 181-183; Martínez-buján Pérez, 1998, p. 181.

⁹ Huerta Tocildo, 1980, pp. 34 y ss.

¹⁰ Situación distinta se aprecia en la regulación del error en el CP costarricense, cuyo art. 34 exime de responsabilidad a quien, al realizar el hecho, «incurrir en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, [...]». Esta redacción puede conducir a otorgar efectos eximentes al error sobre una causa de exculpación o sobre una causal de cancelación de pena. Asimismo, a propósito del Proyecto español de CP de 1980, Bacigalupo Zapater, 1981, p. 920, advirtió inconvenientes en la expresión «el error sobre un elemento integrante de la infracción penal», vinculados a la posibilidad de considerar los errores sobre la antijuricidad o ilicitud abarcados en la fórmula del error de tipo proyectada.

¹¹ «error [...] sobre un hecho constitutivo de la infracción penal».

¹² Especialmente críticos con la redacción del precepto español, Luzón Peña, 1996, p. 44; Cerezo Mir, 2000, p. 134; Gimbernat, 1995, p. XXIII; Mir Puig, 2002, p. 265-266; Bacigalupo Zapater, 1996, p. 1429. Este último autor pone de relieve que la nueva redacción ha agudizado el problema ya existente en el art. 6º bis a) del derogado CP español, pues los elementos normativos que contienen los tipos penales no pueden asimilarse a los elementos de hecho.

¹³ Aunque el injusto está constituido por elementos objetivos y subjetivos, el error de tipo no puede recaer sobre los elementos de la vertiente subjetiva, pues la cognoscibilidad del injusto pertenece exclusivamente a la culpabilidad, véase Jakobs, 1997, p. 311.

¹⁴ Mir Puig, 2002, pp. 268-269.

responsabilidad penal conforme a lo dispuesto por el artículo 14 del Código Penal»¹⁵.

La Sentencia de 30.12.97, expediente N.º 2104-97, afirmó que «El transportar dos ejes de carros mineros por petición de uno de los procesados y con el consentimiento del jefe accidental del taller, constituye una actuación bajo error de tipo que excluye de responsabilidad penal por no concurrir el elemento de la tipicidad»¹⁶.

La Sentencia de 7.7.98, expediente N.º 426-97, estableció que «Constituye error de tipo que excluye la tipicidad el hecho de haber estado la acusada en posesión de un bulto que fuera dejado por otras personas y que contenía droga, el cual llevó consigo incluso en el patrullero ignorando su contenido. El transportar droga en un costal, desconociendo esta circunstancia, constituye un error de tipo que exime de responsabilidad penal a la procesada»¹⁷. **(p. 191)**

La trascendencia de esta línea de interpretación jurisprudencial, está en función a la admisibilidad de medios técnicos de defensa como la excepción de naturaleza de acción, que según el art. 5 CPP procede cuando el hecho investigado no constituye delito o no es justiciable penalmente; es decir, que sólo puede ser amparada cuando respecto de los hechos instruidos concurre una causa de atipicidad, y no cuando esté destinada a enervar la culpabilidad del imputado¹⁸. Por lo demás, esta práctica judicial está avalada por uno de los acuerdos del Pleno Jurisdiccional Penal de 1997, en el que se señaló que «conforme al artículo 14 del Código penal, el error de tipo invencible, sea que recaiga sobre los elementos descriptivos o normativos del tipo penal, excluye el dolo, por lo que debe ampararse la excepción de naturaleza de acción basada en estas consideraciones»¹⁹.

2. La determinación del conocimiento en el error de tipo

El dolo, como categoría heredada del Derecho romano tardío²⁰, es definido predominantemente 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—²¹. De este modo, en términos generales, 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 algún hecho futuro, que precisamente constituya el resultado típico de su comportamiento. **(p. 192)**

A diferencia de la opción seguida por el legislador de 1924²², el CP vigente no hace referencia expresa a los presupuestos cognitivos y volitivos del dolo. Según se ha dicho, éstos suelen deducirse de la regulación del error de tipo, aunque debe precisarse que el art. 14 CP omite cualquier referencia

¹⁵ Caro Coria, 2002, p. 144.

¹⁶ Caro Coria, 2002, p. 144.

¹⁷ Caro Coria, 2002, p. 145.

¹⁸ San Martín Castro, 1999, p. 287.

¹⁹ Acuerdo Plenario N.º 6-97, primer acuerdo. Villavicencio Terreros, 2001, p. 81.

²⁰ Jescheck, 1993, p. 263.

²¹ Welzel, 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, 1992, pp. 401 ss. 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 ésta 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, 2002, pp. 256-257. En la parte especial del CP se encuentran algunas referencias a la voluntad del agente, *Vgr.* «resultado grave que no quiso causar» (art. 123 CP), «sin haber tenido el propósito de causarlo» (art. 118 CP).

²² El art. 81, segundo párrafo, Código Penal de 1924 calificaba la infracción intencional como aquella cometida por acción u omisión consciente y voluntaria. Actualmente, en el ámbito latinoamericano, el CP colombiano de 2000, en su art. 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».

a los términos «conocimiento», «creencia» o «representación». Al haberse prescindido de datos psicológicos en la definición del error de tipo y al no establecerse expresamente que el conocimiento constituya elemento integrante del dolo, puede concluirse que el error de tipo no es presentado por la legislación peruana como el aspecto negativo o reverso del dolo²³. Esta situación legislativa, exige que el elemento intelectual o cognitivo del dolo sea deducido de la vigencia del principio de culpabilidad y de algunos preceptos de la parte especial del CP que expresamente hacen referencia a este componente indiscutido²⁴.

Teniendo en cuenta que el art. 14 CP no señala expresamente que el error de tipo invencible tiene efectos excluyentes del dolo —como por ejemplo, sí lo hace el StGB—²⁵, esta consecuencia debe deducirse del principio de culpabilidad, que en el caso peruano se ha positivizado en el art. VII TP CP. Definitivamente, uno de los límites que se deriva de la vigencia de este principio es la prohibición de responsabilizar penalmente a un sujeto por los hechos que no haya cometido consciente o imprudentemente, aunque efectivamente los haya causado²⁶. A partir de la vigencia material (**p. 193**) del principio de culpabilidad, debe concluirse que el error de tipo —concebido como ausencia de conocimiento— excluye el dolo típico²⁷.

En materia de error de tipo, la rigidez o inflexibilidad del modelo peruano es patente. En efecto, todo error sobre un elemento del tipo penal necesariamente beneficiará al sujeto, ya sea eximiéndolo de responsabilidad, o enjuiciando su comportamiento dentro de un marco incriminatorio culposo. De este modo, las situaciones que impliquen responsabilidad dolosa no podrán ser incluidas en el concepto de error, pues tal calificación determinará en todo caso la imposibilidad de enjuiciar el suceso conforme a un marco penal doloso.

Según Manso Porto, este régimen de aminoración forzosa de responsabilidad es consecuencia directa de una concepción de raigambre psicológica, en la que se determina la vencibilidad del error en función a un criterio individual-psicológico: la motivación individual del autor en el momento del hecho²⁸. En un sistema de estas características, el juez necesariamente debería atenuar la responsabilidad —vía aplicación del marco penal imprudente— en todos los casos de error vencible, aunque éste sea atribuible a la indiferencia o la falta de reparo del autor sobre las consecuencias de sus actos (supuesto de ceguera ante los hechos)²⁹.

Esta misma autora pone de relieve que sólo una cláusula de atenuación facultativa de la pena³⁰ es plenamente compatible con un criterio de imputación penal de carácter individual-normativo³¹. En tal modelo de regulación, no todos los errores de tipo privilegiarían 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 su perspectiva individual su representación haya estado psicológicamente viciada. A mi juicio, en el CP no existen razones de orden sistemático que impidan arribar a esta solución.

²³ A esta conclusión llega Felip i Saborit, 2000, p. 261, al referirse al ámbito del error de prohibición. La concepción del error de tipo como el aspecto negativo o reverso del dolo encuentra plena justificación en la legislación alemana, puesto que el §16.1.1 define el error de tipo con la siguiente fórmula: «Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente». Por eso Jakobs, 1997, p. 313, afirma que, «el límite del dolo se determina, al menos en un lugar, rígidamente según hechos psíquicos (conocimiento, desconocimiento)».

²⁴ Vgr. «a sabiendas» (art. 107 CP), «el agente pudo prever este resultado» (arts. 121, 122 CP).

²⁵ Referencia que sí contiene el § 16.1.1 StGB, «Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente».

²⁶ Mir Puig, 2002, pp.130-131.

²⁷ Jescheck, 1993, p. 278.

²⁸ Manso Porto, 2002, p. 74.

²⁹ Jakobs, 1997, pp. 313-314.

³⁰ Modelo seguido por el art. 87 Código Penal de 1924. La doctrina nacional consideró que este precepto no era «suficientemente claro», Hurtado Pozo, 1987, pp. 438-439; siendo calificado como «confuso», Villavicencio Terreros, 1990, p. 146.

³¹ Manso Porto, 2002, p. 75.

Efectivamente, la afirmación de que la regulación peruana del error de tipo corresponde a una concepción psicologista, sólo es válida en tanto se **(p. 194)** considere que el término «error» — utilizado por el art. 14 CP— abarca toda falta de conocimiento sobre un elemento del tipo penal³², lo cual es discutible. Ciertamente, el precepto nacional no define al error como toda ausencia de conocimiento sobre un elemento del tipo, sino únicamente establece que el error —sea vencible o invencible— impide la sanción dolosa del comportamiento. De este modo, a quien se encuentre en la situación inversa —ausencia de error— le corresponderá la atribución dolosa del hecho. Se encontrarán en este caso de ausencia de error, tanto quienes posean conocimiento cierto de los elementos objetivos del tipo, como quienes abriguen alguna duda que no llegue a viciar totalmente su representación. En definitiva, no todo desconocimiento es un error.

Definitivamente, independientemente de su vencibilidad, la neutralización del dolo dependerá de la entidad que posea el error para viciar totalmente la representación del sujeto, de modo que en el momento de su actuación ignore que en la realidad existe determinada circunstancia que objetivamente integra un tipo penal, o bien actúe sin posibilidad de representarse que su comportamiento producirá el resultado típico. Así, «el conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo»³³.

En tanto estado de conciencia padecido por un sujeto³⁴, el error que provoque un conocimiento incierto sobre las circunstancias realmente preexistentes al momento de la acción, o que produzca simplemente un estado de incertidumbre respecto al acaecimiento del resultado típico (dudas sobre el juicio de atribución de concreta capacidad lesiva³⁵), no necesariamente despliega efectos neutralizadores del dolo, pues este hecho puede ser imputable al sujeto a título de dolo eventual³⁶. En definitiva, el sujeto obra con dolo eventual cuando tiene conocimiento que su comportamiento crea un **(p. 195)** peligro de realización del tipo, esto es, cuando el sujeto atribuye a su conducta la concreta capacidad de realizar el tipo³⁷.

No obstante, en la doctrina española suele afirmarse que la falta de conocimiento, que determina la ausencia del dolo, «puede consistir en una absoluta ignorancia o bien en un cierto conocimiento, pero erróneo o equivocado de la situación típica»³⁸. Ciertamente, la apreciación de un comportamiento doloso requiere comprobar que el sujeto conocía al momento de actuar todos los elementos del tipo de injusto, mas de esta afirmación no puede desprenderse como regla general:

³² Esta interesante observación es hecha por Felip i Saborit, 2000, p. 262, comentando la regulación del error de prohibición en el CP español.

³³ Roxin, 1997, p. 458; Maurach, 1994, pp. 398-399, afirma que si el tipo de injusto doloso queda plenamente configurado sólo cuando el autor realiza conscientemente los elementos esenciales que lo caracterizan, entonces cuando el suceso objetivo no sea abarcado íntegramente por el conocimiento del autor, se presentará un caso de error de tipo.

³⁴ Quintero Olivares, 2000, p. 430.

³⁵ Quintero Olivares, 2000, p. 164, n. 436, con referencias a Sentencias del Tribunal Supremo español.

³⁶ «La falta de seguridad respecto a un elemento objetivo del tipo no es error, sino dolo eventual o imprudencia consciente», Jescheck, 1993, p. 276, nota 53.

³⁷ Esta concepción ha sido defendida en la doctrina alemana por Frisch, Schmidhäuser y Jakobs; y, en la doctrina española por Bacigalupo y Gimbernat. Esta perspectiva ha sido seguida en las últimas investigaciones sobre el dolo que se han publicado en España: Feijóo Sánchez, 1998; Lorenzo Copello, 1999; y Ragués i Vallés, 1999.

³⁸ Luzón Peña, 1996, p. 439; Muñoz Conde, 2002, p. 277, afirma que «Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo». En esta línea, aunque con mayor precisión, Bustos Ramírez, 1985, p. 707, sostiene que un conocimiento a medias no es conocimiento, otorgándole efecto destructor del dolo al error que produce un conocimiento incierto, o a medias, respecto de una circunstancia de la situación típica. Por otra parte, Cerezo Mir, 1996, p. 133, señala que «Si el sujeto ignora o cree erróneamente que no concurre en su conducta un elemento del tipo, queda excluido el dolo», sin hacer referencia al grado absoluto o relativo de dicha ignorancia o creencia errónea. De igual modo, Mir Puig, 2002, p. 265, se limita a precisar que el error de tipo determinará la ausencia del dolo cuando suponga el «desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto», sin hacer mayores precisiones en torno a la magnitud de desconocimiento exigido para otorgarle al error efectos excluyentes de dolo. Por su parte, Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999, p. 672, al tratar sobre el error de tipo sí hacen referencia expresa al grado del conocimiento, señalando que «[...] sólo puede reprocharse como doloso lo que ha sido directa o eventualmente querido: más allá del querer no hay sino inculpabilidad o imprudencia».

que cualquier clase de desconocimiento acerca de la presencia de un elemento fundamentador del injusto, excluye —en todo caso— la posibilidad de imputar determinado hecho como doloso.

La interdependencia entre los conceptos de «dolo-conocimiento» y «error», hace necesaria la búsqueda de criterios que sirvan para determinar la intensidad que debe presentar el conocimiento de un sujeto —sobre las circunstancias que integran el tipo penal— para poder afirmar o descartar que ha actuado dolosamente. La determinación de la precisión de la conciencia sobre las circunstancias del hecho —con cuánta precisión han de haber aparecido los elementos descriptivos y normativos del tipo ante la mirada física o intelectual del sujeto activo para poder hablar de una (p. 196) actuación dolosa—³⁹, tiene gran trascendencia a la hora de conferir al error de tipo efectos neutralizadores del dolo.

Ahora bien, si no se quiere fracasar en esta tarea, debe renunciarse a la aspiración de constatar empíricamente los complejos fenómenos psicológicos que tienen lugar en la mente de cada sujeto, y asumirse criterios normativos que se apoyen en la valoración social de determinados datos objetivos (indicios)⁴⁰. Desde esta perspectiva normativista, se presupone que el sujeto está motivado a comportarse conforme a Derecho, de modo que su comportamiento externo será valorado en función a determinar si debió conocer los elementos sobre los que alega falsa representación, sin que se pretenda comprobar si los conoció psicológicamente.

Con todo, pueden advertirse las ventajas que la perspectiva normativista ofrece en el ámbito procesal penal. Efectivamente, desde la lógica probatoria, resulta poco apropiado afirmar la prevalencia psíquica individual de los elementos subjetivos del tipo, pues «cuanto menos datos fácticos deban probarse empíricamente, más sencillo será considerar como «existente» un elemento recurriendo a valoraciones y atribuciones. [...]. Cuanto menos necesario sea introducirse en la psique del individuo para probar el elemento y cuanto más se acepte la posibilidad de orientarse por aquello que es «normal», es decir, por la norma, más sencilla resultará la prueba [del dolo]»⁴¹. Así las cosas, el éxito de una línea de defensa apoyada en la concurrencia de un error de tipo, dependerá de los elementos externos que el sujeto pueda aportar para poner en tela de juicio las circunstancias externas (indicios) valoradas en la inferencia del dolo⁴².

3. La vencibilidad del error y la atribución culposa del hecho

Si llega a determinarse que el sujeto desconocía algún elemento del tipo objetivo del delito, y siempre que la conducta típica objetivamente perpetrada (p. 197) se encuentre incriminada en el ordenamiento jurídico como injusto culposo⁴³, deberá examinarse la vencibilidad o evitabilidad del error que provocó la falsa representación o su ausencia. En sentido uniforme, la doctrina ha precisado 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 cuidadoso⁴⁴. Esta definición, además de emparejar las nociones de vencibilidad / evitabilidad e invencibilidad / inevitabilidad, introduce la idea de «diligencia debida» como criterio diferenciador.

La exención de responsabilidad prevista como consecuencia del error invencible en el art. 14 CP, se explica dentro de la lógica binaria que informa a nuestro sistema de imputación subjetiva (art. 11 CP) y en razón a la vigencia del principio de culpabilidad (art. VII TP CP). De este modo, «la punición del sujeto en casos de error de tipo sólo podrá sostenerse en los casos en que tal error pueda verse

³⁹ Roxin, 1997, p. 471.

⁴⁰ Ragués i Vallès, 2002, pp. 513-518. Este autor afirma, «que la discusión sobre la intensidad del conocimiento necesario para el dolo, en los términos que hasta la actualidad se ha desarrollado [perspectiva psicológica], es uno de los esfuerzos teóricos más baldíos de la historia de la dogmática» (p. 517).

⁴¹ Volk, 2002, p. 423.

⁴² Volk, 2002, Para este autor, el *principio nemo tenetur se ipsum accusare* (garantía de no auto-incriminación, que incluye el derecho a que el silencio del imputado no sea valorado en su contra) se relativiza en la prueba de los elementos subjetivos, ya que «[...], un tribunal sólo incumple su deber de investigación cuando no entra a analizar indicios concretos y tangibles, siendo así que, casi siempre, la única persona que puede aportar esos indicios es el acusado y, si éste no lo hace, no puede luego quejarse de que el tribunal no haya continuado indagando. Aunque nadie está obligado a inculparse, hará bien en tratar de exculparse» (p. 425).

⁴³ Maurach, 1994, p. 406.

⁴⁴ Luzón Peña, 1996, p. 444; Mir Puig, 2002, p. 267.

como una imprudencia»⁴⁵.

Empero, el precepto nacional no proporciona criterios interpretativos que permitan enjuiciar la vencibilidad del error de tipo, sino que —a diferencia (p. 198) del CP español⁴⁶— se limita a pergeñar los efectos del error. Para su valoración, los Tribunales peruanos han atendido a las circunstancias concretas en las que se verificó la actuación del sujeto y a sus características personales, así como a la significación social del error, pese a reconocer validez teórica al criterio de la «diligencia debida del hombre medio».

La Sentencia recaída en el expediente N.º 3971-98-Huaura, concluye que «Incorre en error de tipo la inculpada que mantiene relaciones con un menor de catorce años, en tanto éste reiteradamente había manifestado en su entorno social tener más de quince, lo que resulta creíble por sus características corporales. Para evaluar la invencibilidad del error debe considerarse que la inculpada, según un informe psicológico y las pericias realizadas, tiene un nivel de retardo mental que afecta su esfera de percepción. No siendo exigible que calculara la verdadera edad del menor. Al comprobarse que el error de tipo es invencible, procede absolver a la inculpada»⁴⁷.

En la sentencia dictada en el expediente N.º 559-7-97, se estableció que «El bien jurídico tutelado es la libertad sexual, es decir, el derecho que toda persona tiene a elegir el objeto de sus relaciones sexuales, quedando establecido que los intervinientes eran enamorados, no habiendo conocido que la agraviada tenía menos de catorce años al haberle dicho que ella tenía quince años, siendo así se ha incurrido en error de tipo por parte del acusado, el cual en teoría se hubiera podido evitar obrando con el debido cuidado averiguando la verdadera edad de la menor, sin embargo, ello no es usual en nuestra realidad»⁴⁸.

Ciertamente, la valoración de la vencibilidad del error carece de relevancia en los casos anotados, puesto que el injusto doloso de violación de menor de edad no tiene un correlativo tipo culposo. Antes bien, debió enfatizarse en los efectos que produjo el error en la representación de los inculpadados, a fin de descartar la imputación subjetiva por dolo eventual. Pese a ello, en lo que ahora interesa, cabe destacar que los jueces peruanos apelan tanto a criterios objetivos y subjetivos para determinar la vencibilidad del error, inclinándose finalmente por éstos últimos. (p. 199)

En la doctrina española, a partir de la exigencia de lege lata de atender a las circunstancias del hecho y a las personales del autor, se ha puesto de manifiesto la insuficiencia del criterio abstracto de la «diligencia del hombre medio» para valorar la vencibilidad o invencibilidad del error de tipo, y la necesidad de realizar la contextualización del enjuiciamiento sobre la base de criterios objetivos y subjetivos⁴⁹. Sin embargo, algún sector aún privilegia el recurso a un baremo objetivo, proponiendo una perspectiva de valoración ex ante que atienda a las posibilidades del hombre medio ideal, colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste⁵⁰.

Con todo, la determinación de la vencibilidad no puede desvincularse de la incidencia que posee el

⁴⁵ Silva Sánchez, 1997, p. 101. Evidentemente, para que ello ocurra es necesario que el hecho esté descrito como infracción culposa (art. 12 CP). Ello, no obstante, tendrá lugar de modo excepcional, pues el CP incrimina la comisión culposa o imprudente de un reducido espectro de comportamientos, específicamente el homicidio (art.111), las lesiones (art. 124), la disminución fraudulenta de la masa concursal (art. 210), los incendios y estragos (arts. 273, 275, 276 y 278), las conductas peligrosas vinculadas a los medios de transporte, comunicación y servicios públicos (arts. 280, 281 y 282), atentados contra la salud pública mediante actos de contaminación y propagación (arts. 286, 287, 288, 289 y 295), contaminación ambiental (art. 304), y peculado (art. 387). Sobre el particular, Silva Sánchez, 1997, p. 101, sostiene que las propuestas dirigidas a reprimir con pena atenuada los supuestos de error de tipo vencible, en aquellos casos en los que no se prevea un tipo de injusto culposo, atentan contra la pretensión político criminal del sistema de *numerus clausus* (adoptado por el art. 12 CP), puesto que se plantea sancionar la imprudencia en casos en los que el legislador ha decidido que el ataque imprudente al bien jurídico no reviste la suficiente intensidad como para estimarlo punible.

⁴⁶ Cuyo art. 14.1 remite a las circunstancias del hecho y a las personales del autor para valorar la vencibilidad del error de tipo.

⁴⁷ Expediente N.º 3971-98-Huaura; Caro Coria, 2002, p. 143.

⁴⁸ Expediente N.º 559-7-97; Caro Coria, 2002, p. 143.

⁴⁹ Quintero Olivares, 2000, p. 439.

⁵⁰ Luzón Peña, 1996, p. 444. Este autor afirma que se trata de una cuestión doctrinalmente controvertida, y considera que el CP no debió mencionar los criterios para enjuiciar la invencibilidad del error de tipo.

error sobre el juicio de imputación subjetiva, en la medida en que de dicha decisión dependerá la atribución culposa del hecho. Precisamente, la variación a un marco penal culposo —derivada de un error de tipo— se fundamenta por el carácter riesgoso del hecho imprudentemente realizado. Dicho de modo negativo, si el sujeto no hubiese actuado negligentemente, su representación no se hubiese enturbiado. Por esta razón, los criterios de determinación de la imprudencia deben aplicarse para calificar la naturaleza del error.

Para establecer el carácter culposo o imprudente de un hecho, frecuentemente se destaca la «infracción del deber de cuidado» como su presupuesto o requisito esencial, junto las referencias por la «previsibilidad», «cognoscibilidad» o «advertibilidad» y «evitabilidad» del resultado⁵¹. De entrada, la imprudencia se concibe como un supuesto de error, en tanto que en el sujeto no se corresponden la representación y la realidad⁵². La imprudencia se caracteriza, cualquiera sea su forma, por la falta del conocimiento actual respecto a la realización del tipo. En términos jurídico penales, un sujeto actúa imprudentemente cuando no evita la realización de un tipo, pese a que la idoneidad de su comportamiento para realizar dicho tipo le era «cognoscible»⁵³.

Según se ha visto, se discute si dicha evitabilidad debe ser determinada objetivamente como inobservancia del deber de cuidado, o debe recurrirse (**p. 200**) al criterio de la previsibilidad subjetiva. Conforme destaca Jakobs, el elemento de la infracción del deber de cuidado es prescindible en la determinación de la imprudencia, ya que no aporta más que los criterios generales de imputación, pues en los tipos culposos no se le reprocha al sujeto el haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no tolerado que se ha realizado en un resultado típico⁵⁴. Por el contrario, el injusto culposo depende de las capacidades del autor respectivo para evitar la acción⁵⁵.

La vencibilidad del error de tipo debe determinarse en función a la capacidad del sujeto para evitar la realización del tipo cognoscible. Cabe puntualizar, que en toda clase de imprudencia, sea consciente o inconsciente, siempre falta el conocimiento de la realización del tipo. En puridad, cabe advertir un comportamiento imprudente cuando el autor se imagina un peligro derivado de su conducta sin ulterior reflexión⁵⁶. De otro modo, si el autor juzga la realización del tipo como no improbable, esto es, ha reflexionado sobre el peligro de su comportamiento, dicho error no será lo suficientemente relevante para neutralizar el dolo (eventual).

III. Los objetos del error de tipo

1. *El error sobre los elementos esenciales*

A. 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 injusto⁵⁷. Tradicionalmente, se califican como «descriptivos» aquellos elementos que (**p. 201**) 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

⁵¹ Véase la visión panorámica que ofrece al respecto Roxin, 1997, pp. 999 ss.

⁵² Jakobs, 1997, pp. 380-381.

⁵³ Jakobs, 1997, pp. 382-385.

⁵⁴ Jakobs, 1997, pp. 386-389; de acuerdo con esta crítica a la inobservancia del deber objetivo de cuidado como elemento de los delitos imprudentes, Roxin, 1997, p. 1000.

⁵⁵ Jakobs, 1997, pp. 388-389. Este autor explica la previsibilidad subjetiva como elemento del injusto imprudente con el siguiente ejemplo: «Si un maestro tejador y su aprendiz arrojan tejas al camino desde el tejado y el maestro tejador puede darse cuenta (no así el aprendiz) de que los fragmentos de las tejas al estrellarse pueden llegar hasta una calle que se encuentra a 20 metros y lesionar a transeúntes, obrará imprudentemente el maestro, pero no el aprendiz».

⁵⁶ Jakobs, 1997, p. 382.

⁵⁷ Roxin, 1997, pp. 305-306

presupone una valoración. A su vez, según su naturaleza valorativa, se distingue entre elementos normativos con valoración jurídica («ajeno», art. 185 CP; «documento», art. 427 CP) y elementos con valoración cultural («acto contrario al pudor», art. 176 CP); y, según el margen de valoración judicial, se distingue entre elementos normativos necesitados de complementación valorativa («reputación», art. 132 CP) y elementos valorativamente plenos («información privilegiada», art. 251A CP; «tributos», art. 1 de la Ley Penal Tributaria – Decreto Legislativo N.º 813).

La principal trascendencia de esta distinción terminológica se aprecia en el ámbito del error, pues el proceso de aprehensión de uno u otro elemento presenta algunas diferencias que pueden ser relevantes para afirmar o desvirtuar un caso de error⁵⁸. Así, para el conocimiento de los elementos descriptivos es suficiente la percepción sensorial o el entendimiento lógico de las circunstancias⁵⁹, de modo que, como señala Volk, casi siempre resultan ser manifiestos, evidentes y, por así decirlo, pueden tocarse con las manos⁶⁰. 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 el mero conocimiento del sustrato experimental de una realización de tipo, ni tampoco se exige que el hecho sea subsumido —de modo exacto, como sí se exige judicialmente— en la ley penal⁶¹.

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 conciencia aproximativa sobre su significado, de modo que basta con una valoración paralela en la esfera del profano⁶² o, si se prefiere, con juicio paralelo en la conciencia del autor⁶³.
(p.202)

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.⁶⁴ 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 éstos son presupuestos de que el autor pueda reconocer el injusto específico del hecho por él realizado⁶⁵. En definitiva, los denominados elementos normativos del tipo describen situaciones jurídicas que pueden enjuiciarse sin necesidad de una valoración del autor.

La objeción de que en determinados ámbitos sea excesiva la exigencia sobre el conocimiento de elementos jurídicos, debe dirigirse al legislador, y no tratar de enmendarla a través de la atenuación del requisito del conocimiento sobre el supuesto de hecho normativo⁶⁶.

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»⁶⁷. Esta

⁵⁸ Roxin, 1997, pp. 459-460.

⁵⁹ Luzón Peña, 1996, p. 448.

⁶⁰ Volk, 2002, p. 426.

⁶¹ Jakobs, 1997, pp. 347-348.

⁶² Expresión atribuida a Mezger. Sobre la recepción mayoritaria de este criterio en la doctrina, véase Cerezo Mir, 1998, p. 133, nota 52.

⁶³ Welzel, 1993, p. 91.

⁶⁴ Pupe, 1992, pp. 363-366.

⁶⁵ Pupe, 1992, pp. 364-365. 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).

⁶⁶ Pupe, 1992, pp. 365-366.

⁶⁷ Jakobs, 1997, p. 347, nota 108.

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. Sin duda, la hipertrofia normativa que caracteriza al Derecho accesorio, puede llevar a pensar que el error sobre los elementos normativos constituye una materia de especial relevancia en el terreno del Derecho penal económico. No obstante, en tanto la gran mayoría de injustos económicos no admiten la imprudencia como modalidad comisiva⁶⁸, en este ámbito (**p. 203**) el lugar expectante es ocupado por el error de prohibición, especialmente en legislaciones que –como la española y la peruana– disponen la represión obligatoria de los errores de prohibición vencibles⁶⁹.

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.

Evidentemente, el error de tipo que recaiga sobre un elemento normativo también viciará 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 de que le pertenece, se equivoca sobre una circunstancia del hecho típico: la ajenidad de la prenda (error de tipo) y, debido a esta falsa creencia, no es 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. E inversamente, 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 el sujeto haya aprehendido en su «esfera de profano» todo lo que caracteriza el concepto legal de bien mueble en su significado social⁷⁰, esto es, su materialidad.

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 (**p. 204**) en blanco. El tratamiento de estos casos debe empezar por aceptar que la norma integradora de la ley penal constituye un componente del tipo, pues de otro modo la norma prohibitiva quedaría ininteligible. Como es obvio, al precepto penal completado le son aplicables las reglas habituales del error⁷¹. En términos generales, el dolo se excluirá cuando la ausencia de representación esté 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.

B. 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 representado por el sujeto. Si como punto de partida se acepta que, junto a

⁶⁸ De modo que incluso los errores vencibles sobre elementos normativos del tipo determinarán la impunidad de la conducta.

⁶⁹ Sobre las propuestas de flexibilización del régimen del error de prohibición en materia de Derecho penal económico, véase Martínez-Buján Pérez, 1998, pp. 177-189; Bajo Fernández/Bacigalupo Saguesse, 2001, pp. 179-185.

⁷⁰ Roxin, 1997, p. 462.

⁷¹ Jescheck, 1994, p. 278.

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 dolo⁷². 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, deben exceptuarse del ámbito del error de tipo aquellos casos de desviación del curso causal que en los que se excluya la posibilidad de imputación objetiva del resultado⁷³. 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 (art. 16 CP). Ciertamente, en todos **(p. 205)** los casos de desviaciones del curso causal debe determinarse si la desviación es tal que excluye o no la imputación objetiva⁷⁴.

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 hecho⁷⁵.

De modo inverso, deberá apreciarse un error de tipo relevante —excluyente de dolo— cuando el riesgo realizado en el resultado sea de una clase distinta al abarcado por el dolo, o cuando la desviación del proceso causal influya en la calificación del hecho o en las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

B.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 consumativa⁷⁶. 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 consumado⁷⁷. La posición contraria rompe con la visión unitaria del suceso, apreciando en el primer acto —en 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 imprevisible⁷⁸.

En definitiva, será válida la apreciación de un delito consumado cuando el resultado se produzca por una desviación inesencial del curso causal; mientras que la solución deberá arbitrarse por las sendas concursales siempre **(p. 206)** que el resultado sea solo objetivamente imputable al segundo acto, y éste no haya sido abarcado por el dolo del autor.

B.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 sujeto⁷⁹.

⁷² Roxin, 1997, p. 487; Jescheck, 1993, p. 280.

⁷³ Ejemplo, el sujeto activo dispara contra la víctima con dolo de matar, pero ésta fallece producto de un virus que le fuera inoculado por negligencia de los médicos que la atendieron en el hospital.

⁷⁴ Luzón Peña, 1996, p. 454.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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, ésta fallece a causa de la inmersión. En el caso inverso, el sujeto activo planea la muerte de la víctima por ahogamiento, pero ésta fallece a causa de la herida que aquel le produjo para inmovilizarla.

⁷⁷ En esta línea, Jescheck, 1993, 282.

⁷⁸ Esta posición es defendida por Mir Puig, 2002, p. 272, nota 104.

⁷⁹ Roxin, 1997, p. 495.

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 comportamiento⁸⁰.

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 penal⁸¹. 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 bienes jurídicos, 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»⁸². **(p. 207)** Según esta tesis, en el caso citado *supra*⁸³ debe apreciarse un delito de lesiones dolosas consumadas respecto al jugador de fútbol. A esta posición subyace una concepción de dolo genérico que se deriva de la redacción abstracta de los tipos legales⁸⁴.

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 y no otro»⁸⁵. 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»⁸⁶.

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 plan⁸⁷, de modo que se llega a la misma solución que la propuesta por la teoría de la concreción.

C. «*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 **(p. 208)** sucede en la *aberratio ictus*, en

⁸⁰ Silva Sánchez, 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).

⁸¹ Roxin, 1997, p. 494.

⁸² Silva Sánchez, 1981, p. 352.

⁸³ Véase nota 80.

⁸⁴ Silva Sánchez, 1981, 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).

⁸⁵ Silva Sánchez, 1981, p. 370.

⁸⁶ Silva Sánchez, 1981, pp. 370-371.

⁸⁷ Roxin, 1997, pp. 494-496.

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 dolosa⁸⁸, 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 típicas⁸⁹.

De otro modo, esta clase de error tendrá consecuencias jurídicas cuando los objetos confundidos no sean típicamente equivalentes⁹⁰, 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 inverso⁹¹. 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 sujeto⁹². En el segundo supuesto, el autor se representa erróneamente una cualidad en el objeto cuya lesión motivaría un tipo más grave⁹³.

D. 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 en la doctrina del error. La **(p. 209)** polémica gira en torno a su tratamiento como error de prohibición⁹⁴ o como error de tipo⁹⁵.

El hecho que el CP no haya adoptado una posición expresa al respecto⁹⁶, 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 art. 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 art. 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 español vigente, una aminoración de la pena como la prevista en las eximentes incompletas «sólo es razonable cuando el

⁸⁸ Roxin, 1997, p. 504.

⁸⁹ Mir Puig, 2002, p. 271.

⁹⁰ Silva Sánchez, 1981, p. 348; Roxin, 1997, p. 508.

⁹¹ Luzón Peña, 1996, pp. 455-458.

⁹² 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., Luzón Peña, 1996, p. 456. Con relación al error sobre elementos accidentales, véase *Infra*, III.3.

⁹³ Jescheck, 1993, p. 280, cita el denominado Caso Graf zu Dohna, en el que «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».

⁹⁴ Posición defendida en España, entre otros, por Cerezo Mir, 1998, p.132.

⁹⁵ Silva Sánchez, 1997, pp. 103-105; el mismo, 1992, pp. 396-398; Bustos Ramírez, 1985, pp. 703 ss; Mir puig, 2002, pp. 415-416, 538-539, entre otros.

⁹⁶ A diferencia, por ejemplo, del Código Penal colombiano, cuyo art. 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».

autor haya supuesto erróneamente y en forma evitable el elemento de la circunstancia eximente»⁹⁷, 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 prohibición⁹⁸. En esta línea, en el fallo recaído en el expediente **(p. 210)** N.º 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)»⁹⁹.

Esta tesis, 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 injusto¹⁰⁰, 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 permisón que recae sobre la admisibilidad jurídica de determinada situación como justificante¹⁰¹.

E. El error sobre los elementos accidentales

Además del supuesto genérico de error sobre un elemento del tipo penal, el art. 14 CP prevé específicamente el error respecto a una circunstancia que agrave la pena. Esta 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 doctrinal¹⁰².

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 una 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. **(p. 211)**

En primer lugar, pareciera que el precepto normativo 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 art. 6º bis a), primer párrafo, del Código Penal español de 1973 y modificado en 1983¹⁰³, 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 básico¹⁰⁴.

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

⁹⁷ Bacigalupo Zapater, 1996, p. 1429.

⁹⁸ Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1994, p. 148; Villavicencio Terreros, 2001, p. 83. Para este último autor se trata específicamente de un error de prohibición «indirecto».

⁹⁹ Caro Coria, 2002, p. 145.

¹⁰⁰ Mir Puig, 2002, p. 538.

¹⁰¹ Mir Puig, 2002, p. 539.

¹⁰² Maqueda Abreu, 2002, p. 113.

¹⁰³ Cuya redacción coincide con la del art. 14 CP.

¹⁰⁴ Quintero Olivares, 2000, p. 432.

dolosamente y el tipo agravado cometido imprudentemente¹⁰⁵. 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»¹⁰⁶. 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*¹⁰⁷.

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 art. 14 CP operará sin importar la vencibilidad o invencibilidad del error¹⁰⁸. 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 básico¹⁰⁹. **(p. 212)**

En segundo lugar, el precepto comentado 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 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 art. 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 art. 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.

Si partimos de la vigencia del principio de culpabilidad, propio de una concepción personal del injusto, en cuya virtud se exige congruencia entre tipicidad objetiva y representación del autor, debemos concluir que no puede apreciarse aquella circunstancia atenuante —vinculada al injusto objetivo— que al momento de la realización del hecho no haya sido conocida por el autor¹¹⁰. En definitiva, esta posición es compatible con el principio de culpabilidad, consagrado en el art. VII TP CP, que proscribe la responsabilidad objetiva en materia penal. La vigencia material del principio de culpabilidad «exige que el sujeto responda por el tipo que creía realizar y no por el que efectivamente llevó a cabo»¹¹¹. En tanto concepto jurídico, el dolo se erige como límite del ejercicio del poder punitivo —excluyendo del ámbito penal toda forma de responsabilidad objetiva o *versari in re illicita*—, por lo que «no pueden imputarse subjetivamente elementos objetivos que funden un mayor injusto cuando sean desconocidos por el agente»¹¹².

Ahora bien, la solución es distinta respecto a las circunstancias atenuantes de carácter personal —no pertenecientes al injusto objetivo—, pues éstas no requieren ser abarcadas por el dolo, por lo que su aplicación dependerá de su efectiva concurrencia en el autor y no del conocimiento de éste sobre aquéllas. **(p. 213)**

Este planteamiento es compatible con la cláusula de incomunicabilidad prevista en el art. 26 CP, en cuya virtud las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad sólo pueden ser aplicadas a los sujetos que efectivamente las padecen, y no a aquellos que erróneamente suponen su concurrencia. Por ello, la incomunicabilidad de las circunstancias sólo es predicable respecto de las cualidades personales que agraven o atenúen la responsabilidad penal, mas no respecto de aquellas que incidan sobre el injusto objetivo¹¹³.

¹⁰⁵ Esta solución fue propuesta por Gómez Benítez, 1984, p. 223 ss, en el marco del mencionado art. 6 bis a) del Código Penal español de 1973, modificado en 1983.

¹⁰⁶ Luzón Peña, 1996, p. 451.

¹⁰⁷ Peñaranda Ramos, 1991, pp. 84 ss.

¹⁰⁸ Sobre la impunidad del error vencible sobre los elementos accidentales, véase también Bacigalupo Zapater, 1981, p. 921, nota 10.

¹⁰⁹ A favor de esta solución, Maqueda Abreu, 2002, p. 117.

¹¹⁰ Esta es la conclusión a la que llega Maqueda Abreu, 2002, p. 119 ss.

¹¹¹ Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999, p. 684, nota 85.

¹¹² Zaffaroni, 2000, p. 517.

¹¹³ Si bien el art. 26 CP se refiere textualmente a «las circunstancias y cualidades que afecten la

responsabilidad», debe entenderse que se refiere a las circunstancias que alteran o modifican la culpabilidad, sea agravándola o atenuándola, mas no a aquellas circunstancias (o elementos) que fundamentan el injusto.