

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA MADRE Y MAESTRA  
DECANATO DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES**



**EL TRATAMIENTO DEL ERROR SEGÚN LA  
JURISPRUDENCIA PENAL DOMINICANA**

Memoria final para optar por el título de  
Magíster en Ciencias Penales

**Asesor de contenido:**

Mario Eduardo Aguilera Goris, M. A.

**Asesora Metodológica:**

Gisell López Baldera, Ph. D.

**Presentado por:**

Lic. Betania Manuela Torres Mármol  
1013-9982

**Santiago de los Caballeros,  
República Dominicana  
Noviembre de 2022**



**Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra**  
**Vicerrectoría Académica**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas**  
**Decanato de Postgrado**

*Formulario de Cesión Derechos de Autor al Repositorio Institucional Investigare*

Este documento establece los derechos que usted otorga relacionados a la publicación de su trabajo académico, mediante su inclusión en el repositorio del sistema de biblioteca de esta institución (PUCMM). No habrá ningún pago para usted por esta publicación y por el otorgamiento de los derechos de esta.

*Usted confirma que*

Este trabajo académico es original propio, que no infringe los derechos de autor de otros; en caso de no ser un trabajo completamente original, declara que tiene los permisos necesarios por escrito de este otorgamiento por parte de demás autores.

El contenido de este trabajo académico no contiene ningún material que sea difamatorio, viole los derechos de privacidad, o revele la información confidencial.

Este trabajo académico no se ha publicado en parte o en su totalidad, y usted no publicará este trabajo académico en ningún otro lugar sin el consentimiento del repositorio institucional.

Este trabajo académico se ha conducido respetando los principios éticos establecidos por la institución.

Usted otorga los derechos de autor de este trabajo académico al repositorio institucional (PUCMM), a nivel mundial, de manera perpetua y sin pagos, y en la medida requerida por los términos de este acuerdo. Conservará en todo momento el derecho a ser reconocido como el autor del trabajo académico. Además, acepta que el repositorio de la PUCMM tiene el derecho de tratar este trabajo académico como se considere oportuno (por ejemplo, derecho a imprimir, publicar, comercializar, comunicar y distribuir en todos los medios, editar la forma del trabajo, registrar los derechos de autor, cumplir con la política editorial establecida por el repositorio, entre otros).

He leído, entiendo y acepto los términos anteriores.

Nombre del Programa: Maestría en ciencias penales

Título del Trabajo: El tratamiento del error según la jurisprudencia penal dominicana

Nombre (s) y Apellidos: Betania Manuela Torres Mármol

Matrícula: 1013-9982

Cedula de Identidad y Electoral: 402-2481159-2

Fecha (día, mes, año): 04-11-2022

Firma Betania M. Torres.

**EL TRATAMIENTO DEL ERROR SEGÚN LA  
JURISPRUDENCIA PENAL DOMINICANA**

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Páginas</b>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	7
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	8
<b>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN A LA ESTRUCTURA CATEGORIAL DE LA TEORÍA DEL DELITO</b> .....	12
1.1 El tipo penal .....	13
1.2 Elementos estructurales del tipo penal.....	15
1.2.1 Elementos descriptivos .....	16
1.2.2 Elementos normativos.....	17
1.2.3 Elementos objetivos .....	19
1.2.4 Elementos subjetivos .....	23
1.3 El dolo.....	25
1.3.1 El conocimiento como primer elemento determinante del dolo .....	26
1.3.2 La voluntad como segundo elemento determinante del dolo.....	27
1.4 La culpa o imprudencia.....	28
1.5 Antijuridicidad .....	29
1.6 Dimensión formal y material de la antijuridicidad .....	30
1.7 Causa de exclusión de la antijuridicidad.....	35
1.7.1 Legítima defensa.....	36
1.7.2 Estado de necesidad .....	41
1.8 Culpabilidad.....	43
1.8.1 Elementos de la culpabilidad .....	44
<b>CAPÍTULO II. PERSPECTIVAS SOBRE LA TEORÍA DEL ERROR</b> .....	53
2.1 Teoría del error .....	53
2.2 Error de tipo .....	54
2.2.1 Error de tipo vencible.....	58
2.2.2 Error de tipo invencible .....	60
2.2.3 Error sobre los elementos normativos.....	61
2.2.4 Error sobre el curso causal.....	62
2.2.5 <i>Dolus genralis</i> .....	65
2.2.6 Error <i>in objeto</i> (Error en objeto o error en persona) .....	67
2.2.7 <i>Aberratio ictus</i> .....	70
2.2.8 Error de prohibición.....	74
<b>CAPÍTULO III. LA TEORÍA DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA</b> .....	81
3.1 El error en el ordenamiento jurídico nacional.....	81
3.2 Posición jurisprudencia local sobre los diferentes tipos de errores .....	84
3.3 Posición jurisprudencial internacional sobre los diferentes tipos de errores	90
3.3.1 Posición de la jurisprudencia costarricense .....	90
3.3.2 Posición de la jurisprudencia española .....	97
3.3.3 Posición de la jurisprudencia peruana.....	99

	<b>Páginas</b>
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	106
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	110
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	111

## AGRADECIMIENTOS

A Dios, por darme la fortaleza y siempre guiarme para enfrentar todas las dificultades en este largo camino; sin ÉL no hubiera llegado tan lejos.

A mi padre, Kelvin Torres, gracias por dejarme seguir mis sueños y brindarme tu apoyo incondicional. Gracias por impulsarme a ser mejor cada día más y por siempre ir de la mano conmigo, por ser un padre ejemplar y depositar tu confianza en mí.

A mi esposo, Juan Carlos Ramírez Hernández, por siempre estar ahí para escucharme y apoyarme en todo lo que necesito. Gracias por tu cariño y comprensión.

A mi abuela, Juana Martínez Decena, gracias por ser parte esencial en mi vida, por ser mi madre y por brindarme su apoyo en todo; espero poder tenerla a mi lado en cada meta que continúe logrando y seguir llenándola de orgullo.

A mi asesor, Mario Eduardo Aguilera, gracias por su dedicación durante todo este tiempo, por compartir todos sus conocimientos conmigo, por estar al tanto cada vez que necesité su ayuda, por sus palabras de aliento y su confianza depositada en mí. Me llena de orgullo haber compartido esta experiencia con usted.

*¡Gracias a todos!*

## INTRODUCCIÓN

La dogmática jurídico-penal ha desarrollado durante más de 100 años lo relativo al estudio de las conductas prohibidas normativamente. En esencia, la dogmática estudia las normas penales en concreto, especialmente aquellas que describen los tipos penales de los ordenamientos jurídicos, siempre partiendo de aquellos aspectos más generales, a fin de que puedan resultar de aplicación universal. Durante todos esos años de desarrollo, los estudiosos de las normas penales establecieron una estructura sistemática genuina y racional, que correlaciona los principios generales de las normas y permite distinguir los elementos comunes del delito, denominando dicho sistema estructural bajo el concepto de Teoría del Delito.

Mediante el diseño y desarrollo de esta teoría se procuró realizar el estudio de un determinado derecho positivo, con la finalidad de reproducir, sistematizar y aplicar un esquema funcional de análisis correlacional entre las conductas y las normas penales que se entienden infringidas con estas. La Teoría del Delito se trata de un sistema coherente, unitario y objetivo, que integra el derecho positivo, operando en ese sentido conceptos jurídicos erigidos como principios generales para la aplicación de las normas penales.

En el caso de la República, en el año 2002 se promulga la Ley 76-02, momento en que también se promulgó el Código Procesal Penal actual, cuya implementación significó la evolución de nuestro sistema procesal penal, ya que no solo instituyó figuras procesales que en Europa y en gran parte de América tenían cierto tiempo existiendo, sino que también configuró el sistema acusatorio de corte adversarial, que procuraba la oralidad como estándar de litigación general. En sí, esta nueva normativa procesal introdujo figuras doctrinales que la dogmática ha desarrollado en los últimos cien años de pugnas jurídico-penales.

En la presente investigación nos propusimos analizar una de las figuras de la dogmática jurídico-penal que fueron introducidas en nuestro sistema procesal, específicamente el error. En principio, por esta figura podrían entenderse múltiples cosas,

como el hecho de yerro judicial, los errores mecanográficos rectificables, pero también otras figuras dogmáticas que tienen incidencia radical en el discurrir de un proceso penal. Nos referimos a los errores que inciden sobre los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, pero también los errores que inciden sobre la culpabilidad. Cabe destacar que lo anterior se enmarca en la estructura categorial de la Teoría del Delito, cuyas categorías abarcan la tipicidad, la juridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Doctrinalmente, este estudio parte del enfoque realizado en el 2007, en el texto Teoría del Delito, publicado en la Escuela Nacional de la Judicatura de Santo Domingo, obra donde se expuso que el error de tipo

consiste en el desconocimiento por parte del agente de alguno o algunos de los elementos descritos en el tipo. Así, si el dolo se define precisamente en virtud del conocimiento de los elementos del tipo, el error de tipo constituye su reverso y excluye por tanto el dolo<sup>1</sup>.

Se entiende que la teoría del error pretende destacar aquellas circunstancias que inciden en el conocimiento o representación de algunos de los elementos del tipo, los cuales acarrearán ciertas consecuencias jurídicas.

Dentro de los aspectos que se abordan en este estudio están las diferentes manifestaciones que la **Teoría del Error** comporta para la dogmática jurídico-penal. En ese sentido, el jurista anteriormente citado se refiere a este punto, estableciendo que:

A la hora de caracterizar el error de tipo, el primer paso es diferenciarlo del llamado error de prohibición. El error de tipo consiste en el desconocimiento de la situación objetiva descrita por el tipo penal; en cambio, el error de prohibición consiste en el desconocimiento de que la realización de ese hecho está prohibida por el derecho penal<sup>2</sup>.

Aquí destaca uno de los aspectos más interesantes de los que serán abordados en lo posterior, ya que, aunque en la medida se trata de un tipo de error u otro, el enfoque doctrinal y jurídico es distinto.

---

<sup>1</sup> DE LA MATA AMAYA, J., Sánchez Tomás et al. (2007). Teoría del Delito. [en línea] Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2007 [consulta: 2 junio 2022] p. 157. ISBN: 978-9945-425-17-8. Disponible en línea: <https://biblioteca.enj.org/bitstream/handle/123456789/87319/000031.pdf?sequence=1>

<sup>2</sup> *Ibidem*.

En definitiva, en este estudio presentaremos los aspectos más relevantes del error de tipo, el error de prohibición y aquellos errores que recaen sobre las causas de antijuridicidad, de forma que pueda comprenderse más adecuadamente esta parte de la Teoría del Delito, contrastándola con el ordenamiento jurídico, pero, además, analizando el comportamiento de la jurisprudencia local y comparada, hasta poder demostrar lo que implica la Teoría del Error para nuestro sistema de justicia penal.

**CAPÍTULO I**  
**BREVE INTRODUCCIÓN A LA ESTRUCTURA CATEGORIAL**  
**DE LA TEORÍA DEL DELITO**

# CAPÍTULO I

## BREVE INTRODUCCIÓN A LA ESTRUCTURA CATEGORIAL DE LA TEORÍA DEL DELITO

Inicialmente, el sistema categorial desarrollado por la dogmática inicia con la evaluación de la tipicidad de las acciones u omisiones, a fin de determinar si constituyen conductas relevantes para el proceso penal; En esos términos se expresa Muñoz Conde, al establecer que “*La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal*”<sup>3</sup>. Contempla este jurista la tipicidad como una operación de subsunción que procura verificar si es posible subsumir la conducta activa u omisiva en algún tipo penal.

En términos similares se expresa Blasco Fernández, quien plantea que

la acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida<sup>4</sup>.

En esta ocasión, al margen de reiterar la operación de subsunción de una conducta en la descripción típica de una infracción penal, también pone de manifiesto algunos elementos que merece la pena referir, tal es el caso de la acción típica como forma primitiva de expresar la necesaria conducta humana, sobre lo cual, expondremos en otro acápite.

En efecto, podemos afirmar que la tipicidad constituye un proceso evaluativo de los elementos que comprenden un tipo penal en relación con la acción que provocó un cambio en el mundo exterior, con la finalidad de determinar si dicha acción coincide con aquellos elementos descriptivos y, por consiguiente, considerar que se trata de una conducta penalmente relevante. Bacigalupo aborda la tipicidad desde la teoría del tipo, aspecto que será abordado en lo posterior, pero, en avance, conviene señalar el criterio del célebre

---

<sup>3</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 6ª. ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2004. ISBN: 9788484561163, p. 251.

<sup>4</sup> BLASCO, Francisco y FERNÁNDEZ DE MORETA. La tipicidad, la antijuridicidad y la punibilidad como caracteres del delito en la noción técnica jurídica. *Revista Criminalia*, 1943, (IX), 443.

jurista cuando sostiene que “*El tipo penal (supuesto de hecho típico del delito) en general. Una acción es típica o adecuada a un tipo penal, quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma*”<sup>5</sup>. En este punto es evidente que la tipicidad está indisolublemente relacionada con el tipo penal; evidentemente ha quedado expuesto que la determinación de la tipicidad parte de la correlación objetiva y subjetiva de una conducta o acción que ocasionó el cambio en el mundo exterior.

A partir de este punto asumimos la idea de que la construcción de un concepto de tipicidad no es posible realizarla sin desarrollar el concepto de tipo penal, y así mismo lo expresa Maximiliano Silvestroni, quien sostiene que “La necesidad de recurrir al tipo penal como primer estrato sistemático del delito, es un imperativo constitucional que se deriva del principio de tipicidad”<sup>6</sup>. De aquí que se entienda como un derivado del ejercicio de tipicidad, la estructura descriptiva del tipo penal, razón por la que dedicaremos el siguiente espacio a su desarrollo.

### **1.1 El tipo penal**

En términos llanos, podemos afirmar que el tipo penal no es más que la construcción descriptiva de las conductas penalmente desaprobadas; es el conjunto de elementos que describen las conductas reprochables por parte del Estado. Bacigalupo lo define como

[...] la descripción de la conducta prohibida por una norma. "Privar de la vida a otro" (Código Penal mexicano, art. 392), o "matar a otro" (Código Penal argentino, art. 79; Código Penal español, art. 407), son descripciones de acciones que infringen la norma que prescribe "no matarás". Realizar un tipo penal significa llevar a cabo la conducta por él descrita como lesiva de la norma<sup>7</sup>.

En esta cita el autor refiere lo relativo a la norma que prohíbe matar en el ordenamiento de México como ejemplo, a lo cual nos permitimos ir al artículo 295 del Código Penal dominicano, el cual refiere en términos similares la misma norma.

---

<sup>5</sup> BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis S. A. 1996. ISBN 958-35-0002-X, p.80.

<sup>6</sup> SILVESTRONI, M. *Teoría Constitucional del Delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p.205. citado por ENCALADA HIDALGO, P. *Teoría Constitucional del Delito*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, p.200. ISBN: 978-9942-10-270-6

<sup>7</sup> BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Penal. Ob. Cit.*, p.80

Kelsen conceptualizaba respecto del tipo partiendo de la diferenciación entre este y el concepto de norma. Establecía como concepto primigenio sus planteamientos entre norma primera y secundaria, entendiendo que las normas se desprendían del contenido del tipo, sin embargo, refería que estos últimos no eran más que los mecanismos de protección de los derechos de donde surgían dichas normas. Es decir, establece Kelsen que la norma primaria habrá de reconocer aquellos derechos que las normas secundarias deben proteger; estos derechos a su vez vendrán revestidos de normas presupuestas, que tomarán sentido práctico en la medida en que sean desarrolladas en los tipos penales de las normas secundarias<sup>8</sup>.

En la actualidad, esta cuestión puede explicarse desde una óptica más práctica. De hecho, la teoría de los bienes jurídicos ofrece explicaciones más simplificadas al respecto. En ese sentido, afirmamos que la Constitución dogmática recoge el catálogo de derechos que el Estado reconoce como fundamentales, sin que esta lista sea limitativa, procurando un marco sustantivo de referencia para la producción de aquellos bienes a los que las normas sirven de régimen formal. Esto significa que la norma penal procurará desarrollar las conductas que se prohíben en orden a proteger de estos bienes previamente consagrados en la norma primaria del Estado. Para explicar lo anterior referimos a Belling, quien así lo explica

Del común dominio de la ilicitud culpable fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos (asesinato, hurto, etc.)" a lo cual el autor agrega que "sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los típicos) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública [...]"<sup>9</sup>.

Indudablemente, el tipo penal es la construcción hipotética de conductas socialmente no deseadas que suele aparejarse de una consecuencia jurídica reconocida como sanción. Kelsen no estaría de acuerdo con esta definición, partiendo del postulado

---

<sup>8</sup> KELSEN, H. *Teoría Pura del derecho*. 4ª. ed. Buenos Aires: Eudeba. 2009. ISBN: 978-950-23-0886-9, pp.76-78.

<sup>9</sup> VON BELING, E. *Esquema del derecho penal*. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas Olejnik. 2018. ISBN: 9789563921540, pp.37-38.

básico de su teoría pura<sup>10</sup>, pero la dogmática actual reconoce que la sanción, como consecuencia jurídica, no es condición suficiente para distinguir un tipo penal. Sin embargo, Silvestroni sigue explicando que

el tipo penal es esencialmente descriptivo porque describe la conducta y sus circunstancias. El mote de descriptivo suele vincularse con el hecho de que sus elementos (los utilizados en la redacción legal) son asequibles mediante los sentidos, mediante una comprensión ordinaria<sup>11</sup>.

En ese mismo orden, todos los juristas y pensadores citados precedentemente coinciden en que el tipo penal es una descripción conductual sancionada por el derecho penal. Bacigalupo agrega en su otra definición algunos aspectos que a los fines de este estudio será necesario explicar, cuando refiere que *“tipo es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El tipo penal es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma”*<sup>12</sup>. De ahí resulta evidente que los tipos penales obedecen a estructuras similares que indistintamente que procuran proteger bienes o intereses diversos; sin embargo, el carácter común es su aspecto descriptivo de conductas desaprobadas social y penalmente, a lo cual nos referimos en los párrafos posteriores, ya que no podemos finalizar de conceptualizar sobre el tipo penal sin referirnos a la posición de Muñoz Conde, quien en cuanto a la posición fijada respecto del aspecto descriptivo que define al tipo penal, sostiene que *“el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”*<sup>13</sup>.

## **1.2 Elementos estructurales del tipo penal**

Para los fines de esta investigación resulta necesario exponer lo relativo a la composición estructural del tipo, que no es más que el conjunto de aquellos elementos que se encuentran en el texto de la descripción conductual que hemos definido en lo anterior. Nótese aquí que

---

<sup>10</sup> KELSEN, H. Teoría Pura del derecho. *Ob. Cit.*, pp. 32-40.

<sup>11</sup> SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito. Ob. Cit.*, 205

<sup>12</sup> BACIGALUPO, E. Manual de Derecho Penal. *Ob. Cit.*, p.81

<sup>13</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10ª. ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019. ISBN: 8413139392, p.39.

resulta innecesario en este caso desarrollar la clasificación de los tipos penales<sup>14</sup>. Dicho esto, nos permitiremos abordar los elementos objetivos, subjetivos, descriptivos y normativos del tipo.

### 1.2.1 Elementos descriptivos

Hablar de elementos descriptivos es hablar de la composición de una infracción, ya que estos elementos se refieren a cada uno de los aspectos que componen la conducta prohibida en general; contemplan no solo aquellos aspectos exteriores o fungibles que obedecen a los elementos objetivos, sino que también abarcan aquellos aspectos no tangibles y que también permiten identificar al tipo penal. En palabras de José Devesa, los elementos descriptivos

están formados por procesos que suceden en el mundo real, u objetos que en él se encuentran, pero que difieren de los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos, en virtud de que pueden pertenecer al mundo físico y al síquico<sup>15</sup>.

De esta forma expresamos que los elementos descriptivos son aquellos que expresan las formas de realización de la conducta prohibida. Cada detalle requerido para la configuración del tipo, cada verbo típico realizable, así como aquellos estados en los que verifica la intención dolosa, son parte del elemento descriptivo. De esta forma, la premeditación y la asechanza quedan establecidas en los artículos 296 y 297 del Código Penal Dominicano como los elementos del tipo de asesinato que se suman a los elementos del homicidio para su configuración; pese a que se trata de conductas no necesariamente exteriores, conforman parte de los elementos descriptivos del tipo penal, ya que establecen aspectos conductuales determinantes para la tipificación de una conducta en relación con este tipo penal. Así lo explica el mismo autor, al abarcar

a) Elementos objetivo-descriptivos, que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos. Ejemplo: inhumación. b) Elementos subjetivo-descriptivos, pertenecientes al

---

<sup>14</sup> A fin de profundizar respecto de las clasificaciones de los tipos penales, véase a MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Madrid 1935 (1ª ed., traducción y notas de Rodríguez Muñoz; hay 3ª ed.); una exposición similar hace Quintero, Olivares (dir.), Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena, 2ª ed., Valencia 2009.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español*. 18ª. ed. Madrid, España: Editorial: Dykinson, 1995. ISBN: 84-8155-033-7, p. 399.

mundo síquico de la gente o de un tercero. Ejemplo: la finalidad de atentar contra su libertad sexual<sup>16</sup>.

En resumidas cuentas, los elementos descriptivos son todas las circunstancias que determinan un tipo penal y lo diferencian de los demás, pero que al mismo tiempo permiten descomponer el tipo en lenguaje cotidiano, al margen de la terminología jurídica, y llevarlo a planteamientos conductuales hipotéticos verificables en el mundo real. Raúl Pariona lo expresa en términos más simples y establece que “*se consideran como elementos descriptivos aquellos que expresan mediante una simple descripción el contenido material-objetivo de la prohibición o del mandato típico. Son elementos descriptivos, por ejemplo, ‘cosa’, ‘movible’ y ‘sustraer’*”<sup>17</sup>. En la referencia, el autor descompone el tipo penal de robo en tres elementos descriptivos que permiten comprender la forma de realización del mismo, haciendo prácticamente innecesaria la lectura de la redacción completa.

### 1.2.2 Elementos normativos

La doctrina ha sido reiterativa en cuanto al concepto de elementos normativos del tipo. Algunos han tratado de asociarlo con aspectos extranormativos y, de hecho, juristas antes de Mayer contemplan los elementos normativos como concepciones morales que generan la creación de las normas. En lo adelante, después de los primeros avances positivistas, los elementos normativos desarrollan su fundamento sustantivo hasta considerarse parte de los tipos penales que pretenden proteger bienes jurídicos. Así las cosas, Raúl Placencia define los elementos normativos del tipo como

[...] aquellos que requieren valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo síquico<sup>18</sup>.

En principio, parecería idéntico el concepto básico de los elementos descriptivos y la definición que nos ofrece este jurista mexicano, pero la diferencia radica en cuanto a que

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *Derecho Penal Parte General*. 46ª ed. Lima, Perú: Pacífico Editores, 2018. p.78. **Las comillas adicionales son del autor.**

<sup>18</sup> PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito*. [en línea] México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004 [consulta: 5 junio 2022] p. 103. ISBN:968-39-6604-3. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9020>

estaremos hablando de elementos normativos cuando se extrae la acción concreta prohibida por la norma, la cual puede ser tangible o no, exteriorizable o no, materializable en el mundo exterior o no.

Otra aproximación a este concepto nos la ofrece Pariona, quien sostiene que los elementos normativos “*son aquellas circunstancias fácticas que solo pueden ser comprendidas en términos de los requisitos lógicos de una norma y fijadas mediante un juicio valorativo complementario del juez*”<sup>19</sup>. Es posible apreciar aquí que el autor refiere, en un contexto similar a Placencia, que se trata de circunstancias fácticas y dejando de lado los aspectos síquicos, pero establece coincidentemente que estas circunstancias podrán ser apreciadas extrayendo los aspectos que componen la conducta descrita en el tipo.

Para simplificar la cuestión, estos elementos no son más que la circunstancia fáctica que el legislador teleológicamente prohíbe en la estructura descriptiva de cada tipo penal. Lo anterior equivale a decir que los elementos normativos del tipo penal se extraen de los elementos descriptivos. Verbigracia, en el tipo penal de homicidio del artículo 295 del Código Penal dominicano, los elementos descriptivos serán *matar – una persona – voluntariamente*; mientras que el elemento normativo de ese tipo penal sería no matar o está prohibido matar.

Bacigalupo no discrepa de los juristas referidos en lo anterior. Pese a haber escrito hace ya cierto tiempo, sus planteamientos sobre este aspecto del tipo penal siguen manteniendo el mismo sentido, en cuanto se trata de elementos en los que se requiere la valoración del sujeto, implicando que no se tratará siempre de aspectos que puedan ser percibidos a través de los sentidos<sup>20</sup>; nótese aquí cómo cobra relevancia lo sostenido por Placencia en cuanto a la posibilidad de apreciación síquica de estos elementos. Por esto no estamos hablando de la simple enunciación del mandato prohibitivo de la norma, ya que “*Tratándose de elementos normativos el autor debe hacer una valoración de las*

---

<sup>19</sup> PARIONA ARANA, Raúl. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.78.

<sup>20</sup> BACIGALUPO, E. Manual de Derecho Penal. *Ob. Cit.*, p.226

*circunstancias en las que actúa y esa valoración debe ajustarse a la del término medio de la sociedad*”<sup>21</sup>.

Para entender lo que estos doctrinarios tratan de exponer en cuanto al aspecto valorativo que requieren estos elementos, así como también el hecho de que se podrán determinar exclusivamente a través de los sentidos, o podrían requerir una valoración síquica del sujeto, tendremos que remitirnos a otro ejemplo, en esta ocasión tomamos al artículo 379 del Código Penal dominicano, que describe el tipo penal de robo con el texto “*Todo aquel que sustrae lo que no le pertenece se hace reo de robo*”<sup>22</sup>. En este caso vemos que el tipo contempla el no sustraer o robar cosas ajenas como elemento normativo. Sin embargo, es necesario entender que la ajenidad no es una cuestión perceptible a través de los sentidos, sino que conlleva una operación valorativa del sujeto, quien debe estar consciente de que aquello que toma o se apropia es una cosa ajena.

### **1.2.3 Elementos objetivos**

Para Mir Puig

La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. En los delitos de resultado, es preciso además que este se produzca en términos tales que pueda ser imputado objetivamente a la conducta. En este sentido, el resultado se entiende como un efecto separado de la conducta y posterior a ella [...]”<sup>23</sup>.

Con esta introducción referimos que estos elementos parten de aquellos aspectos del delito que preexisten a su realización, es decir, aquellos elementos que se pueden concebir individualmente antes de que coexistan en un evento penalmente relevante. De modo similar lo explica José Rodríguez, quien establece que

Los elementos objetivos podemos entenderlos como aquellos que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos, es decir tienen la característica de ser tangibles,

---

<sup>21</sup> *Ibidem*

<sup>22</sup> República Dominicana. Código Penal de la República Dominicana. Santo Domingo, 2007. Artículo 379.

<sup>23</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. [en línea] 10ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F. 2016. [consulta: 6 junio 2022], p. 219. ISBN: 978-84-608-1582-2. Disponible en: <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Mir-Puig-2006-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>

externos, materiales, por lo que también podríamos decir que son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante<sup>24</sup>.

Esto pone de relieve el hecho de que los elementos objetivos del tipo penal refieren aquellos aspectos de la conducta humana que son perceptibles, es decir, aquellos que comprenden la parte exterior de toda conducta humana y por ende son tangibles. En ese orden podemos afirmar que estos elementos se corresponden con las personas que intervienen en el delito, así como también con la conducta u objeto del mismo. En esos términos se expresa también el jurista Welsel y otros, traducidos por Raúl Pariona, quienes establecen que los delitos estructuralmente obedecen a una diversidad tan amplia como conductas se puedan imaginar, pudiendo los elementos objetivos también variar. Destaca el citado jurista que los elementos objetivos comunes al delito están los sujetos, el objeto material y la acción de ejecución o conducta<sup>25</sup>.

El sujeto activo es la persona que comete la infracción o, más bien, aquella persona que realiza la conducta descrita en el tipo. Algunos autores establecen que el sujeto activo es el que realiza el verbo que contempla el tipo penal. El sujeto pasivo es aquella persona sobre quien recae el perjuicio de la acción u omisión descrita en el tipo ejercido por el sujeto activo. Cabe precisar que en atención a la clasificación de los tipos penales el sujeto pasivo puede no ser una persona física o hasta el mismo Estado.

En cuanto al objeto, se trata del objeto material que constituye la infracción. En otros términos, tratamos sobre el objeto sobre el que recae la conducta realizada por el sujeto activo. Es evidente que esto genera confusión en cuanto a los diferentes tipos de bienes jurídicos que se preservan con cada tipo penal; sin embargo, en cada tipo podemos identificar diferentes formas de objetos. Acertadamente expresa su posición en este particular Francisco Muñoz Conde, quien, definiendo por oposición conceptual el objeto como elemento objetivo del tipo, plantea que:

---

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José M. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español*. 18ª. ed. Madrid, España. Editorial: Dykinson, 1995. p. 398. ISBN: 84-8155-033-7.

<sup>25</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *Derecho Penal Parte General. Ob. Cit.*, p.78.

Distinto del bien jurídico es el objeto de la acción, que es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica (por ejemplo: la cosa mueble ajena en el hurto) y que en los delitos de resultado suele ser destruida o al menos puesta en peligro (por ejemplo, la cosa dañada en el delito de daños; la vida puesta en peligro en un delito de conducción temeraria de un vehículo a motor)<sup>26</sup>.

Verbigracia, en el caso del tipo penal de homicidio, el objeto del tipo será el cuerpo del occiso; así mismo, en el caso del tipo de sustracción o robo, el objeto de la infracción sería el bien mueble sustraído. Así también, en los casos de violencias y delitos sexuales, el objeto de la infracción será el cuerpo de la persona que recibió la agresión. Así las cosas, Juan del Rosal plantea lo siguiente en su tratado de derecho penal:

[...] el aspecto objetivo del tipo penal, traducido en sus elementos nos recuerda y de hecho coincide claramente con lo que añejamente se entendía como el cuerpo de delito, este se definía a partir de los elementos materiales del delito, como la objetividad jurídica, que está formada por un objeto irreal, de indiscutible repercusión sistematizadora e interpretativa: el objeto de ataque es un trozo del mundo físico; pertenece al mundo de la realidad, y no es otra cosa sino el objeto sobre el que se dirige la acción. El individuo en el homicidio, o la cosa mueble en el robo, constituyen los llamados bienes jurídicos protegidos en el tipo penal. En tanto que la vida o la propiedad son las entelequias u objetividades jurídicas integrativas del llamado bien jurídico<sup>27</sup>.

Es necesario señalar que la dogmática jurídico-penal ha evolucionado en cuando a la apreciación de los elementos objetivos de los tipos penales, en razón de los postulados de la escuela alemana, que apoya su teoría en las dificultades que representa la teoría de los bienes jurídicos para la determinación del objeto de cada infracción, además de que esta teoría no permite identificar el bien jurídico protegido en los delitos de riesgo. Estos aspectos no son relevantes para los planteamientos de esta investigación, por lo que podrían ser contemplados en investigaciones posteriores.

La conducta puede ser definida como el aspecto del elemento objetivo determinante, aunque esto no quiere decir que los demás elementos que componen el lado objetivo del tipo penal no sean relevantes, sino que la conducta como tal entraña la realización de acciones que muchas veces no se encuentran como tal descritas en el tipo,

---

<sup>26</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.* p.262

<sup>27</sup> ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del. *Tratado de derecho penal español*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1968. pp.784-785. ISBN: 978-84-7248-021-6

sino que conllevan la realización de diversas acciones u omisiones. Para Muñoz Conde “*La conducta viene descrita generalmente por un verbo rector («matar», «causar a otro una lesión», etc.)*”<sup>28</sup>, lo que equivale a decir que la conducta puede ser definida como el verbo típico de la infracción. En principio, hablar del verbo típico podría referir exclusivamente a conductas activas de comisión, dejando de lado las conductas omisivas; sin embargo, existen tipos penales de omisión pura<sup>29</sup>, que en sus elementos descriptivos expresan conductas meramente omisivas, en las que el sujeto activo no hace lo que la norma le indica hacer.

Resaltamos que no necesariamente la conducta estará expresada por un verbo en su formato primitivo o infinitivo, sino que se puede encontrar el verbo conjugado en forma impersonal, transitivo y hasta en gerundio; pero también, existen tipos penales que contienen múltiples verbos típicos y por consiguiente contemplan diferentes formas de realización, pudiendo cometerse la conducta penalmente relevante mediante diferentes acciones u omisiones. De esta forma,

En algunos tipos la conducta se delimita por la exigencia del empleo de algunos medios legalmente determinados (art. 346: estragos; arts. 351 y ss.: incendio); por el lugar (art. 494, manifestaciones ante la sede del Congreso o del Senado) o por el tiempo (arts. 609 y ss.: delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, etc.)<sup>30</sup>.

Lo que significa que el objeto no solo será el verbo típico, sino que también algunas de las circunstancias de los elementos descriptivos del tipo deberán acompañar el verbo para poder definir el objeto; en el caso del primer ejemplo citado por el autor, el verbo típico que definiría el objeto sería manifestarse, sin embargo, objetivamente esto no constituye una conducta penalmente relevante, sino que lo que completa la definición del objeto de la infracción sería manifestarse ante el congreso.

---

<sup>28</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.* p.260

<sup>29</sup> Al respecto véase a MEZGER, Tratado de Derecho penal, Madrid 1935 (1ª ed., traducción y notas de Rodríguez Muñoz; hay 3ª ed.); una exposición similar hace Quintero, Olivares (dir.), Esquemas de Teoría Jurídica del Delito y de la Pena, 2ª ed., Valencia 2009. También es posible estudiar la literatura de derecho penal general de Claus Roxin.

<sup>30</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*

#### 1.2.4 Elementos subjetivos

El tipo subjetivo, como también se le conoce a los elementos subjetivos, está compuesto por la intención requerida para la configuración de la conducta penalmente relevante. Es usual leer cómo la doctrina refiere que los elementos subjetivos se refieren a los aspectos internos de la conducta, aquellos que se refieren a la voluntad con la que actúa el sujeto activo, pero el análisis de esta parte importante de la tipicidad conlleva razonamientos exhaustivos sobre el comportamiento humano. Mir Puig sostiene que

aparte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la voluntad dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), o bien, a una sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad), y a veces por especiales elementos subjetivos<sup>31</sup>.

Debido a que el tipo subjetivo trata de la determinación con la que el tipo penal se configura, es decir, que trata sobre el requerimiento del tipo de intención con que el tipo describe la conducta, esto implicará que cada tipo penal está prediseñado con el aspecto subjetivo con el que se realizarán los elementos descriptivos. Entonces lo determinante en este punto sería analizar cómo determinar la intención con la que se ha cometido una acción u omisión. Rodríguez Devesa coincide con los planteamientos de Puig al señalar que como, *“los elementos subjetivos pertenecerán al mundo síquico del agente o de un tercero, en tal virtud, los identificaríamos a nivel de intangibles, inmateriales, pero perceptibles por medio de los sentidos”*<sup>32</sup>. Importa aquí resaltar el hecho de que el tipo subjetivo, por tanto, no consiste en un aspecto tangible de la conducta expresada materialmente, sino que tal como refiere este último jurista, es un aspecto determinable al apreciar la conducta que ocasionó el cambio en el mundo exterior.

Para Roxin, luego de superada la concepción clásica del tipo de la escuela causalista, en la que se concebía la intención como aspecto de la culpabilidad, se establece que *“sistemáticamente debe anteponerse el dolo, como elemento general del tipo subjetivo, a los específicos elementos subjetivos del tipo, que no se dan en todos los tipos y revisten*

---

<sup>31</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.212.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José M. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal Español. *Ob. Cit.*, p.399

*formas diversas*”<sup>33</sup>. Puede extraerse de este planteamiento que en la intención en la conducta humana expresada en cada descripción típica estará comprendido el dolo; pese a que se trata de un planteamiento totalmente liberal y arriesgado, su margen de certeza radica en el hecho de que inicialmente el legislador sanciona las conductas que el ser humano realiza voluntariamente, sin que esto signifique que aquellas que han sido realizadas al margen de la voluntad humana sean irrelevantes para el derecho penal.

El planteamiento de Roxin cobra relevancia cuando se verifica la estructura descriptiva<sup>34</sup> de los tipos penales principales de nuestro Código Penal. Tal es el caso del homicidio, el robo, las agresiones sexuales y así muchos otros. Esta misma tesis plantea Jiménez de Asúa, en cuanto a que

en infinidad de ocasiones, el tipo presenta una mera descripción objetiva complementada por aspectos de índole subjetivo, referidos a ciertos estados anímicos del autor en orden al injusto; son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras “maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, intención de causar aborto”<sup>35</sup>.

En contexto, los ejemplos expresados en el planteamiento anterior son solo una muestra de la diversidad de indicadores del elemento subjetivo que pueden identificarse en la estructura descriptiva del tipo, apreciándose que en algunos casos será posible notar la remisión directa por parte del legislador a un elemento subjetivo específico, como es el de los casos en que el texto del tipo refiere la intención dolosa textualmente, pero también habrá casos en los que sencillamente el texto del tipo referirá a un elemento normativo, como es el caso de la intención fraudulenta, que también define el mismo tipo subjetivo doloso.

---

<sup>33</sup> ROXÍN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* [en línea] Madrid, España: Editorial Civitas, 1997. [consulta: 7 junio 2022], p.307. ISBN: 84-470-0960-2. Disponible en [https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho\\_penal\\_-\\_parte\\_general\\_-\\_claus\\_roxin-LP.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf)

<sup>34</sup> Entiéndase elementos descriptivos del tipo penal.

<sup>35</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios del Derecho Penal, La Ley y el Delito*. [en línea] 3ª. ed. Argentina: ABELEDO- PERROT, S. A. E. e I. Editorial Sudamericana S. A., 1997. [consulta: 7 junio 2022] pp.255-256. ISBN: 950-20-0536-6. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Descarga-en-PDF-%C2%ABLa-ley-y-el-delito%C2%BB-del-gran-Luis-Jim%C3%A9nez-de-As%C3%BAa.pdf> **Las comillas adicionales son propias del autor.**

### 1.3 El dolo

Como ya hemos adelantado el dolo es parte del ámbito subjetivo del tipo penal que se determina por la realización voluntaria de los elementos comprendidos dentro del tipo objetivo. Para Muñoz Conde “*se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito*”<sup>36</sup>. Nótese que inicialmente estamos frente a elementos concretos para la determinación del dolo dentro de la conducta realizada, ya que en este caso hablamos de la conciencia y la voluntad de llevar a cabo los aspectos materializables de la conducta. También es relevante aquí destacar que los aspectos indicados anteriormente no son ajenos a las conductas omisivas, por lo cual, cuando empleamos el término materialización, su significado está relacionado a que, ante este tipo de conductas habrá de producirse un resultado que produzca un cambio en el mundo material.

La revisión bibliográfica realizada coincide en cuanto a que la determinación del tipo subjetivo en cada conducta está indisolublemente ligada a la posibilidad objetiva de determinar si su voluntad estaba dirigida a realizar cada uno de los elementos descriptivos del tipo objetivo. Tal como refiere Raúl Pariona sobre este tema, “*la determinación de los comportamientos dolosos e imprudentes, así como su delimitación, dependen solo de si la voluntad de actuar estaba dirigida a la realización de todos los elementos objetivos del tipo*”<sup>37</sup>. Sin embargo, estas exposiciones sobre el dolo como elemento subjetivo no explican aquellos casos en los que la intención se ve acompañada de algún calificativo, como exponíamos en el preámbulo de este subtema, siendo ejemplos de esto – engaño - maliciosamente- y también aquel tipo penal cuyo elemento subjetivo está muy ligado a que no se cometa “*por alguno de los medios enunciados en el tipo penal anterior*”<sup>38</sup>.

Es necesario ofrecer en este punto un esbozo en cuanto a los elementos que completan el análisis del dolo, ya que no hay discrepancia en la doctrina en que, partiendo de su concepción más básica, el dolo se determina por “*el conocimiento (saber) y voluntad*

---

<sup>36</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.* p.267

<sup>37</sup> PARIONA ARANA, Raúl. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.82.

<sup>38</sup> Este es el caso del tipo penal contemplado en el artículo 355 del Código Penal dominicano.

*(querer) de los elementos del tipo objetivo*”<sup>39</sup>. Antes de referirnos al conocimiento y voluntad como componentes definitorios del dolo, es procedente advertir que aun cuando un sujeto actúa queriendo realizar la acción emprendida no necesariamente actúa con el conocimiento pleno de que aquello que está realizando está prohibido por la norma. Así, entonces, se puede presentar el hecho de que una persona decide tomar una cosa confundiéndola como una suya y, por tanto, al desconocer que la cosa era ajena, no se cumple uno de los elementos del dolo, como es el caso del conocimiento. Esto se explica más detalladamente cuando nos adentremos a la teoría del error, que es el aspecto nodal de esta investigación.

### **1.3.1 El conocimiento como primer elemento determinante del dolo**

Podemos introducir este componente del dolo diciendo que se trata del conocimiento de que la conducta realizada encuentra su prohibición en la norma penal. Esto es, que el sujeto activo debe saber que su acción u omisión se encuentra prohibida por el derecho penal vigente. Juristas como Jiménez de Asúa así lo explican: *“Lo primero que hay que explorar es si el dolo supone en el agente la consciencia del tipo, la consciencia de la antijuricidad o la consciencia de otro concepto más eficaz para la conducta de los hombres”*<sup>40</sup>. Véase cómo se sostiene inicialmente que el sujeto puede tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo o del mismo injusto, ampliando la posibilidad de determinar este elemento del dolo a un primer momento de la conducta, en la que se señala solo a aquellos elementos que objetivamente pertenecen a la conducta exteriorizable, pero al abarcar el conocimiento del injusto, también supone que el sujeto podría saber que actuaba fuera del amparo de alguna norma permisiva o causa de justificación.

Muñoz Conde utiliza el término de elemento intelectual para referirse al conocimiento como elemento del dolo, sosteniendo que no es necesario que el sujeto tenga conocimiento de la antijuricidad de la conducta que se le atribuye. Bastará con que conozca los elementos que caracterizan la conducta como penalmente relevante. Sigue

---

<sup>39</sup> ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. *Ob. Cit.*, p. 308.

<sup>40</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios del Derecho Penal, La Ley y el Delito. *Ob. Cit.*, p. 360.

añadiendo el célebre jurista que “*el elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente a la conducta como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto, conducta, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.*”<sup>41</sup>. Este planteamiento, considerado más adecuado para nuestra investigación, procura limitar la evaluación de la cognición del sujeto solo a aquellos elementos del tipo que son aprehensibles mediante los sentidos. Es evidente, pues, que, al evaluarse el tipo subjetivo, el proceso de determinación solo deberá comprender la conciencia que haya tenido el individuo que actúa o no actúa con base en que cada elemento de su conducta se encuentra prohibido objetivamente por la norma penal.

En otros términos, se expresa Fontan Balestra, al plantear lo siguiente: “*El actuar doloso supone de parte de su autor el conocimiento del acontecer causal y, consecuentemente, el dominio de los hechos en el caso concreto*”<sup>42</sup>. Esta posición nos permite llevar el concepto de elemento cognitivo del dolo a un aspecto humanizado, es decir, al margen de aquellos aspectos técnicos de la dogmática, en los que sería difícil indagar respecto del conocimiento sobre aquellos elementos objetivos del tipo. En sí, partiendo de la publicidad como carácter ineludible de la promulgación de las normas, lo que pondera es que los individuos deciden actuar o no posiblemente conociendo el devenir del desarrollo de su comportamiento, dominando los hechos que han decidido realizar, lo que a su vez supone el conocimiento necesario para determinar que han obrado sabiendo lo que hacían.

### **1.3.2 La voluntad como segundo elemento determinante del dolo**

Mejor conocido como elemento volitivo del dolo, se trata la manifestación de la autonomía conductual humana, es decir, la dirección del comportamiento del sujeto a la realización de aquellos elementos ya conocidos y que forman parte de los elementos del tipo. De forma un poco más sencilla lo plantea Muñoz Conde, quien sostiene que “*Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es*

---

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.* p.268

<sup>42</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal Introducción y Parte General*. [en línea] Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT Ediciones, 1998. [consulta: 7 junio 2022] p. 324. ISBN: 9502011074. Disponible en [https://www.derechopenalnlared.com/libros/fontan\\_balestra\\_derecho\\_penal\\_parte\\_general.pdf](https://www.derechopenalnlared.com/libros/fontan_balestra_derecho_penal_parte_general.pdf)

*necesario, además, querer realizarlos*<sup>43</sup>. En efecto, el hecho de que el sujeto activo conozca de los elementos objetivos que hacen configurar una conducta penalmente relevante no es suficiente para entender su comportamiento como doloso, sino que habrá que determinar si este individuo ha querido realizar esta conducta que reconoce como prohibida.

El profesor alemán Winfried Hassemer (1992) se refiere al elemento volitivo del dolo, y compartimos su postura en este proyecto:

Para el dolo, los elementos que caracterizan esta especial relación del delincuente doloso con la norma son irrenunciables (dada la mayor gravedad de su incriminación): el sujeto debe no solo «poseer» la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino «aceptarla», «admitirla», hacerla el fundamento de «su» acción y esto significa «quererla»<sup>44</sup>.

Definitivamente, no basta con conocer los elementos que describen el tipo objetivo y el peligro o riesgo que la conducta intentada representa, sino que también es necesario determinar que el sujeto se conformó con el resultado previsible y lo aceptó, lo que significa que quiso realizar tal conducta. No es tan simple realizar el análisis de este aspecto del dolo, lo que explica que, por tanto, la dogmática haya desarrollado varias teorías, sin embargo, en la actualidad predominan la teoría de la representación y la teoría de la voluntad. No nos detendremos en esta investigación a profundizar sobre estos aspectos, ya que no nos suplen de información pertinente para el abordaje del problema.

En cuanto a las clases de dolo, tampoco nos detendremos a desarrollarlas, ya que esto desbordaría la intención de nuestros objetivos. Bastará a tales fines expresar que la doctrina contemporánea coincide en que el dolo se clasifica en dolo directo o de primer

---

<sup>43</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.* p.269

<sup>44</sup> HASSEMER, Winfried. *Crónicas Extranjeras*. En: *Los elementos característicos del dolo* [en línea] Madrid, España. 1992. [consulta: 7 junio 2022] p.918. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46378.pdf> **Las comillas interiores son propias de la cita.**

grado, dolo indirecto o de segundo grado (condicional o de consecuencias necesarias) y dolo eventual<sup>45</sup>.

#### **1.4 La culpa o imprudencia**

Cuando no es posible verificar la concurrencia del elemento cognitivo y/o el elemento volitivo entonces puede afirmarse que se ha actuado con imprudencia, inobservancia, torpeza o tal vez por algún error (esta es la parte nodal de esta investigación, a la cual le dedicaremos en profundidad). Para Muñoz Conde estaremos ante un delito culposo o imprudente cuando no se puede constatar que el sujeto activo haya actuado queriendo la producción del resultado con la realización de su conducta, esto es que, que aun conociendo los elementos del tipo, no representa las posibles consecuencias de su actuación, porque no quiere producirlas, pero decide actuar. *“La observancia del deber objetivo de cuidado, también llamada «diligencia debida», constituye, por tanto, el punto de referencia obligado del tipo de injusto del delito imprudente”*<sup>46</sup>.

En este punto nos encontramos ante la realización imprudente de los elementos objetivos del tipo, lo que equivale a decir que será culposa la conducta realizada por el agente faltando a su deber de diligencia o, lo que es igual, a su deber de cuidado. A fin de poder determinar la falta del dolo y la concurrencia de una conducta imprudente, no solo bastará con descartar la no manifestación de alguno de los elementos del dolo, sino que, también, a fin de determinar el nivel de conciencia de la conducta realizada, se deberá evaluar el detenimiento el deber objetivo de cuidado que recaía sobre el sujeto activo y que este ha inobservado al obrar.

Muñoz Conde expresa que el cuidado objetivo se trata del cuidado que razonablemente deberá aplicar toda persona en el desarrollo de las actividades de su vida cotidiana, requiriendo mayor especificidad en la medida en que se requiera mayor

---

<sup>45</sup> Véase para profundizar sobre la clasificación del dolo a Fontan B, Carlos. *Derecho Penal Introducción y Parte General*, (1998); a Roxín, Claus. *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, (1997); también a Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, (2016).

<sup>46</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General. Ob. Cit.* p.282

conocimiento del riesgo o peligro de la conducta<sup>47</sup>, aspecto que se desprende de la teoría del riesgo alemana.

Algunos escritores han expuesto métodos distintos para la determinación del deber objetivo de cuidado; sin embargo, a fin de exponer de manera simplificada un método de determinación nos permitimos exponer lo planteado por el mismo Muñoz Conde en su texto *Derecho Penal Parte General* (2019):

Dos son los elementos de este juicio normativo: uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la conducta que, conforme a un juicio razonable («objetivo») eran de previsible producción («previsibilidad objetiva»); y otro valorativo, según el cual sólo es contraria al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente<sup>48</sup>.

Consideramos en este punto que, para la determinación de la infracción al deber de cuidado del sujeto, evaluaremos la previsibilidad objetiva de la producción del resultado con la realización de los elementos objetivos del tipo contrastada con la posibilidad de que una persona de conocimientos medios hubiera o no realizado la misma conducta al tener el cuidado debido. No se trata de una cuestión sencilla, ya que situarse en los zapatos de una persona de conocimientos medios o evaluar la medida socialmente aceptable de cuidado para poder establecer si el resultado que realizó el sujeto se hubiera podido evitar realizando una conducta distinta que cualquier otra persona realizaría, dentro del rango teóricamente planteado, es un asunto muy subjetivo.

Al igual que expusimos en cuanto al dolo, la clasificación de la imprudencia como parte del tipo subjetivo no nos interesa como un tema a profundizar. Entendemos suficiente plantear que toda la doctrina coincide en que existe una culpa o imprudencia consciente e inconsciente, las cuales podrán conllevar un tratamiento totalmente distinto en cuanto a la tipicidad se refiere<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General. Ob. Cit.* p. 285

<sup>48</sup> *Ibidem.*

<sup>49</sup> A fin de profundizar al respecto es posible consultar las mismas referencias que se indicaron anteriormente con relación a la clasificación del dolo.

## 1.5 Antijuridicidad

En el inicio establecimos que estructuralmente el análisis del delito implicaba un proceso de distintas categorías; y abordamos los aspectos más relevantes de la tipicidad; no obstante, para considerar un comportamiento como un injusto penal es necesario determinar si realmente dicha acción es totalmente contraria al derecho, para lo cual deberá verificarse si no concurre alguna causa que justifique como jurídico el comportamiento del sujeto; esto queda resumido en los términos de Juan del Rosal, quien establece que *“el ordenamiento jurídico es el único que dota de significación antijurídica una acción u omisión y desde el mismo se efectúa la ponderación de aquélla”*<sup>50</sup>. El análisis de la antijuridicidad se completa en el momento que se valoran las circunstancias circundantes de la conducta y los elementos descriptivos y normativos del tipo, de forma que pueda definirse si la acción ocurrió dentro del marco de causas que la justifiquen y esto permita catalogarla como jurídica o antijurídica.

Raúl Pariona nos ofrece una perspectiva entendible para entender la antijuridicidad, aunque esta no pueda explicar todo el contenido dogmático que supone esta categoría, sus observaciones ayudan a entrar en el tópico al establecer que *“Una acción es antijurídica cuando realiza el tipo de una ley penal y no está cubierta por una causa de justificación”*<sup>51</sup>. Esto equivale a decir que las dos primeras categorías de delito se relacionan y complementan, lo cual es una afirmación vaga o muy evidente. Al concebir la teoría del delito como un análisis categorial o estructural que parte del estudio inicial de la conducta y su necesaria correlación con la norma penal, pero que se ve impedido de continuar cuando no es posible superar una de las categorías secuencialmente, entonces la afirmación necesita explicarse un poco mejor para entenderse.

Para afirmar que estamos frente a un injusto penal, como suele considerarse a un comportamiento típico y antijurídico, es necesario haber evaluado las condiciones objetivas y subjetivas del tipo y haber determinado que la conducta del sujeto es subsumible en este, para luego verificar si en el resto del ordenamiento no existe una norma

---

<sup>50</sup> ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del. Tratado de derecho penal español. *Ob. Cit.*, p. 806.

<sup>51</sup> PARIONA ARANA, Raúl. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.165.

permissiva que autorice la realización de la conducta en determinadas condiciones que se desprenderán de circunstancias objetivas y también subjetivas que circundarán a los elementos del tipo. Lo anterior significa que, inicialmente, una conducta penalmente relevante, por demás típica, es probable que también sea antijurídica. Con esto queremos afirmar que la tipicidad es un indicio indicativo de antijuricidad y aquí ponemos de manifiesto la relación íntima que tienen estas dos categorías a diferencia del resto.

### **1.6 Dimensión formal y material de la antijuricidad**

A partir de este momento expondremos algunas afirmaciones interesantes en cuanto a la antijuricidad que, más que afirmar la relación que ha llamado nuestra atención, procurará ensanchar el concepto que tradicionalmente se desarrolla en la doctrina clásica más socorrida. Para Fontan *“La antijuricidad es, formalmente, la contrariedad al Derecho”*<sup>52</sup>. Entonces, pese a que la conducta sea considerada como típica, con base en la subsunción realizada con alguna o algunas de las normas del ordenamiento jurídico penal<sup>53</sup>, la antijuricidad constituirá la afirmación formal de que dicha conducta es totalmente contraria al orden jurídicamente establecido. Esto así, debido a que podría considerarse inicialmente típico el comportamiento del sujeto, sin llegar a no constituir una conducta contraria al derecho, porque las circunstancias en las que ocurrió, denominadas en lo anterior circunstancias circundantes de los elementos descriptivos y objetivos del tipo, están permitidas por otra norma del mismo ordenamiento.

En tale dirección resulta necesario contemplar la idea de que nuestro ordenamiento jurídico, así como la mayoría de los ordenamientos del mundo, han transcendido a la idea de la protección exclusiva de bienes jurídicos para el diseño de los tipos penales, puesto que, de alguna manera, se pretenden evitar resultados lesivos con la prohibición de conductas riesgosas o peligrosas, como bien sostienen los alemanes Roxin y Jacobs<sup>54</sup>. En apoyo de esta afirmación citamos la postura del mismo Fontan, debido a que los alemanes

---

<sup>52</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General. *Ob. Cit.*, p.253.

<sup>53</sup> Esta afirmación alberga la posibilidad de que una misma conducta pueda subsumirse en varias normas, ya sea por concurso material o ideal de infracciones.

<sup>54</sup> Sobre este punto véase Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. 1997. y también Jacobs, Gunther. *Moderna Dogmática Penal*, 2006.

ofrecen estas explicaciones en cientos de páginas de extensión, por lo que es necesario compendiar y simplificar el asunto a los fines pretendidos, según lo planteado por el autor citado:

prevalece el criterio según el cual el hecho es antijurídico cuando, además de contradecir al orden jurídico, lesiona, pone en peligro o tiene aptitud para poner en peligro, según la previsión legal, bienes jurídicos tutelados por la ley penal. Esta triple posibilidad del aspecto material abarca los delitos de daño, los de peligro real y los de peligro potencial o presumido por la ley<sup>55</sup>.

Esto resulta novedoso para lo expuesto por los más célebres juristas y científicos del derecho, ya que si bien los alemanes llevan más de medio siglo estableciendo la necesidad de abandonar la teoría de los bienes jurídicos en la estructuración normativa de las conductas prohibidas para socorrer a teorías preventivas de resultados más lesivos, en el planteamiento anterior afirmamos la idea de que la antijuricidad no solo deberá verificar que el comportamiento sea contrario al orden jurídico penalmente establecido, sino que también deberá verificarse, aun no habiendo lesionado uno de los bienes jurídicos considerados como extremadamente valiosos por el Estado, que alguno de estos no se haya puesto en potencial peligro o en gran riesgo de lesionarse. Esto permitirá valorar objetivamente la antijuricidad de conductas típicas no lesivas o, lo que es igual, delitos de riesgo o peligro concreto o abstracto.

Para dejar la idea más clara sobre la importancia del planteamiento anteriormente realizado, vamos a recurrir a una postura más básica, del reconocido Muñoz Conde, para quien la antijuricidad conlleva una dimensión formal y otra materia, con lo cual estamos de acuerdo, y ya el párrafo anterior hemos unificado el criterio, que este jurista expone de la siguiente manera

La antijuricidad no se agota; sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuricidad material<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General. *Ob. Cit.*, p.253.

<sup>56</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.* p.300

Así las cosas, sería obsoleto referir al análisis de antijuricidad la dimensión material que sostiene la doctrina clásica, ya que hoy en día las conductas no solo ofenden bienes jurídicos, como sinónimo de lesión, según afirma Muñoz Conde, sino que poner en peligro estos bienes también debe considerarse como parte esencial del análisis de antijuricidad.

La importancia de nuestro punto radica en que las explicaciones que se muestran en las clases de estudios superiores sobre la antijuricidad no permiten explicar en análisis, de manera que se pueda abarcar el aspecto antijurídico de toda clasificación de conductas. Por tanto, ahora nos referiremos a la postura del alemán Jescheck, quien, en un enfoque similar a Muñoz Conde, dimensiona el análisis de antijuricidad desde la perspectiva formal y material, incluyendo en la primera la contradicción que deberá existir entre la acción y una norma jurídica para considerar antijurídico dicho comportamiento; sin embargo, en cuanto a la segunda dimensión sostiene que

en el injusto se encuentra el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, por lo que no se constituye una simple relación entre la voluntad de la acción y el mandato de la norma, sino que es el daño social sufrido como consecuencia por el sujeto pasivo, la comunidad y el derecho<sup>57</sup>.

Nótese que el jurista alemán abarca, en la dimensión material del análisis de antijuricidad, no solo el daño sufrido por el sujeto pasivo, como ocurre en los delitos de lesión directa al bien jurídico, sino que también abarca el daño social que sufre la comunidad y el derecho. Pero esta postura no permite explicar adecuadamente cuándo realmente no se produce un daño como tal a la comunidad, sino que el derecho intenta prever que esto se produzca, sin que esto constituya una contradicción al principio de legalidad. Nos referimos, por ejemplo, a las conductas de porte o tenencia de armas de fuego sin documentación o al consumo, posesión o distribución de drogas; conductas en las que aún no se produce un daño social determinable; de hecho, el derecho penal en sí no contempla estos daños como elementos del tipo; por consiguiente, entraña a la antijuricidad valorar el daño que la proliferación de estas conductas podría generar a la sociedad, razones

---

<sup>57</sup> JESCHECK, Hans Heinrich. Y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5ª ed. Granada, España: Editorial Comares, 2003, pp. 315-316. ISBN: 9788484446415.

por las que el análisis de la antijuridicidad debe comprender dicho aspecto en su dimensión material.

Una postura más abarcadora nos la ofrece el abogado y fiscal español Cándido Conde, quien ofrece una mezcla de las dimensiones de la antijuridicidad, en la cual contempla un aspecto que es importante destacar, cuando explica que *“la antijuridicidad material exige, además de una acción contraria al derecho positivo, la violación de algún orden superior de valoración de conductas o la lesión de algún género de intereses considerados por la sociedad”*<sup>58</sup>. Destaca aquí la configuración de un orden superior como aspecto valorable de la antijuridicidad al margen de la lesión de bienes jurídicos, lo que resulta extremadamente interesante, en la medida en que esto pueda entenderse como cualquier orden determinado por el legislador o la política criminal del Estado. En otras palabras, los órdenes de valoración de las conductas pueden estar orientados a la teoría del riesgo y, en consecuencia, albergar el análisis materialmente antijurídico de los delitos de peligro, pero también alberga la posibilidad de evolución dogmática y legislativa, en la que se haga necesario anticipar conductas desde otra perspectiva distinta al riesgo que implican o de otros tipos de bienes jurídicos, lo cual nos resulta acertado, pero, a fin de dotar de contenido pragmático este análisis, preferimos incluir en el análisis material de la antijuridicidad la valoración de la lesión injustificada de bienes jurídicamente protegidos y la peligrosidad de conductas no lesivas en razón del exceso al riesgo permitido.

### **1.7 Causas de exclusión de la antijuridicidad**

Como bien hemos anticipado, el ordenamiento jurídico penal se compone de un catálogo de conductas que no solo son prohibidas, sino que también contiene normas permisivas con un aspecto negativo intrínseco en su interpretación analógica. Más llanamente, encontrar conductas prohibidas en la norma penal es lo más usual, pero también encontraremos algunas normas permisivas, es decir, que describen comportamientos admisibles por el derecho. Aun cuando estas conductas permisivas, sean vistas negativamente, implican la prohibición de su realización fuera del esquema descriptivo de

---

<sup>58</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Derecho Penal Parte General*. España: Editorial Constitución y Leyes, 1990, p.196. ISBN: 978-84-86123-33-8.

la permisión, como sería el caso de la norma que permite matar al ladrón que penetra a una residencia ajena durante la noche. Análogamente, matar al ladrón cuando ya ha salido de la casa quedaría fuera de la permisión normativa y, por tanto, sería una conducta penalmente reprochable. En este punto estaremos frente a las causas de justificación.

Establece Fontan que *“se denominan causas o fundamentos de justificación a determinadas situaciones de hecho y de Derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de la acción”*<sup>59</sup>. Así se introduce con este concepto la posibilidad de encontrar en un mismo ordenamiento tipos penales permisivos, pero también circunstancias de hecho en las que se entenderá permitido un comportamiento. La diferencia parecería evidente, pero no lo es, ya que podremos encontrar tipos penales específicos en los que se describe una conducta totalmente jurídica, como es el caso que referíamos en el párrafo anterior. Por el contrario, también estaremos ante circunstancias de justificación cuando un tipo penal prohibitivo contempla una condición en la cual se considerará como un comportamiento jurídico. Tal sería el caso de la legítima defensa y el estado de necesidad.

### **1.7.1 Legítima defensa**

Los delitos de lesión, especialmente aquellos que entrañan la vida o la integridad física y la propiedad como bienes jurídicos tutelados, generan en algún punto la posibilidad de que el sujeto pasivo, con base en el inherente instinto de supervivencia, procure defenderse de agresiones ilegítimas; a este tipo de agresiones se les reconoce como defensa legítima. Para Jiménez de Asúa, se trata de repeler una agresión antijurídica, actual o inminente, la cual puede recaer sobre quien intenta defender o sobre una tercera persona, sin que pueda esta defensa transgredir los límites razonablemente necesarios, además de que debe emplear medios proporcionales<sup>60</sup>.

Para Fontan, la legítima defensa proviene del obrar amparado en la norma jurídica, lo que implica que, aun cuando la conducta considerada relevante para el derecho penal<sup>61</sup>,

---

<sup>59</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General. *Ob. Cit.*, p.258

<sup>60</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. Principios del Derecho Penal, La Ley y el Delito. *Ob. Cit.*, p.363

<sup>61</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General. *Ob. Cit.*, p.261.

no menos cierto es que puede concurrir que esa misma conducta también esté descrita, con circunstancias distintas, dentro de un tipo permisivo. Está claro que el planteamiento anterior incluye no solo a los tipos permisivos, sino que también incluye a la legítima defensa como causa de justificación y forma de obrar dentro de lo lícito. Mir Puig se refiere al tema destacando que la legítima defensa se fundamenta en la posibilidad de autodefender los derechos individuales que posee cada sujeto, tratándose siempre en el espectro de los bienes jurídicos individuales<sup>62</sup>.

Sin profundizar mucho al respecto, referiremos en este punto los requisitos que la doctrina ha destacado sobre la legítima defensa. En cuyo caso se trata de: “*a. repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho; b. necesidad de defensa de bienes jurídicos propios o ajenos; c. existencia de una necesidad racional la defensa empleada y el ataque, y d. ausencia de provocación*”<sup>63</sup>. Conviene aquí explicar lo relativo al punto c, que no es más que la proporcionalidad de los medios empleados y el punto d, que consiste en que la agresión no haya sido provocada por el que presume haberse defendido legítimamente, debido a que son los puntos en que podríamos encontrar más controversia.

En los debates académicos y doctrinales respecto de la legítima defensa como causa de justificación excluyente de la antijuridicidad de las conductas típicas, surge de manera recurrente una intensa discusión en cuanto a las circunstancias, a veces poco usuales, en las que se puede suscitar la necesidad de defender bienes jurídicamente protegidos propios o de terceras personas. Como concepto, la proporcionalidad trae consigo algunos parámetros de igualdad, aunque no siempre esto resulta posible, razón por la que la doctrina aplicada a la realidad valora la proporcionalidad desde una dimensión racional y objetiva. Esto se debe a que “*el exceso en los medios empleados es el más típico de los ejemplos de la llamada defensa excesiva. Mas en este caso, como en el anterior, la legítima defensa queda invalidada [...]*”<sup>64</sup>. Esta es razón por la que no puede tomarse a la ligera la

---

<sup>62</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.459

<sup>63</sup> PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. *Ob. Cit.*, p.142.

<sup>64</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios del Derecho Penal, La Ley y el Delito. *Ob. Cit.*, p.298.

evaluación de las proporciones de la violencia ilegítima, en contraste con la magnitud de la violencia que se entiende como una defensa.

Muñoz Conde, aunque con imprecisiones, sostiene que *“la entidad de la defensa, una vez que ésta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena [...]”*<sup>65</sup>. Así se pone de manifiesto la necesidad de que el sujeto que necesita defenderse ajuste la intensidad de su defensa al nivel de la ofensa. Esto podría parecer muy mecánico, partiendo del mismo hecho de que otro de los requisitos que la dogmática, y desde hace cierto tiempo la norma y la jurisprudencia, procuran en primer lugar es la inminencia de la agresión ilegítima. Para ponernos en mejor contexto, verifiquemos la situación de un individuo que pretende atracar a otro con un cuchillo tricolor con aparente filo doble. La víctima posee en su cinto un arma cargada y previamente manipulada, lo que implica que disparar para repeler la agresión solo es cuestión de oportunidad. Si se produce el disparo en contra del asaltante, entonces se abre la discusión inicial sobre la proporcionalidad del medio empleado (puñal vs. arma de fuego); en principio parecerá una operación seudomatemática, pero hoy en día la proporcionalidad ya no versa estrictamente sobre la calidad de los medios como tales, sino de la disponibilidad de estos y la inminencia de la agresión.

En principio, se estima que la idoneidad del medio empleado radica en que este tenga la posibilidad de detener la agresión u obstaculizarla, prefiriéndose siempre esta última posibilidad, ya que la posibilidad de detener una agresión, en mayor medida, supone un análisis de proporcionalidad mucho mayor. Los alemanes, usualmente adelantados al tiempo, acuñaban en sus decisiones la idea de que *“hay que elegir siempre aquel medio defensivo que, aunque tenga la misma eficacia, provoque el menor daño”*<sup>66</sup>. Esto pone de manifiesto lo que hemos venido planteando en las últimas líneas sobre la valoración de la

---

<sup>65</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.* p.326

<sup>66</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: tratamiento del denominado <<haustyrann>> [en línea] México: Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (sf) [consulta: 15 junio 2022] p183. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/8.pdf>

inminencia/necesidad actual de defensa vs. los medios disponibles/proporcionalidad de la defensa.

En ese orden, el derecho no puede sucumbir ante el injusto, lo que significa que, pese a que el derecho con los delitos de lesión procura sancionar la conculcación generada por la consumación de conductas relevantes para el derecho penal, la posibilidad de defender estos bienes jurídicamente tutelados, previa a su lesión concreta, siempre dependerá de la medida en que el agredido realmente se defiende y no se esté vengando. Es posible explicar esto partiendo de que, para esta causa de justificación, *“según la intensidad del ataque, podría estar permitido matar al agresor no solo para proteger la integridad o la vida, sino que ello también viene en consideración, en calidad de ultima ratio, como posibilidad de defensa de bienes materiales”*<sup>67</sup>. Con esta razón concluimos el punto discutido, estableciendo que nunca será una operación matemática la de valorar la proporcionalidad de los medios, sino que la disponibilidad del medio empleado y la inminencia de la agresión ilegítima son las que definirán qué tan precisa fue la defensa ejercida y, por consiguiente, si cualquier persona en la posición del agredido hubiera reaccionado de la misma manera.

En cuanto a la no provocación de la agresión ilegítima, la cuestión es más simple, ya que estamos hablando de que no podrá defenderse quien actúa provocando la agresión. Ahora bien, esto no nos referimos, por ejemplo, a la persona que usa su teléfono último modelo mientras camina por el centro de la ciudad o en los suburbios, haciendo alusión a la víctima disponible en lugares donde pueden existir delincuentes motivados, sino que nos referimos a provocaciones concretas y directas entre el agresor y el que pretende defenderse. El mismo Pariona lo explica de la siguiente manera: *“Quien provoca intencionalmente una agresión para poder lesionar al agresor bajo el manto protector de la legítima defensa, actúa contrariamente al derecho y no se puede ampararse en la legítima defensa”*<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> PARIONA ARANA., Raúl. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.220.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p.227.

La mayor parte de la doctrina consultada coincide en que la provocación que podría ejercer quien pretende defenderse debe ser suficiente para no considerar como legítima la defensa con que se repela la agresión resultante en contra del provocador. De forma irrefutable, plantea Muñoz Conde, con la intensidad que le caracteriza, sostiene que *“habrá que entender que sólo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor se podrá denegar la legítima defensa”*<sup>69</sup>. Pese a que el criterio de normalidad para entender como suficiente la provocación es muy subjetivo, este se complementa con la idea de lo que el derecho prevé como estándar, en la actuación de cualquier otra persona en la misma posición. Nótese aquí que el análisis dependerá de cómo cualquier persona hubiese actuado o no siendo el agresor secundario, para entender si la provocación fue suficiente o no.

Jiménez de Asúa expone un ejemplo interesante, aunque relativamente drástico, pero no improbable, en el que pone de manifiesto su planteamiento sobre que no toda provocación debe anular la legitimidad de la defensa. Expresa este autor:

Si en un episodio del juego hacemos una sucia jugada de ajedrez o de naipes y recibimos un insulto del perjudicado y en nuestro apasionamiento sacamos un revólver para contestar al que primero injurió, él no debe cruzarse de brazos por haber provocado insuficientemente la agresión nuestra, sino que debe tener el derecho de defenderse, sin perjuicio de que la ley le castigue, tras de absolverle del homicidio, por la injuria primeramente proferida<sup>70</sup>.

No hay una solución objetiva ante tal situación, ya que la subjetividad en la determinación de la suficiencia de la provocación quedará al arbitrio de los juzgadores, sin embargo, como punto de referencia establecemos que, si la provocación fue realizada con la intención de legitimar una agresión posterior, definitivamente siempre será provocación suficiente y por tanto no podrá beneficiarse de la permisión normativa justificante.

---

<sup>69</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.* p.327.

<sup>70</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios del Derecho Penal, La Ley y el Delito. *Ob. Cit.*, p.298.

### 1.7.2 Estado de necesidad

Esta causa de justificación tiene dimensiones parecidas a las de la legítima defensa, con la diferencia básica de que se prescindirá de la inseparable agresión ilegítima que requiere esta última para su configuración. En términos precisos, podemos afirmar que estaremos ante un estado de necesidad “*cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado se lesiona otro bien igualmente amparado por la ley*”<sup>71</sup>. Esto significa que estará justificado por necesidad que se lesione un bien jurídico ajeno por encontrarse en circunstancias en las que se necesita proteger un bien jurídico de mayor o igual magnitud de relevancia jurídica.

Para Miguel Ángel Aguilar, el esquema es un tanto más sistemático, ya que este escritor sostiene que lo preponderante en la legítima defensa es la determinación del bien mayor y la valoración de la situación de inminente o indiscutible necesidad<sup>72</sup>. Este jurista propone diferenciar concretamente entre el estado de necesidad justificante y el disculpante, a fin de evitar posteriores discusiones en torno a la valoración de los bienes jurídicos que se requiere y al efecto explica “*el estado de necesidad justificante (cuando se sacrifica un bien jurídico para salvar otro de mayor valor) y disculpante (cuando el bien que se lesiona es de igual valor que el que se preserva)*”<sup>73</sup>. Dicha puntualización reduce la necesidad de analizar la proporcionalidad de los bienes jurídicos envueltos en la conducta que se entiende justificada.

Otra fórmula que presentan algunos autores respecto al estado de necesidad, expone la tesis de “*un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber [...]*”<sup>74</sup>. Quiere decir que lo que catalogaría de legítima

---

<sup>71</sup> PORTE PETIT C., Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*. México: Editorial Porrúa, 2007. p. 221. ISBN: 9789700773933.

<sup>72</sup> AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Código Penal para el Distrito Federal a Diez Años de Vigencia. En: *Causas de Justificación*. [en línea] México: Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013. [consulta 8 junio 2022] p.81. ISBN:978-607-02-4740-8. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3390/7.pdf>

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del. Tratado de derecho penal español. *Ob. Cit.*, p.863.

esa necesidad es la ineludible actuación que lesiona bienes jurídicos ajenos para poder preservar los propios.

En busca de dejar mejor explicada esta cuestión, entendemos necesario referirnos a los requisitos en los que resulta coincidente la posición doctrinal ya que, a juicio de quien sustenta, son aspectos relevantes para considerar materializada la legítima defensa. En tal sentido, nos permitimos referir lo expuesto por Raúl Placencia en su texto *Teoría del Delito* sobre estos requisitos:

a. se abre por necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno; b. que se trate de un peligro real, actual o inminente; c. que el peligro en el que se encuentra el bien jurídico no haya sido ocasionado dolosamente por el agente; d. que se lesione otro bien jurídico de menor o igual valor que el salvaguardo; e. que el peligro no sea evitable por otros medios, y f. que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo<sup>75</sup>.

Antes de finalizar el tema de las causas de justificación, queremos puntualizar, solo a fines referenciales, la existencia de otras causas de justificación distintas a la legítima defensa y el estado de necesidad que se desarrollan en la doctrina. Al respecto, hemos decidido no abordar esas causas de justificación, debido a que encontramos discrepancias y divergencias entre los juristas al respecto. En esa línea argumental *“en nuestro antiguo sistema jurídico mexicano se consideraba, además de las ya enunciadas como causas de justificación, a la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo”*<sup>76</sup>. Aporte de estos citados puntos de la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo, otra corriente doctrinal distingue el riesgo permitido como causa de justificación<sup>77</sup>, aspectos que no son abordados en nuestra normativa, razón por la que los entendemos como no necesarios para esta investigación, especialmente porque sobrepasar la inconsistencia dogmática podría conllevar un estudio particular.

---

<sup>75</sup> PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito. Ob. Cit.*, p.149.

<sup>76</sup> Carrancá Trujillo, Raúl. *Derecho penal mexicano*. México. Ediciones Porrúa, 1980. p.297.

<sup>77</sup> Solo para contextualizar, esta causa de justificación ha sido desarrollada por los alemanes, quienes, al tratar de descartar la teoría de los bienes jurídicos, por su insuficiencia para lograr una política penal eficaz; por oposición a esto promueven la teoría del riesgo y, por consiguiente, los tipos penales de peligro concreto y abstracto, que encuentran como causa de justificación el riesgo jurídicamente permitido.

## 1.8 Culpabilidad

Para la conclusión de la evaluación del delito y sus elementos comunes, es necesario verificar si la conducta típica y antijurídica también resulta ser culpable respecto del sujeto a quien se le imputa. Es habitual escuchar personas, incluso abogados, argüir diciendo que el hecho es culpa del acusado, o también decir que alguien se siente culpable por una u otra situación; en todos estos casos se está hablando de culpabilidad, aunque al plantearlo así no se está haciendo el ejercicio sistemático que implica esta categoría del delito.

En una aproximación inicial, se contempla que no hay pena sin culpabilidad, aludiendo a que el principio de culpabilidad se fundamenta en el aparejamiento de pena que supone la atribución de una conducta como relevante para el derecho penal, lo que permite afirmar que la tipicidad y la antijuridicidad son los fundamentos que limitan la punición.

Como concepto, siempre se alude a que la culpabilidad consiste en el juicio de reproche del hecho típico y antijurídico al sujeto, reproche que habrá de evaluarse desde la perspectiva de los aspectos psicológicos personales, de forma en que se pueda determinar la punición adecuada. Para Zaffaroni y otros,

la culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste<sup>78</sup>.

Al referirse a la vinculación entre el injusto y el autor, partimos de que en las categorías anteriores la valoración que se realiza es entre la conducta y sus circunstancias y la norma. Esto significa que hasta ese momento no se han establecido las condiciones concretas del sujeto activo frente al hecho ya considerado como relevante para el derecho penal.

---

<sup>78</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal* [en línea] 2ª. Ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2007. [consulta: 9 junio 2022] ISBN: 978-950-574-195-3, p.507. Disponible en: [https://www.academia.edu/44587766/MANUAL\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_PARTE\\_GENERAL](https://www.academia.edu/44587766/MANUAL_DE_DERECHO_PENAL_PARTE_GENERAL)

Hoy en día el juicio de reproche, como algunos designan a la culpabilidad por su carácter meramente psicológico, se integra del análisis del sujeto pasivo y las circunstancias que entrañe exclusivamente a su comportamiento concreto, lo cual no es algo tan sencillo de explicar. De hecho, aún no hemos ofrecido un concepto de esta categoría. Por lo pronto, para Bacigalupo, la culpabilidad está compuesta de 3 elementos básicos que ayudan a definirla como categoría del delito, a saber:

a) Capacidad de comprender la ilicitud y de comportarse de acuerdo con ella (capacidad de culpabilidad o imputabilidad). b) Posibilidad de conocimiento de la ilicitud (conciencia — potencial— de la antijuricidad y del error de prohibición). c) Exigibilidad (circunstancias que excluyen el reproche de culpabilidad)<sup>79</sup>.

En un primer momento la propuesta de Bacigalupo, que coincide con la de algunos de los juristas más prestigiosos que se han referido a este particular, plantea que deberá analizarse la capacidad de comprensión del sujeto, cuya determinación podrá afectarse por su edad o por las situaciones psicopatológicas que este haya desarrollado o con que haya nacido. En términos similares se expresa Muñoz Conde, quien sostiene que lo que importa en la culpabilidad es *“la exigencia de un determinado grado de participación subjetiva del autor en el hecho, la normalidad psíquica de éste, el conocimiento de la antijuricidad, etc. [...]”*<sup>80</sup>. Elementos que, según el jurista, determinan el gran avance de la dogmática para concebir democráticamente al derecho penal, ya que, en la medida en que estos elementos se comportan sistemáticamente, se limita el poder penal estatal. Partiendo de todo lo anterior, consideremos individualmente los elementos de la culpabilidad.

### **1.8.1 Elementos de la culpabilidad**

#### **Imputabilidad**

Tal como adelantamos en el punto anterior, el sujeto activo de una conducta relevante para el derecho penal debe haber estado en condiciones psíquicas de comprender el mandato de la norma, ya que, si existiesen algunas circunstancias que le hayan impedido haber sido disuadido de realizar los elementos del tipo por falta de comprensión de los mismos,

---

<sup>79</sup> BACIGALUPO, E. Manual de Derecho Pena. *Ob. Cit.*, pp.423-424.

<sup>80</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General. Ob. Cit.* p.357

entonces el sujeto no puede ser considerado culpable. Según el mismo Muñoz Conde, en la imputabilidad “*se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.)*”<sup>81</sup>. Expusimos en otro tema de esta investigación que las normas se reputan de conocimiento general una vez son publicadas por el Poder Ejecutivo, siendo este un requisito de validez; pero es obvio que una persona que no cuente con las facultades psíquicas necesarias para que racionalmente la norma cumpla con su función motivadora no podrá ser reconocida como culpable.

Mayer, citado por Jiménez de Asúa, refiere que “*la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente*”<sup>82</sup>. Por tanto, cabe afirmar que la capacidad de comprensión puede verse afectada por la minoría de edad y aquellas patologías psicológicas que inciden directamente en la posibilidad de razonamiento del sujeto.

Un enfoque contemporáneo propone que la imputabilidad debe evaluarse en dos vertientes, una biológica y otra patológica; entendemos primordial evaluar el aspecto biológico porque por naturaleza la minoría de edad (en atención a los grupos etarios normativamente establecidos) implica el desarrollo de la facultad de comprensión de las cosas y, en este caso, de las normas, pudiendo realizarse posteriormente la evaluación de las circunstancias patológicas que afecten esta misma capacidad. De manera un tanto más abarcadora Wilman Terán hace notar que

para la realización de este examen de imputabilidad, la tradición jurídica habla de un método biológico-patológico que consiste primero constatar los estados orgánicos patológicos-biológicos, y a continuación examinar la capacidad psicológica o la inhibición excluida o no por estos estados determinados de forma biológica<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibidem.*

<sup>82</sup> MAYER, Max Ernesto. Derecho Penal, Parte General. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. Principios del Derecho Penal, La Ley y el Delito. *Ob. Cit.*, p.323.

<sup>83</sup> TERÁN- CARRILLO, Wilman G. La culpabilidad en la teoría del delito. *Revista Científica FIPCAEC*. [en línea] 2020. 5(18), 386-408. [consulta: 9 junio 2022]. ISSN: 25-88-090X. Disponible en: <https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/224/374>

Parecería no haber discusión en cuanto a la inimputabilidad ocasionada por la minoría de edad; sin embargo, entendemos adecuado resaltar el componente político que entraña la sectorización de las personas menores edad en grupos etarios, en atención a las edades en las que estos pueden asumir el juicio de reproche. La Ley 136-03, denominada comúnmente como Código del Menor, contempla la posibilidad de comprensión a partir de los 13 años, contemplando subgrupos justiciables dentro del rango de edad hasta los 18 años. Según Roxín, *“Un adolescente es jurídicopenalmente responsable cuando en el momento del hecho es suficientemente maduro, según su desarrollo moral y mental, para comprender el injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión”*<sup>84</sup>. Esto, al margen del planteamiento político de la norma, implica que la para determinar el nivel de comprensión de una persona menor de edad justiciable deberá evaluarse su capacidad real o actual, indistintamente de la capacidad que normativamente se le presume.

También importa al examen de imputabilidad aquellas patologías que impiden o disminuyen la comprensión de la norma por parte de los sujetos. Nos referimos en este punto a las afectaciones psíquicas que acompañan a los individuos desde su nacimiento, entre ellas síndromes como el Down, los trastornos del Espectro Autista. Raúl Pariona contempla también la psicosis, la esquizofrenia, la ciclotimia, la demencia, los trastornos de la personalidad bipolar grave, trastorno pasional equivalente a la perturbación mental<sup>85</sup>, pero la lista no es limitativa. De hecho, este es uno de los aspectos del análisis de la culpabilidad que evoluciona en la medida en que las ciencias médicas descubren otras formas de afectación mental o cuando se descubren tratamientos funcionales para revertir aquellas existentes.

También es necesario indicar que en la lista anterior existen afectaciones psíquicas que se consideran como sobrevinientes, es decir que no necesariamente nacen con el sujeto, como las primeras que se citan. En razón de esto, conviene aquí mencionar algunas circunstancias no patológicas que pueden generar afectaciones psíquicas importantes para considerar dentro de la imputabilidad, como es el caso de la embriaguez absoluta, el

---

<sup>84</sup> ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.848.

<sup>85</sup> PARIONA ARANA, Raúl. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.281

agotamiento extremo y las perturbaciones de la personalidad. La doctrina psicológica procura desarrollar las formas en que estas circunstancias pueden afectar la capacidad de comprensión y de obrar de un individuo, pero por el momento solo nos limitamos a mencionarlas.

El mismo jurista explica este grupo de circunstancias que inciden en la imputabilidad del sujeto desde la siguiente óptica

Luego, en caso de un diagnóstico positivo, tiene que constatarse si, como consecuencia de esa circunstancia biológica, el autor era incapaz de comprender el injusto del hecho — ausencia de capacidad de comprensión) o de actuar según esa comprensión (ausencia de capacidad de conducción)<sup>86</sup>.

Aquí se sintetiza la teoría de la imputabilidad, contemplando el aspecto de la capacidad de comprensión del sujeto, la cual, según hemos advertido, se afecta por las circunstancias biológicas patológicas y psicológicas que acompañen al autor. Así mismo, por otro lado, se contempla la capacidad de obrar según el mandato de la norma comprendido. En ese último caso nos referimos a aquellas patologías transitorias y aquellas afectaciones no biológicas, como el caso de alcoholización extrema, consumo de sustancias enajenantes, síndromes de abstinencia, entre otras.

Antes de finalizar no podemos dejar de referir el planteamiento de Jiménez de Asúa, quien, a nuestro juicio, ofrece un resumen básico de la teoría de la imputabilidad, al establecer lo siguiente:

a) Falta de desarrollo mental: a') La persona menor edad se reconoce en los Códigos como eximente; pero varía el plazo de exención, que en los más antiguos se fija en los diez años de edad; en otros —los más— en los doce; en algunos figuran como límite los catorce; y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho. El Código Penal argentino, después de la aprobación de la ley 14.394, de 22 de diciembre de 1954, establece la edad de dieciséis años para declarar al menor capaz de delinquir. b') Sordomudez. b) Falta de salud mental. c) Trastorno mental transitorio: a') Embriaguez (sólo atenuante en algunos Códigos), b') Fiebre y dolor<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. Principios del Derecho Penal, La Ley y el Delito. *Ob. Cit.*, p.341.

Con lo único que manifestamos desacuerdo sobre su planteamiento es en lo relativo a la fiebre y el dolor como eximentes de imputabilidad. Esto conllevaría un análisis muy profundo, porque hay casos y casos. Todo dependerá de las circunstancias y, además, la ciencia ha avanzado mucho después de su texto. Para los fines, destaca como relevante la clasificación de los trastornos mentales entre transitorios y los permanentes, ya que es evidente, por ejemplo, que la esquizofrenia no permanece como un estado permanente en el sujeto.

### **Conocimiento de la antijuricidad**

Luego de valorar las circunstancias en que se entendería inimputable una persona desde el punto de vista biológico-patológico y desde el punto de vista psicológico, partiendo de aquellos esquemas en los que puede considerarse excluida o disminuida la imputabilidad del sujeto, es necesario valorar otro elemento de la culpabilidad en el que se distingue la posibilidad de motivación y disuasión en las circunstancias que excluyen la antijuricidad de una determinada conducta.

Para Muñoz Conde, *“La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones”*<sup>88</sup>. En suma, al verificar la existencia de condiciones de comprensión y de conducción, según implica el análisis de imputabilidad, es necesario determinar si el sujeto se podía encontrar motivado por el contenido de la conducta descrita en la prohibición de la norma. Esto podría colidir con el aspecto volitivo del tipo subjetivo analizado en la tipicidad, pero no se trata de lo mismo, ya que, como bien dijimos antes, la tipicidad comporta el análisis de las circunstancias del hecho, mientras que en la culpabilidad analizaremos aquellos aspectos relativos exclusivamente al autor. En ese mismo sentido continúa expresando Muñoz Conde que si el sujeto no distingue que su actuación se encuentra prohibida, no habría ninguna razón para evitar su realización<sup>89</sup>. Esto pone de relieve los planteamientos de las teorías restrictivas, en las que el elemento disuasorio de la norma recae directamente

---

<sup>88</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General. Ob. Cit.* p.358

<sup>89</sup> *Ibidem.*

sobre cada individuo que debe motivarse a la evitación de comportamientos que infrinjan el mandato penal del legislador.

Esta evaluación no es tan ligera como aparenta, ya que a partir de una lectura simple de estos planteamientos podría asumirse que bastará con que una persona invoque no haber tenido conocimiento de la existencia de la norma prohibitiva o de algunos de los elementos descriptivos del tipo en concreto, debido a que es un imperativo categórico que todos los ciudadanos que residen permanentemente en un territorio deben conocer la norma, en razón al carácter de publicidad que implica su promulgación como condición de formal de validez.

Ahora bien, del mismo planteamiento anterior se desprende el hecho de que no solo es importante el conocimiento que tenga el sujeto sobre la norma prohibitiva, sino que también se comprenderá en este elemento de la culpabilidad, que el sujeto también conozca la existencia o inexistencia de las normas permisivas y las causas de justificación. Es preciso advertir que la mayoría de la doctrina solo abarca como estrictamente necesario, para esta parte del juicio de reproche, el conocimiento del sujeto sobre el contenido y la vigencia de la norma prohibitiva. Así es el caso de Wilian Terán, quien establece que la culpabilidad consiste entonces en la definición de que *“el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido, por las normativas vigentes, claro está”*<sup>90</sup>. Sin embargo, estructuralmente este análisis no puede realizarse sin verificar que el comportamiento penalmente relevante llevado a cabo por el sujeto no se encuentra jurídicamente permitido, ya que partiendo de esto podría delimitarse cuándo nos encontraríamos ante un error de prohibición<sup>91</sup>.

### **La exigibilidad**

Puede que este sea el aspecto de la culpabilidad en el que exista mayor desacuerdo en la doctrina, ya que muchos de los escritores consultados establecen que se trata de un aspecto extremadamente subjetivo; otros tantos establecen que se trata de un aspecto situacional,

---

<sup>90</sup> TERÁN- CARRILLO, Wilman G. La culpabilidad en la teoría del delito. *Ob. Cit.*, p.396.

<sup>91</sup> Sobre este aspecto se dedica un subtema completo en el próximo capítulo.

cuyo análisis dependerá de las circunstancias en que se encontraba el sujeto, que, por demás, podrían ser de difícil repetición. Sin más preámbulos nos permitimos ofrecer nuestro planteamiento inicial sobre este elemento, ya que se trata de la posibilidad del sujeto activo de haber actuado de modo diferente.

Expresado de otra forma, la exigibilidad equivale a decir que “[...] un sujeto es culpable cuando era exigible, en el momento del hecho, que obrara en forma distinta a la infracción de la norma”<sup>92</sup>. Entonces, la exigibilidad de una conducta distinta a la realizada parte del hecho de que el individuo realmente conoce la antijuridicidad de su comportamiento y que aún ante tal esquema de conocimiento ha decidido actuar, pero no solo eso, sino que circunstancialmente no ha concurrido alguna situación que le haya impedido obrar diferente. En este último punto es donde radica la verdadera importancia del análisis de la exigibilidad, ya que, según el citado jurista Wiliam Terán, “*El hecho de exigir una conducta distinta a la que el agente realiza, implica de manera obligatoria para todos los sujetos, un comportamiento acorde con la ley y las normas que los amparan*”<sup>93</sup>.

La exigibilidad de un comportamiento distinto al realizado es el efecto de disuasión que se supone debe generar la norma, partiendo del conocimiento que se debe tener de ella y de no haberse encontrado impedido psicológicamente de actuar conforme aquel mandato disuasorio. Al respecto, Edgardo Alberto Donna afirma que la culpabilidad no puede ser entendida solo como un juicio que reprocha al autor la conducta realizada basándose solo en la capacidad que este tuvo de comprender el mandato normativo, sino que también se debe valorar la posibilidad de una actuación distinta en el marco situacional del sujeto<sup>94</sup>.

Terán, muy acertado, sostiene que “*la exigibilidad subjetiva examina las circunstancias concretas bajo las que actúa cada individuo, es decir, las situaciones*

---

<sup>92</sup> RIGHI, Esteban; FERNÁNDEZ, Ángel. Derecho Penal: La Ley, El delito, El proceso y La pena. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 1996, p.223. ISBN: 950891016X

<sup>93</sup> TERÁN- CARRILLO, Wilman G. La culpabilidad en la teoría del delito. *Ob. Cit.*, p.398.

<sup>94</sup> DONNA, Edgardo A. Teoría del delito y de la pena. [en línea] 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1996. [consulta: 10 junio 2022] ISBN: 950-508-372-6, p.222. Disponible en: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Teor%C3%ADa-del-delito-y-de-la-pena-Tomo-I-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Teor%C3%ADa-del-delito-y-de-la-pena-Tomo-I-Legis.pe_.pdf)

*circunstancias extremas en que se debate el sujeto*”<sup>95</sup>. Esto se debe, según el mismo autor citando a Muñoz Conde, a que no sería posible exigir una conducta distinta a la realizada si dicha conducta distinta tuviera como implicación primordial el sacrificio injustificado del sujeto o, lo que es igual, que cualquiera de las conductas alternativas a la elegida por el individuo conllevaran afectaciones significativas para sus intereses jurídicamente protegidos. Sumado a lo previamente expuesto, podemos finalizar este análisis sin establecer que la determinación de no exigibilidad de otra conducta equivale a establecer que no puede ser imputada la culpabilidad de quien haya obrado en condiciones en las que no le era exigible a nadie una actuación distinta.

---

<sup>95</sup> TERÁN- CARRILLO, Wilman G. La culpabilidad en la teoría del delito. *Ob. Cit.* p.398.

**CAPÍTULO II**  
**PERSPECTIVAS SOBRE LA TEORÍA DEL ERROR**

## CAPÍTULO II

### PERSPECTIVAS SOBRE LA TEORÍA DEL ERROR

#### 2.1 Teoría del Error

El obrar humano supone la posibilidad de que concurren errores que inciden en los efectos o resultados de las acciones realizadas. Esto significa que cada vez que el hombre desarrolla alguna actuación existe la posibilidad de que cometa un error, por la misma naturaleza que fundamenta nuestra imperfecta existencia. La esencia del albedrío, concebido como facultad inherente al ser humano, implica siempre que las acciones realizadas pueden arribar a resultados no deseados o pretendidos o abarcados dentro de lo que se esperaba y a esto se le reconoce como error.

Inicialmente coincidimos con que el error puede concebirse como *“la falta de noción sobre algo y por ignorancia el desconocimiento sobre algo”*<sup>96</sup>. Pero no podemos dejar de resaltar que, a los fines de esta investigación, esa conceptualización resultaría muy simplista, lo que viene a ser parte de nuestra forma de advertir que el concepto de ignorancia y el desconocimiento están muy ligados a las circunstancias en las que se produce el error, como bien veremos en lo adelante. De hecho, el mismo Carlos Creus sostiene que en cada resultado que colide con la norma penal y se invoca la concurrencia de ignorancia o desconocimiento se podría afirmar se está frente a un error<sup>97</sup>.

El derecho penal se fundamenta en el delito como parte del comportamiento humano y ya ha quedado establecido que el comportamiento humano supone la posibilidad de ocurrencia de errores, lo cual no escapa a aquellas conductas que resultan relevantes para el derecho penal. Bacigalupo se expresa sobre el error en el derecho penal estableciendo que

---

<sup>96</sup> CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. [en línea] 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1992 [consulta: 10 junio 2022] p.347. ISBN: 950-508-247-9. Disponible en: <https://es.slideshare.net/EscuelaDeFiscales/derecho-penal-parte-general-carlos-creus-65440935>

<sup>97</sup> *Ibidem*.

El dolo se excluye cuando el autor ha obrado con un error sobre los elementos del tipo objetivo, es decir, sobre la concurrencia de circunstancias y elementos que permiten conocer la existencia de un peligro concreto de realización del tipo<sup>98</sup>.

Aquí radica nuestro punto de partida respecto de este tema.

En un primer momento, la doctrina expresa que los errores pueden afectar el dolo dependiendo de los elementos en los que se fundamente, razón por la que es necesario abordar los tipos de errores.

## 2.2 Error de tipo

Como ya establecimos en el capítulo anterior, el tipo penal está representado por el tipo objetivo, compuesto de elementos descriptivos y normativos, y por el tipo subjetivo, compuesto por el dolo y la culpa o imprudencia. Cuando nos referimos al error de tipo en sí, partimos de la concurrencia de alguna circunstancia que desconocía el sujeto activo y que se encuentra comprendida en los elementos objetivos del tipo. Pariona lo distingue de la siguiente manera:

El error de tipo excluye la imputación al dolo de la circunstancia del hecho que existe objetivamente, sin considerar si el error era vencible o invencible y si este surgió de la mera “ignorancia” o de una concreta representación errónea de tipo real o jurídico<sup>99</sup>.

Vemos cómo de entrada la principal implicación del error de tipo es la imposibilidad para poder imputar el dolo en el tipo subjetivo, lo que equivale a decir que, en la medida en que se advierta la incidencia de un error de tipo, estaremos necesariamente ante un tipo culposo, pero la misma doctrina refiere algunas diferenciaciones que no permiten que la afirmación anterior sea absoluta. En términos similares se expresa Muñoz Conde, quien refiere que “Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo”<sup>100</sup>. En efecto, aunque de forma más conservadora, este reconocido profesor deja abierta la posibilidad de

---

<sup>98</sup> BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Pena. *Ob. Cit.*, p.325.

<sup>99</sup> PARIONA ARANA., Raúl. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.152

<sup>100</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.275

entender que la concurrencia del error de tipo excluye el dolo, sin especificar que al excluirlo quedamos frente a su antítesis en el tipo subjetivo.

La razón por la que resulta complejo definir el error de tipo y los errores en materia penal es la confusión automática que resulta de definir la palabra error comúnmente utilizada. Pero la realidad no dista de ello, ya que en el caso de este tipo de error la conceptualización se hará con base en el aspecto de la teoría sobre el que recae. En el caso que nos ocupa, es decir, el error de tipo, tal error recaería sobre alguno de los aspectos que abarca la tipicidad. Por esto, en otro texto, Carlos Muñoz explica que el error de tipo “*en una falsa idea que tenemos de algo, ya que no resulta como creemos [...]*”<sup>101</sup>. Esto implica, por demás, que el sujeto yerra sobre la idea que tiene de algo que realmente no sucede en las condiciones en que lo ha concebido, ya sea porque el objeto no es el que en realidad esperaba o porque la persona es equivocada, sin embargo, la teoría del error cataloga esta cuestión bajo el mismo tipo de error analizado en este título.

También, al igual que lo describe el jurista mexicano Alfonso Reyes, el error de tipo surge de la falta de correlación entre lo que cognitivamente sabemos con aquello que realmente se encuentra materializado en el mundo exterior, o sea que denota una valoración equivocada de lo que es real<sup>102</sup>, realidad que fue distorsionada mentalmente por quien actúa. En este punto se pone de manifiesto una diferenciación necesaria, ya que al inicio de este tema advertimos que el error podría concebirse sobre la base de apreciación equivocada de la realidad y también sobre la base de la ignorancia. En ambos casos estamos ante la presencia de un error, pero de diferentes formas; el error de tipo se produce sobre la base de la equivocada concepción de algunas de las circunstancias que señala el tipo objetivo, resultando, como hemos advertido antes, una concepción distinta al tipo doloso con que se concibió inicialmente la conducta.

---

<sup>101</sup> FRANCISCO MUÑOZ, Carlos. *Lecciones de derecho penal*. Panamá: Universidad de Panamá, 1985, p.149.

<sup>102</sup> REYES, Alfonso. *Derecho Penal Parte General*. Colombia. Edición Universidad Externado, 1986, p.119.

En otro texto, Bacigalupo nos ofrece una explicación más potable y concreta del error de tipo, en la que se aprecia la consecuencia básica de la concurrencia de un error, partiendo de que en el error de tipo incide directamente el tipo subjetivo. En ese sentido:

El error de tipo en todos los casos elimina el dolo, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible (siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito de que se trate<sup>103</sup>).

Es evidente que, al tratarse de un resultado no querido por el sujeto, al menos no en las condiciones en que realmente resultó, su acción no responde al elemento intencional que importa al dolo, indistintamente de que volitivamente el sujeto haya querido realizar tal conducta, razón por la que se justifica que, ante la obtención de un resultado no querido, debe considerarse como culposa o involuntaria la realización del tipo objetivo.

Una combinación de la teoría de Bacigalupo con la dogmática contemporánea nos la ofrecen Oscar Peña y Frank Almanza, quienes sostienen que el error de tipo

no es más que la falta de representación requerida por el dolo. El error de tipo será vencible cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo<sup>104</sup>.

El elemento distintivo en esta definición es el concepto de representación que, según supone el jurista citado, debe existir en el sujeto para que se pueda entender como dolosa su conducta. De manifestarse su ausencia, estaríamos ante un error de tipo, específicamente cuando el error se produce sobre alguno de los elementos objetivos o descriptivos del tipo.

Roxín aporta también algunos insumos importantes, al establecer que el error de tipo “no afecta por tanto al conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad, sino

---

<sup>103</sup> BACIGALUPO Zapater, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p.168.

<sup>104</sup> PEÑA GONZÁLEZ, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. [en línea] Perú: Editorial Nomos & Theris E.I.R.L. 2010. [consulta: 11 junio 2022] p.164. ISBN:978-612-45532-2-6 Disponible en: <https://derecho.usmp.edu.pe/wp-content/uploads/2022/05/libro-teoria-del-delito-oscar-pena.pdf>

*tan solo al de las circunstancias del hecho. De ahí resultan dos problemas centrales: la delimitación entre error de tipo y error de prohibición [...]”*<sup>105</sup>. Es decir que lo que nos aportará la diferencia entre el error de tipo y el de prohibición será el aspecto que se desconoce o, lo que es igual decir, que en el error de tipo se desconoce solo una parte del tipo objetivo mientras que en el error de prohibición se desconoce todo el injusto penal, aspecto este último al que dedicaremos todo un tema. Zaffaroni no es ajeno a esta postura pues aborda inicialmente el error de tipo y observa que como este

recae sobre elementos del tipo objetivo, en todos los casos elimina el dolo, restando solo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible -y siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito de que se trate<sup>106</sup>.

Queda claro ya que la concurrencia del error de tipo encamina el análisis de la tipicidad por el tipo culposo en el que se subsume la conducta realizada por el sujeto. Ahora bien, el detalle está en los casos donde el tipo penal doloso no encuentre en la misma norma una descripción típica imprudente, casos en los cuales estaremos ante una conducta atípica, debido a la limitación que impone el principio de legalidad al ejercicio de la violencia penal estatal o *ius puniendi*.

Lo expuesto con anterioridad ha dado al traste con la posibilidad de que alguna persona pueda prever la ocurrencia del resultado lesivo estando ante las mismas circunstancias que el sujeto que actúa, poniendo de relieve algo que ya habíamos soslayado en párrafos previos sobre la previsibilidad o no del aspecto sobre el cual ha recaído el error. En esos términos estaríamos ante un error vencible, cuando se ha podido prever la posibilidad de que el resultado ocurriese, e invencible cuando haya sido imposible haber previsto la ocurrencia del resultado aun actuando con la debida diligencia<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.459

<sup>106</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. *Ob. Cit.*, p.413.

<sup>107</sup> PEÑA GONZÁLEZ, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso. *Ob. Cit.*, p.168.

### 2.2.1 Error de tipo vencible

Si el error de tipo versa sobre el desconocimiento acerca de las circunstancias objetivas del tipo respecto de la conducta que se pretende realizar, entonces se considerará vencible cuando el sujeto ha podido prever la posibilidad, aunque sea remota, de la ocurrencia del resultado. En otros términos, la previsibilidad de la posible ocurrencia del resultado lesivo no querido debe ser representable ante el panorama circunstancial en que se encuentra el sujeto, para que el error sobre el resultado producido pueda considerarse como vencible.

Según Carlos Creus, el error de tipo **vencible** *“es el que el autor pudo evitar empleando la diligencia normal, que estaba a su alcance en las concretas circunstancias del hecho; se trataría, pues, del error imputable”*<sup>108</sup>. La debida diligencia se constituye en el elemento analizable para determinar si le era posible al sujeto evitar la ocurrencia del resultado, lo que significa que la representación de la producción del resultado debe estar presente al momento del desarrollo de la conducta, pero el sujeto debe haber entendido que realizó todo a su alcance para la evitación de su producción, presentándose el error de tipo cuando el resultado no deseado se produce no obstante las diligencias realizadas para evitarlo, siendo vencible cuando cualquier otra persona hubiera realizado estas diligencias u otras logrando evitar que el resultado se produjese.

En apoyo a este planteamiento citamos a Esteban Righl, quien, al referirse generalmente al error de tipo, puntualiza los detalles que distinguen el tipo de error vencible, definiéndolo *“como el que recae sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal, que excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo), pudiendo el autor ser castigado por hecho culposo, cuando está sancionado con pena”*<sup>109</sup>. Entonces, al tratarse de un error que supone la realización de los elementos descriptivos del tipo penal sin pretender obtener el resultado lesivo, el punto más importante por determinar es si realmente el sujeto hizo todo lo posible por evitar la producción de ese resultado no querido y que colide con la norma penal.

---

<sup>108</sup> CREUS, Carlos. Derecho Penal, Parte General. *Ob. Cit.*, p.353.

<sup>109</sup> RIGHL, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc. 2003. p.134. ISBN 950-894-401-3.

Es preciso resaltar que la conducta realizada por el sujeto puede ser simplemente una conducta peligrosa que desborda del control del sujeto por la ineficacia de su actitud diligente y producirse el resultado lesivo; sin embargo, uno de los problemas que enfrenta la determinación del error se confronta cuando se trata de delitos de peligro abstracto o concreto. Pese a que no hemos dedicado ningún espacio a abordar de esta clase de tipos penales, en esta ocasión solo mencionaremos que se trata de descripciones típicas en las que los elementos del tipo están orientados exclusivamente en la realización de conductas peligrosas que no laceran un bien jurídico propiamente dicho, como es el caso de los tipos de porte y tenencia de armas, la posesión, distribución o tráfico de sustancias prohibidas y las infracciones relativas a la conducción de vehículos de motor.

En principio, pese a que se trata de prohibiciones que aparejan una consecuencia jurídica, privativa de libertad en los primeros ejemplos citados en el párrafo anterior, en ninguno de esos ejemplos se puede visualizar un resultado típico en sí, sino que la realización del tipo está enmarcada en la realización de una única conducta. Regularmente se trata de un estado peligroso sancionado por el derecho penal, lo que lo constituye en continuo, ya que no cesa la realización del tipo mientras el sujeto no abandona la condición que convierte su conducta en peligrosa, como sería, continuando uno de los ejemplos, dejar de poseer el arma de fuego ilegal.

Para lo único que importa la referencia de los tipos penales de peligro concreto y abstracto es para establecer que en estos casos no se puede suscitar un error de tipo vencible, ya que sus elementos descriptivos no permiten justificar el desconocimiento del sujeto de su realización, en razón de que estos tipos penales están definidos por un nivel de riesgo permitido por el Estado en la misma norma y que resulta de conocimiento general, por lo que realizarlo y advertir que desconocía que estaba realizando el tipo podría recaer sobre el error de tipo invencible, pero deberían justificarse algunos de los elementos que distingue la doctrina al respecto, tal como veremos en lo adelante.

### 2.2.2 Error de tipo invencible

El caso del error de tipo invencible es menos complejo, ya que, por oposición al error de tipo vencible, se trata de la imposibilidad de evitar el resultado no deseado luego de haber empleado todas las diligencias que se esperarían de cualquier persona. Podemos decir que el error invencible consiste en aquellas circunstancias objetivas que, desconocidas por parte del sujeto, no las hubiera podido reconocer aun aplicando todo el cuidado requerido.

El mismo Carlos Creus explica este tipo de error estableciendo que

es el que no pudo en el caso concreto evitarse empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las circunstancias en que actuó. Tiene como efecto la eliminación del reproche jurídico de la conducta, extinguiendo totalmente la responsabilidad penal<sup>110</sup>.

Es notable en el aporte teórico de este autor lo relativo a la valoración de las circunstancias en que actuó el sujeto para la determinación sobre la imposibilidad de evitar el resultado ante las diligencias que estuvieron a su alcance. Esto resulta muy interesante a nuestro análisis, debido a que no necesitaríamos evaluar lo que hubiera realizado cualquier otra persona para evitar la producción del resultado, sino que solo será necesario valorar la posibilidad de haber alguna diligencia diferente en las circunstancias específicas en las que se encontraba el sujeto activo y, si aun así no deja de concebirse la producción del resultado, entonces estaremos ante un error de tipo invencible.

Así mismo, el español Carlos Lascano puntualiza que *“El error se considera invencible o no imputable cuando no hubiera podido evitarlo una persona cuidadosa y diligente, en las mismas circunstancias que rodearon la conducta del autor”*<sup>111</sup>. También se pone presente el elemento circunstancial para poder determinar la invencibilidad del error, con base en los niveles de previsibilidad de una persona cuidadosa, lo que sería igual a decir que si una persona cuidadosa, en las mismas circunstancias que se encontraba el sujeto actuante, hubiera producido el mismo resultado entonces sería invencible el error.

---

<sup>110</sup> CREUS, Carlos. Derecho Penal, Parte General. *Ob. Cit.*, p.354.

<sup>111</sup> LASCANO, Carlos, J. *Derecho Penal, Parte General*. [en línea] Córdoba: Advocatus Editores, 2005 [consulta: 11 junio 2022] pp.195-197. ISBN: 987-551-018-1. Disponible en: [https://www.academia.edu/31825458/DERECHO\\_PENAL\\_PARTE\\_GENERAL\\_CARLOS\\_LASCANO](https://www.academia.edu/31825458/DERECHO_PENAL_PARTE_GENERAL_CARLOS_LASCANO).

Lo complejo aquí no es la necesidad de colocar a cualquier persona en las mismas circunstancias de aquella que ha obtenido el resultado lesivo no deseado, sino que el nivel de cuidado que deberá caracterizar a quien ejercite aquellas circunstancias.

El efecto que ocasiona el error de tipo invisible es la eliminación del tipo subjetivo de la conducta sin el cual no habría un tipo penal completo. En otras palabras, este tipo de error no permite la subsunción de la conducta en el tipo subjetivo, ya que, al no poder atribuirle la obra del sujeto a su dolo o su imprudencia, entonces no podría hablarse concretamente de un tipo penal. Silvestroni lo plantea estableciendo que *“El error de tipo invencible elimina el dolo y la culpa, mientras que el error vencible deja subsistente la responsabilidad culposa, para el caso de que esté prevista esa forma típica”*<sup>112</sup>.

### **2.2.3 Error sobre los elementos normativos**

Pese a que hemos establecido, con vasto fundamento, que el error de tipo se produce por el erróneo conocimiento de los elementos descriptivos del tipo en las circunstancias en las que se realiza la conducta, el error sobre los elementos normativos también se conoce como un error de tipo. Aunque a que la diferencia sustancial entre los elementos descriptivos del tipo y los normativos es, especialmente, que estos últimos no resultan ser tangibles ni en la descripción ni durante la realización de la conducta, como es el caso de la ajenidad en el caso del robo, no menos cierto es que también se puede producir un error en este tipo de elemento del tipo.

Lascano expone un ejemplo sobre este tema, describiendo que *“Un error de tipo sobre un elemento normativo se da cuando en el delito de evasión fiscal el sujeto desconoce que está alcanzado por el deber de tributar por la donación de un departamento que recibe de su padre”*<sup>113</sup>. En este ejemplo podría entenderse la concurrencia de un error de prohibición, como explicaremos próximamente, pero en realidad se trata del

---

<sup>112</sup> SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría Constitucional del Delito*. [en línea] Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004 [consulta: 12 junio 2022] p.225. ISBN: 987-9120-57-4. Disponible en: [https://www.academia.edu/32057201/TEORIA\\_CONSTITUCIONAL\\_DEL\\_DELITO\\_MARIANO\\_SILVESTRONI\\_pdf](https://www.academia.edu/32057201/TEORIA_CONSTITUCIONAL_DEL_DELITO_MARIANO_SILVESTRONI_pdf)

<sup>113</sup> LASCANO, Carlos, J. *Derecho Penal, Parte General. Ob. Cit.*, p.285.

desconocimiento de la tributación como elemento normativo del tipo que indica la obligatoriedad civil de tributar ante la circunstancia de una donación; en contexto, el sujeto sabía que la donación estaba permitida y que estaba sujeta a ciertas condiciones legales, pero entendía que al cumplirlas estaba actuando amparado en la normativa civil que la regula, desconociendo que si no pagaba los impuestos correspondientes a esta figura estaría cometiendo un tipo penal.

Podemos ver esto mismo mejor delineado en otro ejemplo referido por el mismo jurista. En esta ocasión allanaremos más la cuestión a una realidad claramente palpable, siendo el caso de un grupo de personas que se encuentran realizando la compra del último teléfono de Apple, el Iphone 14, pero alguien, al esperar el recibo de pago, recoge el teléfono de otro comprador que se encuentra también en espera de su recibo y se marcha con el teléfono equivocado<sup>114</sup>. En este caso es notable cómo el sujeto pensaba que actuaba amparado el derecho de propiedad constitucionalmente protegido, puesto que desconocía la ajenidad del bien mueble que se había llevado, siendo la ajenidad un elemento normativo del tipo penal de robo.

#### **2.2.4 Error sobre el curso causal**

Este tipo de error es muy conocido, al menos en teoría, ya que se fundamenta en las circunstancias suscitadas durante el desarrollo de la conducta del sujeto activo. Al hablar de un desvío del curso causal de la acción, nos referiremos a una circunstancia indeseada por el sujeto provocada por cálculo erróneo de las variables o por la intervención de factores externos que ocasionan la modificación de la conducta llevada a cabo por el sujeto, con la finalidad de obtener el resultado pretendido. La parte de la doctrina refiere que *“Esta variante del error de tipo se refiere a las múltiples desviaciones de carácter innecesario que trae consigo una ejecución inconsecuente sobre la planeación o el resultado que pretendía obtener el agente [...]”*<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> ORELLANA FAZ, Kelly E. y COLORADO Aguirre, Rolando. Error de tipo y error de prohibición vencible e invencible bajo la perspectiva del garantismo penal. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. [en línea] marzo 2020 [consulta: 13 junio 2022]. ISSN: 2254-7630. Disponible en: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2020/03/error-tipo-prohibicion.html>

Contemplar con variantes innecesarias las desviaciones que pueden ocurrir durante el desarrollo de una conducta con miras a la consecución de un resultado, se debe a que resulta poco relevante que haya ocurrido tal desviación, ya que el hecho de que el sujeto pretenda obtener el resultado producido ocasiona que todo el acontecer anterior esté abarcado por su dolo. En la revista anteriormente citada, estos juristas plantean un ejemplo interesante para compartir en esta investigación, a saber:

A emite un disparo contra B, donde la intención predominante era matarlo, sin embargo, lo que consigue es causarle lesiones leves, posterior a esto B pierde la vida días después como consecuencia de una hemorragia producto de la falta de la coagulación de la sangre de la herida ya que B era diabético en este hecho, aunque inicialmente se pretendía la muerte el resultado que devino de estos días posteriores no fue causa de A, por lo cual él sólo respondería por las lesiones causadas<sup>116</sup>.

Resalta a la vista en este ejemplo que inicialmente hubo una intención de herir al sujeto pasivo, pero se produjo la muerte en un momento posterior por una patología que posiblemente era desconocida por el sujeto activo. En todo caso, si es claramente evidenciable la exclusiva intención del sujeto actuante, no sería difícil imputarle objetivamente el alcance lesivo de su conducta, en aquel caso los golpes y heridas, ya que se nota cómo la muerte de la víctima escapaba de su intención, aunque civilmente sea su culpa. Es necesario también valorar lo relativo a la posibilidad de la imputación de un homicidio culposo ante el ejemplo anterior, lo cual se resolvería con establecer que, si la conducta realizada no hubiera podido proceder la muerte de cualquier persona, entonces no es posible contemplar el homicidio como parte del actuar negligente de quien se advierte ha actuado con dolo, pero en una magnitud distinta a la que ha producido el resultado.

Lo que significa que se puede afirmar que el sujeto dirigió su conocimiento y voluntad a la producción de golpes que causaron heridas a la víctima y que las heridas resultantes ocasionaron que la patología padecida por este último potenciara su muerte, pero este resultado no le puede ser atribuido al actuar de quien dirigió su conducta a la producción de un resultado que, por sí solo, no podría producir la muerte de otra persona, y tampoco se puede atribuir dicho resultado a un actuar negligente, porque, tal como

---

<sup>116</sup> *Ibidem*.

advertimos, el sujeto actuó diligentemente en la producción del resultado querido, pero el curso causal de la acción se desvió por causas ajenas a su voluntad, no pudiéndose atribuir a dolo o culpa el resultado finalmente producido.

Para Placencia se trata de “*ciertas desviaciones inesenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor*”<sup>117</sup>. Por tanto, contrario al ejemplo desarrollado en lo anterior, si el sujeto activo ha deseado ocasionar la muerte de la víctima, pero al dispararle no consigue más que hierla, y a sabiendas de que estaba herida, la abandona, de modo que esta muere horas o días después por desangramiento, por deshidratación o inanición, este resultado sí es imputable a quien con su acción lo provocó y por consiguiente le sería imputable el homicidio dolosamente.

A ver: la cuestión entre estos ejemplos parecería contradecirse, pero ya habíamos adelantado al principio que este tipo de error suele mencionarse mucho, aunque no con la precisión que implica esta figura. Lo predominante aquí serán siempre las circunstancias en que se produce el hecho y la verdadera intención del sujeto. Este último aspecto es lo más complicado de determinar, ya que en su argumento podría siempre afirmar que no quería matarle. Sin embargo, aunque las circunstancias apuntarían a todo lo contrario, el hecho de haberle disparado no supondrá que siempre le deba ser atribuible el resultado final. En ese caso, las mismas circunstancias del hecho serán las que determinen si el sujeto ha actuado con intención de matar o no y también las circunstancias de la desviación del curso causal. Nótese cómo en ambos casos es definitorio el alcance determinado en la intención del sujeto sumado, a la magnitud de la desviación.

Para finalizar y evitar así confusiones de lo planteado con el concepto de *dolus generalis*, que abordaremos más adelante, apuntamos que la doctrina considera como irrelevante el desvío del curso causal para la imputación del resultado, pero esta imputación solo será posible en cuanto al resultado que se ha determinado como el abarcado por el dolo del sujeto, lo que significa que aquel resultado producido por el desvío causal de la acción solo le será atribuible culposamente si no ha intervenido algún curso causal salvador

---

<sup>117</sup> PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. *Ob. Cit.*, p.110

o cuando el desvío causal de la acción realmente sea irrelevante y el resultado no querido se hubiera producido de todos modos, concluyendo este punto en que no todas las desviaciones causales serán irrelevantes para la imputación o no del resultado.

Es oportuno dar por terminado este tema dejando un ejemplo propio donde se puedan enfocar los aspectos expuestos anteriormente: en medio de una discusión A propina un puñetazo a B en la quijada, debajo de la oreja derecha, sin saber que B en el pasado se había practicado una cirugía maxilofacial y algunos nervios faciales quedaron muy sensibles. Luego del golpe A y B fueron separados y cada uno se retiró a su hoja. Horas después B tuvo un accidente cerebrovascular y fue llevado al hospital donde posteriormente perdió la vida, determinándose que la muerte ocurrió por el colapso de uno de los nervios faciales por contusión. En este caso circunstancialmente es evidente que la intención de A era solo de golpear a B, y se observa que el golpe proporcionado no es de naturaleza mortal. Sin embargo, debido a la desviación del curso causal de su acción se produjo la muerte de B, siéndole atribuible dolosamente el golpe ocasionado a B; pero no le puede ser atribuido el homicidio doloso o culposo de B, debido a que la desviación causal es lo suficientemente significativa como para que se haya interrumpido el acontecer causal de la conducta ya concluida por A.

### ***2.2.5 Dolus generalis***

Para que no pase desapercibido en este estudio hemos entendido necesario referirnos al *Dolus Generalis* o dolo de alcance general. Esto así debido a que, como desviación del curso causal al fin, esta figura viene a referirse a aquellos casos en los que verdaderamente resulta irrelevante la desviación sufrida por la causalidad de la acción. Se entiende como tal a la consumación posterior del resultado pretendido que erróneamente se entendió realizado con una acción anterior. Dicho de otra forma, el *dolus generalis* se produce cuando el sujeto activo ha creído, erróneamente, que ha logrado su objetivo con la acción ya realizada; sin embargo, el resultado se produce verdaderamente con una conducta realizada posteriormente con una intención distinta, aunque no queda excluido el dolo respecto del resultado.

En apoyo a la postura anterior, refiere Mariano Silvestroni que: “*El dolus generalis se presenta cuando el sujeto cree que ya ha producido el resultado, pero éste se realiza recién con una acción posterior del propio autor*”<sup>118</sup>. Es preciso aclarar aquí que las acciones realizadas pueden ser de igual naturaleza o distinta y si el resultado se produce quedará comprendido dentro del dolo del autor, independientemente de que la segunda acción no haya sido realizada con la intención de consumir el resultado que se ha creído producido con anterioridad. Ahora bien, lo determinante para el establecimiento de la desviación causal de la acción es la posibilidad de poder discernir entre una acción u otra o entre un primer momento y el momento de la desviación.

En ese sentido, Fontan Balestra hace una ejemplificación planteando el caso en que alguien, creyendo muerta a su víctima sólo desvanecida a consecuencia de los golpes sufridos, la arroja al mar, produciéndole la muerte por asfixia. En ambos casos el medio empleado es idóneo para causar la muerte<sup>119</sup>. En este caso se pone de manifiesto la concurrencia de dos acciones de naturaleza distinta; Fontan describe una primera acción consistente en la producción de golpes y puede suponerse que estos han sido producidos con armas blancas o herramientas contundentes, como por ejemplo un bate de beisbol, que dejan al sujeto pasivo inconsciente y asumiendo que yacía muerto; sin embargo, solo estaba inconsciente, y su objetivo se logra cuando la arroja al agua, donde se produce su asfixia por inmersión.

Es necesario destacar que, aun el sujeto activo reconociendo que su víctima no había fallecido cuando le ve intentar nadar desesperadamente, con tal acción su fallecimiento le es atribuible por dos razones: a) porque se haya podido determinar que su intención inicialmente era la de producirle la muerte con la primera acción y b) porque, aunque no se haya podido determinar expresamente su intención al iniciar la primera acción, la naturaleza de los golpes pueden ser de carácter eminentemente mortal y la segunda acción tenía una intención accesoria y, por desvío causal de la acción intentada previamente, produce la muerte.

---

<sup>118</sup> SILVESTRONI, Mariano H. Teoría Constitucional del Delito. *Ob. Cit.*, p.227.

<sup>119</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General. *Ob. Cit.*, p.357.

### **2.2.6 Error *in objeto* (Error en objeto o error en persona)**

Se recurre a la locución latina *in objeto* para englobar al error de tipo que recae en objetos o personas, es decir, a la ejecución circunstancial del sujeto que yerra sobre el objeto que ataca, el cual puede ser una cosa material o una persona. Kelly Orellana y otros establecieron que este el error in objeto “*se refiere a la equivocación que se desencadena en lo que respecta al objetivo, que bien puede ser material o una persona al cual se denomina sujeto pasivo*”<sup>120</sup>. Esta equivocación no tiene nada que ver ni con el alcance de la intención del sujeto, ya que este tenía el designio de provocar la muerte de la persona contra la cual dirigió el golpe, ni tampoco con alguna desviación del curso causal de la acción, ya que se trata de una sola conducta la que alcanza a producir el resultado lesivo e importante para el derecho penal.

Quedándonos con los planteamientos de la doctrina contemporánea, el error respecto de la persona o los objetos tienen como presupuesto fundamental la circunstancia que constituye la equivocación del sujeto activo, esto es el fundamento que origina el error; queriendo significar con esto que resulta muy necesario distinguir el error de la desviación, ya que, según hemos sostenido, puede haber una discusión poco pacífica al respecto, tal como veremos en los ejemplos propuestos en los párrafos siguientes. Para más claridad, precisamos citar a Raúl Placencia, quien establece que este tipo de error “*Se refiere a la equivocación en torno al objeto hacia el cual dirige el comportamiento el sujeto activo, es decir, la actividad del sujeto se dirige a un objeto determinado, pero previamente éste puede ser confundido por otro*”<sup>121</sup>.

Para ejemplificar la aseveración anterior, citamos el caso en que A tiene la intención de asesinar por encargo a B, quien se encuentra a una considerable distancia, razón por la cual A utilizará un rifle de largo alcance; sin embargo, al estar conversando con algunas personas, B se mueve ligeramente justo al momento en que A realiza un disparo, rozando la bala a su objetivo, pero impactando en el pecho a C, quien muere en el acto, mientras

---

<sup>120</sup> ORELLANA FAZ, Kelly E. y COLORADO Aguirre, Rolando. Error de tipo y error de prohibición vencible e invencible bajo la perspectiva del garantismo penal. *Ob. Cit.*, p.8.

<sup>121</sup> PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. *Ob. Cit.*, p.110

que B solo resulta con una herida en la oreja. Es notorio en este caso que no estamos frente a un error en persona, sino ante un *error en el golpe*<sup>122</sup>, diferenciándose con esto lo que interesa al error *in persona*, ya que la conceptualización de esta figura aduce constantemente a la producción de resultados típicos por equivocación.

Continuando con el abordaje de este tipo de error y siguiendo también con la idea de la confusión a la que se refiere toda la doctrina, incluyendo la más contemporánea, referiremos otro aspecto del artículo publicado en la Revista Caribeña que hemos leído para este tema:

[...] este comportamiento ilegal que realiza el sujeto infractor se ve confuso equivocándose así en el objeto sobre el cual iba a recaer lo pretendido o planificado por el justiciable, sin embargo, a pesar de ser una variante del error, prevalecerá el hecho ilícito pues no acarrea una conducta culpable haber confundido su objetivo<sup>123</sup>.

En efecto, el hecho de haber confundido el objeto de ataque no configura el tipo culpable de la infracción realizada. Esto se debe a que el dolo de obtener el resultado siempre estuvo presente, ya sea en un objetivo u otro, lo que significa que sin importar qué o quién se encontrase en el curso causal del sujeto activo, este procuraría conseguir la producción del resultado, razones por las que la equivocación del objetivo del sujeto no incidirá en lo absoluto sobre el tipo subjetivo. En este punto, Fontan nos ayuda con un ejemplo en el cual el sujeto activo abre fuego sobre una persona distinta, creyendo que se trata de la persona a la que se quiere herir<sup>124</sup>; y deja claro aquí como se aprecia el *animus laedendi* del sujeto activo respecto de una persona confundida.

Mariano Silvestroni, coincidiendo con las posturas referidas en lo anterior, sostiene que este tipo de error no se trata de una desviación causal de la acción del sujeto que actúa, sino que realmente se produce una confusión con el objeto de ataque, lo que significa que

---

<sup>122</sup> A esto se le conoce principalmente con la locución latina *aberratio ictus* y la abordaremos en el próximo tema, ya que constituye un error importante para nuestro estudio.

<sup>123</sup> ORELLANA FAZ, Kelly E. y COLORADO Aguirre, Rolando. Error de tipo y error de prohibición vencible e invencible bajo la perspectiva del garantismo penal. *Ob. Cit.*, p.8.

<sup>124</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General. *Ob. Cit.*, p.357

este ha dirigido su voluntad a la producción del resultado, importando poco que dicho resultado no se haya producido sobre el objeto o la persona predeterminada por este<sup>125</sup>.

Una postura más intensa la encontramos en Zaffaroni, quien sostiene que el error en persona o en objeto “*da lugar a supuestos de ausencia de tipicidad objetiva o de error de tipo cuando se trate de objetos no equivalentes. La equivalencia no es material sino jurídica, siendo posible que la no equivalencia elimine la tipicidad objetiva*”<sup>126</sup>. Este jurista aborda la falta de equivalencia del objeto que recibe el ataque con respecto del que se pretendía, significando que, para estar frente a un error en persona, el golpe o ataque del justiciable debe haber recaído sobre una persona.

Contrario a esto podríamos citar el mismo ejemplo de Zaffaroni, en cuanto al caso en que el sujeto A quiere matar al sujeto B, debido a que se siente engañado por la ropa que le vendió, al resultar de segunda mano y no nueva como se le había ofrecido. Acontece que B estaba usando una de las mercancías que vende y A procedió a dispararle a través del cristal de la tienda donde se encontraba B, pero impactó a un maniquí que estaba vestido con la chaqueta que tenía B, razón por la que produjo la confusión. En estos casos no estaríamos ni cerca de un error, ya que no es equivalente un maniquí con una persona. Lo mismo sucede con el caso en que A quiere sustraer la computadora de B, la cual contiene información muy relevante y valiosa, para lo cual acomoda su propia computadora cerca de donde se encuentra la de B, pero cuando llega el momento de irse con la computadora se da cuenta de que ha tomado la suya y no la de B, circunstancia en la cual tendremos ausencia de tipicidad.

No podemos avanzar más en el tema sin revisar las posturas alemanas respecto del error in persona. Para esto nos detenemos en lo sostenido por Roxin, quien, citando a Von Liszt, refiere que este afamado jurista consideró, al final de sus estudios, que resultaba relevante la verificación de la posible previsión de la circunstancia que justifica tal error,

---

<sup>125</sup> SILVESTRONI, Mariano H. Teoría Constitucional del Delito. *Ob. Cit.*, p.227

<sup>126</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Ob. Cit.*, p.421.

en cuanto al hecho de que, si al prever la realidad del curso causal de su acción, habría abandonado la realización del hecho<sup>127</sup>. Al respecto la respuesta evidentemente sería positiva, ya que, si el sujeto se da cuenta de que se trata de una persona o un objeto distinto al que realmente le interesa afectar, es obvio que no lo haría, pero, ¿es suficiente este planteamiento para excluir el dolo de tal conducta? Por supuesto que no, ya que indistintamente de que resulta probable que ningún caso soportaría dicha tesis, no menos cierto es que el hecho se consumó con el conocimiento de lo que se haría y con la voluntad de hacerlo.

Ahora bien, Roxín también plantea como ejemplo de lo anterior el caso en que el sujeto quería matar a un joven que lanzaba ofensas a las personas mayores por practicar una religión distinta a la suya, pero al intentar dispararle durante la noche, cuando ha creído que ha sido ese joven quien ha entrado en uno de los callejones del barrio, le dispara a su padre que era quien había entrado allí. Ante un supuesto como ese también nosotros nos hemos cuestionado más aún al respecto; sin embargo, apoyados en todos los planteamientos desarrollados en lo anterior podemos aseverar que en este caso concurriría un concurso ideal de infracciones, en tanto que deberá imputarse el homicidio de su padre y, si fuere posible, parricidio culposo.

Esto se debe a que el sujeto activo sí tenía la intención de dar muerte a la persona que ingresó al callejón y aun asumiendo que se trataba de otra persona, nunca imaginó que podía ser su padre, razón por la que no tenía la intención dolosa de parricidio, pero tampoco conocía el elemento normativo de que se trataba de su padre; por tanto, no puede ser justiciado por parricidio doloso. Pero esto también viene de la mano con lo relativo a la equivalencia de los objetos sobre los que recaerá la acción, ya que ante el supuesto contrario habría un claro error de tipo con base en el error del elemento normativo.

### **2.2.7 *Aberratio ictus***

Para comenzar este tema, es necesario establecer que la traducción de la expresión *aberratio ictus* significa “desviación del golpe”. Por tanto, el tratamiento que daremos a

---

<sup>127</sup> ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.505.

este aspecto del error versará sobre las desviaciones del ataque o golpe del sujeto. En otros términos, el *aberratio ictus* se manifiesta cuando tiene lugar un desvío del curso causal previsto por el autor, no logrando alcanzar al objeto sobre el cual recaería su acción, pero tampoco al bien jurídico concreto y pretendido, sino a otro objeto o bien jurídico distinto relativamente cercano al que se pretendía afectar.

Muñoz Conde sostiene que regularmente se puede apreciar con mayor claridad el error de golpe en los delitos contra las personas, especialmente aquellos contra la integridad física, ejemplificando la cuestión con el caso en que “*El autor por su mala puntería alcanza a B, cuando quería matar a C. En este caso se considera que hay tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio imprudente consumado*”<sup>128</sup>. Como puede notarse, salen a relucir en el ejemplo de anterior dos aspectos interesantes para este tema; el primero es el hecho de que no se anula la intención dolosa de cometer la infracción sobre la que se cometió el error, además de sumarse la comisión imprudente sobre el objeto que recibió la afectación concretamente.

Esto no es novedad, ya que otros de los errores que explicamos anteriormente mantienen un comportamiento similar; sin embargo, resalta aquí que la conducta sobre la cual se retendrá el tipo doloso será en condición de tentativa, ya que evidentemente la desviación del golpe no permite realizar la imputación de un tipo consumado, pero para que esto se produzca debe darse la condición de cercanía entre ambos bienes jurídicos.

Placencia apoya esta postura al referir que este tipo de error

Se integra cuando el sujeto dirige su actividad a un objeto determinado, pero por desviación su actividad recae en otro distinto y más que un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto<sup>129</sup>.

No deja de llamar nuestra atención que este jurista entiende que no se trata de un error propiamente dicho, sino que cobra más relevancia la desviación material de la

---

<sup>128</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.277

<sup>129</sup> PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. *Ob. Cit.*, p.111.

actividad del sujeto actuante. Nótese que en esta ocasión no partimos de la ignorancia o desconocimiento como en el error in persona, sino que se trata de una falla en las aptitudes del sujeto o en una falla de los propios cálculos de la actuación realizada.

Ejemplo complementario viene a ser el caso del sujeto a quien le han encargado eliminar al regidor Sansón Martí de forma que parezca un accidente, para lo cual se propone poncharle un neumático mientras su vehículo está en movimiento para que se estrelle y caiga al precipicio; sin embargo, a quien dispara el dardo no calcula el efecto de una ventisca presente en el momento, la cual debió ligerarmente el dardo, de modo que resultó impactado el vehículo de Juana Torres, quien sufre graves heridas producto de la volcadura de su vehículo.

En el ejemplo anterior es evidente que el sujeto no tenía la intención de lastimar a Juana, ya que se advierte el resultado de una desviación por mal cálculo de la dirección al no prever la intensidad del viento. Por tanto, respecto de ella solo podrán imputársele las heridas y golpes imprudentemente ocasionados, pero también podrá imputársele la tentativa del homicidio que pretendía cometer, ya que este realizó todo cuanto estuvo a su alcance para cometerlo, no habiendo ninguna causa contingente más que su propio error. En palabras de Kelly Orellana y otros:

El error en el golpe se refiere cuando el agente de forma equivocada encamina su acto ilícito hacia otro objeto o un individuo, no por la confusión que pueda desencadenarse, sino por la mera desviación producto de elementos o situaciones externas ajenas a su voluntad; un ejemplo típico de aquellos: Cuando A tenía intenciones de matar a B, pero éste posee una pésima puntería y consecuentemente A dispara alcanzando con el proyectil a C<sup>130</sup>.

Habíamos dicho antes que como aspecto diferenciador entre los demás errores que inciden sobre la tipicidad y el *aberratio ictus*, está la cercanía entre el objeto cuya afectación se pretende y el realmente afectado, Zaffaroni en ese nos plantea un reto para desglosar dicha cuestión “[...] la solución para la llamada *aberratio ictus* dependerá de

---

<sup>130</sup> ORELLANA FAZ, Kelly E. y COLORADO Aguirre, Rolando. Error de tipo y error de prohibición vencible e invencible bajo la perspectiva del garantismo penal. *Ob. Cit.*, p.8.

*que lo realmente sucedido sea o no indiferente para el plan concreto [...]”*<sup>131</sup>. Esto indica que un elemento para descartar la imputación del tipo doloso consumado es la idoneidad del objeto lesionado con respecto de la intención delictual del sujeto.

Parece una tautología lo expuesto en el párrafo anterior, pero Zaffaroni ha procurado traer un elemento al análisis lo suficientemente intenso como para extender ampliamente nuestro razonamiento; no es para menos, ya que se trata de la posibilidad de que el objeto pretendido por el sujeto sea lo suficientemente genérico como para que pueda entenderse consumado con un objeto similar encontrado en el mismo lugar.

Sería este el caso en que se pretende evitar que haya quórum en la Junta municipal, para lo cual se requiere incapacitar a uno o dos regidores, lo cual Pedro intentaría pegando con una piedra en la rodilla de Jorge Duarte, para que tenga que ir al hospital, pero al intentarlo la piedra arrojada golpeó en la cabeza al presidente de la Junta y de rebote impactó a otro de los regidores, con lo cual efectivamente logra que no se completara el quórum. Pese a estos planteamientos, no podemos decir que estamos frente a un *aberratio ictus*, ya que, aun habiendo dirigido su acción contra Jorge, su intención primordial era evitar la celebración de la asamblea. Por tanto, según hemos referido en los planteamientos de Zaffaroni, al tratarse de afectaciones que no resultan indiferentes al plan, es posible imputarle dolosamente los golpes que afectaron al presidente de la Junta, pero, por cuestiones circunstanciales, imputarle también las heridas que sufrió el otro legislador a causa del rebote de la piedra por imprudencia.

La cuestión es sumamente delicada de analizar, ya que cada definición parecería contradecir lo que hemos planteado anteriormente. Tal es el caso de la postura de Mariano Silvestroni y su teoría constitucional del delito, quien plantea sobre este particular que *“existe cuando un sujeto dirige su acción respecto de un objeto, pero yerra y alcanza a otro objeto de similar valor jurídico”*<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. *Ob. Cit.* p.539

<sup>132</sup> SILVESTRONI, Mariano H. Teoría Constitucional del Delito. *Ob. Cit.*, p.226.

Más recientemente, Carlos Lascano nos habla de la realización de la conducta del sujeto activo con una mecánica no esperada que genera un curso causal errático y desviado produciendo, por *aberratio ictus*, un resultado distinto al que este sujeto había deseado<sup>133</sup>. Continúa exponiendo este jurista que el resultado es distinto al esperado, pero en naturaleza es el mismo, es decir, se afectó el mismo tipo de bien jurídico, pero sobre un objeto distinto. Lascano nos ejemplifica su argumento de la siguiente forma: “*Santiago quiere matar a Luis, disparándole con un revólver; pero el proyectil se desvía en su dirección, roza un poste de alumbrado público e impacta contra un peatón, causándole la muerte*”<sup>134</sup>.

Es distinguible en el ejemplo el objeto sobre el que se pretendía que recayera la acción intentada por el sujeto activo, aunque impactó a otra persona y le causó la muerte, tal como pretendía, pero a una persona distinta; lo mismo dice Fontan, “*no siendo el resultado producido el mismo que se perseguía es, sin embargo, idéntico en su significación jurídica*”<sup>135</sup>. Por tal razón, el principal aspecto que debemos tener presente para diferenciar claramente el *aberratio ictus* es que el error producido sea por desvío del golpe y no por desconocimiento del objeto de ataque.

### **2.2.8 Error de prohibición**

Este tipo de error suele ser uno de los menos socorridos, pero al mismo tiempo resulta uno de los más interesantes de analizar, debido a la dificultad de plantear. Para introducirlo es necesario referir que las prohibiciones no son más que el conjunto de normas prohibitivas de conductas descritas en el ordenamiento jurídico penal. Esto significa que cada vez que nos refiramos a una prohibición estaremos hablando de uno o algunos de los tipos penales catalogados en las leyes penales del ordenamiento.

Así las cosas, al tratar de entender la expresión denominada como error de prohibición solo es posible pensar en algún error en la comprensión de las prohibiciones o, tal vez, en algo parecido al error de tipo. Pero no es tan simple como supone la expresión;

---

<sup>133</sup> LASCANO, Carlos, J. Derecho Penal, Parte General. *Ob. Cit.*, p.286.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General. *Ob. Cit.*, p. 357

si bien es cierto que la concordancia con la comprensión del tipo forma parte del sentido material del error de prohibición, esto no es el aspecto más relevante del concepto. Al efecto, Hans Heinrich sostiene que *“El error de prohibición consiste en que un comportamiento determinado, correctamente reconocido por el autor en su estado objetivo, está jurídicamente prohibido”*<sup>136</sup>.

Desde este punto de partida, se entiende este error como el desconocimiento de la existencia de una prohibición, pese a la asunción objetiva de la realización de la conducta que este describe. En términos similares, esto equivale a decir que incurre en este tipo de error la persona que, aun queriendo y realizando una conducta determinada, desconoce que la misma se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico.

Según sostiene inicialmente Zaffaroni,

El origen del error de prohibición se encuentra en el error de derecho. La doctrina distinguió los errores de hecho y derecho (error facti y error juris), afirmando que el primero eximía de culpabilidad y el segundo era irrelevante, lo que se enunciaba con el llamado error juris nocet<sup>137</sup>.

En su planteamiento, es claramente previsible cómo el error de hecho afectaba la culpabilidad, ya que, en sus orígenes, la escuela clásica evaluaba los aspectos de la intención dentro de la categoría de la culpabilidad, lo que significaba que tanto el error de hecho como el de derecho tenían implicaciones similares a nivel de la teoría del delito, como era concebida en aquel entonces. A lo que se conoce como error de derecho es a lo que nos referimos en lo posterior.

Para Muñoz Conde este tipo de error debe comprenderse desde una dimensión dual, en tanto se refiere a la ignorancia de la existencia de una prohibición respecto del comportamiento realizado, lo que denomina como error de prohibición directo, o también se puede suscitar tal error cuando el sujeto asume estar legitimado mediante una norma

---

<sup>136</sup> HANS, Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General Vol. I. 5ª ed., Granada, España: Editorial Comares, 2003. ISBN: 978-9972-234r89-7, p. 454.

<sup>137</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. Ob. Cit., p. 411.

permisiva o causa de justificación, errando ante la inexistencia de la misma o la no concurrencia de los elementos de que la justificación se compone<sup>138</sup>.

En tal sentido encontraremos la posibilidad de un error de prohibición cuando una persona se entienda legitimada para obrar de tal forma sin vulnerar la norma prohibitiva, suprimiendo de su pensamiento la verdadera dimensión de los elementos que fundamentan la norma permisiva en que pretende fundamentar su obrar. Así mismo, es notorio como distingue Muñoz Conde, que no solo el error sobre una parte de la norma justificativa puede enmarcarse dentro de esta figura dogmática, sino que actuar basado en la existencia de una norma permisiva inexistente también puede considerarse un error de prohibición indirecto. Como quiera, lo que resulta innegable, ya que es el aspecto más básico de este error, es el desconocimiento de la norma prohibitiva en sentido estricto.

Decimos, en el caso anterior, que se trata de la forma más básica de la figura expuesta lo relativo al desconocimiento de la norma prohibitiva, debido a que la diversidad de sistemas jurídicos, en la medida en que la soberanía de los Estados les permite disponer de soberanía normativa, supone la existencia de prohibiciones que varían entre un ordenamiento jurídico y otro. Por ello, es necesario hacer énfasis en lo expuesto en ese párrafo como la posibilidad más potente de reconocer el error de prohibición, debido a que la propia Constitución reconoce que con la promulgación de la ley la misma es puesta en conocimiento por todos los ciudadanos y residentes en el territorio, lo cual implica que nadie que resida en el país puede alegar ignorancia, o sea que la posibilidad que un dominicano pueda invocar este error se ve reducida radicalmente.

Roxín simplifica la cuestión, sosteniendo que “*Existe error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida*”<sup>139</sup>. Destaca en la cita que solo se recurre al conocimiento de la situación del supuesto de hecho del injusto, siendo esto solo parte de la

---

<sup>138</sup> MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. *Ob. Cit.*, p. 387.

<sup>139</sup> ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p. 861.

composición del comportamiento voluntario. Empero, este jurista abarca el comportamiento del sujeto, dentro del espectro de la prohibición, quien actúa en pleno desconocimiento de la existencia de un tipo penal que prohíbe exactamente eso que está haciendo. Para Jakobs, la situación no es tan sencilla, ya que sostiene una postura parecida a la de algunos juristas españoles, identificando dos formas en las que puede suscitarse un error de prohibición; en el primer caso establece el supuesto en que el sujeto supone erróneamente que su conducta no constituye un injusto penal, lo que reconoce como error de prohibición positivo; mientras que también contempla el caso en el que sujeto actúa no pensando en la existencia del injusto, lo que denomina ausencia de idea<sup>140</sup>.

Al superar la teoría de los bienes jurídicos, los alemanes profundizaron en los aspectos volitivos y cognitivos de las conductas voluntarias, a fin de poder justificar el fundamento del conocimiento como parte integral del dolo, tal como expusimos en el primer capítulo de esta investigación. Aun así, es posible distinguir cómo para los escritores anteriores no es suficiente la ignorancia sobre la existencia de una conducta prohibida para poder fundamentar el error de prohibición, sino que también es necesario fundamentar el porqué el sujeto entiende que su actuar es correcto y si en alguna medida supone la creación de un riesgo, indistintamente de que este ignore que dicho riesgo se encuentra prohibido. En otros términos, ignorar que existe un tipo penal que prohíbe tal o cual conducta no es lo preponderante para la justificación del error, sino que también será altamente necesario, según los juristas alemanes, que el sujeto justifique las razones que lo llevaron a desbordar los márgenes de riesgo asumido por una persona de conocimientos promedios, ante la posibilidad de que el riesgo asumido pudiera desembocar en un resultado posiblemente no deseado. Por tanto, si se acepta que la idea de que el sujeto entendía que no había actuado con temeridad ante tal riesgo creado, entonces su conducta será imprudente.

Un ejemplo de lo anterior nos lo aporta el ya citado Hans Heinrich, quien, saliendo de lo clásico, expone el caso de *“El turista extranjero que desconoce que en Alemania*

---

<sup>140</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. [en línea] 2ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997. [consulta: 12 junio 2022] p. 673. ISBN: 84-7248-398-3. Disponible en <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Jakobs-1997-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>

*también en los accidentes de tráfico en los que solo se ocasionan daños materiales debe esperarse un cierto tiempo en el lugar del accidente*"<sup>141</sup>. Es evidente que, si el sujeto abandona la escena del accidente, aun sea para trasladarse ante la autoridad policial o del tránsito, estaría infringiendo una norma prohibitiva por desconocimiento; sin embargo, para justificar el error de prohibición deberá aducir la razón por la que se comportó de tal manera, a fin de descartar la elevación voluntaria del riesgo que supone la conducta prohibida.

Con intención de clasificar los efectos que produce este tipo de error, la doctrina discrimina entre el error de prohibición vencible y el invencible, que provocan desde la ausencia de culpabilidad hasta la atenuación de esta. Welzel explica este aspecto de la teoría de la siguiente manera:

Si la culpabilidad se hace depender del -poder de actuar de otro modo-, cabe fundamentar la relevancia del error de prohibición diciendo que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no tiene razones para actuar de otro modo, por eso el error invencible determina la ausencia de culpabilidad. Quien desconoce la prohibición de forma evidente actúa culpablemente porque podría haberla conocido, pero su culpabilidad puede hallarse disminuida, en la medida en que el desconocimiento de la antijuridicidad reduzca su reprochabilidad<sup>142</sup>.

Pese a tratarse de la exposición de la dogmática de la escuela finalista, su referencia en relación con los tipos de error de prohibición no presenta grandes discrepancias con los escritos más contemporáneos. Hans Welzel propone que la imposibilidad de conocer la norma prohibitiva no permite la exigibilidad de un actuar distinto, por lo cual se entiende que el error es invencible, no obstante, la determinación de tal imposibilidad es la cuestión sobre la que se centrará siempre la discusión, partiendo de lo que expusimos anteriormente, o sea, la presunción de que la norma se entiende conocida por todos, una vez es promulgada y publicada. Por otra parte, sostiene que quien la desconoce por ignorancia pudo haberla conocido y, por consiguiente, actuar de otro modo, ya que su conducta pudo haberse hallado motivada por la norma.

---

<sup>141</sup> HANS, Heinrich. Tratado de Derecho Penal Parte General. *Ob. Cit.*, p.454.

<sup>142</sup> WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal. [en línea] Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F. 2004. [consulta: 14 junio 2022] p. 186. ISBN: 987-98338-9-X. Disponible en: [https://www.academia.edu/27959241/Welzel\\_hans\\_el\\_nuevo\\_sistema\\_del\\_derecho\\_penal](https://www.academia.edu/27959241/Welzel_hans_el_nuevo_sistema_del_derecho_penal)

Para Javier de la Fuente, los efectos del error de prohibición se ubican dentro de la culpabilidad, tal como hemos expuesto al principio del tema, pero cuando se trata del error invencible, la responsabilidad penal queda excluida, lo cual se debe a la imposibilidad de exigibilidad de un comportamiento distinto al realizado<sup>143</sup>. En suma, cuando se trata del error de prohibición vencible se podrá considerar atenuada la culpabilidad del sujeto, aunque la misma doctrina contempla la necesidad de interpretación de las distintas formas en que la normativa alberga el reconocimiento de este tipo de error, ya que no todos los ordenamientos jurídicos lo contemplan expresamente.

---

<sup>143</sup> DE LA FUENTE, Javier. Error sobre los supuestos Objetivos de Justificación” citado por HIRSCH, Hans J., CEREZO MIR, José y DONNA, Edgardo A. Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editoriales, 2005. p.377. ISBN: 9789507276620.

**CAPÍTULO III**  
**LA TEORÍA DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**  
**Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA**

# CAPÍTULO III

## LA TEORÍA DEL ERROR EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

### 3.1 El error en el ordenamiento jurídico nacional

Luego de haber desarrollado los aspectos básicos de la teoría del delito, así como también lo relativo a la Teoría del Error, incluyendo en ese último punto el error que se dilucida categorialmente en la culpabilidad, se hace necesario realizar el abordaje normativo de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, al hurgar en gran parte de nuestro ordenamiento jurídico penal, nos damos cuenta de que el error es abordado con mucha timidez. En principio, en lo relativo al error, partiendo de que la dogmática jurídico penal aborda todas estas cuestiones dentro del aspecto general del derecho penal, su ubicación normativa podría encontrarse dentro de la ley penal adjetiva, aunque esta suele abordarse doctrinalmente bajo el contexto del derecho penal especial. Esto así, debido a que el tratamiento dado a cada tipo penal debe contener el aspecto doloso y culposo aparte de albergar la consecuencia jurídica de las conductas realizadas por algún tipo de error. Para nuestra sorpresa el Código Penal Dominicano es muy simplista en cuanto a la descripción típica de las conductas que prescribe como penalmente relevantes y es el Código Procesal el instrumento normativo que contiene una prescripción específica respecto del error y su tratamiento.

Sin más preámbulos, nos permitimos citar el contenido del artículo 340 del Código Procesal Penal, que versa sobre el perdón judicial, bajo el siguiente texto:

*En caso de circunstancias extraordinarias de atenuación el tribunal puede eximir de pena o reducirla incluso por debajo del mínimo legal, siempre que la pena imponible no supere los diez años de prisión, atendiendo a las siguientes razones: 1) La participación mínima del imputado durante la comisión de la infracción; 2) La provocación del incidente por parte de la víctima o de otras personas; 3) La ocurrencia de la infracción en circunstancias poco usuales; 4) La participación del imputado en la comisión de la infracción bajo coacción, sin llegar a constituir una excusa legal absolutoria; 5) El grado de insignificancia social del daño provocado; 6) El error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de que su actuación era legal o permitida; 7) La actuación del imputado*

motivada en el deseo de proveer las necesidades básicas de su familia o de sí mismo; 8) El sufrimiento de un grave daño físico o síquico del imputado en ocasión de la comisión de la infracción; 9) El grado de aceptación social del hecho cometido<sup>144</sup>.

Lo que inicialmente nos interesa aquí es el contenido del numeral 6 del artículo anterior, cuando se refiere al *error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de que su actuación era legal o permitida*. El análisis de esta prescripción se hará en dos partes. Primero nos referiremos al error en relación con el objeto de la infracción, ya que, como bien expusimos en el capítulo anterior, esto se refiere al error en persona y en objeto. No deja de ser novedoso que lo relativo al error se encuentre en la normativa procesal, pero lo que al margen de la novedad resulta impactante, es la ubicación pragmática de esta figura dentro del proceso penal vigente.

No haremos hincapié en los detalles teóricos de los errores que pueden recaer en el objeto de la infracción, por lo mismo que hemos dicho de que agotamos todo un capítulo sobre esta cuestión; sin embargo, lo que más nos interesa desarrollar en este punto es el aspecto de las implicaciones con las cuales se entiende que supone que el error se encuentra ubicado en la parte final de la etapa de juicio del proceso penal. La importancia de esto radica en que los errores que se fundamentan en el objeto de la infracción afectan el análisis lineal de la tipicidad, ya que tienen repercusiones directas sobre el tipo subjetivo. Por un lado, el error sobre la persona puede dar lugar al tipo culposo en algunos casos y a los dolosos en otros, del mismo modo que el error en objeto puede dar lugar a la atipicidad de la conducta por falta de tipo culposo o porque la misma realmente no constituya una infracción penal, como es el hecho de sustraerse su propio objeto o el del cónyuge.

Lo anterior cobra más relevancia cuando verificamos que el error en el Código Procesal Penal se encuentra contenido en el título III, capítulo III, sección II, sobre el juicio, su sustanciación, la deliberación y la sentencia, al implicar que la posibilidad de su aplicación está reservada, de manera exclusiva, para el momento en que se debate la culpabilidad del sujeto activo. En efecto, partiendo del momento en que se presentan

---

<sup>144</sup> República Dominicana. Ley 76-02 que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. *Gaceta Oficial*, 2 de julio del 2022. Art. 340.

conclusiones en el juicio, no es posible que se solicite la aplicación del perdón judicial con base en el error de tipo en persona u objeto al inicio de la causa, ya que podría no ser admitido el pedimento, por un tema de temporalidad procesal. Esto quiere decir que, en principio, no podría ser admitida por el juez la concurrencia de uno de los errores que versan sobre el objeto de la infracción una vez se está debatiendo la acusación en los términos propuestos por el acusador, a menos que se promueva una variación de la calificación jurídica en los casos en que aplique.

Nótese que, para la aplicación del perdón judicial, es necesario que el juez esté convencido de que habrá de dictar sentencia condenatoria, razón por la que la variación de la calificación jurídica dada a los hechos debería producirse antes de que los jueces decidan emitir una decisión, ya que de lo contrario podría ser tarde, especialmente por el hecho de que la variación de la calificación jurídica implica la necesidad de permitir que el acusado ejerza medios de defensa, pero también de que el acusador se refiera a este particular. Aquí es necesario puntualizar que la normativa que faculta al juez a modificar la calificación jurídica aún en juicio reconoce la posibilidad, por analogía, de que el acusado solo debería referirse a la calificación jurídica modificada cuando esta le sea adversa.

El artículo 323 del Código Procesal Penal no manifiesta de modo expreso lo expuesto en el párrafo anterior, es decir que no contempla la posibilidad de variación de la calificación jurídica sin que se advierta al acusado de la situación; sin embargo, el fundamento analógico de esto radica en el principio de favorabilidad contenido en el numeral 4 de la Constitución dominicana, que permite interpretar la norma en el sentido más favorable para el titular del derecho que se tutela. En este caso, se parte del hecho de que al modificar la calificación jurídica cambiando un tipo penal doloso por uno culposos se está beneficiando los intereses del acusado en el proceso, pero esta posición no es pacífica.

Avanzando en el tema, el segundo aspecto del ya citado artículo 340 del Código Procesal Penal también contempla lo relativo al error de prohibición, al establecer textualmente, o debido a su creencia, que su actuación era legal o permitida. Esta parte del

texto alberga no solo al error de prohibición, sino también al error sobre las causas de justificación, respecto a lo cual hacemos la salvedad de que en este punto solo nos referiremos al error de prohibición.

Es directamente apreciable cómo este texto normativo refiere la creencia sobre la legalidad de la conducta, argumento que constituye el postulado más básico del error de prohibición y se deja abierta la posibilidad de incluir en esta apertura normativa los alcances dogmáticos de este tipo de error, pudiendo invocarse el error de tipo vencible e invencible; sin embargo, la cuestión más importante a partir de este planteamiento es lo relativo a los efectos que generaría la admisión del error de prohibición.

En párrafos anteriores advertimos sobre la incongruencia procesal que suponía el análisis del error de tipo dentro del análisis de la culpabilidad, como bien implica la aplicación del perdón judicial cuando concurre este tipo de error, ya que no sería posible su admisión en el momento procesal en que es posible disponer de él. No obstante, la situación con el error de prohibición es distinta, ya que ese sí sería el momento procesal adecuado para su admisión, debido a que, al valorarse las cuestiones de atribuidad cuando se entiende como culpable al sujeto, este puede acogerse en su favor al error de prohibición y conseguir que se exima de pena o reducirla por debajo del mínimo legal permitido, lo cual sentaría la diferencia entre el error vencible e invencible.

Dicho de otra forma, la figura del perdón judicial, en cuanto al error se refiere, satisface el alcance dogmático más conservador, ya que es posible invocarlo mediando solo un análisis concreto de las circunstancias del sujeto activo que le llevaron a errar en cuanto al conocimiento de la norma. Al no ser necesaria una modificación de la teoría jurídica del proceso, entendemos totalmente configurado el error de prohibición en la norma procesal penal.

### **3.2 Posición jurisprudencial local sobre los diferentes tipos de errores**

Existen pocas sentencias en las que se dilucide algún tipo de error como aspecto nodal del juicio penal. No podemos establecer en esta investigación si esto obedece a la situación

normativa de la figura, cuyo alcance hemos abordado en el punto anterior, o si se debe a la falta de promoción por parte de los litigantes o tal vez porque los juzgadores no conocen las dimensiones de las clases de errores que desarrolla la dogmática. De hecho, estas hipótesis podrían constituir líneas de investigación alternativas derivadas desprenderse del presente estudio.

Al margen de lo anterior, hemos explorado en algunos motores de búsqueda de jurisprudencias nacionales, pero también hemos realizado múltiples búsquedas individuales en algunas de las jurisdicciones donde hemos tenido referencias al respecto, de modo que se pudieron localizar algunas sentencias que serán expuestas en este tema.

Iniciamos con la sentencia No. 1762 de fecha 14 de noviembre del 2018, en la que se aborda lo relativo al error en golpe. Es preciso adelantar que la teoría fáctica con las cuales se fundamentaron las sentencias impugnadas versó sobre el homicidio cometido por el disparo que el sujeto activo asestó por error a una persona y la acusación señaló que el acusado se encontraba en estado de embriaguez cuando actuó. En ese sentido, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia estableció lo siguiente:

Considerando: que, en derecho, el argumento esgrimido por el recurrente, de que no obstante haber empleado un arma y haber causado la muerte a una persona, su acción no fue tendente a causar daño o causar muerte a esa persona, es conocido como error en el golpe o *aberratio ictus*, el cual conforme expone José María Luzón Cuesta, quiere decir que el error fue producido por una falta de acierto en la dirección del ataque. Considerando: que el desatino del agente no deviene en una eximente o atenuante de culpa en el hecho, ya que su intención que, en el caso de la especie, era la de dar muerte a una persona, persiste de tal suerte que aquel que dispara a una persona y, por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, alcanza una distinta, podrá ser castigado por el crimen doloso intentado, ya que los bienes jurídicos vulnerados habrían sido los mismos en ambos casos<sup>145</sup>.

A todas luces es apreciable como la Suprema Corte de Justicia ha tomado en cuenta que desde el juicio celebrado en primer grado se dilucidó la cuestión del error de tipo consistente en el error en golpe o *aberratio ictus*. En el caso analizado, la situación fáctica aduce al disparo efectuado por un agente policial que perseguía a un individuo, pero al

---

<sup>145</sup> República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Sentencia No. 1762, de 14 de noviembre del 2018.

intentar el primero dispararle para neutralizarlo, impactó a otra persona. En ese sentido, la más Alta Corte, al igual que la corte de apelación, estimó que sí concurría el considerado error de tipo denominado *aberratio ictus*, pero que, aun ante tal supuesto, no revestía ninguna consecuencia jurídica distinta o alguna inferencia sobre la modalidad de la responsabilidad del sujeto, al considerar el homicidio de la persona erróneamente impactada por la bala como un homicidio voluntario; esto, en razón de la intención de disparar que tenía el sujeto activo.

En efecto, la estimación dada por la Suprema Corte de Justicia en el breve extracto que hemos plasmado en la cita previa comporta la existencia de un *animus* por parte del agente policial, quien en realidad tenía toda la intención de dispararle al sospechoso que era perseguido, lo cual hace suponer que aceptaba las consecuencias que implicaban impactar de bala a una persona, indistintamente del lugar donde haya pretendido realizar el disparo, ya que lo relevante para el derecho penal es el resultado final, con base en el dominio que haya tenido el sujeto activo de la dirección de su acción. Al tratarse de un agente policial, el deber de cuidado exigible es sumamente alto, y se entiende que su elección de actuar en las circunstancias en que se encontraba era idónea para realizar tal conducta, lo que significa que cualquier agente policial en su posición hubiera actuado de tal manera.

A la luz de lo anterior, no ha sido posible considerar como involuntario el homicidio de la persona impactada por el disparo del agente policial, en razón de que, tal y como expusimos en el párrafo anterior, pero también como explicó la Alta Corte, el sujeto activo siempre quiso disparar y quedan de en discusión la falta del elemento cognitivo y del elemento volitivo dentro de su accionar, lo cual significa que no habría forma de que la teoría del error de tipo pudiera incidir sobre la tipicidad, produciendo una teoría jurídica distinta al homicidio voluntario.

En otras palabras, reseñando parte de lo que hemos desarrollado en el capítulo II de esta investigación, en el *aberratio ictus* el sujeto ha dirigido su acción a un objeto de ataque específico, pero no logra realizar la afectación pretendida por una desviación producida

durante la ejecución; a diferencia del error en persona y de otros errores desarrollados aquí, el agente hizo todo lo que estuvo en sus manos para llevar a cabo la ejecución de su acción; empero, la misma recayó sobre un objeto de ataque distinto, pero no se quitó nunca de la ecuación el hecho de que él quería realizar la acción; es decir, el sujeto activo siempre quiso disparar, o sea que se concretizó lo esperado por su animus aunque sobre un objeto distinto al representado.

En conclusión, sobre el análisis de esta sentencia local entendemos acertada la posición de la Suprema Corte de Justicia en cuanto al abordaje del error se refiere, ya que, en efecto, el error de tipo consistente en *aberratio ictus* no implica una variación típica de la teoría jurídica de la acusación o de la sentencia, por razón de la voluntariedad total de las acciones realizadas por el sujeto.

En ese mismo orden de ideas, también tuvimos la oportunidad de encontrar y analizar una sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Unipersonal de la Cámara Penal del Tribunal de Primera Instancia de Santiago, que acoge la aplicación de la figura del error de prohibición en un proceso en el que el sujeto activo admitió desconocer que se encontraba realizando una conducta prohibida por la norma penal, relativa en base al porte de un arma de fuego por asignación de la institución para la cual presentaba servicios. En ese sentido, expresa el tribunal:

La doctrina ha referido que el error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento, pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que, por lo tanto, lo excluye de responsabilidad penal. En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas, pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora. Hace alusión al error de prohibición, es decir, aquel que recae sobre la licitud del comportamiento, comprende tanto el directo como el indirecto, y sus consecuencias dependerán de la modalidad invencible o vencible del error, pues en el primer evento no habrá culpabilidad y, consecuentemente, tampoco responsabilidad penal<sup>146</sup>.

Esta definición del tribunal, aunque un poco escueta, aborda la diferencia entre el error de tipo y el error de prohibición, estableciendo que este se fundamenta en la creencia

---

<sup>146</sup> República Dominicana. Segunda Sala del Tribunal Unipersonal de la Cámara Penal del Tribunal de Primera Instancia del distrito judicial de Santiago. Sentencia 369-2019-SSEN-00104, de 17 de junio de 2019.

en que la conducta que realiza el sujeto se encuentra permitida y que esto excluye su responsabilidad penal, lo cual no es del todo cierto, ya que era necesario que el tribunal abarcara lo relativo a que en el error de prohibición lo fundamental es el desconocimiento de la prohibición normativa de la conducta que se pretende realizar, ya que la posibilidad de que el sujeto asuma que su conducta está permitida, da lugar a que pueda entenderse el error de prohibición sobre las causas de antijuridicidad, y esto sería otro tipo de error que no recae dentro del análisis de culpabilidad.

Lo anterior implica que, aun en la definición, debe establecerse con claridad propia que no se trata de la asunción del sujeto de su aparente conocimiento de la permisividad de su conducta, ya que cabría el cuestionamiento sobre la fuente de tal creencia. En tanto, si admite que suponía la aceptación dentro de la norma, entonces, como advertimos, no estaríamos en presencia de un error de prohibición en sí, sino en un error sobre aquellas circunstancias que hacen considerar antijurídico un comportamiento. Dichas circunstancias pueden versar sobre la errónea creencia de la existencia de una norma permisiva o sobre la errónea creencia de alguna norma de excepción a la regla o causa de justificación.

El tribunal aclara un poco mejor la cuestión cuando subsume la situación fáctica del proceso en lo que dispone la norma y la doctrina. A saber:

Que en el caso en concreto advierte el tribunal que procede acoger las pretensiones de la defensa en el sentido de aplicar el perdón judicial de la pena en ocasión de lo que dispone el numeral sexto, el error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de que su actuación era legal o permitida; en razón de que quedó irrefutablemente acreditado en el tribunal de que el imputado Juan Rufino Reyes Morel portaba el arma de fuego que configura el tipo penal en virtud de un carnet que le había otorgado el Ayuntamiento Municipal de Esperanza, que lo acreditaba como policía municipal, con el rango de Segundo Teniente y que en su parte reversa le autorizaba a portar la referida arma de fuego. Que entiende el tribunal que es manifiestamente entendible que para un ciudadano común portar un arma de fuego entregada y autorizada por una autoridad competente, como lo es el director de un ayuntamiento, constituye una creencia de que cuenta con la anuencia del Estado para el porte y tenencia del arma, en tanto es imposible asumir la creencia de que la propia autoridad, como parte del Estado, actuaría en contra de las reglas impuestas por el mismo Estado. En consecuencia, el tribunal se exime de la aplicación de pena al imputado<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> *Ibidem*

Lo primero que debemos puntualizar aquí es nuestro desacuerdo teórico en cuanto al establecimiento del tribunal de que el error del acusado se fundamentó en su error sobre el objeto de la infracción, ya que esto corresponde al análisis de la tipicidad y no de la culpabilidad, tal como expone categóricamente esta investigación. Al margen de lo anterior, el tribunal luego expone que también se fundamenta el error en la creencia del acusado de que su actuación era legal o permitida. Insistimos en que el tribunal mezcla aspectos dogmáticos incompatibles para el análisis conjunto, ya que la creencia de legalidad o de inexistencia de prohibición es la cuestión nodal del error de prohibición analizable dentro de la categoría de culpabilidad, mientras que la creencia de que su conducta se encontraba permitida, aunque parezca el mismo concepto, la dogmática lo categoriza como un aspecto distinto analizable durante el examen de la antijuridicidad.

Por consiguiente, no coincidimos con que, en el caso expuesto en la sentencia, concurre un error de prohibición, debido a que, al ser contratado o nombrado para presentar servicios en el Ayuntamiento como segundo teniente de la Policía Municipal, el sujeto entendía que se encontraba debidamente autorizado para el porte y la tenencia del arma de fuego asignada, asumiendo que no infringía ninguna norma penal. En ese punto, el sujeto activo conoce la existencia de la prohibición sobre el uso, porte y tenencia de armas de fuego ilegales, pero desconocía que la asignación del arma de fuego era ilegal, siendo este uno de los aspectos normativos del tipo.

Coincidimos en que en el caso de especie concurre un error, pero no se trata ni de un error de prohibición, ni de un error de las causas de justificación, sino de un error de tipo. Esto se debe a que el sujeto activo, como bien dijimos en el párrafo anterior, desconocía la ilegalidad del arma asignada, debido a la inducción errónea cometida por el Ayuntamiento, al asignarle un rango policial y asignarle un arma en virtud de tal nombramiento. El acusado creyó que tal designación incluía la asignación legal de un arma y erró errando sobre este último aspecto, incurriendo en un error de tipo invencible.

El error de tipo invencible se fundamenta en la equivocación del sujeto activo en cuanto al elemento normativo del tipo consistente en la ilegalidad del arma de fuego

asignada, pero lo invencible lo genera la designación del rango policial, que, irrefutablemente, genera a su vez la creencia de que a todo policía le corresponde la asignación de un arma de fuego por parte de la institución, como al efecto sucedió en tal caso. Por ende, no era posible considerar como típica su conducta.

### **3.3 Posición jurisprudencial internacional sobre los diferentes tipos de errores**

#### **3.3.1 Posición de la jurisprudencia costarricense**

En ese punto conviene analizar la posición de las cortes supremas de los países del continente que se han pronunciado en cuanto a los diferentes tipos de error, de forma que podamos contrastar la realidad internacional sobre esta figura de la dogmática, pero también contrastar estas posiciones con la jurisprudencia local que expresamos en el punto anterior.

Iniciaremos con la posición expuesta por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual se expresó en esta forma:

Efectivamente, no es posible que una persona particular, aunque sea la ofendida, pueda dejar sin efecto una decisión emitida por una autoridad jurisdiccional, porque ello llevaría a relativizar las decisiones judiciales de acuerdo a la conveniencia de los interesados y en este caso hay un evidente interés público en el cumplimiento de los mandatos judiciales. Por ello, en este caso, no existe un error de prohibición como alega la defensa pues el encartado siempre tuvo claro que existir la orden y que el incumplimiento implicaba la apertura de un proceso penal por incumplimiento<sup>148</sup>.

En principio es palpable cómo la génesis del conflicto resuelto por el tribunal *a quem* versó sobre el aparente error de prohibición provocado por el incumplimiento de una decisión jurisdiccional ante el arbitrio de las partes y en cuanto a suprimir sus efectos por conveniencia. La Suprema Corte de Costa Rica destaca la imposibilidad de que las partes desconozcan y descarten los efectos de una sentencia del ámbito penal del sistema de justicia, solo por la mera idea de que en un momento determinado no les conviene aplicar sus efectos.

---

<sup>148</sup> Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 924, de 12 julio de 2013. Expediente: 12-001609-0305-PE.

En concreto, el proceso versó sobre la prosecución penal del sujeto por la violación a una orden de alejamiento, quien promovió, como teoría de caso desde el juicio en primer grado, que la víctima y él habían acordado su retorno a la residencia de la primera, omitiendo con esto el efecto primigenio de una orden de alejamiento que previamente se le había notificado al justiciable. Ante tal acción, el acusador sometió al sujeto activo por la violación a la orden de alejamiento, fundamentando la acusación en que el alejamiento había sido notificado al acusado, además de que la víctima no tenía potestad para revocarlo, pero si le permitió al acusado su ingreso a la residencia de la cual tenía impedimento de acercarse.

En su teoría de caso, el acusado sostiene que su madre, la titular del bien jurídico que se pretende proteger, le autorizó a quebrantar la orden de alejamiento. Sin embargo, no se trata de un delito consumado por su parte, sino que este fue inducido a un error de prohibición, ya que no sabía que tener la autorización de la persona en cuyo beneficio se dispuso el alejamiento, lo que permitía el acercamiento, se consideraba una violación de la orden y, por tanto, una infracción a ley penal.

Continúa expresando la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

El error de prohibición consiste en la situación de desconocimiento o ignorancia en que se encuentra el sujeto activo en torno al carácter ilícito del hecho, sin embargo, la particular situación de desconocimiento o ignorancia del agente no afecta la naturaleza ilícita del acto. Es el caso de quien comete una acción que cumple con todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, sin estar amparado a causa de justificación alguna, pero que actúa en la creencia de que las circunstancias lo permiten, en cuyo caso el error recae sobre las causas de justificación - error de prohibición indirecto-, o creyendo que su conducta no es prohibida, supuesto en el que el error se ubica en la conciencia de antijuridicidad de la conducta, configurando el error de prohibición directo. En el voto transcrito, el Tribunal descarta la existencia de un error de prohibición basado en que el encartado siempre supo que existía una orden y que de incumplirla incurriría en el delito<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> *Ibidem*.

Nótese cómo la Corte Suprema expone los conceptos de error de prohibición directo e indirecto. El primero de estos recae directamente sobre la culpabilidad, especialmente cuando se analiza la conciencia sobre la antijuridicidad de la conducta del sujeto, mientras que el segundo de estos recae directamente sobre la antijuridicidad, en tanto que el sujeto, consciente de que su acción está prohibida por la norma penal, entiende que existe una justificación jurídicamente aprobada. En ambos casos estamos frente a aspectos de desconocimiento concreto de la norma penal.

Ahora bien, en motivación referida la corte expone que no se delinca ninguna de las dos figuras de la dogmática del error de prohibición, debido a que el sujeto activo siempre tuvo conocimiento de la existencia de la orden de alejamiento, pero, por demás, siempre supo que la violación a una prohibición judicial de este tipo acarrea las consecuencias jurídicas propias de los delitos, y también sabía que no existen permisiones legales ante tal delito, más que aquellas en que judicialmente se invoca el cese de esta coerción penal. Por tanto, no es posible asumir que se está ante un error de prohibición, ya que nunca se ha publicado en alguna norma que las partes puedan acordar suprimir los efectos de una decisión judicial sin que intervenga la autoridad judicial.

En este caso, refiere la corte que la única circunstancia en que podría entenderse un error de prohibición, en las condiciones del caso analizado, sería si al sujeto activo nunca se le hubiere notificado, denunciado o puesto en conocimiento de la existencia de la orden de alejamiento. En tal caso, sí fuera posible invocarse un error de prohibición directo en su favor, ya que, al no tener conocimiento de la situación objetiva del tipo penal, es decir de la circunstancia específica de la prohibición de acercamiento, este no podía saber que estaba obligado a mantenerse alejado, especialmente ante la inexistencia de un tipo penal particular exclusivo, pues se trata de una prohibición especial que surge de una decisión judicial. Por tanto, para que surta sus efectos coercitivos, debe ser notificada a quien estaría impedido de acercarse y en caso contrario resulta como si nunca se le hubiera prohibido.

Al igual que la posición del precedente local, en esta ocasión también coincidimos con el criterio de la Corte Suprema de Costa Rica, ya que su posición igualmente coincide

con los criterios que hemos expuesto a todo lo largo de esta investigación. De todas formas, antes de concluir sobre el análisis de esta sentencia en particular, queremos puntualizar la imposibilidad de siquiera considerar como error de prohibición de tipo vencible la situación de hecho planteada en el caso de la sentencia analizada, visto el hecho de que el sujeto activo haya sido notificado de la orden judicial de alejamiento sumado al hecho de no existir una norma permisiva de carácter similar que involucre la voluntad de las partes como condición de supresión de los efectos que ella implica, no hace virtualmente posible asimilar criterios de ambigüedad o confusión que permitieran considerar que estábamos frente a un error vencible. Su conocimiento más bien elimina la equivocación y trae consigo ignorancia, la cual no entra dentro de los indicadores del error.

Durante nuestro proceso de búsqueda de información relevante para la investigación, también encontramos otra decisión de la Corte Suprema de Costa Rica, cuyo fáctico expone resumidamente lo siguiente:

En el segundo motivo de casación reclama el "error de tipo". Reprocha que el tribunal concluyó que su defendido sabía que estaba ejecutando conductas de carácter sexual, y que penetraba con sus dedos a la ofendida en su vagina contra su voluntad, porque esta quería salir de la vivienda, el imputado por la fuerza lo impedía y, además, la víctima gritaba pidiendo ayuda, por lo que concurren los elementos volitivos y cognitivos del dolo. Sin embargo, el tribunal no fundamenta porque el imputado sabía que introduciendo los dedos en la vagina de la ofendida cometía el delito de violación. Estima que aun aceptando que su defendido actúa con dolo al querer tener relaciones con la ofendida contra su voluntad, su dolo no se extendió a querer realizar todos los actos del tipo objetivo "violación con los dedos" porque no conocía que ese acto constituyera una violación. Este se limitó a tocar con sus manos los pechos, el trasero y la vagina, pero no se representa que la introducción de sus dedos en la vagina fuera una violación, por lo que estima que está ante un error de tipo que excluye su responsabilidad criminal<sup>150</sup>.

En este es entendible que el caso objeto de evaluación por la Corte Suprema versa sobre el tipo penal de violación sexual, invocando el acusado recurrente que se ha producido un error de tipo y que los jueces de primer y segundo grado no valoraron las circunstancias objetivas del tipo, sino que se limitaron a producir una decisión condenatoria con base en la verificación del elemento subjetivo, de modo que los jueces *a quo*

---

<sup>150</sup> Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 816, de 25 junio de 2011. Expediente: 07-200255-0485-PE.

establecieron que se constituía el hecho de violación por la intención dolosa del sujeto activo de tener relaciones sexuales con la víctima. En aquellas instancias se probó que esta gritó e intentó salir de la vivienda donde se encontraba con el acusado, como muestra inequívoca del no otorgamiento de consentimiento para cualquier tipo de actividad sexual con el acusado.

Es preciso resaltar, antes de adentrarnos en el análisis de la sentencia, que el error de tipo, tal como expusimos en las primeras páginas del capítulo II de esta investigación, versa sobre la persona u objetos sobre los que recae la acción o sobre el golpe o acto que consuma el verbo típico de la infracción. En el fáctico casacional analizado se hace notar cómo el recurrente procuraba afectar el elemento subjetivo con base en la configuración del error sobre los elementos objetivos o normativos del tipo.

Comienza profundizando la Corte Suprema:

*El motivo no puede prosperar. Lo primero que hay que indicarle al gestionante es que él, en realidad, lo que alega, también de forma incorrecta según se abordará, es un error de prohibición y no un error de tipo como él lo denomina. Recuérdese que el error de tipo es un falso conocimiento y recae sobre los elementos objetivos del tipo penal. Es decir, la persona no sabe, y por ende no quiere, realizar lo que en verdad hace. Así, por ejemplo, en los ejemplos doctrinales clásicos el cazador que no sabe que está matando a un ser humano porque cree que está disparando contra una presa salvaje; el que apunta a un objeto de grandes dimensiones en la seguridad de que dará al blanco sin saber que, dentro, está una persona a la que le causa la muerte, etc. Para que, en el presente caso pueda aludirse a un error de tipo debía alegarse, por ejemplo, que el encartado no sabía que estaba introduciendo sus dedos en la vagina de la ofendida, lo que no solo no se ha alegado, ni siquiera en esta sede, sino que, además, hay prueba suficiente para acreditar que el imputado sí conocía, dadas las situaciones previas que se presentaron. Lo que el recurrente alega (al decir que el encartado no sabía que introducir los dedos en la vagina sea una violación) es otra cosa, pues lo que refiere es un desconocimiento de la prohibición de la conducta y, como bien dijo el fiscal, su pretensión se enmarca dentro del tema de un error de prohibición, pero tampoco este resulta admisible<sup>151</sup>.*

---

<sup>151</sup> Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 816, de 25 junio de 2011. Expediente: 07-200255-0485-PE. *Ob. Cit.*

En este caso la Corte ejerció el principio *iura novit curia* de forma muy interesante, ya que les dio fisionomía a los argumentos de defensa del recurrente o, lo que es lo mismo, les dio la verdadera connotación doctrinal a los argumentos del medio de casación. Es notorio que se trata de algo novedoso, ya que, pese a que en nuestro derecho estas figuras doctrinales no se encuentran expresamente consagradas, los argumentos fundamentados en la doctrina no resultan vinculantes para el tribunal. Cabe señalar que la conversión argumentativa entre el error de tipo al error de prohibición no deja de ser interesante para una investigación particular.

El argumento principal que resalta en esta fundamentación, relativo a la razón por la Alta Corte no consideró como error de tipo la situación fáctica planteada, en este caso ha sostenido que, al tratar el error de tipo sobre circunstancias de los elementos objetivos, entiende la corte que en este caso los elementos no han inducido al error por parte del sujeto activo, máxime cuando en este caso los elementos objetivos en los que se fundamenta el tipo son los genitales de la víctima y los mecanismos de penetración sexual concebibles. Ahora bien, a juicio de quien sustenta, parte de la trascendencia de esta decisión radica en que el error sobre los elementos normativos de tipo también constituye un error de tipo.

En los términos expresados en el citado capítulo II, este error radica sobre la implicación del elemento normativo de cada tipo penal, que, en la especie, se trata de la penetración sexual. En ese caso el tipo penal no especifica, en los términos de la misma sentencia analizada y en los términos del artículo 331 de nuestro Código Penal dominicano, si dicha penetración es mediante el miembro masculino o a través de cualquier parte del cuerpo u objeto que pueda ejercitar el verbo penetrar sexualmente hablando. Ante tal indeterminación, podríamos encontrarnos ante personas, tal como señala la parte recurrente, que no estarían en posición, socialmente hablando, de comprender si existe otro mecanismo de penetración sexual además del coito. Lo anterior podría llevar ante un error sobre el elemento normativo del tipo penal de violación sexual, especialmente partiendo de ambientes culturales en los que se disemine la información de la violación es el acto de penetración sexual del miembro de un hombre sin el consentimiento de la víctima.

La corte *a quem* no da cabida al análisis anterior, ya que, para su razonamiento, parte del hecho de que no se ha producido un error sobre algún elemento del tipo, sino que el argumento de la parte recurrente, según la corte, se enmarca dentro de lo que es el error de prohibición, partiendo de que en lo que habría errado el sujeto activo es en la dimensión de la prohibición como tal. En el extracto transcrito, aparte de exponer algunos ejemplos de cómo se comporta el error de tipo, se explica que la única forma en que podía haberse alegado el error de tipo era argumentando que el sujeto activo no sabía que estaba introduciendo los dedos en la vagina del sujeto pasivo; sin embargo, esta investigación discrepa de tal planteamiento, por lo mismo que hemos establecido en el párrafo anterior, de que los elementos normativos del tipo se comportan en cuanto al error que pueda probar el sujeto activo sobre la realización exacta del mandato normativo del texto de la infracción. Esto significa que, si el texto aduce al error, por ambigüedad o por confusión en cuanto a su ejecución, podría considerarse tal actuación como un error de tipo.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sostuvo que:

[...]el artículo 35 del Código Penal, constituye una excepción al principio constitucional según el cual "nadie puede alegar ignorancia de la ley" (artículo 129 de la Constitución Política) pues esa misma norma señala, en una lectura completa, "a menos que la misma ley lo autorice", siendo el Código Penal una ley que autoriza, dada la gravedad de la sanción que impone y el uso del *ius puniendi* estatal que implica, a que no se castigue a quien ignora, pese a todas las previsiones que pudo tener para salir de su error, que lo que hace sea prohibido (error de prohibición invencible) o bien a que ese castigo se *amine* si, de alguna forma, habiendo efectuado otras actuaciones previsibles, hubiera podido salir de ese error (error vencible). No obstante, la misma doctrina es conteste en señalar que no se da el citado error si, como en este caso, sabiendo el agente que la conducta es prohibida, no tiene claros los alcances del tipo penal al que pertenece. Señala el autor nacional CASTILLO GONZÁLEZ: "Para la existencia del error de prohibición no es necesario que el agente conozca el monto de la pena, su clase o si el legislador considera esa conducta como un delito o una contravención. Tampoco es necesario que conozca en concreto la ley penal" (CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. El error de prohibición. Editorial Juritexto. San José, 2001, págs. 58 y 73)<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 816, de 25 junio de 2011. Expediente: 07-200255-0485-PE. *Ob. Cit.*

En este punto, la trascendencia de la fundamentación de la decisión radica que, aun siendo los códigos penales normas permisivas, en tanto contienen regulaciones que permiten conductas que, en otro contexto, serían penalmente relevantes y, siendo esas mismas normas permisivas de conocimiento general, igualmente lo son aquellas normas de carácter prohibitivo. Aunado a lo anterior, se evalúa la previsibilidad del error de prohibición en razón de la posibilidad del sujeto activo de conocer la norma penal y disuadirse por su mandato, resaltando en ese punto lo relativo al desarrollo social el individuo. Empero, en esta ocasión el sujeto activo invocó al recurrir que el error se fundamenta en la imposibilidad de concebir, por simple lectura, el alcance del texto normativo. Esto se debe a lo mismo que argumentamos respecto al error de tipo sobre los elementos normativos del tipo, esto es, el alcance del concepto de penetración sexual, que para una persona de conocimientos medios podría no significar algo más que no sea la penetración con el miembro con lo cual la Corte Suprema no coincide, ya que ha bastado con que la norma contemple el tipo y que las circunstancias descriptivas del mismo abarquen las circunstancias específicas del caso, sin que sea necesario hacer analogía.

### **3.3.2 Posición de la jurisprudencia española**

Ahora nos permitiremos analizar la postura del Tribunal Supremo español, que aborda lo relativo al error de prohibición desde la perspectiva de las circunstancias subjetivas del tipo, pero también basado en circunstancias propias del caso que escapan a los elementos objetivos del mismo. El caso analizado se fundamentó en la denuncia de un doctor sobre situaciones que afectaban la salud de pacientes ante las autoridades del hospital en el que prestaba servicios, siendo alentado a continuar con el procedimiento bajo el argumento de la autoridad del centro de salud de que su conducta no constituía una infracción penal.

En un primer esfuerzo argumentativo, el Tribunal Supremo español sostiene que:

Ese error es de prohibición lo consideramos invencible, pues el acusado se asesoró, acudiendo a fuentes de su máxima solvencia para desvanecer el error, y actuó en defensa de su propio derecho al ejercicio de su profesión sin el temor de una responsabilidad exigible, y en la creencia, errónea, de que la denuncia que formulaba requería una previa indagación de los hechos. El argumento que emplea el tribunal para declarar vencible el error ya hemos dicho que no es plausible. El

acusado debió limitarse a denunciar dejando a los institutos de persecución penal que actuaran en la finalidad que le es propia<sup>153</sup>.

Puntualizamos que tanto en primer como segundo grado se decidió el error de prohibición vencible, en razón de que el acusado previó que su conducta podía ser penalmente relevante y pudo buscar más información para concretizar su creencia, no bastando con consultar a la dirección del centro de salud. Sin embargo, el Supremo español establece, contrario a los tribunales *a quo's*, que se trata de un error de prohibición invencible, debido a que lo que era exigible para él era consultar sobre los riesgos de continuar con el procedimiento médico que estaba realizando, el cual entendía que podía afectar la salud de los pacientes, pero al haber consultado a la más alta autoridad del centro médico, no era para él previsible la posibilidad de una situación diferente.

Dicho de otra forma, al haber realizado la denuncia sobre las consecuencias de continuar con el procedimiento médico y de las afectaciones a la salud derivadas de ello, había cumplido con la obligación que como médico responsable tiene, mientras era incitado a continuar con el mismo, afirmándole que no se trataba de un delito la conducta realizada, por lo que no le era exigible que siguiera indagando respecto de las posibles consecuencias de su actuación, debido a que la máxima autoridad del centro médico ya le había dado la respuesta.

### **Continúa expresando el tribunal Supremo Español:**

Declarada la concurrencia de un error de prohibición, la absolución es procedente subsistiendo la responsabilidad civil declara en la Sentencia en observancia del art. 118.2 del Código penal . Ahora bien, en este concreto aspecto hemos de ponderar la responsabilidad civil derivada del descubrimiento proporcionado a la gravedad de los hechos. El daño que se indemniza es un daño moral en cuya cuantificación hemos de tener en cuenta que el error de prohibición que hemos calificado de invencible participa en un aspecto no tangencial de las causas de justificación de la legítima defensa y del cumplimiento de un deber. Además, que el acusado al que se reprocha la conducta actuó en defensa de la salud de las indemnizadas, creyendo estar amparado en su actuación, lo que permite proporcionar la consecuencia jurídica al hecho. Esta proporcionalidad hace que estimemos procedente la responsabilidad civil de 1.000 euros para cada afectada<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> España. Tribunal Supremo Español. Resolución 778/2013, de 22 de octubre de 2013.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

Es apreciable aquí cómo el tribunal advirtió que la consecuencia procesal consecuente al error de prohibición era la absolución; sin embargo, es menester advertir que, pese a las diferencias en el aspecto procesal de nuestro derecho y el derecho procesal español, entendemos que la absolución nunca podrá ser el efecto del error de prohibición invencible, ya que el acusado realizó una conducta voluntaria típica y antijurídica, por lo que el error de prohibición solo indica que no le era exigible una conducta distinta, tal como se expresa en este proyecto en capítulo I del marco teórico.

### **3.3.3 Posición de la jurisprudencia peruana**

En nuestro proceso de indagación sobre la existencia de decisiones de otros países, en cuanto a la teoría del error se refiere, encontramos algunas decisiones de la Corte Suprema de Perú. De manera singular exponemos el proceso de un joven enjuiciado por el tipo penal de violación de la libertad sexual de una menor de 14 años, lo que en el derecho dominicano se conocería como seducción de una menor de edad. En resumen, los hechos de acusación se contraen a que el justiciado sostuvo relaciones sexuales con una adolescente de 14 años, sin ejercer violencias, conducta sancionada en Perú, al igual que en República Dominicana.

En ese sentido, en primer grado fue condenado a una pena privativa de libertad, mientras que en segundo grado fue absuelto, hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia, donde el alto tribunal reconoce la concurrencia de un error de tipo, expresando la alzada lo siguiente:

Así, las cosas, estando a que no se ha demostrado que haya tenido conocimiento real y efectivo de su edad; resulta aplicadla el artículo 14° del Código Penal, relativo al error de tipo. En la doctrina se ha consolidado la figura del error de tipo como causal de ausencia de imputación subjetiva. En ese sentido, el error consiste en el desconocimiento de la realización de la conducta típica, pues, para la imputación del injusto penal no basta la sola infracción objetiva a la norma, sino que se requiere además imputar el conocimiento suficiente de tal defraudación al autor<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> Perú. Corte Suprema de Justicia de la República. [en línea]. Sala Penal Permanente Recurso de Nulidad 2669-2015, Cusco. [consulta: 2 noviembre 2022] Disponible en: <https://lpderecho.pe/error-tipo-vencible-caracteristicas-anatomicas-menor-mayor-14-anos-r-n-2669-2015-cusco/>

En este planteamiento inicial de la Corte es apreciable como se indica lo relativo al desconocimiento de la edad de la víctima, por parte del acusado, como elemento suficiente para la determinación del error de tipo. En el caso de la legislación penal peruana, el error de tipo encuentra su fundamento específico en las disposiciones del artículo 14, algo que resulta novedoso entre los ordenamientos jurídicos del hemisferio, ya que regularmente la conceptualización de la teoría del error ha quedado al arbitrio de la doctrina. En este caso, la alzada sostiene, como concepto básico del error de tipo, que no solo se tratará de realización de los elementos objetivos del tipo, sino que también puede ocurrir este tipo de error al desconocer aspectos circunstanciales del tipo normativo.

Es notorio aquí como la Corte Suprema peruana establece que, ante la necesidad de imputación del tipo subjetivo, se requiere que el sujeto activo conozca suficientemente la norma infringida o al menos las circunstancias concretas en que se podría tipificar la infracción, razón por la cual, desconocer la minoría de edad de la víctima, no solo constituye un elemento descriptivo del tipo, sino que también es un elemento normativo muy determinante, a fin de concretizar la intención del sujeto activo. Esto se debe, principalmente, a que no es un delito sostener relaciones sexuales, sin embargo, este aspecto constituye parte del elemento descriptivo del tipo, pero lo preponderante aquí, como dijimos, es la minoría de edad del sujeto pasivo, que, al no ser un elemento objetivo, por su naturaleza, se erige como el elemento normativo determinante.

Esta alzada explica la posición doctrinal con la que suscriben la explicación del funcionamiento del error, según las disposiciones de su código penal, en ese sentido:

Así, tanto el error de tipo vencible e invencible excluyen el dolo, sin embargo, sólo el error vencible acarrea responsabilidad y la infracción será sancionada como imprudente, siempre que exista un equivalente del tipo penal imprudente. Existirá error de tipo vencible, cuando el agente pudo haber superado el error en el que se encontraba y así haber evitado el resultado, observando el cuidado debido que le era exigible, según las circunstancias de cada caso, siendo sancionado en tanto exista un tipo penal que sancione la realización imprudente de su conducta. Por otra parte, se configurará el error de tipo invencible, luego de que el agente, habiendo observado el cuidado debido, no pueda salir del error en el que se encontraba, originando el resultado, debiendo significarse que la conducta será atípica

pues el sujeto ha actuado de manera diligente, descartándose la imputación dolosa, así como la imprudente<sup>156</sup>.

En principio, la acotación anterior solo constituye el fundamento y clasificación del error de tipo, tal como expusimos en el capítulo anterior, estaremos ante un error de tipo vencible, cuando el sujeto ha realizado todas las diligencias necesarias para ejercer el debido cuidado que como individuo promedio le pudiera ser exigible, sin que sea apreciable ningún descuido notoriamente voluntario. Mientras que sobre el error de tipo invencible se prevé que el sujeto no pueda salir del error aún realizando todas las diligencias que le son debidas a cualquier individuo, considerando la doctrina empleada por la corte, que el resultado se produzca aún cuando el sujeto haya actuado de manera diligente. Ya ha sido bien expuesto en lo anterior lo relativo a las consecuencias que suponen un tipo de error u otro, indicando que el vencible dará lugar a la imputación de la conducta culposa solo cuando el ordenamiento jurídico prevea el tipo penal imprudente, lo que implica que, de no estar previsto el tipo penal culposo, no podrá ser imputada ninguna infracción a la ley penal. Situación similar a lo expuesto en la última línea ocurre con el error de tipo invencible, que, si concurre, no puede imputarse ninguna infracción penal.

No podemos concluir la exposición de esta jurisprudencia sin resaltar la labor de la Corte Suprema en cuanto a la determinación del tipo de error determinado en el caso en concreto, ya que lo mas interesante de esta decisión es el argumento desarrollado por el tribunal sobre las circunstancias por las que se entiende la subsistencia de algún tipo de error.

En el caso de autos, es razonable concluir que el imputado Jaime Figueroa Chacón incurrió en un Error de Tipo Vencible, pues, sin desconocer el contexto situacional de los actos sexuales -para cuya imputación es preciso de que el agente haya tenido la posibilidad de conocer la totalidad de los elementos objetivos que conformaban tal situación- de autos trasciende que el encausado estuvo en posibilidad de superar el desconocimiento, respecto a la edad de la menor. Ambos mantuvieron relación sentimental, según indica la menor, desde marzo o abril de mil novecientos noventa y dos, y la relación sexual se produjo en junio del citado año -marco referencial de la imputación-. Ese periodo temporal resultó suficiente para estimar, en clave de razonabilidad, que el acusado debió inquirir a la agraviada sobre su verdadera edad,

---

<sup>156</sup> *Ibidem*.

cuando menos, realizar los actos de averiguación necesarios, más aún si mantuvieron relaciones sexuales -aún cuando sean esporádicas- de lo que se infiere que entre ambos existió un nivel de confiabilidad suficiente. La agraviada ha reconocido en el acto oral que sus características anatómicas reflejaban que tenía entre quince y dieciséis años de edad. Si bien su conducta no fue dolosa empero, no puede descartarse la imprudencia de su accionar en vista de que pudo ser evitado mediando la diligencia debida. Sin embargo, estando a que nuestro ordenamiento jurídico no admite la regulación culposa del delito de violación sexual de menor de edad, la conducta incriminada es atípica. Por lo tanto, es jurídicamente posible absolver al acusado Jaime Figueroa Chacón de los cargos formulados en la acusación fiscal, de conformidad con el artículo 284° del Código de Procedimientos Penales<sup>157</sup>.

Es necesario dispensarnos por la extensión de la cita anterior, pero lo interesante de este fragmento radica en la valoración de la corte respecto del comportamiento de los sujetos en la determinación de la concurrencia de un error de tipo vencible. En ese orden, se tomó en cuenta lo relativo al tiempo de duración de la relación entre la víctima y el victimario, analizando la confianza que debió desarrollarse entre ambos durante tal período, sin embargo, señala el tribunal que, aún ante el desconocimiento de la edad real de la víctima, el sujeto activo pudo realizar actos de averiguación para superar el error en que se encontraba, de ahí que se asuma la existencia de diligencias posibles para la determinación del elemento normativa ignorado, la edad de la adolescente. Resaltando que la absolución se produjo, debido a la inexistencia de un tipo penal culposo sobre sostener relaciones sexuales con una persona menor de edad.

Calificamos como arriesgada la posición de la corte, debido a que, en razón de circunstancias objetivas de cada caso, esto podría ser una virtual solución aparente para todo el que incurra en conductas similares. Nos referimos a que, si la persona menor de edad posee características físicas que la asemejan a una persona adulta, sería previsible invocar el error de tipo, ya que se ha dejado fuera de la debida diligencia básica la averiguación de la edad de la persona, haciendo poco exigible este aspecto, que pone de relieve el conocimiento sobre la prohibición la norma penal pública. Dicho de otro modo, siendo la norma penal conocida por todos, al menos en principio, es notorio que el elemento normativo preponderante es la minoría de edad de la víctima, razón por lo que debe ser

---

<sup>157</sup> *Ibidem*.

exigible, dentro de la debida diligencia, la averiguación de tal aspecto, ante la subsistencia de otros indicadores de minoría de edad, porque al no requerirse esto dentro de la obligación de un hombre adulto, con capacidad de obrar, estaríamos ante la absolución y posterior adecuación social de este tipo penal.

En nuestro proceso de indagación en la jurisprudencia peruana, encontramos otra sentencia que entendimos necesario incluir en nuestro análisis, se trata de una decisión de la Corte Suprema de Justicia en la que se resuelve una cuestión muy similar a la tratada en el caso anterior, pero, en esta ocasión, trataremos sobre el error de tipo invencible. A modo de introducción esta alta corte expone lo siguiente:

Que, si bien es cierto, el tipo penal imputado tiene como bien jurídico protegido la indemnidad sexual, por lo que sería irrelevante verificar si existió el consentimiento de la víctima; empero, por la tesis del error de tipo invencible planteado por la defensa, resulta necesario analizar las circunstancias en que acaecieron los hechos. Así se tiene que, en cuanto a la edad de la menor, según ha quedado establecido en el cuarto considerando de la presente resolución, esta efectivamente tenía trece años y dos meses de edad; sin embargo, en cuanto al conocimiento de dicha información, el infractor ha sostenido en su declaración a nivel fiscal, en su escrito de apelación y casación, que ella le había dicho que tenía quince años; que ello aunado al hecho que la adolescente publicó en su página de facebook, como su fecha de nacimiento el día 27 de noviembre de 1996, esto es, que su edad superaba los catorce años de edad, permite concluir que el procesado actuó en la creencia de que la menor contaba con más de catorce años de edad<sup>158</sup>.

En su postulado principal, la corte indicó que no resulta relevante para la evaluación de la tipicidad lo relativo al consentimiento de la menor de edad, ya que es evidente que no se imputa el sostenimiento de relaciones sexuales con constreñimiento, como sugiere el tipo penal de violación sexual, sino que se procura la protección de la voluntad sexual hasta que el consentimiento se pueda entender como razonado. En esas atenciones, observamos la incontrovertible edad de la adolescente que, según la alzada, fue demostrado con su documento de identidad. Pero lo que mas llama la atención es que las declaraciones del acusado fueron consideradas como prueba en su favor, ya que el mismo estableció que la menor de edad le había manifestado tener una edad distinta.

---

<sup>158</sup> Perú. Corte Suprema de Justicia de la República. La Sala Civil Permanente. [en línea] Casación 004-2016, La Libertad, de 27 mayo de 2016 [ consulta: 2 noviembre 2022]. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Casacion-004-2016-La-Libertad-LP.pdf>

Sin embargo, la razón de lo anterior es la corroboración que resulta del mismo hecho de que la víctima declaró también haberle manifestado al acusado que tenía más edad que la verdadera. Surgiendo aquí el primer indicador del error sobre el elemento normativo del tipo relativo a la minoría de edad legal. Pero, a nuestro juicio, lo más importante aquí, para completar la inconsciencia insalvable del acusado sobre la edad de la víctima, es que la edad configurada por esta última en su perfil de la red social Facebook es de poco más de 14 años, encontrándose dentro del marco regulatorio permitido. En lo adelante expondremos la posición de la Corte Suprema de Perú sobre el tipo de error que converge en este caso.

Que, de lo antes expuesto, se advierte que el adolescente Alex Roder Santin Rogel mantuvo relaciones sexuales con la menor, en la creencia que esta tenía más de catorce años de edad; en razón a que como se tiene analizado, confiaba en lo que esta le había dicho y a lo publicado en su página de facebook, por lo tanto, resulta válido concluir que el procesado tuvo una falsa representación de la realidad, pues, considerando su edad cronológica -17 años- no contaba con otro mecanismo para conocer la verdadera edad de la menor agraviada, por lo que su conducta se enmarca dentro de la figura del error de tipo invencible regulado en el artículo 14 del Código Penal, que en estricto constituye un eximente de responsabilidad penal juvenil<sup>159</sup>.

Se trata de un error de tipo vencible, como subrayamos en nuestro párrafo anterior; en este caso la corte indica que, ante la información ofrecida directamente por la persona menor de edad al acusado y la información sobre su edad observada por el acusado, era imposible que este pudiera asumir una realidad distinta, o que pudiera superar el error en que se encontraba, reconociendo que, dentro de lo exigible a un hombre de conocimientos medios, había agotado diligencias suficientes para determinar la edad de la víctima, no teniendo razones para haber dudado de la respuesta suministrada y de lo que había consultado. En esta ocasión, la invencibilidad del error supone la imposibilidad de imputar ningún tipo doloso y mucho más culposos.

En esta ocasión coincidimos en la concurrencia de un error; a diferencia de la sentencia primera sentencia analizada de este país; pero no de tipo invencible como indica la sentencia anterior, ya que, insistimos, la averiguación de la verdad sobre la edad de una

---

<sup>159</sup> *Ibidem*.

persona menor de edad no puede ser tan ligera, ante la permisión de sostener relaciones sexuales con personas mayores de 14 años. Con esto queremos dejar claro que, si bien en el caso analizado surgieron elementos objetivos que impedían el acceso a la información real por parte del sujeto activo, no menos cierto es que, ante la fina frontera entre los indicadores de un tipo de minoría de edad y otro, se debe requerir diligencias más importantes para la verdadera determinación de la edad real de una persona; de forma que, en caso de no poder fijar adecuadamente esta información, abstenerse de tener contacto sexual sería la conducta mas adecuada. Con esto se procura no perder la vigencia del Estado de derecho, la sujeción a las normas por parte de los sujetos obligados a conocerlas.

## CONCLUSIÓN

Después de haber recorrido todo este camino conceptual, en el cual hemos procurado abordar la mayor cantidad de la información disponible sobre el problema que nos hemos planteado, finalmente llegamos al punto en el que podemos compartir los resultados a los que arribamos, los cuales han sido fruto exclusivo de la actividad investigativa realizada, que partió desde los aspectos más generales del problema hasta aquellos más específicos, siendo este el momento de llegar a la cúspide.

Como aspecto general, nos planteamos la necesidad de determinar cómo incide la Teoría del Error en el marco jurídico dominicano y en las decisiones jurisdiccionales de República Dominicana, con la exclusiva finalidad de valorar el empleo de algunos de los aspectos trascendentales de la dogmática jurídico- penal en las decisiones judiciales. A tales fines, realizamos el abordaje dogmático de la Teoría del Error, como objetivo específico uno, en el cual analizamos los aspectos generales de la Teoría del Delito, estableciendo la estructura sistemática con que la teoría desarrolla los elementos comunes del delito, de forma que se puso de manifiesto que el error es posible abordarlo tanto en la escala de tipicidad, como en la antijuridicidad y en la culpabilidad. Por tanto, el abordaje dado por la dogmática a la Teoría del Error es holístico, ya que el análisis de cada una de estas fases de la teoría puede arrojar la concurrencia de algún tipo de error.

En ese sentido, se afirma que, para hablar del error en la Teoría del Delito, es necesario conocer las circunstancias concretas del hecho sobre el que se fundamenta una infracción penal y concurrencia de algún tipo de error, de forma que pueda evaluarse adecuadamente en qué etapa, fase o categoría de la teoría se enmarca esencialmente, debido a que esto determinaría la consecuencia procesal procedente, en razón de que, de acuerdo con el tipo de error de que se trate, el efecto sería distinto de cara al proceso.

En segundo orden, con la misma finalidad de poder fijar una posición respecto de nuestro objetivo principal, desarrollamos lo relativo a la Teoría del Error en la legislación dominicana, de forma que nuestra investigación enfoque los aspectos que inciden en la

aplicación de esta teoría en los procesos judiciales. En tal dirección, al hurgar profundamente en el ordenamiento se determinó que la figura del error, en los términos en que ha sido planteada a lo largo de nuestra exposición, solo se encuentra prevista en las disposiciones del artículo 340 del Código Procesal Penal, específicamente en el numeral 6, donde se establece que *“El error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de su acción era legal o permitida”*.

Lo anterior evidenció la intención del legislador de abarcar toda la Teoría del Error en una oración. Por una parte, el error que incide sobre la tipicidad, es decir aquellas circunstancias que versan sobre los elementos objetivos y normativos del tipo, indistintamente de que la norma refiere, ambiguamente, la relación de la circunstancia del error con el objeto de la infracción. Esto se debe a que el objeto de la infracción solo es parte de los elementos objetivos del tipo; sin embargo, esta disposición normativa engloba en el término objeto a aquellas circunstancias donde el objeto de la infracción es la vida o la integridad de las personas. Por tanto, también abarca aquellos errores que, analizados en la tipicidad, versan sobre elementos del tipo distintos al objeto material de la infracción.

Pero también esta disposición normativa tiene alcance para que pueda acogerse en el proceso penal dominicano, al error sobre las causas de antijuricidad. Esto se debe a que, en su texto, contempla la creencia del sujeto activo sobre la actuación legal o permitida, dejando claro esto que no solo estaremos frente a la ignorancia como tal de la ley, como sucedería en el error de prohibición, sino que el análisis podrá versar sobre la errónea creencia de permisión normativa como excluyente de la antijuricidad de la conducta, lo cual coloca al sujeto en un error sobre estas causas.

Además, tal como mencionamos en párrafo anterior, la disposición normativa del artículo 340 del Código Procesal Penal dominicano tiene alcance para que sean analizadas, en esas atenciones, las circunstancias relativas al error de prohibición. Afirmamos que este sería el aspecto más claramente demostrable en el referido punto, debido a que el texto de la norma expresa con claridad la posibilidad de invocar la concurrencia de algún tipo de error por la creencia de que la acción era legal, implicando esto que dicha creencia puede

obedecer al desconocimiento concreto de la norma prohibitiva y, por tanto, encontrarnos frente al análisis del error de prohibición, en virtud de la misma disposición procesal.

Al respecto concluimos que, pese a la ambigüedad del texto normativo, el artículo 340 del Código Procesal Penal permite promover la concurrencia de cualquiera de los errores desarrollados en esta investigación. Sin embargo, también concluimos que tal posibilidad presenta severas incompatibilidades dogmáticas, debido a que la ubicación de esta disposición normativa, estructuralmente, no permite que se materialicen los efectos concretos de cada uno de los diferentes tipos de errores desarrollados aquí. Expuesto de otra forma, el artículo 340 del Código Procesal Penal se ubica luego de la decisión de los tribunales de juicio que están en condiciones de dictar sentencia condenatoria. Por tanto, aquellos errores que versan sobre algún elemento objetivo o normativo del tipo y que tienen la posibilidad de incidir sobre la teoría jurídica del proceso, no podrán materializarse en su justo alcance, ya que los únicos efectos permitidos por esta norma son el eximir de pena al justiciable o reducirle la pena imponible por debajo del mínimo legal, aspectos que se deciden durante el juicio de culpabilidad.

Como tercer objetivo específico, nos propusimos verificar la aplicación de la Teoría del Error en las sentencias emitidas por la jurisdicción penal de República Dominicana, a fin de correlacionar la existencia de la norma específica sobre la Teoría del Error y la dogmática jurídico-penal, en cuanto a la postura de los tribunales del país. En esa vía, la experiencia durante la investigación fue escasa, debido a que apenas identificamos 2 sentencias en las que los jueces respondían a las invocaciones de algún tipo de error durante el desarrollo del proceso penal. Las decisiones referidas fueron tomadas en fase de juicio, lo cual coincide con una de las ambigüedades que forma parte de nuestra conclusión; sin embargo, en ambos casos los tribunales rechazaron las invocaciones realizadas por los postulantes, fundamentando su argumento en la no concurrencia de la circunstancia argüida.

Este análisis también fue contrastado con la forma en que la jurisprudencia comparada se manifiesta en cuanto a la teoría del error. Esto así, a fin de que fuera posible

hacer un análisis comparativo mas abarcador sobre los alcances de esta teoría y su posibilidad de aplicación aún ante la existencia de marcos normativos dogmáticamente no adaptados. Como hallazgo principal están las sentencias de varias Cortes Supremas de algunos países del continen de se ha desarrollado la concurrencia de algunos de los errores sostenidos por la teoría, así como también propusimos el análisis de algunas sentencias del Tribunal Supremo español.

Esto sencillamente nos lleva a expresar que las circunstancias que envuelven la Teoría del Error son poco usuales o poco probables o realmente poco conocidas por los abogados litigantes. Este proyecto no tenía como intención la determinación de tales causas, pero, a partir de lo expresado, pueden surgir otras líneas de investigación que identifiquen las causas concretas.

Partiendo de todo lo anterior, concluimos finalmente que, en nuestro país, el error, tal como lo plantea la dogmática jurídico- penal, solo incide para la exención o reducción de la pena, como si se tratase de una circunstancia modificativa de la responsabilidad, ya que, como bien hemos concluido antes, su análisis solo es posible cuando es previsible dictar sentencia condenatoria durante la etapa de juicio.

Pese a lo anterior, la aplicación de esta figura dogmática en nuestro sistema de justicia es precaria, tal como advertimos antes. Desconocemos la razón de la poca aplicación de esta figura, aun cuando, su aplicación es posible normativamente. En la práctica muy pocos tribunales han procedido a aplicarla, no obstante existir la posibilidad de los jueces detectar su concurrencia oficiosamente.

## RECOMENDACIONES

Al Congreso de la República Dominicana:

Aprobar a la mayor brevedad posible el nuevo Código Penal, a fin de poder contar con figuras de la dogmática jurídico-penal más desarrolladas, como es el caso de las diferentes clases de errores, a fin de que se pueda realizar una aplicación más adecuada, tal como hemos planteado en este estudio.

A las universidades y academias de estudios jurídicos avanzados:

Actualizar los programas de estudios de grado, incluyendo en estos al menos una asignatura basada en la Teoría del Delito, de forma que los estudiantes egresen con fundamentos concretos de esta teoría.

A la Escuela Nacional de la Judicatura y la Escuela Nacional del Ministerio Público:

Incluir en los programas de formación de los aspirantes a jueces de paz y fiscalizadores, asignaturas de litigación fundamentadas en Teoría del Delito, de forma que los egresados de tales programas puedan asumir la misma como parámetro de verificación de los procesos.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y SIMILARES

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Código Penal para el Distrito Federal a Diez Años de Vigencia. En: *Causas de Justificación*. [en línea] México: Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013. [consulta 8 junio 2022]. ISBN:978-607-02-4740-8. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3390/7.pdf>
- BACIGALUPO Zapater, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, E. *Manual de Derecho Pena*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis S. A. 1996. ISBN 958-35-0002-X
- CARRANCÁ TRUJILLO, Raúl. *Derecho penal mexicano*. México: Ediciones Porrúa, 1980.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Derecho Penal Parte General*. España: Editorial Constitución y Leyes, 1990. ISBN: 978-84-86123-33-8.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. [en línea] 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1992 [consulta: 10 junio 2022] p.347. ISBN: 950-508-247-9. Disponible en: <https://es.slideshare.net/EscuelaDeFiscales/derecho-penal-parte-general-carlos-creus-65440935>
- DONNA, Edgardo A. Teoría del delito y de la pena. [en línea] 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1996. [consulta: 10 junio 2022] ISBN: 950-508-372-6. Disponible en: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Teor%C3%ADa-del-delito-y-de-la-pena-Tomo-I-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Teor%C3%ADa-del-delito-y-de-la-pena-Tomo-I-Legis.pe_.pdf)
- ENCALADA HIDALGO, P. *Teoría Constitucional del Delito*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015. ISBN: 978-9942-10-270-6
- FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal Introducción y Parte General*. [en línea] Buenos Aires, Argentina: ABELEDO-PERROT Ediciones, 1998. [consulta: 7 junio 2022] ISBN: 9502011074. Disponible en [https://www.derechopenalened.com/libros/fontan\\_balestra\\_derecho\\_penal\\_parte\\_general.pdf](https://www.derechopenalened.com/libros/fontan_balestra_derecho_penal_parte_general.pdf)
- FRANCISCO MUÑOZ, Carlos. *Lecciones de derecho penal*. Panamá: Universidad de Panamá, 1985.

- HANS, Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. I. 5ª ed.*, Granada, España: Editorial Comares, 2003. ISBN: 978-9972-234r89-7
- HASSEMER, Winfried. *Crónicas Extranjeras*. En: *Los elementos característicos del dolo* [en línea] Madrid, España. 1992. [consulta: 7 junio 2022] p.918. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46378.pdf>
- HIRSCH, Hans J., CERESO MIR, José y DONNA, Edgardo A. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editorires, 2005. ISBN: 9789507276620.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. [en línea] 2ª ed. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997. [consulta: 12 junio 2022] p. 673. ISBN: 84-7248-398-3. Disponible en <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Jakobs-1997-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>
- JESCHECK, Hans Heinrich. Y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5ª ed. Granada, España: Editorial Comares, 2003. ISBN: 9788484446415.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Principios del Derecho Penal, La Ley y el Delito*. [en línea] 3ª. ed. Argentina: ABELEDO- PERROT, S. A. E. e I. Editorial Sudamericana S. A., 1997. [consulta: 7 junio 2022] pp.255-256. ISBN: 950-20-0536-6. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Descarga-en-PDF-%C2%ABLa-ley-y-el-delito%C2%BB-del-gran-Luis-Jim%C3%A9nez-de-As%C3%BAa.pdf>
- KELSEN, H. *Teoría Pura del derecho*. 4ª. ed. Buenos Aires: Eudeba. 2009. ISBN: 978-950-23-0886-9.
- LASCANO, Carlos, J. *Derecho Penal, Parte General*. [en línea] Córdoba: Advocatus Editores, 2005 [consulta: 11 junio 2022]. ISBN: 987-551-018-1. Disponible en: [https://www.academia.edu/31825458/DERECHO\\_PENAL\\_PARTE\\_GENERAL\\_CARLOS\\_LASCANO](https://www.academia.edu/31825458/DERECHO_PENAL_PARTE_GENERAL_CARLOS_LASCANO)
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. [en línea] 10ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F. 2016. [consulta: 6 junio 2022], p. 219. ISBN: 978-84-608-1582-2. Disponible en: <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Mir-Puig-2006-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>
- MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10ª. ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019. ISBN: 8413139392
- MUÑOZ CONDE., Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 6ª. ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2004. ISBN: 9788484561163.

- PARIONA ARANA., Raúl. *Derecho Penal Parte General*. 46ª ed. Lima, Perú: Pacífico Editores, 2018
- PEÑA GONZÁLEZ, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. [en línea] Perú: Editorial Nomos & Theris E.I.R.L. 2010. [consulta: 11 junio 2022]. ISBN:978-612-45532-2-6 Disponible en: <https://derecho.usmp.edu.pe/wp-content/uploads/2022/05/libro-teoria-del-delito-oscar-pena.pdf>
- PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito*. [en línea] México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004 [consulta: 5 junio 2022]. ISBN:968-39-6604-3. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9020>
- PORTE PETIT C., Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*. México: Editorial Porrúa, 2007. ISBN: 9789700773933.
- REYES, Alfonso. *Derecho Penal Parte General*. Colombia. Edición Universidad Externado, 1986.
- RIGHI, Esteban; FERNÁNDEZ, Ángel. *Derecho Penal: La Ley, El delito, El proceso y La pena*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 1996. ISBN: 950891016X
- RIGHL, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc. 2003. ISBN 950-894-401-3
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español*. 18ª. ed. Madrid, España: Editorial: Dykinson, 1995. ISBN: 84-8155-033-7.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José M. y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español*. 18ª. ed. Madrid, España. Editorial: Dykinson, 1995. ISBN: 84-8155-033-7
- ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del. *Tratado de derecho penal español*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1968. ISBN: 978-84-7248-021-6.
- ROXÍN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito [en línea] Madrid, España: Editorial Civitas, 1997. [consulta: 7 junio 2022]. ISBN: 84-470-0960-2. Disponible en [https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho\\_penal\\_-\\_parte\\_general\\_-\\_claus\\_roxin-LP.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf)
- SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría Constitucional del Delito*. [en línea] Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004 [consulta: 12 junio 2022]. ISBN: 987-9120-57-4. Disponible en: [https://www.academia.edu/32057201/TEORIA\\_CONSTITUCIONAL\\_DEL\\_DELITO\\_MARIANO\\_SILVESTRONI\\_pdf](https://www.academia.edu/32057201/TEORIA_CONSTITUCIONAL_DEL_DELITO_MARIANO_SILVESTRONI_pdf)

VON BELING, E. *Esquema del derecho penal*. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas Olejnik. 2018. ISBN: 9789563921540.

WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal. [en línea] Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F. 2004. [consulta: 14 junio 2022]. ISBN: 987-98338-9-X. Disponible en: [https://www.academia.edu/27959241/Welzel\\_hans\\_el\\_nuevo\\_sistema\\_del\\_derecho\\_penal](https://www.academia.edu/27959241/Welzel_hans_el_nuevo_sistema_del_derecho_penal)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2002. ISBN: 950-574-155-3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. [en línea] 2ª. Ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2007. [consulta: 9 junio 2022] ISBN: 978-950-574-195-3. Disponible en: [https://www.academia.edu/44587766/MANUAL\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_PARTE\\_GENERAL](https://www.academia.edu/44587766/MANUAL_DE_DERECHO_PENAL_PARTE_GENERAL)

## **PUBLICACIONES SERIADAS**

BLASCO, Francisco y FERNÁNDEZ DE MORETA. La tipicidad, la antijuridicidad y la punibilidad como caracteres del delito en la noción técnica jurídica. *Revista Criminalia*, 1943, (IX), 443.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: tratamiento del denominado <<haustyrann>> [en línea] México: Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (sf) [consulta: 15 junio 2022] p183. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/8.pdf>

ORELLANA FAZ, Kelly E. y COLORADO Aguirre, Rolando. Error de tipo y error de prohibición vencible e invencible bajo la perspectiva del garantismo penal. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. [en línea] Marzo 2020 [consulta: 13 junio 2022]. ISSN: 2254-7630. Disponible en: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2020/03/error-tipo-prohibicion.html>

TERÁN- CARRILLO, Wilman G. La culpabilidad en la teoría del delito. *Revista Científica FIPCAEC*. [en línea] 2020. 5(18), 386-408. [consulta: 9 junio 2022]. ISSN: 25-88-090X. Disponible en: <https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/224/374>

## **LEGISLACIONES**

### **Leyes**

República Dominicana. Código Penal de la República Dominicana. Santo Domingo, 2007.

República Dominicana. Ley 76-02 que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana. *Gaceta Oficial*, 2 de julio del 2022.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Nacionales**

República Dominicana. Segunda Sala del Tribunal Unipersonal de la Cámara Penal del Tribunal de Primera Instancia del distrito judicial de Santiago. Sentencia 369-2019-SSEN-00104, de 17 de junio de 2019.

República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Sentencia No. 1762, de 14 de noviembre del 2018.

### **Internacionales**

Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 816, de 25 junio de 2011. Expediente: 07-200255-0485-PE.

Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 924, de 12 julio de 2013. Expediente: 12-001609-0305-PE.

España. Tribunal Supremo Español. Resolución 778/2013, de 22 de octubre de 2013.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República. [en línea]. Sala Penal Permanente Recurso de Nulidad 2669-2015, Cusco, 25 de mayo del 2016. [consulta: 2 noviembre 2022] Disponible en: <https://lpderecho.pe/error-tipo-vencible-caracteristicas-anatomicas-menor-mayor-14-anos-r-n-2669-2015-cusco/>

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República. La Sala Civil Permanente. [en línea] Casación 004-2016, La Libertad, de 27 mayo de 2016 [ consulta: 2 noviembre 2022]. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Casacion-004-2016-La-Libertad-LP.pdf>



# EL TRATAMIENTO DEL ERROR, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

POR BETANIA TORRES MÁRMOL

Citas excluidas  
Bibliografía excluida

15%  
SIMILAR

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA MADRE Y MAESTRA  
DECANATO DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES



EL TRATAMIENTO DEL ERROR SEGÚN LA  
JURISPRUDENCIA PENAL DOMINICANA

Memoria final para optar por el título de  
Magister en Ciencias Penales

## Resumen de Coincidencias

1	Internet 363 palabras Copiado el 15-Dic-2020 <a href="http://qdoc.tips">qdoc.tips</a>	1%
2	Internet 332 palabras Copiado el 30-Sep-2022 <a href="http://investigare.pucmm.edu.do:8080">investigare.pucmm.edu.do:8080</a>	1%
3	Internet 277 palabras Copiado el 10-Mar-2020 <a href="http://www.scribd.com">www.scribd.com</a>	1%
4	Internet 265 palabras <a href="http://www.dspace.uce.edu.ec">www.dspace.uce.edu.ec</a>	1%
5	Internet 239 palabras Copiado el 18-Feb-2021 <a href="http://idoc.pub">idoc.pub</a>	1%



Completion Date 18-Jun-2022  
Expiration Date 17-Jun-2024  
Record ID 49542346

This is to certify that:

**Betania Torres**

Has completed the following CITI Program course:

Not valid for renewal of certification through CME.

**Human Subject Research Spanish**  
(Curriculum Group)

**Curso de Ética en la Investigación para Estudiantes**  
(Course Learner Group)

**1 - Basic Course**  
(Stage)

Under requirements set by:

**Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (Santiago- República Dominicana)** International Training Initiative



Verify at [www.citiprogram.org/verify/?w59e3d481-add7-40f9-a8e1-a22e229582ad-49542346](http://www.citiprogram.org/verify/?w59e3d481-add7-40f9-a8e1-a22e229582ad-49542346)